



Expte.: R-73/2017

ACUERDO 6/2018, de 23 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por la mercantil “Distrivisual, S.L.” contra la adjudicación del servicio de limpieza de los edificios dependientes del Ayuntamiento de Tudela.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 17 de agosto de 2017 el Ayuntamiento de Tudela remitió a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea el anuncio de licitación del contrato para el servicio de limpieza de los edificios dependientes del mismo, que fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea número S160 del 23 de agosto de 2017. Igualmente con fecha 17 de agosto de 2017 se publicó el anuncio de licitación en el Portal de Contratación de Navarra.

SEGUNDO.- En dicha licitación presentan ofertas las empresas “Optima Facility Services, S.L.”, “Distrivisual, S.L.” y “Clece, S.A.”. Examinadas las ofertas y hecha su valoración, la Mesa de Contratación en su sesión de 31 de octubre de 2017 acuerda elevar propuesta de adjudicación del contrato a favor de “Optima Facility Services, S.L.” por importe de 891.862,82 euros de conformidad con la oferta presentada. De acuerdo con la oferta presentada, redactada según el modelo de proposición establecido en el pliego, dicha cantidad económica corresponde a 46.003,51 horas anuales de trabajo. Igualmente figuran los precios/hora para futuras ampliaciones por 19,39 euros (IVA excluido) y 21,33 euros (IVA excluido) para servicios esporádicos.

Con posterioridad el Técnico de Servicios Contratados elabora un informe fechado el día 10 de noviembre de 2017 en el que considera que las horas reflejadas en el Anexo VII del Pliego (46.213,50) son las necesarias y mínimas para un correcto servicio público.

Considera que para ello se debe hacer una ampliación del contrato en 210 horas para la Escuela de Música que al precio de 19,39 euros/hora (precio de las ampliaciones de contrato) hace un total de 4.071,90 euros por lo que la oferta global ascendería a un total de 895.934,75 euros (IVA excluido). Señala también que la simulación con la ampliación a 210 horas no alteraría el orden de prelación de las ofertas presentadas (aun cuando se trate del criterio de adjudicación del precio más bajo). Asimismo se adjunta como anexo del informe un correo electrónico de la empresa “Optima Facility Services, S.L.”, de fecha 24 de octubre de 2017, en el que se ratifica en su oferta es de 46.003,51 anuales.

La Concejala Delegada de Oficina Técnica y Servicios Contratados eleva propuesta de Acuerdo a la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Tudela el día 21 de noviembre de 2017 en la que, previa motivación, propone adjudicar el contrato a “Optima Facility Services, S.L.” con un importe anual de 895.934,72 euros (IVA excluido) y 46.213,50 horas anuales, propuesta que fue aprobada sin cambios por la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Tudela el día 24 de noviembre de 2017, comunicándose el Acuerdo de la Junta de Gobierno a todos los licitadores por medio del correo electrónico.

TERCERO.- “Distrivisual, S.L.” que manifiesta haber recibido la comunicación de la adjudicación del contrato por correo electrónico el día 29 de noviembre de 2017, interpone reclamación en materia de contratación pública contra la adjudicación del contrato el día 5 de diciembre de 2017. Dicha reclamación se fundamenta en las siguientes alegaciones, que se exponen en síntesis:

a) Que en el Anexo VI del Pliego se establece que el total de horas anuales en las que se prestará el servicio serán aproximadamente 46.200 horas y en el Anexo VII se

determina que serán 46.213,50 horas, habiéndose publicado en anuncio de licitación una aclaración el día 6 de septiembre de 2017 señalando que en caso de discrepancia prevalecería el cómputo de 46.213,50.

De las 3 ofertas presentadas, la oferta de la adjudicataria es la única que ha presentado una cifra inferior de horas, en concreto 46.013,51 horas anuales, es decir, 199,99 horas menos que las otras dos ofertas.

b) Esas 200 horas no ofertadas por la adjudicataria son esenciales, en primer lugar, porque el Pliego es la ley del contrato. Además, en la aclaración publicada en el Portal de Contratación el día 6 de septiembre de 2017 se estableció que tendrían primacía las horas del Anexo VII, es decir, 46.213,50. Por último, la resolución de la adjudicación, en su considerando 3º dice *“Que bajo Informe del Técnico de Servicios Contratados, las 210 horas no ofertadas se consideran necesarias para un correcto servicio por lo que se deberían realizar, y dicha ampliación no altera de ningún modo el orden de las Licitadoras; por cuanto ampliando la oferta de OPTIMA FACILITY SERVICES, S.L. esas 210 horas, el orden de prelación no variaría quedando de la siguiente manera: ...”*

c) Que existe una actuación arbitraria, contraria al principio de igualdad y no discriminación, ya que el Ayuntamiento acepta una oferta con 210 horas menos bajo el razonamiento de que se ha originado confusión en la empresa adjudicataria con la publicación de la aclaración en el Portal de Contratación, confusión que no han tenido las otras dos empresas licitadoras. Pero además de aceptar la oferta, el Ayuntamiento subsana la oferta sumando las 200 horas que faltan y recalcula el precio de la oferta a 19,39 euros/hora, que es el precio que corresponde a “futuras ampliaciones”, frente a los 17,37 euros/hora que es el precio que resulta de las horas ofertadas por la adjudicataria.

d) Que la empresa adjudicataria debe ser excluida del procedimiento de licitación por no presentar una oferta con la totalidad de las horas de limpieza establecidas en el pliego.

En consecuencia solicita que se anule la adjudicación del contrato efectuada por la Junta de Gobierno Local o bien, se excluya de la licitación “Optima Facility Services, S.L.” y se adjudique el contrato a “Distrivisual, S.L.”

CUARTO.- Con fecha 15 de diciembre de 2017 el Ayuntamiento de Tudela aporta el expediente de contratación y presenta las siguientes alegaciones, que se exponen en síntesis:

a) Que el artículo 6,1 del pliego establece un valor estimado que fija en la cantidad de 2.851577,92 euros (IVA excluido) calculado en base al número de horas que debe realizar el personal fijo que va a ser subrogado por la adjudicataria –además de otros factores- que según el Anexo VII es aproximadamente 46.200 horas anuales. La Mesa de Contratación entendió que esas horas tienen un carácter orientativo y aproximado.

Por esa misma razón, y puesto que no se sabe el número de horas anuales que se van a necesitar, los licitadores debían ofertar también el precio/hora para futuras ampliaciones y el precio/hora para servicios esporádicos, que en el caso de “Optima Facility Services, S.L.” ascendieron a 19’39 euros/hora y a 21,33 euros/hora.

b) Que si bien en la oferta de “Optima Facility Services, S.L.” se preveían 210 horas menos de las que figuran en el Anexo VIII este dato de horas es aproximado y no se considera de obligado cumplimiento, es la que ha obtenido la mayor puntuación y reúne todas las exigencias establecidas en el pliego de condiciones. Considera que es totalmente improcedente la exclusión de la oferta por incumplimiento del pliego. En apoyo de sus tesis cita el Acuerdo 64/2017, de 18 de octubre, de este Tribunal (R-54/2017, Ingeniería y Prevención de Riesgos, S.L. contra SCPSA) en donde se sostiene la doctrina de que no se debe excluir a los licitadores por defectos en la documentación de carácter formal no esencial que son subsanables.

En consecuencia solicita la desestimación de la reclamación.

QUINTO.- Con fecha 21 de diciembre de 2017 “Optima Facility Services, S.L.” presenta sus alegaciones que se exponen en síntesis:

a) Que la actuación de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Tudela se limita a realizar una interpretación coherente de lo señalado en el Pliego que entiende que las horas del contrato eran estimativas por lo que ha actuado en todo momento de buena fe y buscando dar cumplimiento al Pliego y a las aclaraciones publicadas en el Portal de Contratación. Que de existir alguna confusión en ningún caso sería imputable a “Optima Facility Services, S.L.”

b) Que en la apertura pública de proposiciones no se realizó ninguna manifestación por los otros licitadores que conocieron, en ese momento, el número de horas ofertado. Que en el caso de estimarse la reclamación ello nunca debería conllevar la exclusión de su oferta puesto que en todo momento ha estado siguiendo las instrucciones de la entidad adjudicadora. Es innegable que no estamos ante un caso de modificación de la oferta ya que su oferta nunca ha variado.

c) Que “Optima Facility Services, S.L.” ha actuado con total transparencia y siguiendo el Pliego, dando las respuestas oportunas y siguiendo en todo momento las instrucciones del Ayuntamiento, de tal forma que al ser su oferta la más económica los principios de antiformalismo de la licitación y de búsqueda de la máxima concurrencia así como el carácter restrictivo de la exclusión de los licitadores conllevan que deba desestimarse la reclamación presentada.

En consecuencia solicita la desestimación de la reclamación.

SEXTO.- Con fecha 21 de diciembre de 2017 “Clece, S.A.” presenta un escrito de alegaciones en el que señala que los pliegos rectores de la contratación no resultaron correctamente definidos y, por tanto, resultan contrarios a Derecho, por lo que considera que se debe declarar la nulidad del procedimiento.

Considera que la interpretación de la Mesa de Contratación al considerar las horas señaladas en el Pliego como meramente estimativas determina la inconsistencia de los Pliegos si bien, en estos momentos, los licitadores no pueden proceder a la impugnación de éstos, salvo que el Tribunal considere que concurre nulidad radical o de pleno Derecho.

Considera que esa indefinición sobre el número de horas anuales, sobre la cuál se debe elaborar la oferta, hace imposible que las ofertas puedan ser examinadas y comparadas en condiciones de transparencia e igualdad de trato entre los licitadores sin que resulte suficiente la anulación de la licitación y la ordenación de una nueva, pues la indefinición de los pliegos implicaría que la decisión continuase siendo contraria a Derecho, por lo que procede declarar la nulidad de los pliegos rectores de la licitación y, en consecuencia, de todo el procedimiento de licitación.

En consecuencia solicita que se acuerde la declaración de nulidad del procedimiento de licitación con todo lo demás que sea procedente en Derecho.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La reclamación se presenta contra la adjudicación de un contrato por parte de un poder adjudicador de los contemplados en el artículo 2 LFCP.

La reclamación ha sido interpuesta en tiempo y forma, por una persona legitimada y fundamentada en los motivos legalmente tasados, todo ello de acuerdo con los requerimientos del artículo 210 LFCP.

SEGUNDO.- Constituye el objeto de la reclamación el acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Tudela en Sesión celebrada con fecha 24 de noviembre de 2017 en cuya virtud tiene lugar la adjudicación a “Optima Facility Services, S.L.” del contrato de limpieza de edificios municipales dependientes del Ayuntamiento de Tudela, por un importe anual de 895.934,72 euros, IVA excluido, y

46.213, 50 horas anuales; y unos precios hora de 19,39 euros y 21,33 euros, IVA excluido, para futuras ampliaciones y servicios esporádicos, respectivamente.

Por su parte, el objeto de la pretensión viene constituido por la anulación del citado acto de adjudicación del contrato y el fundamento de la misma consiste en la invocación del hecho de que en dicho acto administrativo el órgano de contratación subsana de oficio la oferta formulada por la adjudicataria en el seno del procedimiento de licitación, toda vez que dicha adjudicación lo es por las 46.213,50 horas anuales previstas en el pliego, mientras que la oferta presentada refiere 46.013,51 horas anuales; circunstancia que para el reclamante, en base a los motivos esgrimidos en el escrito de reclamación, debió tener como consecuencia jurídica la exclusión de la oferta de la adjudicataria del procedimiento de licitación.

Así, alega el reclamante que de conformidad con lo establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) regulador del contrato las horas anuales a ofertar por los licitadores son las indicadas en el Anexo VII del mismo, es decir, 46.213, 50 horas; motivo por el cual la empresa adjudicataria, sostiene, debió haber sido excluida del proceso por realizar una oferta económica en base a 46.013,51 horas anuales, 200 horas menos que las establecidas en el citado Anexo. Añade, en este sentido, que el número de horas dedicadas a la limpieza de cada edificio municipal constituye un dato esencial de la propuesta técnica de cada licitador, siendo que no cabe hacer subsanaciones de oficio por parte de la propia Administración, sino que, debe ser el licitador quien, dentro del plazo de subsanación, rectifique su error u omisión y no la Administración quien lo rectifique, de forma arbitraria, en la propia resolución de adjudicación del contrato.

Apunta, además, que las 200 horas no ofertadas por la adjudicataria tienen carácter esencial, entre otros motivos, por así establecerse en la propia resolución de adjudicación, en la medida en que determina que las mismas “*son necesarias para un correcto servicio, por lo que se deberán realizar*”, de manera que reconoce que el total de horas anuales a ofertar es el establecido en el Anexo VII del PCAP; sin que quepa alegar que dicha omisión de horas se debe a una confusión generada por una de las

aclaraciones realizadas a los pliegos y, mucho menos, de manera arbitraria subsanarla de oficio, ampliando la oferta en 200 horas y fijando, además, que el precio de las mismas se corresponde con el ofertado por la adjudicataria para el supuesto de “futuras ampliaciones” y no el precio hora aplicado por ésta para las 46.013,51 horas ofertadas.

La entidad contratante sostiene que del PCAP no se infiere, en modo alguno, que las horas anuales reflejadas en el Anexo VII sean un mínimo de obligado cumplimiento de tal suerte que la oferta que realizó la adjudicataria debiera haber sido excluida, sino todo lo contrario: las horas indicadas en el citado Anexo tienen carácter orientativo y aproximado; y ello habida cuenta que no se sabe a priori el número de horas que se necesitarán. Por ello, concluye que la actuación de la mesa de contratación fue adecuada a derecho, en tanto que interpretó, respecto de la oferta de la adjudicataria, que si bien se preveían 210 horas menos que las que figuraban en el Anexo VII, al ser éstas orientativas, la oferta presentada reúne todas las exigencias establecidas en el pliego de condiciones; resultando improcedente su exclusión por incumplimiento del pliego, y ello en base a la doctrina de este Tribunal en relación con la aplicación de un criterio antiformalista y restrictivo en el examen de las causas de exclusión de las proposiciones.

La adjudicataria del contrato al comparecer en el presente procedimiento de reclamación solicita la desestimación de la misma, poniendo de manifiesto que conforme al PCAP las horas contempladas en el Anexo VII son estimativas y no un mínimo de obligado cumplimiento, y que el órgano de contratación con fecha 21 de septiembre de 2017 publicó en el Portal de Contratación de Navarra una aclaración sobre las horas obligatorias a prestar en la escuela de música Castel Ruiz que conllevaba una reducción de 210 horas respecto las inicialmente previstas; siendo éste el motivo, a ella no imputable, de las horas contempladas en su oferta.

Indica, asimismo, que la actuación de la Junta de Gobierno Local no puede calificarse de arbitraria en la medida en que ante una posible confusión por la aclaración al pliego realizada, se limita a realizar una interpretación coherente con lo establecido en el pliego; apuntando su disposición a ejecutar las 210 horas no previstas, por cuanto si no las incluyó en su oferta inicial fue por la publicación de la aclaración antes citada.

Aduce que su oferta es la más económica y siendo el precio el único criterio de adjudicación, su exclusión por el motivo alegado por la reclamante además de desproporcionado frustraría el objetivo perseguido por el pliego y por el interés público, toda vez que la adjudicación recaería sobre una oferta que no era la más económica de las presentadas; añadiendo, en este sentido, que su oferta es la más económica por el precio /hora ofertado, no porque las horas ofertadas sean 210 más o menos, ya que con 210 más a las indicadas en la oferta también son la oferta más económica.

Finalmente, apunta que la estimación de la reclamación presentada en ningún caso debe conllevar su exclusión, sino la aclaración / adaptación de la oferta realizada; aclaración que, en ningún caso, supondría modificación de la oferta, ya que los criterios de misma no se han visto modificados y el acuerdo de adjudicación se limita a la aplicación en todo momento de los mismos.

La tercera licitadora que ha presentado proposición en el procedimiento de referencia comparece en el presente procedimiento solicitando la nulidad del mismo, por entender que existe una discrepancia en los pliegos en cuanto a las horas anuales a ofertar a la vista de la cláusula sexta y Anexo VII del PCAP, de las cláusulas tercera y sexta del PPT y de la aclaración publicada en el Portal de Contratación de Navarra con fecha 6 de septiembre de 2017; discrepancia que ha surgido a resultas de la interpretación efectuada por la mesa de contratación y que ha impedido a los licitadores la impugnación de los mismos, y que hace imposible que en dicho aspecto las ofertas puedan ser examinadas en condiciones de transparencia e igualdad de trato entre los licitadores.

TERCERO.- Con carácter previo al análisis de los distintos motivos de impugnación alegados resulta preciso puntualizar que son dos las cuestiones a las que todos los interesados en el procedimiento hacen referencia, a saber, si las horas anuales previstas en el Anexo VII del PCAP son de obligado cumplimiento u orientativas, con las consecuencias que de tal consideración se deriva en relación con la procedencia o no de exclusión de ofertas que no alcancen tal límite, y la denominada por ellos

subsanación de tal extremo realizada de oficio por el órgano de contratación en relación con la oferta de la adjudicataria del contrato, cuyo alcance y relevancia merece un tratamiento diferenciado.

La primera de las cuestiones citadas está directamente relacionada con la pretensión de nulidad del procedimiento de licitación aducida por una de las terceras interesadas que han comparecido en el presente procedimiento de reclamación; cuestión que por razones de índole procesal resolveremos en primer lugar, toda vez que una eventual estimación de la misma haría innecesario el examen del resto de motivos de impugnación alegados por las partes.

Así, “Clece, S.A.”, afirma en el escrito de alegaciones presentado que existe una discrepancia en los pliegos que afecta a las horas anuales a ofertar, que ha surgido a resultas de la interpretación de la mesa de contratación, y que determina la anulación del procedimiento de licitación. Añade que la indefinición de los pliegos sobre el número de horas anuales en base a la cual hay que realizar las ofertas hace imposible que en estos aspectos (horas) las ofertas puedan ser examinadas y comparadas en condiciones de transparencia e igualdad de trato; indefinición de los pliegos que no quedaría subsanada con la anulación de la adjudicación y que ha dado lugar a una interpretación contraria a derecho por parte del órgano de contratación.

Este Tribunal ha puesto de manifiesto de manera reiterada - por todos, Acuerdo 64/2016, de 28 de diciembre - que el Pliego constituye la ley del contrato, de forma que si no es impugnado en su momento, quedan consentidas y firmes sus cláusulas y en consecuencia vinculan a todos, Administración y contratistas, y por esa razón todas las incidencias del contrato, su ejecución, y los derechos del contratista y las facultades de la Administración se deben ajustar estrictamente a lo previsto en tales Pliegos; y ello como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades como el denominado “pacta sunt servanda”, con los corolarios del imperio de la buena fe y del non licet contra los actos propios, tal y como razona la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2001 en la que se afirma que *“esta Sala Tercera ha recordado, en sentencia de 6 de febrero de 2001, la conocida*

*doctrina jurisprudencial en cuya virtud el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como los que soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar, en ningún momento, las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus propios actos, cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones que, obviamente, pretendía”.*

En consecuencia, la falta de impugnación de los Pliegos hace inviable la posibilidad de que se invoque posteriormente su supuesta improcedencia o ilegalidad para impugnar la adjudicación, tanto más cuando que existe un trámite especialmente concebido para poder impugnar los citados Pliegos en su fase inicial mediante la reclamación frente a los anuncios de licitación, los Pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

Así lo ha recogido la jurisprudencia que resume la Sentencia de la Sala de lo Contencioso–Administrativo de la Audiencia Nacional, de 17 de febrero de 2016: “(...)Como hemos expuesto y puso de manifiesto el TARCR, en el supuesto enjuiciado la impugnación tuvo lugar con ocasión de la adjudicación del contrato, sin que se hiciera cuestión alguna o fueran recurridos con anterioridad los Pliegos. Con carácter general, conforme a reiterada jurisprudencia, como nos recuerda la STS de 26 de noviembre de 2012 (casación 2322/2011, FJ 9º) que a su vez recuerda lo dicho por las de 19 de julio de 2000 (recurso 4324/94), 17 de octubre de 2000 (recurso 3171/95 ), 24 de junio de 2004 (recurso 8816/99), 4 de abril de 2007 (recurso 923/04) y 27 de mayo de 2009 (recurso 4580/06), «el pliego de condiciones es, en buena medida, que vincula a las partes del mismo».

*Por ello, no es posible impugnar los pliegos de cláusulas con ocasión o con posterioridad a la adjudicación del contrato, ya que se presume la aceptación de los mismos por quienes participan en el procedimiento de adjudicación, sin que nadie*

*pueda ir contra sus propios actos. En este sentido, la STS de 9 de febrero de 2001 (casación 1090/1995 FJ 2º), recordando lo dicho por las anteriores de 18 de abril de 1986, 3 de abril de 1990 y 12 de mayo de 1992 (por más identificación) dice que «[e]l pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como quienes soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar en ningún momento las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta, y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus “propios actos” [...]»; Así lo hemos reiterado en SsAN de 25 de marzo de 2015 (recursos 193/2013 y 180/2013, FFJJ 3º).*

*Esta doctrina obliga a quien sostiene la ilegalidad de las cláusulas de los pliegos, como ocurre en el presente recurso, a impugnarlas con carácter previo. No puede, si da por bueno los pliegos que no ha combatido, a cuestionar su contenido con ocasión de la adjudicación del contrato, que se produjo o tuvo lugar conforme a la «ley del contrato».*

*Lo dicho nos lleva a confirmar el acuerdo del TARCR, sin más razonamientos y sin que proceda que esta Sala se pronuncie sobre el contenido de los pliegos y sus condiciones, toda vez que en este caso no pueden ser objeto de revisión con ocasión de la impugnación del acto de adjudicación, rechazando con ello las subsidiarias pretensiones formuladas puesto que exceden del objeto del presente recurso. (...)*

La única excepción a esta doctrina es que se aprecie la concurrencia de causa de nulidad de pleno derecho en los Pliegos, con el carácter excepcional que caracteriza a la nulidad radical y con la interpretación restrictiva de que la misma ha de ser objeto. Interpretación sobre la que el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de diciembre de 2007 (recurso 634/2002), destaca que “*toda acción de nulidad contra los pliegos debe dejar a salvo el indicado principio de buena fe y la seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando incluso, en su día a la adjudicación*”;

Por tanto, en los supuestos de impugnación de los pliegos a través de sus actos de aplicación, tal y como pusimos de relieve en nuestro Acuerdo 61/2017, de 6 de octubre, frente al mero análisis objetivo de si el vicio del pliego alegado por el recurrente es constitutivo o no de nulidad de pleno derecho, debe analizarse también si se alega con quebranto de las exigencias de la buena fe, por haberse podido alegar en el recurso contra los pliegos interpuesto en tiempo y plazo por un licitador razonablemente informado y normalmente diligente; lo que daría prioridad, en la ponderación de derechos e intereses antes reseñada, al mantenimiento de la inatacabilidad del pliego; que no debe olvidarse debe constituir la regla general. Imponiéndose un análisis, caso por caso, no sólo del vicio de nulidad de pleno derecho alegado frente al pliego una vez caducado el plazo de interposición de la reclamación contra el mismo, sino también de si la concreta impugnación en tal sentido ejercitada conculca el principio de buena fe antes citado.

La Sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2015 (asunto C-538/13) aborda, entre otras cuestiones, el plazo para impugnar las cláusulas contenidas en el Pliego cuando los licitadores no pueden comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informa exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. En estos casos, de acuerdo con lo argumentado en la Sentencia con fundamento en las Directivas de recursos, el vencimiento del plazo establecido en el Derecho nacional para impugnar las condiciones de la licitación no impide que puedan cuestionarse algunas de estas condiciones al impugnar la decisión de adjudicación del contrato, pero sólo en el caso de que un licitador razonablemente informado y normalmente diligente no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. La sentencia llega a la siguiente conclusión: *“58 En consecuencia, procede responder a la primera cuestión prejudicial, letra c), que el artículo 1, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 89/665 y los artículos 2, 44, apartado 1, y 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18 deben interpretarse en el sentido de que exigen que un derecho de recurso relativo a la legalidad de la licitación sea accesible, tras el vencimiento del plazo previsto por el*

*Derecho nacional, a un licitador razonablemente informado y normalmente diligente que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. Tal recurso podrá interponerse hasta que finalice el plazo de recurso contra la decisión de adjudicación del contrato”.*

Así pues, procede examinar, en primer término, la concurrencia en los pliegos reguladores del contrato del vicio de nulidad de pleno derecho alegado, analizando después, en caso de concluirse la existencia del mismo, si la impugnación -en atención al momento procedimental en que se ejercita- se realiza o no conculcando las exigencias del principio de buena fe.

A tales efectos, se advierte que las proposiciones de los licitadores deben ajustarse a lo que se establece en los pliegos y que su presentación supone la aceptación incondicionada de la totalidad de las cláusulas; siendo el pliego de prescripciones técnicas ley entre partes -no sólo lo es el de cláusulas administrativas -, y, por tanto, su cumplimiento es una condición exigible a todas las ofertas para que puedan compararse, con la finalidad de poder determinar cuál es la más ventajosa económicamente; siendo el órgano competente para la valoración de las ofertas quien debe verificar que las ofertas cumplen las especificaciones técnicas fijadas en el pliego para determinar cuáles pueden ser objeto de valoración.

En el caso concreto que nos ocupa, la controversia y la indefinición alegada versan sobre si las horas anuales de servicio de limpieza indicadas en el Anexo VII del PCAP constituye un mínimo de obligada observancia para los licitadores a la hora de formular su oferta, tal y como sostiene la reclamante y la tercera interesada, o bien, como sostienen la entidad contratante y la adjudicataria, tienen carácter orientativo; cuestión a dilucidar que tiene, además, incidencia directa en la procedencia o no de la exclusión de la adjudicataria, toda vez que es un hecho admitido por todas las partes que la oferta por ella formulada no alcanza el número de horas fijado en tal anexo, y que determina la necesidad de examinar la regulación que sobre tal extremo contienen los pliegos reguladores del contrato.

Análisis que, dada la configuración de los pliegos como ley del contrato, debe realizarse aplicando las reglas correspondientes a la interpretación de las normas jurídicas, donde el artículo 3 del Código Civil determina que *“las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”*; criterio gramatical de interpretación de las normas según el cual el intérprete ha de atender al significado gramatical de las palabras que componen la norma, y que persigue que nunca se fuerce el tono literal de las normas con interpretaciones que excedan de los límites de aquello que sea razonablemente comprensible.

En relación con la interpretación de las cláusulas de los pliegos, la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales 191/2012, de 12 de septiembre, recuerda que *“es necesario destacar que, sobre la interpretación de los contratos en general y sobre la de los contratos públicos en particular ha tenido ocasión de pronunciarse la jurisprudencia en múltiples ocasiones y en las resoluciones de este Tribunal hemos recogido reiteradamente sus pronunciamientos. No podemos olvidar que los contratos públicos son, ante todo, contratos y que las dudas que ofrezca su interpretación deberán resolverse de acuerdo con las previsiones establecidas en el TRLCSP y, en caso de que esto no fuera posible, de acuerdo con el Código Civil.*

*En este sentido cabe citar, en primer lugar, que de acuerdo con una inveterada jurisprudencia, los pliegos constituyen la ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación de manera que no pueden alterar unilateralmente sus cláusulas en perjuicio de los licitadores y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá de estarse al sentido literal de sus cláusulas, recogiendo así el principio “in claris non fit interpretatio” (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 marzo 2001, de 8 junio de 1984 o sentencia de 13 mayo de 1982), y el 1.288 que las dudas sobre la interpretación de las cláusulas contenidas en los contratos se haga en el*

*sentido más favorable para la parte que hubiera suscrito un contrato –en este caso para cualquiera de los licitadores puesto que es necesario respetar el principio de concurrencia-, ya que su oscuridad no puede favorecer los intereses de quien la ha ocasionado (sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2000 que sigue una línea consolidada en sentencias como las de 2 noviembre 1976, 11 octubre y 10 noviembre 1977, 6 febrero y 22 junio 1979 y 13 abril y 30 mayo 1981).*

*Jurisprudencia más reciente como la que se deriva de la Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2009 se refiere a la interpretación literal o teleológica (si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas, artículo 1.281 del Código Civil) y también a la propia interpretación lógica de las cláusulas del contrato. No se puede olvidar que el artículo 1.282 del Código Civil, en relación con el alcance y contenido de las reglas interpretativas en materia contractual, exige tener en cuenta para juzgar de la intención de los contratantes, los actos de aquéllos coetáneos y posteriores al contrato.”*

En esta labor interpretativa debe tenerse en cuenta, asimismo, que los pliegos de un procedimiento de licitación constituyen un conjunto de normas, y así, para conocer el significado de una cláusula, es necesario considerarla con aquellas otras relacionadas con la misma.

Así, la cláusula primera del PCAP establece que “1.5. *La realización del servicio contratado se prestará en las condiciones que se establezcan en la propuesta realizada por el adjudicatario del mismo, que nunca serán inferiores a las marcadas en el pliego de condiciones administrativas y técnicas*”.

Por su parte, la cláusula sexta, al regular el valor estimado del contrato indica que “6.1. *El valor estimado del contrato se fija en una cantidad máxima de 2.851.577,92 €, IVA excluido, incluidas todas sus prórrogas; calculado en base al número de horas anuales a realizar por el personal fijo a subrogar establecido en el anexo VII (aproximadamente 46.200 horas anuales) así como a la maquinaria, productos consumibles, absentismo, gastos generales y beneficio industrial*”. Previsión

que si bien es cierto que pudiera haber sido redactada en términos más claros no deja lugar a dudas en relación a un extremo de especial relevancia a los efectos que nos ocupan y que no es otro que el número de horas anuales que se indica en el Anexo VII se corresponde con las que debe realizar el personal fijo a subrogar por el adjudicatario.

A su vez, el artículo tercero del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares establece que *“Trabajos a realizar por la contrata. 3.1. Prestaciones mínimas exigidas para cada edificio. El servicio a prestar por el adjudicatario alcanza la realización de todos los trabajos necesarios para conseguir un estado de limpieza, en el más amplio sentido de la palabra, debiendo contar para ello con el personal idóneo en número y competencia profesional (como mínimo las jornadas/horas que se deducen del personal a subrogar, no pudiendo ser en ningún caso menor); así como con los equipos de herramientas, maquinarias, útiles de limpieza, y productos para la misma, que atenderá debidamente en tiempo y forma, considerándose como sus más esenciales y mínimas obligaciones las que se detallan en el Anexo VIII, según la tipología y uso de cada edificio”*.

En consecuencia, entre las prestaciones mínimas a realizar por el adjudicatario se contempla la realización, como mínimo, de las jornadas/horas que se deducen del personal a subrogar – que, como indica la cláusula sexta del PCAP, se corresponden con las indicadas en el Anexo VII -, no pudiendo ser en ningún caso menor; añadiendo el artículo sexto que *“Es compromiso del adjudicatario que se mantenga en todo momento el número de personas de la plantilla ofertada y /o el número de horas de mano directa ofertadas para el año, que en ningún caso podrá ser inferior a la plantilla a subrogar ni al número de horas que ello representa”*.

Finalmente, el Anexo VII denominado “ESTIMACIÓN HORAS EN LOS EDIFICIOS E INSTALACIONES MUNICIPALES OBJETO DE LA CONTRATA 01/06/17” contempla un total de 46.213,50 horas de limpieza al año. Prescripción que, en atención al carácter de mínimos antes referido, debe ser respetada por todos los licitadores en el momento de formular su oferta, tal y como revela la propia aclaración publicada por la entidad contratante con fecha 6 de septiembre de 2017 en el Portal de

Contratación de Navarra indicando que en caso de discrepancia entra las horas contempladas en el ANEXO VI (relativo a los servicios mínimos a desarrollar en los edificios e instalaciones municipales objeto de la contrata) y el ANEXO VII, primarán las expuestas en la tabla del ANEXO VII; de donde no cabe sino concluir que el carácter orientativo alegado por la entidad contratante obedece a la posibilidad de que las mismas sean incrementadas por los licitadores, pero que en ningún justifica la oferta de un número de horas inferior al indicado en el reiterado anexo al pliego. Interpretación reforzada por la propia previsión contenida en el PPT en relación a que el servicio a prestar por el adjudicatario alcanza la realización de todos los trabajos necesarios para conseguir un estado de limpieza, en el más amplio sentido de la palabra, para lo cual debe contar con el personal que resulte idóneo siempre y cuando se respeten las jornadas correspondientes al personal fijo a subrogar (no pudiendo ser nunca menor a éstas), y por la propia estructura y contenido de la oferta económica, que contempla la indicación y desglose de las horas anuales para poder verificar el cumplimiento de tal mínimo a pesar de no ser un aspecto a valorar.

Así pues, del examen conjunto, y desde un punto de vista sistemático, de las cláusulas transcritas no cabe apreciar confusión o ambigüedad en relación con la obligatoriedad de ofertar el número de horas anuales estimado en el citado Anexo VII, que se configura como un mínimo a observar por todos los licitadores. Resultando, por otro lado, evidente que en contratos de estas características las horas necesarias del personal encargado de prestar los servicios tienen incidencia directa en la oferta económica formulada que, como regla general, será más económica en la medida en que sea menor el número de horas de limpieza a realizar. Es más, una interpretación distinta llevaría a una interpretación del Pliego en contra de su contenido natural, lo que implicaría una grave vulneración del principio de seguridad jurídica y una ruptura del principio de igualdad, para aquellos licitadores que han respetado el contenido del PCAP.

A mayor abundamiento, el expediente administrativo acredita que la entidad contratante, a pesar de lo manifestado en su escrito de alegaciones en defensa de la legalidad del acto de adjudicación, interpreta los pliegos en el mismo sentido que este

Tribunal, puesto que de lo contrario no se alcanza a comprender la rectificación que realiza de la oferta de la adjudicataria a los efectos de incluir el déficit de horas apreciado en la misma que abordaremos más adelante.

En consecuencia, este Tribunal no puede compartir la tesis alegada por la tercera interesada y ello en la medida en que las cláusulas de los pliegos anteriormente transcritas evidencian que las horas anuales del anexo son de obligado cumplimiento; debiendo concluirse que la mesa de contratación, en la medida en que considera tales horas orientativas y admite una oferta que no alcanza dicho límite, no hace sino apartarse, de manera unilateral de la regulación contenida en los Pliegos. Decisión que, en atención a la configuración de éstos como “lex contractus” no resulta ajustada a derecho -y que será solventada con motivo de la resolución de la reclamación interpuesta contra el acto de adjudicación del contrato- pero que no cabe identificar con una vulneración del principio de transparencia constitutivo de un vicio de nulidad de pleno derecho con el alcance pretendido.

CUARTO.- Realizadas las anteriores consideraciones y avanzando en los motivos de impugnación esgrimidos por la reclamante, resulta evidente y, repetimos, asumido por las partes, que la oferta de la adjudicataria no cumple con las jornadas anuales mínimas que, correspondientes al personal fijo a subrogar, contempla el PCAP; imponiéndose analizar no sólo las consecuencias de tal incumplimiento sino la actuación del órgano de contratación una vez advertido el mismo.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 del PCAP, la adjudicación del contrato se realiza mediante procedimiento abierto con publicidad comunitaria y tramitación ordinaria; adjudicándose a la oferta más económica. A tales efectos, el artículo 13 al regular el contenido de las propuestas dispone que las proposiciones económicas se presentarán en el Sobre 2, indicando que *“incluirán la siguiente documentación:*

*a) Estudio económico detallado, indicando como mínimo lo siguiente: coste de las categorías laborales, grado de absentismo y vacaciones utilizado, coste de personal,*

*coste de equipos y maquinaria, coste de financiación y amortización, coste de mantenimiento, de combustibles, seguros, vestuario y consumibles.*

*b) Oferta económica total anual de los servicios establecidos en los pliegos reguladores del contrato, ajustándose al modelo del Anexo IV.*

*c) Oferta económica anual desglosada por cada uno de los edificios incluidos en el Anexo I. La oferta se deberá ajustar al modelo establecido en el Anexo V.*

*En la misma se incluirá el precio/hora, IVA excluido, para ampliaciones futuras, así como precio/hora para prestación de servicios esporádicos.*

*El “Precio hora para futuras ampliaciones” incluirá el coste de personal, seguridad social, maquinaria y productos químicos, beneficio industrial y gastos de administración. Dicho precio se aplicará para futuras ampliaciones de mantenimiento de limpieza en nuevos edificios o dependencias, o aumentos en la intensidad de los servicios prestados de carácter no esporádico, y se obtendrá como resultado de dividir el importe total ofertado en el apartado IV, por el nº total anual de horas efectivas de trabajo directo ofertadas (de limpiador/a + cristalero/a + encargado/a).*

*El “Precio/hora para la prestación de servicios puntuales y esporádicos”, se calculará incrementando en un 10% el precio/hora de futuras ampliaciones. Se advierte que la oferta económica deberá ser adecuada para que el adjudicatario haga frente al coste derivado de la aplicación del convenio sectorial de limpieza de Navarra, sin que en ningún caso los precios/hora de los salarios contemplados puedan ser inferiores a los precios/hora del convenio más los costes de Seguridad Social”.*

Finalmente, conforme al anexo IV del PCAP los licitadores deben aportar la proposición económica indicando el importe de la cantidad anual por la que se comprometen a la ejecución de las prestaciones objeto del contrato; añadiendo el anexo V el modelo de proposición económica – detalle por edificios: *“D/Dña (...) enterado/a del Pliego y demás condiciones facultativas que han de regir la contratación de servicios de limpieza de edificios para el Ayuntamiento de Tudela, HACE CONSTAR:*

*1.- Que la oferta económica presentada, desglosada por edificios, responde al siguiente detalle:*

	A	B
<i>Desglose por edificio</i>	<b>Precio total/año y por edificio, IVA excluido</b>	<b>Nº de horas anuales de limpiador/a + cristalero/a + encargado/a de servicio anual</b>
<i>Edificio A</i>		
<i>Edificio B</i>		
<i>Edificio-----</i>		
<i>-----</i>		
	<b>Suma total edificios, sin IVA</b>	<b>Nº total de horas ofertadas</b>

*En base a lo anterior,*

2.- *El precio/hora para futuras ampliaciones es de ..... €/hora, IVA excluido= (Total casilla A/Total casilla B).*

3.- *El precio/hora para servicios esporádicos es de .....€/hora, IVA excluido= [(Total casilla A/Total casilla B) + 10%]”.*

Examinada la propuesta económica presentada por la adjudicataria se observa que la proposición la realiza por un importe anual de 891.862,82 euros, IVA excluido (Anexo IV), cumplimentando el modelo correspondiente al Anexo V en el que detalla la oferta económica presentada, desglosada por edificios, indicando dicha cantidad como precio total /año y añadiendo en el apartado correspondiente al número de horas anuales el total de 46.003,51 hs/año -siendo 46213,50 el número de horas anuales previsto en el Anexo VII- , y que el precio/hora para futuras ampliaciones ofertado es de 19,39 euros/hora y 21,33 euros/hora el correspondiente a los servicios esporádicos.

Con fecha 23 de octubre de 2017 por la Mesa de Contratación se procede a la apertura del sobre número 2 de las proposiciones presentadas por los licitadores, indicándose en el acta levantada al efecto que “(...) *Reunida la mesa de contratación se procede a la valoración de la propuesta económica presentada por OPTIMA FACILITY SERVICES donde se establecen 210 horas anuales menos de las que figuran en el Anexo VII. Por la mesa de contratación según establece el artículo 6 el dato de horas es aproximado y no se considera de obligado cumplimiento por lo que en principio se considera válida la oferta presentada por OPTIMA FACILITY SERVICES (...)*”. Posteriormente, con fecha 31 de octubre, una vez recibida la documentación prevista en

el pliego, le Mesa de Contratación acuerda efectuar propuesta de adjudicación en su favor por importe de 891.862,82 euros, de conformidad con la oferta presentada y según lo establecido en el pliego regulador del contrato.

Conforme a lo razonado en los fundamentos de derecho precedentes, asiste razón a la reclamante y a la tercera interesada cuando afirman que esta interpretación que realiza la mesa al admitir la oferta de la adjudicataria por entender que el número de horas anuales establecido en los pliegos es orientativo no resulta ajustada a derecho. Y no lo es en la medida en que dicho número de horas tiene, conforme al PPT, carácter mínimo, lo que dista mucho de ser orientativo.

Así, vista la exigencia de que las proposiciones se ajusten al contenido de los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, en la medida en que en ellos se establecen las características y las condiciones de la prestación objeto del contrato, la falta de ajuste o su incumplimiento en las ofertas debe aparejar la exclusión del licitador, porque aquello supondría la imposibilidad de ejecutar el contrato en los términos y con las condiciones previamente fijadas por la Administración y aceptadas por el licitador al presentar su oferta.

Es más, teniendo en cuenta el modelo de proposición económica a formular por los licitadores contenido en el PCAP, donde las horas anuales forman parte del mismo y, por ende, constituyen un elemento de ésta, la oferta de un número horas inferior al mismo no parece que pueda ser calificado de un error de carácter puramente formal o material en la redacción de la oferta cuya subsanación pueda realizarse a través del trámite de aclaración de la oferta previsto en el artículo 52 LFCP. Y ello toda vez que se considera admisible solicitar aclaraciones respecto de las ofertas técnicas o económicas -pues dicha actuación es una exigencia derivada de los principios de buena administración y proporcionalidad aplicables a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, dado que sería contrario a dichos principios rechazar una oferta ambigua o que presente errores manifiestos sin solicitar antes aclaraciones al licitador - si bien, en todo caso, ese ejercicio de solicitud de aclaraciones tiene como límite que la aclaración no puede suponer una modificación de los términos de la oferta, bien por

variar su sentido inicial, bien por incorporar otros inicialmente no previstos, es decir, no se puede cambiar la oferta ni volver a ofertar (reofertar).

En este sentido, y a la vista de la regulación contenida en los pliegos, la observancia del mínimo de horas de prestación del servicio correspondiente al personal fijo a subrogar constituye una prescripción técnica de carácter obligatorio, incondicionada, cuyo incumplimiento supone la imposibilidad de ejecutar correctamente el contrato, es decir, de hacerlo conforme a las exigencias que la Administración ha considerado imprescindibles para asegurar la realización de la prestación que constituye su objeto.

Resulta evidente, pues, que la oferta del licitador tiene que respetar escrupulosamente el contenido de las prescripciones técnicas, concretamente el mínimo de horas anuales de prestación del servicio correspondientes al personal fijo a subrogar, resultando que la oferta que incumpla tal requisito no puede calificarse de error subsanable, ya que, de hecho, la única posibilidad de que el licitador no fuera excluido radicaría en que manifestara en este momento una voluntad diferente de la que ya ha expuesto en su oferta; proceder que no resultaría ajustado a derecho en la medida en que supone un cambio sustantivo de la oferta, variando la voluntad declarada inicialmente por el licitador.

En consecuencia, la decisión de la Mesa de Contratación admitiendo una oferta por debajo del número de horas mínimo establecido en el Pliego no se ajusta a la legalidad, en la medida en que se aparta de la regulación que, contenida en el mismo, resulta vinculante no sólo para los licitadores sino para la propia entidad contratante. Circunstancia que, por si sola, determinaría la estimación del motivo de impugnación esgrimido y, en consecuencia, la anulación del acto de adjudicación del contrato con retroacción de las actuaciones al trámite anterior a la propuesta de la adjudicación en orden a la exclusión de dicha oferta, y ello con objeto de que el defecto observado en el citado acto administrativo quede plenamente sanado; pero es que todavía hay más.

QUINTO.- Consta en el expediente informe del Área de Servicios Contratados del Ayuntamiento de Tudela, emitido con fecha 10 de noviembre de 2017, es decir emitido con posterioridad a la propuesta de adjudicación de la mesa, en el que se pone de manifiesto que “Cuarto.- El 24/10/17 se mantiene conversación telefónica con (...) responsable de proyectos técnicos de Optima Facility para cuestionarle sobre el déficit de horas ofertadas. Se recibe un mail indicando las causas. Se adjunta como ANEXO I de este informe. (...) AMPLIACION DE CONTRATO: Primero. Las horas reflejadas en el Anexo VII del Pliego de Condiciones Técnicas (PCT) se entienden como necesarias y mínimas para un correcto servicio público a pesar de la interpretación realizada por OPTIMA FACILITY.

Segundo.- Tal y como refleja la oferta de OPTIMA, las ampliaciones de contrato se realizarán bajo un ratio de 19,39 €/h. Así pues para incluir las 210 horas necesarias en la Escuela de Música tendríamos:  $210 \text{ h} \times 19,39 \text{ €/h (oferta de Optima)} = 4071,90 \text{ €} + 21\% \text{ IVA}$ . Este aumento de contrato supone un 0,46% respecto al global de 891.862,82 € y un 0,52% respecto al global de 40.003, 50h.

Tercero.- Aún con la ampliación de horas, siendo el único criterio de adjudicación el de subasta económica, la oferta ampliada de OPTIMA FACILITY sigue siendo la más ventajosa:

- CLECE SERVICIOS INTEGRADOS, S.A.:

Oferta económica anual: 935.222, 50 €.

Puntos: 95,36.

- DISTRIVISUAL.:

Oferta económica anual: 911.506,88 €.

Puntos: 97,84.

- OTIMA FACILITY SERVICES (simulación con ampliación 210 h).:

Oferta económica anual: 895.934, 72 €.

Puntos: 100 (...).”.

Tal y como manifiesta el informe y la propia adjudicataria, con fecha 24 de octubre de 2017 el Técnico de Servicios Contratados del Ayuntamiento envía un correo electrónico a la adjudicataria indicando que *tras la apertura de la oferta económica, “nos sorprendió” cuando en vuestra oferta se rebajaron las horas licitadas en el Anexo*

VII de 46.213 h a las ofertadas; solicitando la indicación de la causa de dicha rebaja. Siendo respondido, en la misma fecha, indicando que “*El motivo que Optima Facility Services, SL haya ofertado 46.003,51 horas anuales en lugar de las 46.213,50 h. anuales que indicaba el anexo VII es el siguiente:*”

*En el “Anexo VII: Estimación horas en los edificios e instalaciones municipales objeto de la contrata 01/06/17” indicaba unas horas anuales de prestación del servicio de 46.213,50, con el desglose que a continuación se especifica en el centro siguiente: Escuela de Música (...) Optima Facility Services, con el afán de cumplir estrictamente el pliego de condiciones del concurso, estima y valora las horas que se especifican en el Anexo VII.*

*Posteriormente, con fecha 21/09/2017 se publica en el perfil del contratante del Ayto de Tudela una aclaración sobre el pliego de prescripciones (...) En dicha aclaración se indica que las horas a prestar en la escuela de Música Castel Ruiz son 1.122 horas/año, con un servicio de 30 h. semana durante 39 semanas. Se adjunta un calendario con el cuadro de horas anuales a realizar en dicho centro. En ningún momento se hace referencia a las 7,5 h. semanales durante 2 semanas=15 horas anuales, ni de las 5 h. semanales durante 39 semanas=195 h. anuales.*

*Por tanto, al ser una aclaración del pliego, entendemos que las horas anuales totales a realizar en dicho centro, Escuela de Música Castel Ruiz son 1.122 h. anuales totales, sin tener en cuenta los otros dos servicios puntuales. (...) Por tanto, fruto de esta aclaración expuesta por parte del Ayto. de Tudela en su perfil del contratante el pasado 21/09/2017, las horas ofertadas por Optima Facility Services, SL son las 46.003,51 horas anuales”.*

Posteriormente, con fecha 21 de noviembre de 2017, es la Concejalía Delegada de Oficina Técnica y Servicios Contratados, y no la Mesa de Contratación, el órgano que eleva a la Junta de Gobierno Local propuesta de adjudicación del contrato de limpieza de edificios dependientes del Ayuntamiento de Tudela; propuesta que textualmente indica “*(...) Igualmente, la Mesa solicita a la interesada justificación de la falta de 210 h respecto al Anexo VII del PCT.*”

*RESULTANDO 7º: Con fecha 24 de octubre, se recibe por mail aclaración por parte de FACILITY SERVICES, en el que se informa que, a raíz de una aclaración*

*publicada por el Ayuntamiento de Tudela en el Portal de Contratación, con fecha 21 de septiembre, en el que se indica que “En la escuela de Música de Castel Ruíz se exigen 30 h/semana durante 39 semanas de apertura. Realmente por calendario laboral serán 187 días x 6 h lo que supone un total de 1.122 horas/año, tal y como se define en el cuadro.*

*Dicha aclaración podía dar lugar a error, por cuanto se hizo aclaración sobre las horas de escuela de música respecto al calendario, pudiendo entenderse que eran las únicas horas obligatorias; sin que se hiciese referencia alguna a las otras 210 horas de servicios puntuales que inicialmente aparecían en el pliego.*

*Optima, indica, concretamente, que “En dicha aclaración se indica que las horas a prestar en la escuela de Música Castel Ruíz son 1.122 horas/año, con un servicio de 30 h. semana, durante 39 semanas. Se adjunta un calendario con el cuadro de horas anuales a realizar en dicho centro.*

*En ningún momento se hace referencia a las 7,5 h. semanales durante 2 semanas= 15 horas anuales, ni de las 5 h. semanales durante 39 semanas=195 h. anuales.*

*Por tanto, al ser una aclaración al pliego, entendemos que las horas anuales totales a realizar en dicho centro, Escuela de Música Castel Ruíz son 1.122 h. anuales totales, sin tener en cuenta los otros dos servicios puntuales.*

*Por tanto, fruto de esta aclaración expuesta por parte del Ayto. de Tudela en su perfil del contratante el pasado 21/09/2017, las horas ofertadas por Optima Facility Services, SL, son las 46.003,51 horas anuales.*

*RESULTANDO 8º: La Mesa propone la adjudicación a favor de OPTIMA FACILITY SERVICES, S.L., teniendo en cuenta varios aspectos: (1) que la “confusión” proviene de una aclaración realizada por el Ayuntamiento de Tudela en el Portal de Contratación; (2) que según dispone el artículo 6 del pliego de condiciones el número de horas establecido en el Anexo VII es orientativo y no de obligado cumplimiento y, finalmente, (3) porque es la propuesta más económica, teniendo en cuenta el precio hora ofertado. (...)*

*CONSIDERANDO 3º: Que, bajo informe del Técnico de Servicios Contratados, las 210 horas no ofertadas se consideran necesarias para un correcto servicio por lo que se deberían realizar, y dicha ampliación no altera de ningún modo el orden de las*

*Licitadoras, por cuanto ampliando la oferta de OPTIMA FACILITY SERVICES, S.L. esas 210 horas, el orden de prelación no variaría (...) SE ACUERDA:*

*1º.- Adjudicar a OPTIMA FACILITY SERVICES, S.L. el contrato de limpieza de edificios dependientes del Ayuntamiento de Tudela, por un importe anual de 895.934,72 €, IVA excluido y 46.213,50 horas anuales; y unos precios hora de 19,39 € y 21,23 €, IVA excluido para futuras ampliaciones y servicios esporádicos, respectivamente. (...).”*

Finalmente, la Junta de Gobierno Local en Sesión celebrada con fecha 24 de noviembre de 2017, asume íntegramente la propuesta elevada por la Concejala Delegada de Oficina Técnica y Servicios Contratados y adjudica el contrato en los términos, importes y horas anteriormente citados.

Debe advertirse que el expediente remitido a este Tribunal acredita varias cuestiones de especial relevancia que difieren de lo expuesto en la documentación transcrita. En primer término, y la vista del acta de la Mesa de Contratación de fecha 31 de octubre de 2017, debe repararse en que dicho órgano colegiado en ningún momento acuerda sustanciar trámite alguno de aclaración de la oferta económica presentada por el adjudicatario; aclaración que es solicitada por un técnico del Área de Servicios Contratados que, además, ni siquiera forma parte de la Mesa de Contratación, asistiendo a las reuniones de la misma exclusivamente en calidad de invitado, con voz pero sin voto.

Pues bien, en relación con los límites a la posibilidad de solicitar aclaraciones a los licitadores, el informe 1/2014, de la Junta de Contratación Pública de Navarra, señala que *“Al supuesto de que existan ofertas técnicas que adolezcan de oscuridad o inconcreción le sería de aplicación la exigencia de conseguir la mayor concurrencia posible y en esa medida es exigible a la Mesa de Contratación que dentro de las posibilidades y con los límites que le otorga la LFCP lleve a cabo las actuaciones pertinentes para conseguir este objetivo, teniendo en cuenta también lo dispuesto en el artículo 3.2.a) y f) (principios de eficacia y racionalización y agilización en la actuación administrativa) así como el artículo 7 (derecho a una buena administración)*

*todos ellos de la Ley Foral 15/2004 de 3 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra. En este sentido se ha pronunciado también el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 10 de diciembre de 2009 Antwerpse Bouwwerken NV Asunto T-195/08, apartado 56 que califica como <contraria al principio de buena administración la desestimación de las ofertas sin ejercer esa facultad de solicitar aclaraciones, cuando una ambigüedad detectada en la formulación de una oferta pueda explicarse de modo simple y disiparse fácilmente>.*

*(...)*

*No obstante, hay que señalar que la valoración de oportunidad y legalidad de esta posibilidad compete, caso por caso, a la Mesa de Contratación o en su caso al órgano encargado de realizar la valoración, que deberán determinar qué defectos de la documentación presentada por los licitadores se encuentran dentro del concepto “oscuridad o inconcreción” y cuáles implican un incumplimiento de lo prescrito en el pliego de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas que no sería susceptible de aclaración alguna dada la prohibición expresa de que los licitadores puedan modificar su oferta y con el límite de no atentar al principio de igualdad. No debemos olvidar que el pliego de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas constituye según reiterada jurisprudencia *lex contractus* y debe ser aplicado en sus propios términos a todos por igual en defensa de los principios que rigen la contratación pública”.*

Vemos pues, que, además de lo señalado en el fundamento de derecho precedente, uno de los límites al ejercicio de la facultad de solicitar aclaraciones a las ofertas vienen determinado por el órgano a quien compete la valoración de la necesidad de su ejercicio que no es otro que el que tenga, en cada caso, atribuidas las funciones de valoración de las proposiciones y elevación de la propuesta de adjudicación, es decir, la mesa de contratación o la unidad gestora del contrato en aquellos procedimientos de licitación en que no se prevea la intervención de ésta. Límite que no ha sido respetado en el caso concreto que nos ocupa, toda vez que no es la Mesa de Contratación quien estima necesario tramitar aclaración alguna, sino todo lo contrario, siendo la unidad gestora del contrato quien se arroga tal facultad, y lo que es más grave, lo hace una vez solicitada por ésta la documentación a presentar por parte del licitador afectado que es

quien va a ser propuesto adjudicatario del contrato; momento procedimental del todo injustificado e improcedente.

Pero es que además lo cierto es que en la respuesta a tal “aclaración”, la adjudicataria del contrato no hace sino ratificarse en la oferta realizada en lo que al número de horas anuales se refiere. Y si bien se justifica en la aclaración al pliego publicada con fecha 21 de septiembre de 2017, debe advertirse que ésta sólo se refiere a uno de los apartados que en relación con la escuela de música figuran en el Anexo VII, y que la precisión que realiza viene determinada por la circunstancia de que se prevé en ese apartado 30 horas semanales de servicio de limpiadora durante 39 semanas, lo que arrojaría un resultado de 1170 horas anuales cuando el anexo contempla 1122, aclarándose que realmente por calendario laboral son 187 días por 6 horas, que suponen las 1122 inicialmente previstas; no modificándose, en ningún caso, pues, el número total de horas de servicio a realizar en dicho centro, ni el total del mismo, de forma que cualquier licitador con la diligencia exigible como tal debió reparar en que la aclaración no modificaba las horas anuales fijadas inicialmente y respetar tal extremo en su oferta.

Asimismo, creemos oportuno destacar que la confusión alegada sólo la sufrió la adjudicataria del contrato, pero ningún otro participante más, siendo la interpretación por ella efectuada la que le llevó a ofertar un número menor de horas anuales respecto a las exigibles en el pliego; sin que conste que solicitara consulta adicional alguna sobre la respuesta publicada durante el plazo habilitado al efecto con objeto de verificar la corrección de su interpretación y poder así paliar el error interpretativo sufrido, por lo que hay que concluir que dicho error no aparece justificado, ni inducido por la propia Administración y, por lo tanto, que no cabe invocar, como parece entender la entidad contratante, el artículo 1281 del Código Civil .

Sentado lo anterior, lo cierto es que es la propuesta de la Concejala Delegada, y no la Mesa, quien en base al informe técnico emitido, y nuevamente sin intervención alguna de la Mesa, propone modificar, y así se lleva a efecto, la oferta formulada en lo que al número de horas y al precio anual del contrato se refiere. Proceder éste absolutamente contrario a derecho, en la medida en que la oferta económica constituye

la declaración de voluntad mediante la que el licitador manifiesta su disposición a obligarse con la Administración contratante en los concretos términos en que, con sujeción a lo establecido en los pliegos, oferte su proposición económica; y que como tal declaración de voluntad, una vez presentada resulta indisponible y por tanto imposible de modificar por el mismo y, va de suyo, por la entidad contratante.

Y por si lo anterior no fuera suficiente, lo cierto es que dicha actuación pone de manifiesto, finalmente, que la Junta de Gobierno Local, en su condición de órgano de contratación, al adjudicar el contrato se separa de la propuesta de la Mesa de Contratación – obsérvese que mientras ésta propone la adjudicación en un importe anual de 891.862,82 euros IVA excluido, de conformidad con la oferta presentada (46.003,51 horas anuales), finalmente la adjudicación es por 895.934,72 euros, IVA excluido, y 46.213,50 horas anuales; y lo hace, entendemos, a la vista de la propuesta de la Concejala Delegada que, de manera sorpresiva, interviene en este trámite del procedimiento de adjudicación cuando no es más que una vocal del órgano colegiado que tiene conferidas legalmente las atribuciones de elevar la propuesta de adjudicación: la mesa de contratación.

Cabe recordar, en este sentido, que el artículo 92.4 LFCP determina que *“La resolución de adjudicación del órgano de contratación se acomodará a la propuesta de adjudicación salvo en los casos en se haya efectuado con infracción del ordenamiento jurídico en los que, previo informe vinculante de la Junta de Contratación Pública, la licitación quedará sin efecto, salvo en los casos en que la infracción afecte exclusivamente al licitador a cuyo favor se hace la propuesta, en los que la adjudicación se hará a favor del siguiente licitador en el orden de valoración de las ofertas que no se encuentre afectado por la infracción”*.

Así pues, la propuesta de la Mesa tiene carácter vinculante para el órgano de contratación, quien no puede, en consecuencia separarse de la misma, salvo en un único supuesto, que no es otro que la propuesta elevada infrinja el ordenamiento jurídico. Premisa ésta que, tal y como se ha expuesto anteriormente concurría en el caso concreto que nos ocupa. Empero, el propio precepto señala un procedimiento concreto para poder

llevar a efecto tal modificación de la propuesto en el momento de adjudicar el contrato; procedimiento en el que, por imperativo legal, deviene preceptiva la solicitud, con carácter previo a la adjudicación, de informe, también vinculante, de la Junta de Contratación Pública. Informe que resulta, no sólo preceptivo, sino determinante del sentido de la específica resolución, haciendo que ésta en realidad dependa del mismo. Trámite éste que la entidad contratante ha omitido y que, en atención a su carácter esencial, por estar configurado desde la propia norma como preceptivo y vinculante, determina la nulidad del acto de adjudicación del contrato conforme a lo dispuesto en el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En atención a lo expuesto, procede la estimación de la reclamación formulada, disponiéndose la nulidad del acto de adjudicación del contrato para la prestación del servicio de limpieza de los edificios dependientes del Ayuntamiento de Tudela; declaración de invalidez que, conforme a lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se realiza sin perjuicio de la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción, que se traduce, en la medida en que el único criterio de adjudicación es el precio, en la retroacción de las actuaciones al trámite anterior a la propuesta de la adjudicación de la Mesa de Contratación en orden a que ésta resuelva lo procedente sobre la exclusión de la oferta presentada por “Optima Facility Services, S.L.”, prosiguiendo el procedimiento de adjudicación.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 213.2 de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Estimar la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por la mercantil “Distrivisual, S.L.” contra el Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Tudela con fecha 24 de noviembre de 2017, en relación con la adjudicación del servicio de limpieza de los edificios dependientes del Ayuntamiento de Tudela, declarando la nulidad de dicho Acuerdo, con retroacción del procedimiento al trámite anterior a la propuesta de adjudicación, para que previa exclusión de “Optima Facility Services, S.L.” se dicte nuevo acto de adjudicación del contrato.

2º. Notificar este acuerdo a “Distrivisual, S.L.”, al Ayuntamiento de Tudela y a los demás interesados que figuren en el expediente, y acordar su publicación en la página web del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, 23 de enero de 2018. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava. LA VOCAL, María Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer.