

Recurso nº 26 y 37/2019 (acumulados)**Resolución nº 42/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 18 de febrero de 2019.

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por D. J.C.H.M. actuando en nombre y representación de la entidad PENTAGAS HIDROCARBUROS, S.L., contra la resolución de exclusión de su oferta en el primero de ellos (recurso 26/2019), y contra el propio acuerdo adjudicación en el segundo (recurso 37/2019), en la licitación del suministro de carburante en la estación de servicio del Puerto Deportivo Juan Carlos I de Sanxenxo, expediente 2/18 licitado por Nauta Sanxenxo, S.L.U., 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.- Por la sociedad Nauta Sanxenxo, S.L.U. se convocó la licitación del contrato del suministro de carburante en la estación de servicio de Puerto Deportivo Juan Carlos I de Sanxenxo, con un valor estimado declarado de 1.129.543,92 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en el DOUE y en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 03.08.2018.

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.- La recurrente impugna la decisión del órgano de contratación de fecha 11.12.2018 que excluye su oferta del procedimiento de licitación y el acuerdo de adjudicación de fecha 16.01.2019.

Cuarto.- El día 22.01.2019 PENTAGAS HIDROCARBUROS, S.L. (PENTAGAS en adelante) interpuso el recurso especial en materia de contratación 26/2019, a través del formulario telemático existente a tal fin en la sede electrónica de la Xunta de Galicia, con enlaces hacia esto en la web de este Tribunal. El recurso 37/2019 se presentó el día 06.02.2019.

Al amparo del artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, procede la resolución conjunta de ambos recursos.

Quinto.- En las mismas fechas de presentación se reclamó a Nauta Sanxenxo S.L.U. 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 los días 29.01.2019 y 08.02.2019, para cada uno de los recursos.

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados, recibéndose alegaciones de la empresa REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A. (REPSOL en adelante) en el recurso 37/2019.

Séptimo.- Este Tribunal acordó en sesión del día 28.01.2019 suspender de oficio el procedimiento de contratación, en el recurso 26/2019, y el 11.02.2019 mantener el efecto suspensivo recogido en el artículo 53 LCSP, en el recurso 37/2019.

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 la 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 impugna en ambos recursos para revocar su exclusión y en búsqueda de que se le reintegre al procedimiento, por lo que ostenta la legitimación del artículo 48 LCSP.

Cuarto.- El acuerdo de exclusión se notificó al recurrente el día 09.01.2018 y el de adjudicación el 18.01.2019 por lo que ambos recursos fueron interpuestos en plazo.

Quinto.- Impugnándose los acuerdos de exclusión y adjudicación dictados en una licitación de un contrato de suministro con un valor estimado superior a 100.000 euros, el recurso es admisible en esos aspectos.

Sexto.- El recurrente impugna su exclusión del procedimiento de licitación al estimar el órgano de contratación que no había acreditado adecuadamente la justificación de su oferta en el trámite concedido al efecto. En el recurso 37/2019 impugna el acuerdo de adjudicación con la misma fundamentación.

Así, critica el recurrente que de ser incompleta su documentación debería poder completarla, ya que el requerimiento que se le efectuó no fue claro al respecto, y que las motivaciones recogidas en el informe que valoró la mesa de contratación carecen de fundamento .

Igualmente solicita prueba de testigo y pericial ante este Tribunal, la cual no se acepta por no entenderse necesaria para la resolución de este recurso.

Séptimo.- El órgano de contratación se opone al contenido del recurso 26/2019 argumentando que era deber del licitador justificar adecuadamente su oferta y que si la documentación aportada era incompleta, algo que defiende, lo que procedía era la exclusión del licitador por no justificar la viabilidad de su oferta, tal y como se hizo.

En su informe al recurso 37/2019 defiende la inadmisión del mismo por estar el recurrente excluido del procedimiento de licitación y carecer de interés legítimo.

REPSOL, en su escrito, apoya los argumentos del órgano de contratación y defiende la adjudicación efectuada.

Octavo.- Analizando el contenido del recurso, debemos comenzar señalando que este TACGal ya se pronunció en anteriores Resoluciones al respecto de la consolidada doctrina existente sobre las bajas anormales o desproporcionadas.

Con cita en nuestra Resolución 105/2018, podemos señalar 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 formuladas 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 al desglose 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 este era un resultado especialmente gravoso, por lo que la proporcionalidad no es un principio menor al respecto.

El artículo 149 de la LCSP establece al respecto de las bajas anormales un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas sean rechazadas sin comprobar previamente su viabilidad, permitiendo al licitador explicar los elementos que tuvo en cuenta para configurar su oferta. Estos trámites tienen por objeto evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y garantizar la adecuada competencia entre las empresas (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 29 de marzo de 2012, asunto C-99/10, SAG EV Slovensko a.s.).

Consta en el expediente que se cumplieron los trámites procedimentales previstos legalmente.

Según la cláusula 10ª del PCAP, se establecía como criterio de valoración automático “el descuento ofertado en €/litro sobre el precio de venta, con una puntuación máxima de 60 puntos”, considerándose por la mesa de contratación la oferta de descuento de la recurrente incurso en presunción de anormalidad, lo que no se discute en esta fase de recurso.

El informe encargado por el órgano de contratación y que determina la exclusión del licitador señala lo siguiente:

“Que la justificación económica presentada hace referencia a un único día, el 6 de septiembre del año en curso concretamente, utilizando como referencia la cotización base Platts vigente.(...)”

Puesto que dicha cotización, y por ende el precio de los carburantes, está sujeta a variaciones diarias a lo largo del año, la justificación presentada explica la propuesta económica realizada por el licitador únicamente para el día indicado.

La que suscribe no considera suficiente la referencia a la cotización de un único día para justificar la viabilidad de la oferta presentada, puesto que dicha cotización podrá variar al alza durante la duración del contrato. No cabe además, en opinión de la que suscribe, fundamentar la justificación en la hipótesis de que dicha cotización variará durante la duración del contrato de forma constante y previsible.

Por otra parte, no se menciona consideración económica alguna referida al respeto de las obligaciones aplicables en materia medioambiental, en concreto “prima de seguro de RC de contaminación accidental y riesgo medioambiental, incluyéndose los daños causados al medio ambiente por contaminación del suelo, las aguas o la atmósfera, siempre que su causa sea accidental súbita, no prevista ni esperada por el asegurado por los daños materiales, personales y perjuicios que puedan causar los productos transportados en la cuantía de 2.000.000 Eur”

La que suscribe considera por lo tanto incompleta la justificación aportada”.

Lo primero que debemos destacar es que no se observa en este informe cuestionamiento de los cálculos económicos expuestos por el recurrente en su justificación, sino únicamente que se entiende la misma como “incompleta”.

En ese sentido, en la Resolución 14/2018 ya indicábamos que *“Es preciso destacar que el licitador tiene el derecho de presentar aquella documentación que considere justifica los precios ofertados y el futuro cumplimiento de su propuesta, no pudiendo con carácter general el órgano de contratación excluir una u otra sin proceder a su valoración.”*

Por lo tanto, en este caso en que no se cuestionan los cálculos económicos de la licitadora, la evaluación como *“incompleta”* efectuada por el órgano de contratación debe ponerse en relación con el propio requerimiento efectuado a la empresa en el trámite previsto en el artículo 149, que en su apartado 4 señala expresamente:

“La petición de información que la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación dirija al licitador se deberá formular con claridad, de manera que estos estén en condiciones de justificar, plena y oportunamente, la viabilidad de la oferta”

Así, en ese requerimiento efectuado el día 10.10.2018, se señala al licitador que:

“justifique aquellas condiciones de su oferta que sean susceptibles de determinar el descuento ofertado, con mención a los valores que se recogen en el artículo 149.4 de la LCSP”.

Partiendo de ese requerimiento y del contenido del artículo citado, este Tribunal no entiende como proporcionada la exigencia de que el licitador, en este trámite, hiciera una expresa mención al coste económico de la prima de seguro por riesgo ambiental, como se señala en el informe justificativo.

A ese respecto, la obligación de ese seguro se menciona en la cláusula 8 del PPT dentro de las pólizas de seguros de responsabilidad civil exigibles al adjudicatario, por lo que su presentación en este momento procedimental carecería de sentido. Y si lo que se pretendía, tal y como parece deducirse de la literalidad del informe, era la expresión detallada de su cuantificación económica, debió expresarse con claridad en el requerimiento efectuado, sin que una mera remisión a las posibilidades que la legislación ofrece al órgano de contratación pueda suplir esa omisión. No resulta acogible que, después de la mera puesta en conocimiento de la empresa de su situación de presunta anormalidad sin mayores concreciones, el órgano de contratación la excluya por no haber facilitado exhaustivamente ciertas explicaciones o documentos muy específicos (en el mismo sentido Resolución 8/2019 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi).

En esta línea, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de noviembre de 2001 (asuntos acumulados C-285/99 y C-286/99. ECLI:EU:C:2001:640), en su apartado 5, establece que el requerimiento al licitador para que justifique su oferta anormal debe recoger las *“precisiones sobre los concretos elementos de la oferta sospechosa de anomalía que le hayan hecho albergar dudas y valore después dicha oferta a la luz de las justificaciones facilitadas por el licitador afectado en respuesta a la referida petición”*.

Resaltamos nuevamente que el informe no cuestiona que la estimación de costes y beneficios presentados por la licitadora permitan asumir el importe de los seguros y, por lo tanto, entienda la misma como inviable, sino que únicamente se refiere a la omisión de la concreción económica del importe de la póliza, y en ese sentido este Tribunal considera que, al no aportar el órgano de contratación una justificación sobre la relevancia de la cuantía de ese gasto, y teniendo en cuenta el importe del presupuesto contractual, la misma no puede determinar la consideración de la oferta como inviable.

Cabe destacar que en la justificación de su oferta la licitadora señala expresamente que:

“Aplicando los márgenes de beneficio calculados en la tabla anterior, se obtendría un beneficio bruto anual teórico de 31.917 euros, que la empresa considera más que suficiente para dar cumplimiento a las obligaciones del contrato, tanto en materia medioambiental, social, laboral y de sucontratación”.

El otro motivo que determinó la exclusión de la oferta de la recurrente por entenderla *“incompleta”* se refiere a que no se consideró *“suficiente la referencia a la cotización de un único día para justificar la viabilidad de la oferta presentada, puesto que dicha cotización podrá variar al alza durante la duración del contrato”*.

En este aspecto debemos resaltar que la oferta de los licitadores no se formulaba en términos de precios absolutos, sino de *“descuento ofertado en €/litro sobre el precio de venta”*. Y además, como señala el recurrente en su escrito, el PPT recoge en su cláusula 6 que:

“El adjudicatario comunicará, con la periodicidad que se establezca, las modificaciones de precios de venta al público que serán tomados como referencia por Nauta Sanxenxo”

Configurada en ese sentido la licitación, no parece que la argumentación del informe permita considerar la oferta como inviable.

Por un lado, porque en una licitación como la presente, de suministro de combustible, es evidente que el precio de adquisición no depende del propio licitador, por lo que no siendo fijo el precio final de venta, que dependerá del primero, lo único relevante es si el descuento ofertado es asumible durante la ejecución del contrato, a la vista de los costes y beneficios esperados.

Y, en consecuencia, el hecho señalado en el informe de que la cotización variará a lo largo del año es una evidencia que, por falta de consecuencias atribuidas por el órgano de contratación, no puede determinar por sí mismo la inviabilidad de la oferta.

Reiteramos nuevamente que el informe no hace crítica alguna sobre los importes estimados como costes por la licitadora, que determina aspectos tales como la prima logística mayorista, los costes internos o los gastos de transporte y prevé unos beneficios brutos de 31.917 euros, que no son puestos en cuestión por el órgano de contratación.

En conclusión, presentando la recurrente en el trámite concedido al efecto un desglose de los costes y beneficios del contrato y no existiendo justificación por parte del órgano de contratación que determine la inviabilidad de la oferta, este Tribunal debe estimar el recurso presentado. En ese sentido, no cabe respecto a la discrecionalidad técnica del órgano de contratación, pues la misma exigiría la existencia de un razonamiento lógico y fundado que en este supuesto no se nos muestra.

Igualmente, tampoco podemos acoger como único motivo de exclusión el hecho de que la documentación presentada sea incompleta. Por un lado, porque eso exigiría un requerimiento más exacto del órgano de contratación sobre la documentación a presentar y, además, porque dada la configuración y características de esta licitación no se nos muestran por parte del órgano de contratación argumentos suficientes para entender que la documentación presentada no permitía un análisis sobre la viabilidad de la oferta.

Por lo tanto, procede anular el acuerdo de exclusión y retrotraer el procedimiento de licitación al punto inmediatamente anterior, a los efectos de que por la mesa de

contratación se proceda a una nueva clasificación de las ofertas con inclusión de la presentada por la recurrente y a formular la propuesta de adjudicación.

En consecuencia, procede inadmitir por falta de objeto el recurso 37/2019 dirigido contra el acuerdo de adjudicación.

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

1. **Estimar** el recurso 26/2019 interpuesto por PENTAGAS HIDROCARBUROS, S.L., contra la resolución de exclusión de su oferta en la licitación del suministro de carburante en la estación de servicio del Puerto Deportivo Juan Carlos I de Sanxenxo, expediente 2/18 licitado por Nauta Sanxenxo S.L.U. con anulación de esa decisión.

2. **Inadmitir** por falta de objeto el recurso 37/2019 interpuesto por PENTAGAS HIDROCARBUROS, S.L., contra la resolución de adjudicación en el mismo procedimiento de licitación.

3. Levantar la suspensión acordada en su día.

4. Al amparo del artículo 57.4 LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para darle cumplimiento a esta resolución.

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.