



Roj: **SAN 4943/2013** - ECLI: **ES:AN:2013:4943**

Id Cendoj: **28079230042013100407**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **30/10/2013**

Nº de Recurso: **9/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MANUEL FERNANDEZ-LOMANA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a treinta de octubre de dos mil trece.

Ante la **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional, se ha tramitado el recurso nº 9/2013 seguido a instancia de **ACCIONA FACILITY SERVICES SA** que comparece representada por el Procurador D^a. Gloria Messa Teichman y dirigida por Letrado, contra la resolución dictada por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES (TACRC), en cuya defensa interviene el Sr. Abogado del Estado. Ha sido parte la empresa **CLECE, SA** representada por el Procurados D. Manuel Sánchez Puelles y González Carvajal y asistida de Letrado. Cuantía indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 10 de enero de 2013 tuvo entrada escrito interponiendo recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del de 21 de diciembre de 2012 por la que se estimaba parcialmente el recurso interpuesto por la representación de CLECE SA, contra la resolución de adjudicación del órgano de contratación de la Oficina Española de Patentes y Marcas, por la que se adjudica el contrato de servicios de "Mantenimiento general del edificio Sede Central de la Oficina Española de Patentes y Marcas", anulando la citada resolución y ordenando la retroacción de actuaciones a fin de que se conceda trámite de subsanación a CLECE SA para que pueda acreditar documentalmente la existencia de un Centro Especial de Empleo de la entidad.

SEGUNDO.- Admitido el recurso y reclamado el expediente se formuló demanda el 19 de marzo de 2013. De dicho escrito se dio traslado al Sr. Abogado del Estado y a la entidad CLECE SA que presentaron escritos de contestación los días 21 de mayo de 2013 y 24 de junio de 2013. Se inadmitió el juicio a prueba, no recurriéndose la decisión.

TERCERO.- Se señaló el 23 de octubre de 2013 para votación y fallo.

Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D, MANUEL FERNANDEZ-LOMANA GARCIA, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTO DE DERECHO

PRIMERO.- En el BOE de 10 de julio de 2012 se publicó "Anuncio de la Oficina Española de Patentes y Marcas por el que se convoca la contratación del servicio de mantenimiento general del edificio sede de la Oficina Española de Patentes y Marcas. La licitación se tramitó por el procedimiento abierto.

En el pliego de cláusulas administrativas se establecieron los criterios de adjudicación.

El 11 de septiembre de 2012 se constituyó la Mesa de Contratación del Organismo (MCO) para proceder al estudio de la documentación general de los licitadores presentados. Contenida en los sobres nº 1. Acordando que todas las empresas habían presentado la documentación correctamente.



El 18 de septiembre de 2012 se constituyó la MCO para proceder a la "apertura de los criterios cuya cuantificación dependen de un juicio de valor" Contenidos en los sobres nº 2. Se procedió a la apertura de los sobres, remitiéndose su contenido a la unidad proponente para que proceda a su valoración.

El 28 de septiembre de 2012 se volvió a constituir la MCO para proceder a la "apertura de los criterios cuantificables automáticamente". Contenidos en los sobres nº 3. Previamente se procedió a la lectura de las puntuaciones derivadas de los sobres nº 2, sin que ningún asistente al acto manifestase objeción alguna. Acto seguido se procedió a la apertura y lectura del contenido de los sobres nº 3, dándose traslado a la unidad proponente para su valoración. Solicitando la MCO a CLECE y SA y EOC de Obras y Servicios SA que justifiquen su capacidad para poder ejecutar el objeto del contrato, en relación con el precio de la hora extraordinaria, ya que el precio ofertado era inferior a un 15% de la media de todas las ofertas recibidas, considerándose por ello ofertas anormales o desproporcionadas.

El 17 de octubre de 2012 se acordó que la oferta más ventajosa era la presentada por ACCIONA FACILITY SERVICES SA.

El problema objeto de autos surge en relación con el sobre nº 3, criterios cuantificables automáticamente. En concreto, el apartado 12.2.2.b) del pliego de cláusulas administrativas estableció bajo la rúbrica "condiciones laborales y sociales" que se valoraría la existencia, que debería justificarse documentalmente por el licitador, de un Centro Especial de Empleo de la Entidad, asignándose a quienes lo justificasen 5 puntos. La documentación debería presentarse conforme lo establecido en el punto 5.3 del pliego y los certificados, acreditaciones y documentos públicos, deberán ser originales, copias auténticas o fotocopias compulsadas. En el punto 5.3 se estableció que la solicitud debía acomodarse a lo establecido en el Anexo 3.b) del pliego y que únicamente se "podrá presentar una sola proposición de criterios automáticamente cuantificables". Pues bien, a la entidad ACCIONA FACILITY SERVICES SA obtuvo por este concepto 5 puntos. Sin embargo, CLECE SA se le concedieron 0 puntos.

La MCO llegó a esta solución valorando la documentación presentada por CLECE SA. En concreto, dicha empresa aportó escritura notarial de fecha 7 de mayo de 2001 de constitución de la entidad BUILDING MAINTENANCE CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO SL, sociedad unipersonal, cuyo socio único era DYNAMIC CLEAN SERVICES SA. Resolución de la Dirección General de empleo calificando a BUILDING MAINTENANCE CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO SL como Centro Especial de Empleo. Escritura notarial de 5 de diciembre de 2007 de cambio de denominación y ampliación del objeto social. En concreto, la entidad, que perdió su condición de unipersonal, pasó a llamarse INTEGRA MANTENIMIENTO, GESTION Y SERVICIOS INTEGRADOS, CCC, SL; siendo sus socios DYNAMIC CLEAN SERVICES SA (99,01%) y TALHER SA (0,99%). Un organigrama de empresa con firma no reconocida y sin sello en el que se integra en CLECE SA, con una participación del 100%, a las empresas TALHER SA e INTEGRA MANTENIMIENTO, GESTION Y SERVICIOS INTEGRADOS, CCC, SL.

La MCO, tras deliberación, entendió que no se estaba ante un criterio de solvencia, sino de valoración de oferta, por lo que no podía puntuarse. Pues CLECE no había acreditado la existencia en su entidad de un Centro Especial de Empleo. Se dice además que no quedaba claramente acreditado que TALHER SA formase parte del grupo de la licitadora CLECE SA y que la existencia de una participación del 0,99% respecto del Centro Especial de Empleo, aun dando por probado que TALHER estaba integrada en CLECE SA, no era suficiente para considerar cumplido el requisito exigido en el pliego.

En consecuencia la puntuación obtenida por ACCIONA FACILITY SERVICES SA le permitió obtener 91,76 puntos; mientras que CLECE SA obtuvo 86,89 puntos.

CLECE SA recurrió la decisión ante el TACRC. En su recurso explica que DYNAMIC CLEAN cambió su denominación a CLECE FS SA, sociedad esta última que fue objeto de absorción por CLECE SA.

En su resolución el TACRC entiende que resulta de aplicación lo establecido en el art. 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas -RD 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP) y sostiene que debió permitirse a CLECE SA subsanar el defecto. Admite el Tribunal que al art 81.3 no es directamente aplicable, pues no estamos ante un supuesto de presentación de "documentación administrativa". No obstante, sostiene que la "verdadera naturaleza" del documento omitido constituye un requisito de solvencia técnica y, por lo tanto, debió permitirse la subsanación. Por lo tanto, se propone la aplicación del art. 81.2 por analogía y se estima parcialmente el recurso, anulando la resolución de adjudicación, con retroacción de las actuaciones para que se permitiese a CLECE SA subsanar la defectuosa documentación presentada.

Subsanado el defecto, se adjudicó a CLECE SA por Resolución de 29 de enero de 2013, el "Mantenimiento General del Edificio Sede Central de la Oficina Española de Patentes y Marcas".



SEGUNDO.- La cuestión objeto de debate es la siguiente: para la entidad recurrente, no habiéndose impugnado el pliego de cláusulas administrativas, no cabe subsanar la omisión padecida por la empresa CLECE SA, pues como afirma la Mesa, no cabía subsanación alguna. Por el contrario, la posición del TACRC y de los demandados, es que tratándose de un requisito que puede ser subsumido en la llamada "solvencia técnica", pese a su ubicación en el pliego era posible la subsanación.

Ciertamente el art. 81.2 del RGLCAP establece que: "Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación". Pero al permitir la subsanación el artículo se está refiriendo a la documentación a que se refiere el art. 81.1 del Reglamento, es decir, a la documentación a la que se refería el art. 79.2 del Real Decreto Legislativo 2/2000. Dicha norma, entre otros supuestos, se refiere a la documentación que acredite "la clasificación de la empresa, en su caso, o justifiquen los requisitos de su solvencia económica, financiera y técnica". La documentación que no aportó de forma correcta CLECE SA se subsumible en el concepto de "solvencia técnica", el problema de autos es que el requisito, en el pliego de contratación administrativa, como un supuesto de "criterio cuantificable automáticamente".

En efecto, si procedemos a la lectura de las condiciones 8.1 y 8.3. Se observa que en la primera se regula la "calificación de la documentación" -sobre 1º-, con expresa remisión a la posibilidad de subsanación regulada en el art. 81.2 del RGLCAP. Por el contrario, cuando se regulan los "criterios cuantificables automáticamente" -sobre 3º- en el apartado 8.3 no se regula la posibilidad de subsanación.

TERCERO.- Centrado el debate en los términos descritos la Sala para su resolución debe partir de las siguientes ideas:

1.- El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares es una pieza esencial de contrato administrativo, la *contractus lex*. En este sentido se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia y así, cabe citar, entre otras la STS de 4 de mayo de 2005 (Rec. 1607/2003) y 19 de septiembre de 2000 (Rec. 632/1993) donde se sostiene que: "el Pliego de Condiciones es la Ley del Contrato por lo que ha de estarse siempre a lo que se consigne en él". La jurisprudencia ha sostenido, además, que debe estarse a las condiciones fijadas en el pliego, pues como razona la STS de 12 de abril de 2000 (Rec. 1984/1992): "Estas bases contenidas en el pliego son la ley del concurso y obligan por igual a la Administración y a los concursantes. El eludirlas en relación con uno de ellos supone una infracción de los principios de seguridad jurídica y de igualdad, pues se crea, por un lado, una incertidumbre entre los interesados sobre cuáles sean las consecuencias que hay que atribuir al incumplimiento de las bases y, por otro, se produce un privilegio en favor del incumplidor frente al resto de los participantes que han sido escrupulosos en respetar los mandatos del pliego".

2.- Es cierto que la acreditación de la titularidad de un Centro Especial de Empleo, nadie lo discute, puede ser calificada como una documentación referida a la acreditación de la solvencia técnica - STS de 23 de septiembre de 2011 (Rec. 1080/2009) -. También lo es que, de tratarse el caso de autos de un supuesto de acreditación de la solvencia técnica en fase de licitación, el defecto podría considerarse subsanable - STS de 15 de enero de 1999 (Rec. 2608/1992) y STS 16 de diciembre de 2004 (Rec. 756/2000) -.

3.- Pero lo cierto es que la Administración ha configurado el requisito no como un supuesto de solvencia técnica, caso en el cual sería de aplicación el art. 81.2 del RGLCAP; sino como de un supuesto de adjudicación al que concede 5 puntos. Además, en consonancia con la norma, en el pliego se configura la fase de "calificación de la documentación" como un supuesto subsanable -cláusula 8.8.1-; mientras que, por el contrario, no se establece posibilidad alguna de subsanación respecto de los criterios "cuantificables automáticamente" -cláusula 8.8.3.-. Y el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares no ha sido impugnado por nadie.

La solución del TACRC, por razonable que pueda ser, resulta contraria al juego de los principios de seguridad, igualdad y, por lo tanto, a la libertad de concurrencia y, por lo tanto, no podemos confirmarla.

TERCERO.- Procede imponer las costas a los demandados - art 139 LJCA -.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación, la Sala dicta el siguiente

FALLO

Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D^a. Gloria Messa Teichman, en nombre y representación ACCIONA FACILITY SERVICES SA de contra la Resolución del de 21 de diciembre de 2012 del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES, la cual anulamos



conforme a Derecho, con las consecuencias inherentes a tal declaración. Con imposición de costas a los demandados.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase y una vez firme remítase testimonio de la misma junto con el expediente administrativo al lugar de procedencia de éste.

Así por esta nuestra sentencia que se notificará a las partes haciéndoles saber, con las demás prevenciones del artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , que contra la misma cabe recurso de casación para ante la Sala tercera del Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de su fecha, fue leída y publicada la anterior Sentencia por El Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, hallándose constituida en Audiencia Pública, de lo que yo, el Secretario, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ