



Recurso nº 015/2011

Resolución nº 050/2011

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 24 de febrero de 2011.

VISTO el recurso interpuesto por Don J. L. F., como representante de la sociedad OMBUDS COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, SA, contra el acuerdo del Gerente del Consejo de Administración de Patrimonio Nacional, de 22 de diciembre de 2010, por la que se adjudicaba, mediante procedimiento negociado sin publicidad, el contrato de servicios de vigilancia de seguridad en los Servicios Centrales del Consejo de Administración de Patrimonio Nacional, el Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Patrimonio Nacional, con fecha 2 de diciembre de 2010, cursó invitación a ocho empresas de seguridad, de conformidad con lo previsto en el artículo 162.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, para que presentaran sus ofertas, utilizando como procedimiento de adjudicación el negociado sin publicidad, en aplicación del artículo 154.f) de la citada Ley.

Segundo. Cumplida la fecha límite de presentación de las ofertas, el 16 de diciembre de 2010, se recibieron ofertas de tres empresas, Castellana de Seguridad, SA, Ombuds Compañía de Seguridad, SA y Seguriber, SLU. Posteriormente, con fecha 22 de diciembre de 2010, el Gerente del Consejo de Administración de Patrimonio Nacional acordó la adjudicación del contrato de servicios citado a Castellana de Seguridad, SA, con motivo de ofertar el precio más bajo, 13,50 euros/hora servicio, IVA excluido.

Tercero. Contra dicho acuerdo la entidad indicada interpuso recurso ante este Tribunal, con fecha de entrada en registro de 12 de enero de 2011, por el que solicitaba la

anulación del acuerdo de adjudicación, así como la retroacción de las actuaciones hasta el momento de la negociación de las ofertas con los candidatos.

Con fecha 14 de enero de 2011 se remite a este Tribunal el correspondiente expediente, acompañado del informe del órgano de contratación.

Cuarto. La Secretaría del Tribunal, dio traslado del recurso a las otras empresas que habían presentado oferta en la licitación de referencia, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estiman oportuno, formulen las alegaciones que a su derecho convengan.

La representación de Castellana de Seguridad, SA, alegó cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó oportunos, terminando con la solicitud de desestimación del recurso interpuesto por la recurrente.

Quinto. Con fecha 2 de febrero de 2011, el Tribunal acordó mantener la suspensión automática del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 315 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Debe entenderse que de conformidad con lo establecido en el artículo 311 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, corresponde la competencia para resolver el presente recurso al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Segundo. La legitimación activa de la parte recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 312 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, e igualmente se cumplen las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 314 de la citada Ley.

Tercero. Por lo que respecta al objeto del recurso éste se interpone contra un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, por lo que debe ser considerado como susceptible de recurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 310.1 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Cuarto. La cuestión principal que se plantea en el recurso interpuesto es la ausencia de negociación del precio ofertado por los licitadores, en cuanto que se trata de un

procedimiento negociado, en este caso sin publicidad, y el cuadro anexo del pliego de cláusulas administrativas particulares en su apartado K) incluye al precio, además de cómo único criterio de adjudicación, como criterio, también único, que ha de ser objeto de negociación.

Frente a ello, el órgano de contratación indica que el criterio de adjudicación señalado en los pliegos, precio/hora servicio, es un criterio de valoración objetivo y ajustado a los precios de mercado, por lo que de acuerdo con el artículo 162.2 de la Ley de Contratos del Sector Público, el órgano de contratación, en el pliego de cláusulas administrativas, no recogió la posibilidad de abrir nuevas fases de negociación, dado que una vez abiertas las ofertas se adjudicaría al licitador que ofreciera el precio más económico para el organismo.

Por su parte, la adjudicataria del contrato, Castellana de Seguridad, SA, alega, por un lado, que la no impugnación de los criterios de negociación establecidos en el pliego supone que los mismos han sido asumidos íntegramente por la empresa recurrente, citando para ello diversas sentencias, y por otro, sostiene que son dos los criterios de negociación, contenidos en el apartado K) del cuadro anexo del pliego relativo a los “Criterios de negociación del contrato”, uno el que se refiere a la justificación de la elección del procedimiento negociado, y el otro el criterio de adjudicación, el precio más bajo.

Quinto. Con carácter previo conviene exponer las normas concretas reguladoras del procedimiento negociado, con especial referencia a la negociación del contrato. Así, en el artículo 135.3 de la Ley de Contratos del Sector Público se advierte que en los procedimientos negociados la adjudicación concretará y fijará los términos definitivos del contrato, señalándose en el artículo 153.1 que en el procedimiento negociado la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras efectuar consultas con diversos candidatos y negociar las condiciones del contrato con uno o varios de ellos. A continuación el artículo 160, bajo el epígrafe delimitación de la materia objeto de negociación, dispone que en el pliego de cláusulas administrativas particulares se determinarán los aspectos económicos y técnicos que, en su caso, hayan de ser objeto de negociación con las empresas. Por último el artículo 162 de la citada Ley, que se refiere a la negociación de los términos del contrato, en su

apartado 3 describe las reglas que se seguirán durante la negociación y en el apartado 4 indica que los órganos de contratación negociarán con los licitadores las ofertas que éstos hayan presentado para adaptarlas a los requisitos indicados en el pliego de cláusulas administrativas particulares, en el anuncio de licitación, en su caso, y en los posibles documentos complementarios, con el fin de identificar la oferta económicamente más ventajosa. De toda la negociación se dejará constancia en el expediente advierte el apartado 5.

De lo anterior resulta claro que el elemento diferenciador del procedimiento negociado, respecto de los procedimientos abierto y restringido, es que mientras en éstos no es posible negociar la propuesta presentada por el licitador, en el procedimiento negociado se exige la negociación, debiendo de fijarse previamente en el pliego y, en su caso, en el anuncio cual será el objeto de la negociación, o como señala el artículo 160 de la Ley de Contratos del Sector Público los aspectos económicos y técnicos que hayan de ser objeto de negociación.

Por otro lado, con carácter general debe afirmarse que en el procedimiento negociado no existe una licitación en sentido estricto como existe en el procedimiento abierto, ya que las ofertas a que se refiere el artículo 162 de la Ley de Contratos del Sector Público, no son equiparables a las proposiciones del artículo 129 de la citada Ley, entre otras razones y como fundamental, porque el precio u oferta económica es uno de los elementos, en el expediente de referencia el único, que debe de ser objeto de negociación sin que pueda quedar fijado con carácter inalterable en la oferta a diferencia de lo que ocurre en las proposiciones.

Por lo que aquí interesa, el cuadro anexo del pliego de cláusulas administrativas particulares en su apartado K) "Criterios de negociación del contrato", en su punto 1 justifica la elección del procedimiento negociado –afectar la contratación a los intereses esenciales de la seguridad del Estado-, y en su punto 2 incluye al precio, además de cómo único criterio de adjudicación, como criterio, también único, que ha de ser objeto de negociación, en cuanto que resulta evidente que la justificación de la elección del procedimiento contenida en el punto 1 en ningún caso podrá ser objeto de negociación.

Por otra parte, el órgano de contratación en su informe parece considerar a las ofertas presentadas por los licitadores como una fase de negociación, en cuanto que al referirse a las mismas señala que *“este Órgano de contratación, en el pliego de cláusulas administrativas, no recogió la posibilidad de abrir nuevas fases de negociación, dado que una vez abiertas las ofertas se adjudicaría al licitador que ofreciera el precio más económico para este Organismo”*.

A este respecto, se debe señalar, en contra de lo manifestado por el órgano de contratación en su informe, que la presentación de las ofertas por las empresas invitadas, no puede ser considerada como una fase de negociación, pues resulta obvio que la negociación de existir lo será con posterioridad a la presentación de las ofertas, no las ofertas en sí mismas, y más en un supuesto como en el expediente de referencia, en el que el único aspecto a negociar, de acuerdo con lo previsto en el pliego será el precio. Así, dado que en el expediente remitido a este Tribunal no existe constancia de negociación por el órgano de contratación con los licitadores, cabe concluir que, para el expediente de referencia, no ha existido negociación con ningún licitador de los aspectos susceptibles de la misma, en este caso del precio, de acuerdo con el contenido del pliego.

Sexto. En cuanto a la primera de las alegaciones realizadas por Castellana de Seguridad, SA, respecto a que no procede que OMBUDS recurra en este momento los pliegos de cláusulas administrativas particulares, puesto que si no han sido impugnados en su momento han sido íntegramente asumidos por la misma, significar únicamente que la recurrente en ningún momento está recurriendo el contenido de los pliegos, sino al contrario el recurso se sustenta respecto a la inaplicación del criterio de negociación establecido en los mismos, en este caso del precio.

En segundo lugar, Castellana de Seguridad, SA, afirma que se han cumplido los criterios de negociación del contrato, contenidos en el apartado K) del cuadro anexo del pliego, si bien de acuerdo con lo expuesto en los apartados anteriores queda claro que ello no ha sido así.

Séptimo. Los razonamientos anteriores llevan necesariamente, por un lado a la inadmisión de las alegaciones realizadas por Castellana de Seguridad, SA, y por otro, a

la conclusión de que se ha incumplido un trámite esencial del procedimiento negociado, como es la negociación de las ofertas presentadas por los licitadores, en este caso del precio que es el único aspecto de negociación previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, debiéndose anular la adjudicación del contrato acordada por el Gerente del Consejo de Administración de Patrimonio Nacional y consiguientemente debiendo de retrotraerse las actuaciones hasta el momento de la negociación de los términos del contrato con las empresas licitadoras.

Octavo. Por último, el recurrente en su escrito denuncia que el órgano de contratación no le ha permitido acceso al expediente, a pesar de haberlo solicitado en dos ocasiones por escrito, lo cual vulnera no sólo el derecho de acceso a archivos y registros contenido en el artículo 35.h) y 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, genera indefensión, prohibida por la Constitución en su artículo 24.1, y vulnera también el principio de transparencia que debe de presidir la contratación pública, según dispone el artículo 123 de la Ley de Contratos del Sector Público.

No obstante lo anterior, en el expediente remitido a este Tribunal consta que sí se atendió dicha solicitud por parte del órgano de contratación. En este sentido y mediante escrito con fecha de entrada en el registro de este Tribunal de 14 de febrero de 2001, la recurrente, pone de manifiesto dicha circunstancia, indicando que se le ha proporcionado información del expediente si bien con posterioridad a la interposición del recurso especial, señalado al respecto que *“esta parte ha podido verificar la certeza del hecho que fundamenta su recurso, es decir que a pesar de haberse tramitado el expediente de contratación a través del procedimiento negociado sin publicidad, con carácter previo a la adjudicación no se ha llevado a cabo consulta y/o negociación alguna con los licitadores admitidos”*. En consecuencia, se puede afirmar que el contenido de su recurso no hubiera variado de disponer de dicha información antes de la interposición del mismo. No obstante, es preciso señalar que dicho escrito con alegaciones adicionales resulta extemporáneo, no procediendo por tanto el examen de las mismas.

Sentado lo anterior, procede indicar que la adjudicación del contrato está sujeta en todo caso a los principios de publicidad y transparencia, previstos en los artículos 1 y 123 de la Ley citada, y que se manifiestan por lo que aquí interesa, en la notificación a los licitadores de los motivos que han llevado a preferir una oferta y descartar las restantes,

de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 135.4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, sin perjuicio de que resulte aplicable asimismo lo dispuesto en el artículo 35.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, respecto al derecho de los interesados a conocer el estado de tramitación del expediente.

En el supuesto de referencia, el 22 de diciembre de 2010, el Gerente del Consejo de Administración de Patrimonio Nacional, acuerda adjudicar el servicio a Castellana de Seguridad, SA. Dicho acuerdo es comunicado a la empresa recurrente haciendo constar únicamente la empresa adjudicataria y el importe ofertado por la misma. Si bien es cierto que el único criterio de adjudicación es el precio, el cual se indica en la notificación citada, los datos señalados en absoluto pueden considerarse suficientes para entender que la notificación aportaba a su destinatario los elementos de juicio necesarios como para que éste pudiera evaluar la posibilidad de interponer recurso y fundarlo debidamente, en cuanto que dicha notificación no hace referencia alguna a la existencia o no de negociación de los términos del contrato con los licitadores, en este caso del precio, aspecto éste esencial tratándose de un procedimiento negociado.

En consecuencia, resulta evidente que el órgano de contratación no ha cumplido con el requisito de motivación de la notificación de la adjudicación provisional exigido en la Ley de Contratos del Sector Público. En virtud de lo cual, debería declararse la retroacción de las actuaciones al momento en que debió notificarse la adjudicación, al objeto de que ésta se motivara adecuadamente, si así se hubiera solicitado por la recurrente en su escrito de recurso.

No obstante lo anterior, habiéndose ordenado ya la retroacción del procedimiento a un momento anterior al de la notificación no procedería acordar la misma, si bien es necesario que el órgano de contratación tenga en consideración lo anteriormente dispuesto respecto a la nueva notificación que proceda efectuar a la vista de la resolución que se dicta.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar el recurso interpuesto por Don J. L. F., como representante de la sociedad OMBUDS COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, SA, contra el acuerdo del Gerente del Consejo de Administración de Patrimonio Nacional, de 22 de diciembre de 2010, por la que se adjudicaba, mediante procedimiento negociado sin publicidad, el contrato de servicios de vigilancia de seguridad en los Servicios Centrales del Consejo de Administración de Patrimonio Nacional, anulándose la adjudicación del contrato y consiguientemente retrotrayéndose las actuaciones hasta el momento de negociación de los términos del contrato con las empresas licitadoras.

Segundo. Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 315 de la Ley de Contratos del Sector Público, al amparo de lo dispuesto en el artículo 317.4 de la citada Ley.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.