

Recurso nº 113/2018

Resolución nº 105/2018

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA

En Santiago de Compostela, a 15 de noviembre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por J.C.O. actuando en nombre y representación de EMPRESA MONFORTE S.A.U. contra la resolución de adjudicación del lote 1 del contrato de arrendamiento de vehículos para cubrir las necesidades de desplazamiento y transporte de equipos de cámara (ENG) y suministro de un vehículo tipo furgoneta para la Corporación Radio y Televisión de Galicia S.A., expediente 2018000251, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada en el día de la fecha, adoptó, por unanimidad, la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Pola Corporación Radio y Televisión de Galicia S.A. (CRTVG, en adelante) se convocó la licitación del contrato de arrendamiento de vehículos para cubrir las necesidades de desplazamiento y transporte de equipos de cámara (ENG) y suministro de un vehículo tipo furgoneta, con un valor estimado declarado de 413.913,00 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en la Plataforma de Contratos Públicos de Galicia y en el DOUE el día 22.06.2018.

Segundo.- El expediente de la licitación recoge que la misma estuvo sometida a la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP, en adelante).

Tercero.- El recurrente impugna la adjudicación a la empresa AUTOS BREA S.L. (AUTOS BREA, en adelante) del Lote 1 del contrato relativo al *“arrendamiento de vehículos tipo turismo station wagon y un vehículo tipo berlina”*.

Cuarto.- El día 02.11.2018 EMPRESA MONFORTE S.A.U. interpuso recurso especial en materia de contratación, a través del formulario telemático existente a tal fin en la sede electrónica de la Xunta de Galicia y en la web del TACGal.

Quinto.- Con fecha 02.11.2018 se reclamó a la Corporación Radio y Televisión de Galicia S.A. (CRTVG en adelante) el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP). La documentación fue recibida en este Tribunal el día 06.11.2018.

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados con fecha 07.11.2018, presentando alegaciones AUTOS BREA, S.L.

Séptimo.- El 07.11.2018 el TACGal decide mantener la medida cautelar de suspensión de la licitación derivada del artículo 53 LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Al amparo del artículo 35 bis. 5 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, corresponde a este Tribunal a competencia para resolver este recurso.

Segundo.- El presente recurso se tramitó conforme los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y, en lo que fuera de aplicación, por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Tercero.- El recurrente fue el segundo clasificado en el procedimiento de licitación, por lo que con la posible estimación del recurso obtendría un indudable beneficio en su esfera jurídica.

Cuarto.- El acuerdo de adjudicación fue publicitado en la Plataforma de Contratos Públicos de Galicia y notificado el día 10.10.2018, por lo que el recurso fue interpuesto en plazo.

Quinto.- Se impugna el acuerdo de adjudicación de un contrato calificado en el PCAP de suministro por importe superior a 100.000 €, por lo que el recurso es admisible.

Sexto.- El recurrente impugna la adjudicación a la entidad AUTOS BREA S.L. por considerar que no justificó adecuadamente la viabilidad de su oferta tras ser considerada como anormalmente baja.

El informe de la CRTVG defiende, en primer lugar, la inadmisión del recurso al no impugnar en plazo la resolución del órgano de contratación del 06.09.2018, notificada y publicada el 21.09.2018, que fue la que decidió la admisibilidad de la oferta de AUTOS BREA, y, además, considera correctamente admitida la misma.

AUTOS BREA, en sus alegaciones, reitera la viabilidad de su proposición económica presentada.

Séptimo.- Antes de entrar en el fondo, hay que analizar la alegación de inadmisibilidad esgrimida por el órgano de contratación, referida a que no se impugnó en plazo la resolución del órgano de contratación del 06.09.2018, notificada y publicada el 21.09.2018, por cuanto fue la que decidió la admisibilidad de la oferta de AUTOS BREA. Para este análisis procede aportar los siguientes antecedentes.

En la sesión pública de la mesa de contratación de 13.08.2018, después de abrirse los sobres que contenían la documentación relativa a los criterios evaluables mediante fórmulas matemáticas, se apreció que la oferta presentada por AUTOS BREA podía ser considerada como anormalmente baja.

Requerida a estos efectos tal empresa, presenta alegaciones el 20.08.2018. Seguidamente, se emite un informe técnico de 27.08.2018 donde se considera debidamente justificada la oferta, y el 06.09.2018 la mesa de contratación propone seguir ese criterio técnico. Después, en esa misma fecha, el órgano de contratación decide estimar satisfactoria la explicación dada por AUTOS BREA. Tal resolución también ordena que se notificase y publicase la misma en el Perfil del contratante, y

suministraba información para su impugnación cara este recurso especial en materia de contratación. Esa notificación y publicación fue realizada el 21.09.2018.

Como ya es ampliamente conocido, frente a la inicial doctrina generalizada de que no era admisible el recurso especial ante una decisión de admisión de ofertas, por cuanto era con la ulterior adjudicación donde tal debate se podía suscitar a la vista de la situación final de la licitación, recayó la Sentencia del TJUE de 05.04.2017, C-391-15, asunto Marina del Mediterráneo, que objetó tal postura y consideró:

“34. En lo que atañe específicamente a la decisión de admitir a un licitador a un procedimiento de adjudicación, como es la decisión controvertida en el litigio principal, el hecho de que la normativa nacional en cuestión en el procedimiento principal obligue en todos los casos al licitador a esperar a que recaiga el acuerdo de adjudicación del contrato de que se trate antes de poder interponer un recurso contra la admisión de otro licitador infringe las disposiciones de la Directiva 89/665”.

Esto tiene ya su plasmación en la LCSP 9/2017, cuyo artículo 44 considera como susceptible del recurso especial:

“2. Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones:

(...)

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso, se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los cuales se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.”

No se nos escapa que esa Sentencia del TJUE fue dictada desde un punto de vista pro actione, esto es, de no considerar como inadmisibile un recurso especial contra una decisión de admisión de oferta, eso sí, en relación a un caso donde sólo existían dos licitadores (apartado 14 de la Sentencia), lo cual tiene relevancia porque la exclusión de uno otorgaba un beneficio competitivo directo en la licitación al otro, el recurrente en aquel caso.

El órgano de contratación invoca una problemática con matices diferentes a este respecto, pues lo que defiende es que el cuestionamiento da admisibilidad de la oferta de AUTOS BREA sólo se podía esgrimir impugnando aquella resolución del órgano de contratación donde se aceptaba la justificación de la baja presentada, y no ya con la ulterior adjudicación.

Pues bien, sobre este prisma de inadmisibilidad del recurso, con matices diferentes entonces frente a aquel otro que acabamos de describir, debemos tener en cuenta diversos aspectos.

En primer lugar, favorable a la tesis del órgano de contratación estaría que existe una resolución específica, en cuanto que decisión de admisibilidad de la oferta a los efectos de la Directiva 89/665 – integrante dentro de las denominadas coloquialmente Directivas del recurso, con la redacción dada tras la Directiva 2007/66-, y que además esta fue específicamente notificada y publicada.

Unamos también que la misma otorgaba información hacia este recurso especial, lo cual, siendo ciertamente relevante para el sustento de esa interpretación del órgano hay que analizarlo en el sentido de que el hecho de que el órgano de contratación otorgue esa posibilidad no determina, por sí solo, que entonces esta impugnación tenga ya carácter irremediabilmente preclusiva. Lo que queremos expresar es que, en el prisma que nos ocupa de analizar si el presente recurso presentado contra la adjudicación es inadmisibile, debemos atender al caso concreto teniendo en cuenta el efecto útil del recurso y la proporcionalidad en cuanto a su acceso, precisamente en el supuesto que se nos presenta.

En este sentido, un aspecto muy relevante para analizar la admisibilidad del recurso especial contra decisión de admisión de ofertas es la legitimación ad causam para que, en ese momento del procedimiento, pueda haber esa impugnación. En ese sentido, Resolución 131/2018 Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid.

Pues bien, en el caso que nos ocupa consideramos contrario al principio pro actione entender que el recurrente tenía que, preclusivamente, recurrir la decisión de admisión de la oferta del que luego fue el adjudicatario, en una licitación donde existían más competidores que el recurrente y el adjudicatario, y cuando en el momento en que se le notifica aquella decisión el ahora recurrente no tenía conocimiento cierto de una exteriorizada clasificación de las ofertas, a efectos de

apreciar en esta su interés efectivo en recurrir tal decisión. Así, no fue hasta la fecha de notificación de la resolución de la adjudicación donde se nos aparece que tuvo acceso a esa información, esencial para determinar la afección efectiva su posición jurídica.

Lo que observamos fue que en esa resolución de adjudicación es donde pudo visualizar que su oferta había sido clasificada en segundo lugar, pues en la Plataforma de Contratos Públicos de Galicia las actas de la mesa de contratación no fueron publicadas hasta ese mismo momento final, concretamente, hasta la fecha de esa adjudicación.

De hecho, el recurrente, cuando aún estaba en plazo para impugnar esa decisión de admisión de la oferta del adjudicatario es cuando recibe la resolución de adjudicación, por lo que existiendo en ese momento ya la resolución final, que es donde se le aparece la clasificación de las ofertas y la decisión de adjudicación, sería contrario al principio pro actione y proporcionalidad en su entendimiento que, con todas las circunstancias descritas del caso, consideremos inadmisibles tal recurso presentado.

Décimo.- Entrando ahora en el fondo, en Resoluciones previas de este TACGal dimos cuenta de la doctrina consolidada existente sobre las bajas anormales o desproporcionadas (por todas, Resoluciones 14/2018 o 69/2018) . Explicábamos que la apreciación de que la oferta tiene valores anormales o desproporcionados no es un fin en sí mismo, sino un indicio para establecer que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de eso, tras un procedimiento contradictorio al respecto. La decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no corresponde al órgano de contratación, que debe sopesar las alegaciones formulados por la empresa licitadora y los informes emitidos por los servicios técnicos. No se trata de que el licitador justifique exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo. Tampoco resulta necesario que por parte del licitador se proceda a la desagregación de la oferta económica, ni a una acreditación exhaustiva de los distintos componentes de ella, sino que basta con que ofrezca al órgano de contratación argumentos que permitan explicar la viabilidad y seriedad de la oferta, a lo que añadir que los argumentos o justificaciones aportadas por el licitador deben ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta. Finalmente debe atribuirse al poder adjudicador un amplio margen en la apreciación de la temeridad, con límites como el error, la arbitrariedad, etc... También en nuestra Resolución TACGal 45/2018 indicábamos respecto a la exclusión de un licitador que era un

resultado especialmente gravoso, por lo que la proporcionalidad no es un principio menor al respecto.

Analizando lo sucedido en este caso lo primero que debemos trasladar es que se siguió el procedimiento previsto: detectada la oferta anormalmente baja, se requirió a tal licitador para que lo justificara, lo que éste hizo presentando alegaciones unidas a la oferta concretamente presentada, a lo que prosigue un informe técnico que descarta argumentativamente que la oferta no sea viable, y que termina con una propuesta de la mesa de contratación de aceptar tal oferta, lo que finalmente fue decidido por el órgano de contratación. Todo esto aleja que existiera error o arbitrariedad, y con esto una posible estimación del recurso.

Como expresamos en nuestra Resolución 66/2018:

“ Así, ya ha expresado este Tribunal que la motivación del órgano de contratación debe ser racional y suficiente. En este sentido, también debemos precisar que no puede confundirse la falla de motivación o que aquella sea insuficiente, con el supuesto en el que la motivación es racional e idónea pero no todo lo específica que desearía el licitador descartado, de cumplir el deber de motivación de los actos administrativos. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 13 de diciembre de 2013, asunto T-165/2012, recoge que el deber de motivación de las entidades adjudicadoras se puede cumplir por medio de comentarios sucintos sobre la oferta seleccionada y no seleccionada.

Tampoco cabe caer en la confusión de, por esta vía alegatoria, tratar de convertir a este Tribunal en órgano de contratación, ni que, en realidad, se esconda un intento de erigirse en tal el propio recurrente.”

Centrados, por último, en las específicas manifestaciones del recurrente, este solo cuestiona, en realidad, dos concretos aspectos de la justificación dada por el adjudicatario.

El hecho de sólo cuestionar aspectos concretos se contrapone con la dimensión de concluir que la oferta, como tal, no sea viable, que es el parámetro para analizar las ofertas anormalmente bajas. Como dice el artículo 149 LCSP: *“justificar, plena y oportunamente, la viabilidad de la oferta”*.

Unamos a lo anterior que la anormalidad de la oferta lo es en un porcentaje ciertamente pequeño, como recoge el informe de la CRTVG: *“Es necesario subrayar*

que estamos ante una oferta que está por debajo de lo estipulado como presunción de temeridad en una proporción mínima (0.17%).”

En nuestra Resolución 46/2018 expresamos:

“Existe otro elemento al que la doctrina consolidada de los Tribunales de recursos contractuales da valor cierto en el análisis final de si estamos ante una oferta no viable económicamente, cual es la diferencia con el límite fijado en los pliegos para apreciar presunción de anormalidad o desproporción, de forma que cuanto más diferencia más exigencia justificativa hay que exigir del licitador que la sostiene.

(...)

De manera que, como punto de partida, destacamos que estamos en presencia de una oferta, luego la mejor valorada para este objeto contractual, que estaba por debajo de lo fijado como presunción de anormalidad o desproporción en una proporción muy baja (un 1,75%, segundo destaca el Ayuntamiento) y donde el informe técnico que valora la misma concluye, tras razonamientos, que no merece la consecuencia más gravosa respecto de los principios de la licitación, la exclusión.

Por lo tanto, como expresamos, al margen revisor de este TACGal queda reconducida sólo a excluir que exista en esto arbitrariedad u otro elemento invalidante, pero sin sustituir las decisiones técnicas que corresponden a la Administración contratante.”

Pasando ya al análisis del texto de este recurso, concretamente, se refiere a que no se constatan los descuentos alegados y, de manera principal, que los precios previstos de los seguros son muy inferior a los de mercado y que sólo se justificarían si la adjudicataria incumpliera las exigencias previstas en los pliegos de la licitación, como sería un autoseguro.

Sobre los descuentos, el recurrente apenas dedica unas pocas líneas a esta referencia, por lo que difícilmente puede entenderse desarrollado un argumento que consiga el convencimiento de este Tribunal administrativo a que esta cuestión implique una inviabilidad de la oferta.

En todo caso, no aparece como irreal o falto de razonabilidad la explicación dada por AUTOS BREA de que en la compra de 21 unidades podría obtener un descuento.

Pero, finalmente, no se nos puede escapar que ese argumento dado en la justificación de esta oferta se cita como “Además” o a mayores dentro de su apartado sobre “Coste depreciación de los vehículos”, donde el sustento principal de este punto es otro, como es la cuestión de la recompra.

Realmente el recurso descansa casi principalmente en la consideración del recurrente de que la cifra dada para el aseguramiento de los vehículos no se corresponde con el mercado, que no es viable.

Como bien recoge el informe del órgano de contratación, el recurso solo aporta aquí sus propias manifestaciones referidas a que en su experiencia y consultas al mercado las cifras ofrecidas no pueden ser posibles, lo cual no es suficiente para enervar lo antes expresado a efectos de que este TACGal pueda revisar la decisión adoptada de entender justificada la viabilidad de la proposición ganadora.

Pero, otra vez, no se puede perder la perspectiva de este debate por cuanto que, como es ampliamente sabido, la presentación de una proposición presupone la aceptación de las condiciones de la licitación, de manera que luego es una cuestión de la ejecución que el adjudicatario no se separe de ellas, con mecanismos como penalidades, etc...(por todas Resolución TACGal 98/2018).

Aquí nada determina un incumplimiento en este punto que hubiera podido implicar una exclusión por alejarse de los pliegos, ni tampoco que por esta cuestión la proposición presentada vaya a ser inviable, siendo carga del recurrente trasladarnos el convencimiento de esos aspectos, lo que aquí no se consigue.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, **RESUELVE:**

1. **Desestimar** el recurso interpuesto por EMPRESA MONFORTE S.A.U. contra la resolución de adjudicación del lote 1 del contrato de arrendamiento de vehículos para cubrir las necesidades de desplazamiento y transporte de equipos de cámara (ENG) y suministro de un vehículo tipo furgoneta para la Corporación Radio y Televisión de Galicia S.A., expediente 2018000251.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

3. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 LCSP.

Esta resolución, directamente ejecutiva en sus propios términos, es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.