



Roj: **SAN 1601/2015 - ECLI: ES:AN:2015:1601**

Id Cendoj: **28079230042015100091**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **15/04/2015**

Nº de Recurso: **295/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **ANA ISABEL MARTIN VALERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000295 / 2013

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04242/2013

Demandante: UTE EMS SHIPS SUPPLY, S.A/UTI SLI, S.A 2013

Procurador: D. FELIPE JUANAS BLANCO

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRAACTUALES

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. ANA MARTÍN VALERO

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. MANUEL FERNÁNDEZ LOMANA GARCÍA

D^a. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a quince de abril de dos mil quince.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **295/2013** que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la **UTE EMS SHIPS SUPPLY, S.A/UTI SLI, S.A 2013**, representada por el Procurador D. Felipe Juanas Blanco, y asistida de los Letrados D. Jorge Botella y D. Alejandro Bonitch, contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 2 de junio de 2013, por la que se estima el recurso interpuesto por la UTE UCALSA, S.A y PAREDES Y CÍA, S.L contra la resolución de 3 de mayo de 2013 de la Dirección de Aprovisionamiento y Transporte de la Armada por la que se acuerda la exclusión de su oferta y el llamamiento al siguiente licitador; y contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 30 de julio de 2013, por la que se desestima el recurso interpuesto por la UTE EMS SHIPS SUPPLY, S.A/UTI SLI, S.A 2013, contra la resolución de la Unidad de contratación de la Dirección de Abastecimiento y Transporte por la que se acuerda la adjudicación del contrato de suministro abierto a favor de la UTE UCALSA, S.A Y PAREDES Y CÍA, S.L; habiendo comparecido como parte demandada la UTE UCALSA, S.A Y PAREDES Y CÍA, S.L, representada por el Procurador D. Antonio de Palma Villalón, y asistida de la Letrada D^a Karmele Mendazona de Pablos

Siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. D^a ANA MARTÍN VALERO, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 25 de septiembre de 2013, declarándose su admisión mediante Decreto de fecha 2 de octubre de 2013, con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Recibido el expediente se dio traslado a la parte recurrente para que formalizara la demanda en el plazo de veinte días.

TERCERO.- Mediante escrito presentado el 9 de junio de 2014 formalizó la demanda, en la cual, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando: << (...) dicte sentencia por la que, de acuerdo con lo expuesto en el cuerpo del presente escrito: (i) anule las resoluciones impugnadas; (ii) reconozca el derecho de mi mandante, la UTE EMS/SLI a ser la adjudicataria del citado contrato y consecuentemente acuerde su adjudicación por ser la oferta más ventajosa de las presentadas; y (iii) para el caso de que no resulte posible la ejecución del contrato por parte de mi mandante, resuelva en los términos señalados en el apartado VII de los fundamentos de derecho y reconozca el derecho de mi mandante a ser indemnizada por la Administración demandada en las cantidades allí señaladas>>.

CUARTO.- La representación procesal de la UTE UCALSA, S.A PAREDES Y CÍA, S.L contestó a la demanda mediante escrito presentado el 18 de septiembre de 2014, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

QUINTO.- No habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se presentó por las partes escrito de conclusiones, tras lo cual se señaló para votación y fallo el día 8 de abril de 2015, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

La cuantía del recurso se ha fijado en 1.230.000,00 €

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del presente recurso contencioso administrativo son las siguientes resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales:

1.- Resolución de 12 de junio de 2013, por la que se estima el recurso interpuesto por la UTE UCALSA, S.A y PAREDES Y CÍA, S.L contra la resolución de 3 de mayo de 2013 de la Dirección de Aprovisionamiento y Transporte de la Armada, por la que se acuerda la exclusión de su oferta y el llamamiento al siguiente licitador decretada en el expediente de contratación de "suministro abierto de víveres para buques, unidades e instalaciones de la Armada del Ministerio de Defensa". En virtud de esta estimación se declara la nulidad de la resolución impugnada y se ordena la retroacción de actuaciones al momento de considerar debidamente cumplimentado por la recurrente el requerimiento del artículo 151 del TRLCSP, acordándose, en consecuencia, la adjudicación del contrato a favor de la misma.

2.- Resolución de 30 de julio de 2013 por la que se desestima el recurso interpuesto por las entidades SERVICIOS LOGÍSTICOS INTEGRADOS SLI, S.A y EMS SHIP SUPPLY SPAIN, S.A contra la resolución de la Unidad de Contratación de la Dirección de Abastecimiento y Transportes por la que se acuerda la adjudicación del contrato de suministro abierto de víveres para buques, unidades e instalaciones de la Armada.

SEGUNDO.- Los antecedentes fácticos de los que hemos de partir son los siguientes:

1.- La Dirección de Abastecimiento y Transportes de la Armada convocó, mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado el 17 de diciembre de 2012 y enviado el 3 de diciembre al Diario Oficial de la Unión Europea, licitación para contratar, por procedimiento abierto, tramitación ordinaria y sujeto a regulación armonizada, el suministro abierto víveres para buques, unidades e instalaciones de la Armada (expediente nº 417/2012), con un valor estimado de 20.500.000,00 euros, procediéndose, del mismo modo, a darle publicidad a través del Perfil de Contratante.

2.- Con fecha de 4 de febrero, concluyó el plazo para la presentación de ofertas y

se certificó que concurrían tres licitadoras: la UTE EMS SHIP SUPPLY Y UTI SLI, S.A.; la UTE UCALSA, SA Y PAREDES Y CIA, S.L y la UTE REVILLA E INDUSTRIAS CÁRNICAS LOS NORTEÑOS SA/ARANDIILLESAS, SA.

3.- El 12 de febrero de 2013 la mesa de contratación de la DAT procedió a la



apertura de los sobres que contenían las proposiciones económicas. A continuación el Sr. Presidente de la mesa comunicó a los asistentes al acto público que se iba a solicitar un informe técnico, previo a elevar al órgano de contratación la propuesta de adjudicación del expediente, en aplicación de los criterios objetivos.

4.- El 22 de marzo de 2013, reunida la mesa de contratación, acordó, por

unanimidad: "Proponer al órgano de contratación la adjudicación del presente expediente 417/2012 CONTRATO DE SUMINISTRO ABIERTO DE VÍVERES PARA BUQUES, UNIDADES E INSTALACIONES DE LA ARMADA a la UTE formada por las empresas UCALSA, SA (Unión Castellana de Alimentación) y PAREDES Y CIA, S.L, al haber obtenido la mayor puntuación según los criterios objetivos de valoración de las ofertas indicados en el PCAP y PPT, por los precios que figuran en la oferta y hasta un importe máximo de 20.500.000 €".

5.- Conforme con dicha propuesta de adjudicación elevada por la mesa al órgano de contratación, se emitió el requerimiento de documentación al licitador adjudicatario del contrato, concediendo un plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que haya recibido el requerimiento, para presentar la siguiente documentación: Escritura de constitución de la UTE; NIF de la UTE; Garantía definitiva correspondiente al 5 % del importe de la adjudicación excluido el IVA; Abono del anuncio de licitación, caso de ser procedimiento abierto (514,64 €). En el referido comunicado el Secretario de la mesa de contratación de la DAT advirtió literalmente que, "De no cumplirse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado se entenderá que Vd. como licitador ha retirado su oferta, todo ello al amparo del artículo 135 de la Ley 34/2010, de 5 de agosto".

6.- El 5 de abril de 2013, día en que finalizaba el plazo para la presentación de la

documentación, la UTE adjudicataria del contrato de suministro abierto formalizó la

documentación requerida. Tras una primera revisión, el órgano de contratación constató que el importe del aval presentado en concepto de garantía definitiva no era correcto, lo cual se comunicó al interesado inmediatamente por vía telefónica.

7.- El 9 de abril y siguiendo las instrucciones recibidas, la UTE adjudicataria del

contrato procedió a entregar otro aval por importe complementario de 196.006,24 € debidamente depositado en la Caja General de Depósitos.

8.- El 17 de abril el órgano de contratación, a la vista de la documentación presentada y con el fin de conocer la fecha de constitución real de ambos avales, solicitó que se remitieran copia de los avales constituidos y registrados en la Caja General de Depósitos. Recibida la documentación, el órgano de contratación constató que el aval complementario lo era de fecha de 9 de abril y fue depositado ese mismo día en la Caja General de Depósitos, esto es, una vez finalizado el plazo para la presentación (10 días hábiles) que venció el 5 de abril.

9.- Con fecha de 3 de mayo de 2013, el órgano de contratación, a la vista de los

hechos y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, acordó tener por retirada la oferta de la UTE UCALSA/PAREDES dado que no se había cumplimentado adecuadamente el requerimiento de documentación en lo tocante a la constitución de la garantía definitiva y, por tanto, en dicho acto resolvió recabar la misma documentación al licitador siguiente (UTE EMS SHIP SLIP Y SUPPLY SPAIN, S.A) por el orden que habían quedado clasificadas las licitadoras. En fecha 16 de mayo de 2013, una vez presentada en tiempo y forma la documentación de licitador elegido, se acuerda la adjudicación del contrato a la UTE EMS S1P SUPPLY SPAIN S.A. / UTI S.LI. S,A.

10.- Contra la resolución por la que se acuerda la retirada de su oferta y contra la resolución por la que se notifica el requerimiento al siguiente licitador que había presentado la oferta más ventajosa, interpuso recurso ante el TACRC, el cual,

mediante Resolución nº 225/2013, de 12 de junio, fue estimado, declarándose la nulidad del acuerdo de exclusión y ordenando la retroacción de actuaciones al momento de considerar debidamente cumplimentado por la recurrente el requerimiento del artículo 51 del TRLCSP, acordándose, en consecuencia, la adjudicación del contrato a favor de la misma.

11.- Contra la resolución de adjudicación dictada en cumplimiento de esa Resolución se interpuso recurso especial en materia de contratación por las entidades SERVICIOS LOGÍSTICOS INTEGRADOS SLI, S.A y EMS SUPPLY SPAIN, .SA, que fue desestimado por resolución 323/2013, de 30 de julio.

TERCERO.- La parte demandada, UTE UCALSA, S.A PAREDES Y CIA, S.L, opone la inadmisibilidad del recurso al no haberse aportado por la parte recurrente el documento justificativo del cumplimiento por parte de la entidad del requisito de la toma del acuerdo que autorice el ejercicio de la acción y la interposición del recurso (art. 45.2.d) LJCA).



Esta pretensión no puede ser estimada, puesto que con el escrito de interposición del recurso la UTE recurrente aportó (documental 3): 1) Certificado del Secretario del Consejo de Administración de la sociedad Servicios Logísticos Integrados, S.A de fecha 23 de septiembre de 2013 en el que hacía constar que ese mismo día el Consejo de Administración de la sociedad había adoptado, entre otros, acuerdo para interponer recurso contencioso administrativo contra las resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 12 de junio y 30 de julio de 2013, relativas al expediente de contratación 417/2012; 2) Escritura de formalización de acuerdos sociales de fecha 23 de septiembre de 2013, por la que se eleva a público, entre otros, el acuerdo adoptado por el Consejo de Administración de la sociedad EMS SHIP SUPPLY SPAIN, S.A para interponer recurso contencioso administrativo frente a las resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 12 de junio y 30 de julio de 2013, relativas al expediente de contratación 417/2012.

Por tanto, se estima cumplido el requisito exigido en el artículo 45.2.d) LJCA para interponer acciones las personas jurídicas.

CUARTO.- La resolución de 12 de junio de 2013 estima el recurso interpuesto por la UTE UCALSA, S.A y PAREDES Y CÍA, S.L contra la resolución de 3 de mayo de 2013 de la Dirección de Aprovisionamiento y Transporte de la Armada, por la que se acuerda la exclusión de su oferta y el llamamiento al siguiente licitador decretada en el expediente de contratación de "suministro abierto de víveres para buques, unidades e instalaciones de la Armada del Ministerio de Defensa". En virtud de esta estimación se declara la nulidad de la resolución impugnada y se ordena la retroacción de actuaciones al momento de considerar debidamente cumplimentado por la recurrente el requerimiento del artículo 151 del TRLCSP, acordándose, en consecuencia, la adjudicación del contrato a favor de la misma.

Como se ha expuesto en el Fundamento Jurídico precedente al relatar los antecedentes de hecho, la mesa de contratación propuso al órgano de contratación la adjudicación del contrato a la UTE formada por las empresas UCALSA, SA (Unión Castellana de Alimentación) y PAREDES Y CIA, S.L, al haber obtenido la mayor puntuación según los criterios objetivos de valoración de las ofertas indicados en el PCAP y PPT, por los precios que figuran en la oferta y hasta un importe máximo de 20.500.000 €.

Conforme a dicha propuesta, se requirió al licitador adjudicatario para que en el plazo de diez días hábiles presentara, entre otra documentación, "garantía definitiva correspondiente al 5% del importe de la adjudicación excluido el IVA".

El 5 de abril de de 2013, día en que finalizaba el plazo para la presentación de la documentación, la UTE adjudicataria del contrato de suministro abierto formalizó la documentación requerida.

Tras revisar la documentación presentada, el órgano de contratación constató que el importe del aval presentado en concepto de garantía definitiva no era correcto, y se lo comunicó al interesado por vía telefónica. La discrepancia consistía en que la adjudicataria, en base a la interpretación que realizó de la cláusula 17ª del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares constituyó aval por el 5% del importe de la adjudicación, el órgano de contratación consideraba que había de ser el 5% del importe de licitación.

El 9 de abril, la UTE adjudicataria del contrato procedió a entregar otro aval por importe complementario de 196.006,24 € que, según se pudo comprobar, había sido depositado ese mismo día en la Caja General de Depósitos, esto es, una vez finalizado el plazo de diez días hábiles concedido, que vencía el 5 de abril.

En consecuencia, el órgano de contratación acordó tener por retirada la oferta de la UTE UCALSA/PAREDES, al considerar que no había cumplimentado adecuadamente el requerimiento de documentación en lo referente a la constitución de la garantía definitiva, y acordó recabar esa misma documentación al licitador siguiente.

El TACRC tras exponer el tenor de la Cláusula 17ª del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, considera que una literal interpretación de la misma conduce a la conclusión a la que llegó la UTE adjudicataria del contrato, pues, de forma evidente y clara, e incluso subrayado con letras mayúsculas, afirma que la garantía definitiva es el 5 % del importe de la ADJUDICACIÓN, entendida ésta como el precio que ha ofrecido la adjudicataria, esto es, el 5 % de 15.937.091,07 €.

Señala que la redacción de esta cláusula resulta confusa e induce a error en la adjudicataria del contrato, dado que, atendiendo a la naturaleza jurídica del contrato, como un suministro abierto hasta agotar el presupuesto total del contrato valorado y aprobado por el Consejo de Ministros en 20.500.000,00 €, choca con la redacción dada, esto es, el 5 % del importe de la adjudicación, que es incluso contraria al artículo 95.3º del TRLCSP, que establece que cuando la cuantía del contrato se determine en función de precios unitarios, como es el caso, el importe de la garantía a constituir se fijará atendiendo al presupuesto base de licitación.



Por tanto, estima que el error o la confusión en que incurrió la UTE adjudicataria, al constituir la garantía y depositarla en la Caja General de Depósito de un 5 %

sobre el importe de adjudicación, esto es, sobre el precio ofertado de 15.937.091,07 €, resulte imputable a la confusa redacción de la reiterada cláusula del PCAP pues, en efecto, en coherencia con la calificación del contrato de suministro abierto por precios unitario y con el artículo 95.3º del TRLCSP debería haber dispuesto que el 5 % lo es sobre el presupuesto base de licitación, esto es, sobre 20.500.000,00 €. Y por ello considera desproporcionada la decisión de expulsarla de la adjudicación del contrato, y contraria a los principios de buena fe y confianza legítima, pues los requisitos de aportar la documentación requerida en debida forma y plazo no ha sido imputable a la UTE sino a la defectuosa redacción de la cláusula 17ª del PCAP, de tal suerte que la misma prevé que "De no cumplir este requisito por causas imputables al mismo, la Administración procederá según lo dispuesto en el artículo 151.2 de) TRLCSP".

QUINTO.- La recurrente denuncia, en primer lugar, que dicha resolución del TACRC se dictó sin haberse evacuado al preceptivo trámite de audiencia, lo que le ha ocasionado indefensión. Manifiesta que si bien en la resolución se indica que interpuesto el recurso y recibido el expediente, se dio traslado a las otras empresas licitadoras para que formularan alegaciones, sin que ninguna de ellas hubiera evacuado dicho trámite; en realidad no recibió la comunicación que consta en el expediente remitida a través del aplicativo informático, y prueba de ello es la inexistencia en el expediente administrativo de documento alguno que acredite la recepción de dicho email.

La Disposición Adicional Decimosexta del TRLCSP relativa al uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos regulados en la Ley, que se refiere en sus números 1 e) y 4 a esta cuestión:

"1. El empleo de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos contemplados en esta Ley se ajustará a las normas siguientes:

e) Las aplicaciones que se utilicen para efectuar las comunicaciones, notificaciones y envíos documentales entre el licitador o contratista y el órgano de contratación deben poder acreditar la fecha y hora de su emisión o recepción, la integridad de su contenido y el remitente y destinatario de las mismas. En especial, estas aplicaciones deben garantizar que se deja constancia de la hora y la fecha exactas de la recepción de las proposiciones o de las solicitudes de participación y de cuanta documentación deba presentarse ante el órgano de contratación.

4. Las comunicaciones entre los órganos competentes para la resolución de los recursos o de las reclamaciones y los órganos de contratación o las Entidades Contratantes, se harán, siempre que sea posible, por medios informáticos, electrónicos o telemáticos.

Las notificaciones a los recurrentes y demás interesados intervinientes en los procedimientos de recurso se harán por los medios establecidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. No obstante, cuando el recurrente hubiese admitido las notificaciones por medios informáticos, electrónicos o telemáticos durante la tramitación del procedimiento de adjudicación, en el caso de que hubiese intervenido en él, y, en todo caso, cuando lo solicitara en el escrito de interposición del recurso, las notificaciones se le efectuarán por estos medios."

Pues bien, en el presente caso consta en el expediente la comunicación remitida a la recurrente a la dirección de correo electrónico por ella facilitado, según se desprende de la relación de empresas licitadoras (documento 108 expediente). No consta que hubiera existido fallo alguno al remitir dicho correo, si bien es cierto que tampoco se encuentra en el expediente la respuesta a ese correo acusando recibo del mismo, como se indicaba la comunicación.

También es cierto que, como pone de manifiesto la codemandada, se le han realizado otras notificaciones por el mismo medio, respecto de las cuales no consta acuse de recibo, y no niega haberlas recibido.

No obstante, aun considerando que no recibiera dicha comunicación, conforme al artículo 48.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.

Señala el Tribunal Supremo en su STS de 8 de octubre de 2013 -rec.2451/2010 -, que "Esta regla, de relativización de los vicios de forma, que no determinan *per se* la anulabilidad, sino sólo cuando al vicio se anuda alguna de aquellas consecuencias, es también predicable, al menos en procedimientos de naturaleza no sancionadora como el que ahora nos ocupa, cuando el vicio o defecto consiste en la omisión del trámite de audiencia. Si el no oído dispone de posibilidades de defensa de eficacia equivalente, la omisión de la audiencia será o deberá calificarse como una irregularidad no invalidante. Y que los vicios de forma adquieren relevancia cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva y real de garantías. La indefensión es



así un concepto material, que no surge de la sola omisión de cualquier trámite. De la omisión procedimental ha de derivarse para el interesado una indefensión real y efectiva, es decir, una limitación de los medios de alegación, prueba y, en suma, de defensa de los propios derechos e intereses". En el caso contemplado en esta Sentencia, señala el Tribunal Supremo que "No obstante, de lo actuado se desprende que la recurrente ha podido formular las alegaciones que estimó conveniente durante la tramitación del expediente administrativo, al interponer el recurso de alzada y con posterioridad en sede jurisdiccional, en la que, de igual modo, pudo realizar la actividad probatoria que consideró necesaria en defensa de sus intereses. Por consiguiente, no se constata una situación de indefensión material, y la queja basada en la mera irregularidad mencionada no puede ser acogida"

Aplicando esta misma doctrina al caso que ahora examinamos, hemos de señalar que consta que a la recurrente se le notificó la resolución del TARCRG ahora impugnada; que posteriormente cuando en ejecución de esta resolución se adjudica el contrato a la UTE UCALSA PAREDES, interpuso contra dicho acto recurso especial en materia de contratación que determinó en la segunda resolución aquí impugnada, en el que pudo formular las alegaciones que estimó por conveniente y en el mismo no denunció la omisión que ahora alega. Y contra ambas resoluciones ha realizado las alegaciones que ha estimado oportunas en el presente recurso contencioso administrativo. Por tanto, carecería de sentido y sería contrario al principio de economía procesal anular la resolución administrativa y retrotraer las actuaciones al momento de notificarle dicho trámite de audiencia para que formule las mismas alegaciones que ya ha tenido ocasión de efectuar.

La parte actora manifiesta que esa omisión no puede entenderse subsanada por la posibilidad de recurrir en vía jurisdiccional, puesto que, teniendo en cuenta el plazo de duración del contrato (cuyo vencimiento tendrá lugar el 31 de diciembre de 2015) posiblemente cuando se resuelva el presente recuso no podrá tener ya el efecto de que proceda la ejecución del mismo, en caso de sentencia estimatoria.

Ahora bien, ese efecto no se solventa por la circunstancia de que ahora se acuerde la retroacción de actuaciones para que se le otorgue trámite de audiencia.

SEXTO.- Procederemos, pues, a analizar y resolver las alegaciones que efectúa frente al acto de exclusión anulado por el TACRC. Al respecto, considera que la presentación de la garantía es un defecto insubsanable que debe conllevar la exclusión de la oferta tal y como realizó el órgano de contratación.

Alega que si bien desde un punto de vista teórico se podría llegar a justificar la existencia de una mínima deficiencia en la redacción de la cláusula 17ª del PCPA, no es más que un error de transcripción de un artículo de la Ley, no obstante, los hechos ocurridos demuestran que la UTE UCALSA/PAREDES no pudo ser víctima de una confusión creada por el órgano de contratación, existiendo además falta de diligencia por su parte. Y ello por las siguientes razones: a) En el requerimiento de documentación previo a la adjudicación remitida por el órgano de contratación aparece la cifra de 20.500.000, 00 € como importe de adjudicación, al igual que en el acuerdo de 22 de marzo de 2013 de la mesa de contratación; b) Dispuso de 10 días hábiles para presentar la documentación y decidió voluntariamente presentarla el día en que finalizaba el plazo; c) el órgano de contratación, sin estar obligado a ello, se puso en contacto con la UTE ese mismo día 5 de abril para informarle sobre la insuficiencia de la garantía definitiva presentada; d) A pesar de ello, esperó hasta el día 9 de abril para la entrega de un nuevo aval por importe complementario de 196.006,24 €; e) Las empresas que conforman la UTE UCALSA/PAREDES, son operadores cualificados, expertos en la materia que son contratistas de numerosas administraciones públicas y por tanto habituados a constituir garantías definitivas para tales fines; f) la normativa en materia de garantías definitivas no ha sufrido modificación alguna durante los últimos 4 años, en los que las sociedades que conforman la UTE UCALSA/PAREDES han ejecutado numerosos contratos de suministro de alimentos para el Ministerio de Defensa y otras Administraciones.

SÉPTIMO.- El artículo 95 RDLeg. 3/2011 de 14 Noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) dispone, en cuanto a la exigencia de garantía, que "1. Los que presenten las ofertas económicamente más ventajosas en las licitaciones de los contratos que celebren las Administraciones Públicas deberán constituir a disposición del órgano de contratación una garantía de un 5 por 100 del importe de adjudicación, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido. En el caso de los contratos con precios provisionales a que se refiere el artículo 87.5, el porcentaje se calculará con referencia al precio máximo fijado.

No obstante, atendidas las circunstancias concurrentes en el contrato, el órgano de contratación podrá eximir al adjudicatario de la obligación de constituir garantía, justificándolo adecuadamente en los pliegos, especialmente en el caso de suministros de bienes consumibles cuya entrega y recepción deba efectuarse antes del pago del precio. Esta exención no será posible en el caso de contratos de obras y de concesión de obras públicas.



3. Cuando la cuantía del contrato se determine en función de precios unitarios, el importe de la garantía a constituir se fijará atendiendo al presupuesto base de licitación".

En el presente caso, a pesar de que se trataba de un contrato cuya cuantía venía determinada en función de precios unitarios, la cláusula 17ª del PCAP relativa la garantía definitiva establecía expresamente que "El licitador elegido deberá acreditar en el plazo de diez días hábiles, contados desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, la constitución de una garantía definitiva correspondiente al 5% del importe de la adjudicación (...) De no cumplir este requisito por causas imputables al mismo, la Administración procederá según lo dispuesto en el artículo 151.2 del TRLCSP".

El artículo 115 TRLCSP establece que "2. En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo. (...) 3. Los contratos se ajustarán al contenido de los pliegos particulares, cuyas cláusulas se consideran parte integrante de los mismos. La aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares corresponderá al órgano de contratación, que podrá, asimismo, aprobar modelos de pliegos particulares para determinadas categorías de contratos de naturaleza análoga".

Así pues, con independencia de la experiencia de la UTE adjudicataria en materia de contratación, lo cierto es que la misma, actuó conforme a lo indicado en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, las cuales constituye la ley del contrato, con fuerza vinculante para las partes contratantes, como se desprende del precepto transcrito y ha declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia de 16 de diciembre de 2013 -rec. 2882/2012 -, entre otras).

Tal y como señala el TACRC, la interpretación literal de la cláusula 17ª PCAP llevaba a la conclusión que adoptó la adjudicataria, esto es, que se refería al 5% del importe que había ofrecido y por el que se le había adjudicado el contrato, esto es, 15.937.091,07 €.

Y aunque se tratara de simple error de transcripción, según alega la recurrente, éste es imputable al órgano de contratación y no a la empresa adjudicataria, por lo que se comparte con el TACRC la apreciación de que resulta desproporcionada la exclusión de dicha empresa cuando actuó conforme a lo establecido en el Pliego.

El hecho de que en el requerimiento de documentación al adjudicatario se indicara como importe el de 20.500.000 euros ni implica que la cuestión estuviera clara, pues en la propuesta de adjudicación de la mesa de contratación, dicho importe se fija como máximo, señalándose que se propone la adjudicación "por los precios que figuran en su oferta y hasta un importe máximo de 20.500.000 €"

Por otro lado, ninguna negligencia puede imputarse a la adjudicataria por el hecho de que aportar la documentación el último día del plazo, pues, disponiendo de diez días hábiles, nada impide que pueda válidamente optar por presentarla e cualquiera de los días del plazo, ya sea el primero, el último o cualquiera de los intermedios, sin que pueda atribuírsele mala fe alguna por ello. Y en todo caso, la documentación presentada en esa fecha, conforme a la interpretación literal del pliego, era correcta.

Por tanto, procede confirmar la resolución del TACRC de 12 de junio de 2013, lo que nos lleva a analizar los motivos de impugnación referentes a la segunda de las resoluciones impugnadas esto es, la de 30 de julio de 2013.

OCTAVO.- En cumplimiento de la resolución de 12 de junio de 2013, cuya conformidad a derecho hemos declarado, se procedió a la adjudicación del contrato a la UTE UCALSA/PAREDES.

Contra ese acuerdo de adjudicación interpuso la UTE aquí recurrente, recurso especial en materia de contratación, que fue desestimado por el TACRC mediante resolución de 30 de julio de 2013, también objeto del presente recurso.

La recurrente fundamentaba su impugnación en los siguientes motivos: 1) Procede la exclusión de la oferta presentada por el adjudicatario por no ajustarse a las prescripciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, al no presentar todas las fichas técnicas; 2) no procede considerar contraria a la documentación administrativa la ficha de "pechuga de pavo congelado" por ella presentada, procediendo una nueva valoración de las ofertas; 3) la nulidad de la cláusula 7.5.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares, dada la interpretación de la misma por el órgano de contratación al aplicarla; y 4) la procedencia de la exclusión de todas las ofertas al no cumplirse los requisitos mínimos exigidos por la cláusula 8.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares, por no cumplir con los requisitos mínimos de las Especificaciones Técnicas de Subsistencias (ETS) para todos los productos o, en defecto de ETS aplicable, las características establecidas en las fichas Número OTAN de

Catálogo (N.O.C.).



NOVENO.- El TACRC desestima tales argumentos en base a las siguientes consideraciones:

1.- La cláusula 7.5.2 del pliego establece como criterio de valoración "la calidad de los artículos a suministrar". Este criterio de valoración no se aplica sobre la totalidad de los artículos objeto del suministro, sino sobre una muestra representativa de 30 artículos seleccionados por sus características e importancia de los relacionados en el Anexo 2 del pliego de cláusulas administrativas particulares, anexo que relaciona los 532 artículos identificados por número OTAN de catálogo (NOC) de los Artículos de Subsistencia de mayor consumo a efectos de la oferta económica (Lista 2).

La obtención de puntuación por este criterio de adjudicación se condiciona al

cumplimiento, para los 30 artículos seleccionados, de los factores de calidad mínimos establecidos en las Especificaciones técnicas de Subsistencias (ETS), siendo, consecuentemente, objeto de valoración la mayor calidad con respecto de esos factores mínimos de calidad.

Por último, para valorar la calidad de dichos artículos el pliego previene que los licitadores presentarán las fichas técnicas de fabricación de los artículos, que permitan corroborar su cumplimiento.

De esta cláusula del pliego resulta que las fichas técnicas de fabricación se han de presentar por los licitadores a los efectos de poder valorar el criterio de adjudicación relativo a la calidad de los artículos a suministrar seleccionados en el propio pliego, por tanto, la presentación defectuosa o la falta de presentación de alguna de aquellas fichas supondrá que la oferta del licitador no obtenga ningún punto de los posibles para este criterio.

Sin embargo, atendiendo al tenor literal de la cláusula 7.5.2 debe concluirse que la misma no establece, ni cabe deducirlo, que la falta de presentación de las fichas de fabricación determine la exclusión de la oferta, resultado que tampoco es el previsto en otros apartados del pliego de cláusulas administrativas particulares.

Por tanto, como pone manifiesto el órgano de contratación en su informe, la falta de presentación de la ficha técnica de alguno de los artículos seleccionados para la aplicación del criterio de adjudicación relativo a la calidad, no supone la exclusión del licitador sino la no obtención de puntuación con respecto de dicho criterio.

2.- La consideración de que la ficha presentada por la recurrente de "pechuga de pavo congelado" no se ajusta a la documentación exigida en los pliegos deriva de la composición del producto ofertado, ya que la oferta del recurrente no se refiere a "carne de pavo", que es lo exigido en el pliego, sino a un preparado cárnico según la definición del mismo contenida en artículo 2.3 a) del Real Decreto 1376/2003, de 7 de noviembre, por el que se establecen las condiciones sanitarias de producción, almacenamiento y comercialización de las carnes frescas y sus derivados en los establecimientos de comercio al por menor. Este precepto define los preparados cárnicos como "productos elaborados con las carnes o las carnes picadas, definidas en los apartados 1 y 2, a las que se les hayan añadido otros productos alimenticios, condimentos o aditivos y/o que hayan sido sometidas a un tratamiento insuficiente para modificar la estructura celular de la carne en la parte central de la superficie de corte y hacer desaparecer así las características de la carne fresca".

3.- La nulidad de la cláusula 7.5.2 del pliego no debe admitirse puesto que, de la

argumentación hecha por el recurrente para justificar la nulidad de pleno derecho de la referida cláusula, resulta que no predica el vicio invalidante de la cláusula en sí misma considerada, sino que considera que se pone de manifiesto con la interpretación que el órgano de contratación ha realizado del segundo párrafo de la misma, lo cual ha sido objeto de consideración al analizar la legalidad de la resolución de adjudicación objeto de impugnación en este recurso y, por tanto, cómo ha sido aplicada por el órgano de contratación.

4.- En cuanto a la alegación relativa a la procedencia de la exclusión de todas las ofertas por no cumplirse los requisitos mínimos exigidos por la cláusula 8.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares, por no cumplir con los requisitos

mínimos de las ETS para todos los productos o, en defecto de ETS aplicable, las

características establecidas en las fichas N.O.C., debe indicarse que la cláusula 7.5.2 del pliego establece como criterio de valoración "la calidad de los artículos a suministrar" que se aplica sobre una muestra representativa de 30 artículos seleccionados por sus características e importancia de los relacionados en el Anexo 2 del pliego de cláusulas administrativas particulares, condicionándose la obtención de puntuación al cumplimiento, para los 30 artículos seleccionados, de los factores de calidad mínimos establecidos en las Especificaciones técnicas de Subsistencias (ETS), siendo, consecuentemente, objeto de valoración la mayor calidad con respecto de esos factores mínimos de calidad.

Sin embargo, esta previsión de la cláusula 7.5.2 que condiciona la aplicación del criterio de adjudicación a que los artículos seleccionados alcancen los factores mínimos de calidad establecidos en las Especificaciones Técnicas de Subsistencias (ETS), no supone que en el suministro concreto que se realice sea posible incumplir

las reglas de calidad mínimas establecidas, puesto en la propia cláusula 7.5.2 advierte que "los factores de calidad serán verificados para todos los artículos a suministrar tras la formalización del contrato en la fase de homologación y clasificación de artículos del Plan de Calidad del servicio de Subsistencias, de conformidad con el punto 5.2.a) del PPT".

En este mismo sentido se pronuncia la cláusula 8.2 del pliego de cláusulas

administrativas particulares cuando especifica los factores de calidad de los artículos que sean suministrados durante la ejecución del contrato, para cuyo control, la cláusula 5.2 del pliego de prescripciones técnicas establece el "programa de Calidad del Servicio de Subsistencias" integrado por tres etapas: Homologación y clasificación de los artículos, y de las instalaciones del adjudicatario; seguimiento de la calidad de las entregas; y reclasificación de los artículos.

Consecuentemente, la presentación, a efectos de aplicar el criterio de adjudicación relativo a la calidad de artículos que, según sus fichas técnicas, no cumplan con los factores mínimos de calidad previstos en el pliego, sólo conlleva la no obtención de puntuación por dicho criterio, pero no que sea posible suministrar artículos que no cumplan con los estándares mínimos de calidad previstos en el pliego de cláusulas administrativas particulares, puesto que los factores de calidad de los artículos suministrados serán verificados para todos los artículos a suministrar tras la formalización del contrato en la fase de homologación y clasificación de artículos del Plan de Calidad del servicio de Subsistencias.

DÉCIMO.- La parte actora reitera, sustancialmente, los argumentos esgrimidos ante el Tribunal Central de Recursos Contractuales, y alega, en primer lugar, que la oferta presentada por la UTE adjudicataria debería haber sido excluida, toda vez que la misma no se ajustaba a las prescripciones contenidas en el Pliego, ya que la documentación incluida por dicha UTE en su proposición no permitía la evaluación de los criterios de valoración, pues no aportó las fichas técnicas de los 30 productos seleccionados.

No cuestiona que, como señala el órgano de contratación y el TACRC, la cláusula 7.5.2 del PCAP regule un criterio de valoración y que, en caso de no cumplirse las exigencias previstas respecto de los factores de calidad, ello deba incidir directamente sobre la puntuación obtenida en el citado criterio. Ahora bien, considera que ello no es óbice para que, en aquellos supuestos en los que no se pueda proceder a la valoración de dicho criterio, dada cuenta de que no se ha incorporado, entre la documentación remitida para la licitación, las 30 fichas técnicas de fabricación de los 30 artículos descritos en el PCAP, ello deba conllevar inexorablemente la exclusión de dicha proposición toda vez que la misma no cumple con los requisitos exigidos por el PCAP.

UNDÉCIMO.- La cláusula 7.5. del PCAP establece que los criterios objetivos para la valoración se las ofertas, que servirá de base para la adjudicación, serán el precio (76%) y la calidad del suministro (24%).

Para este último criterio de valoración el apartado 7.5.2 dispone literalmente bajo la rúbrica "calidad de artículos a suministrar":

<< Valoración por el Órgano de Contratación sobre una muestra representativa de 30 artículos seleccionados por sus características e importancia de los contenidos en la lista del ANEXO 2 del PCAP.

La obtención de la puntuación en este criterio quedará condicionada al cumplimiento, para los 30 artículos seleccionados, de los factores de calidad mínimos establecidos en las ETS (Especificaciones Técnicas de Subsistencias).

Los factores de calidad serán verificados para todos los artículos suministrar tras la formalización del contrato, en la fase de homologación y clasificación de artículos del Plan de Calidad del Servicio de subsistencias, de conformidad con el punto 5.2 a) del PPT. En cada uno de los 30 artículos seleccionados, que figuran en el Anexo 3, se señala un extracto de calidades recogidas en las ETS y un factor concreto de calidad con una descripción, valor o rango de valores asociados que,

al superar los mínimos de las ETS, supondrán una mayor calidad, que será objeto de puntuación.

Para todo aquel artículo ofertado que, además de cumplir con las exigencias mínimas de calidad referidas, mejore la calidad en el factor y valor especificados en el Anexo 3 se obtendrán 0,8 puntos.

Todo aquel artículo que se limite a cumplir en calidad con lo establecido en las ETS obtendrá 0 puntos.

De esta forma, la puntuación total del criterio responderá a la siguiente fórmula:

$B = 0,8 \times \text{NÚM. ARTÍCULOS CON MAYOR CALIDAD}$

Para proceder a dicha valoración el licitador presentará las fichas técnicas de fabricación de los artículos que permitan corroborar su cumplimiento. Los documentos que acrediten los anteriores parámetros de calidad



deberán ser originales, estar validados por la empresa fabricante, y corresponder a artículos que se encuentren efectivamente en estado de producción y comercialización>>.

Así, de esta cláusula se desprende que la obligación de presentar las fichas técnicas de los 30 productos seleccionados, lo es exclusivamente a efectos de valorar la mayor calidad de estos productos, pues si sólo cumplen los requisitos mínimos establecidos en las ETS (Especificaciones Técnicas de Subsistencias), la valoración es cero.

El cumplimiento de estos factores de calidad mínimos (ETS) para todos los productos se verifica tras la formalización del contrato, en la fase de homologación y clasificación, y por ello sólo se exige en momento la presentación de las ofertas, la aportación de las fichas técnicas de los 30 productos seleccionados para valorar esa mayor calidad. Por tanto, la no aportación de las citadas fichas no determina la exclusión de la oferta, pues no tienen por finalidad acreditar el cumplimiento de un requisito exigible para su admisión, sino aplicar un criterio de valoración.

Así, en el caso de la adjudicataria cuatro de las fichas técnicas presentadas (canelones a la italiana congelado, albóndiga mixta congelada, hamburguesa mixta congelada y flamenquín de york congelado) no era correctas puesto que no informaban sobre la empresa fabricante, y por ello, ante la imposibilidad de proceder a la valoración, la puntuación en este apartado fue cero, con los efectos correspondientes en la valoración total.

Hay que señalar, no obstante, que de admitirse la interpretación que sostiene la recurrente, también debería quedar excluida su oferta, puesto que tampoco presentó correctamente todas las fichas técnicas, ya que la correspondiente a uno de los productos ofertados (pechuga de pavo congelado) no se correspondía con la composición exigida en el pliego, y por ello no obtuvo valoración alguna en este apartado.

DUODÉCIMO.- En segundo lugar, considera que la actuación del órgano de contratación al interpretar y determinar el alcance de la cláusula 7.5.2 PCAP y otorgar cero puntos en el apartado de calidad a todas las ofertas, es nulo de pleno derecho, pues su aplicación correcta ha de llevar a puntuar aquellas fichas que se presentaron correctamente.

Tampoco este argumento puede ser acogido, pues la cláusula 7.5.2 establece expresamente que "la obtención de la puntuación en este criterio quedará condicionada al cumplimiento, para los 30 artículos seleccionados, de los factores de calidad mínimos establecidos en las ETS (Especificaciones Técnicas de Subsistencias)"

Así, como se indica en la resolución impugnada, el Pliego exige como condición para poder otorgar puntuación alguna por ese criterio, que se cumplan los factores de calidad mínimos establecidos en las ETS (Especificaciones Técnicas de Subsistencias) para todos los 30 artículos seleccionados, y por ello es necesario que se aporten todas las fichas técnicas de los mismos, sin que quepa aplicar el principio de proporcionalidad en función de las fichas aportadas. Una vez que se cumple esta condición, se procede a la valoración del factor de calidad, de modo que, para aquellos productos que además de cumplir con las exigencias mínimas de calidad, mejoren esa calidad en el factor y valor especificados en el Anexo 3 se otorgan 0,8 puntos.

Expuesto lo anterior, no puede afirmarse, pues, que el órgano de contratación realizara una interpretación arbitraria de la citada cláusula.

Procede, pues, desestimar el recurso, lo que hace innecesario analizar la pretensión de indemnización articulada en el último Fundamento de la demanda.

DÉCIMO TERCERO.- Las costas se imponen a la parte recurrente cuyas pretensiones son desestimadas, de conformidad con el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional .

VISTOS los preceptos constitucionales y legales citados y los demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo nº 295/2013, interpuesto por la representación procesal de la **UTE EMS SHIPS SUPPLY, S.A/UTI SLI, S.A, contra las resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 12 de junio y 30 de julio de 2014, dictadas en el expediente de contratación de "suministro abierto de víveres para buques, unidades e instalaciones de la Armada del Ministerio de Defensa".**

Con imposición de costas a la parte recurrente.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, con indicación de que frente a la misma cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que se preparará mediante escrito presentado en esta Sala en el plazo de diez días desde la notificación de la misma.



Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso-, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ