

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
RESOLUCIÓN 309/2016

Recurso nº 228/2016 C.A. Principado de Asturias 15/2016

Resolución nº 309/2016

En Madrid, a 22 de abril de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.M.A.D., en nombre y representación propia, contra el acuerdo de fecha 3 de marzo de 2016 por el que se le excluye del procedimiento de licitación del lote 8 de la contratación del “Servicio de transporte para el desplazamiento del personal adscrito al Instituto de Medicina Legal, clínicas forenses y órganos judiciales del Principado de Asturias”, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 13 de noviembre de 2015 se publica en el Boletín Oficial del Principado de Asturias anuncio de licitación para la contratación del servicio de transporte para el desplazamiento del personal adscrito al Instituto de Medicina Legal, clínicas forenses y órganos judiciales del Principado de Asturias.

Segundo. El presupuesto base de la licitación se fijó en 1.525.440 euros, para el conjunto de los ocho lotes.

Tercero. El procedimiento para la celebración del contrato de servicios objeto de este recurso se ajusta a las previsiones del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), por Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo de desarrollo parcialmente de la Ley de Contratos del Sector Público, en lo que no resulta contrario a la Ley y al Reglamento, se aplicará el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre que aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Subsidiariamente, se aplicarán las restantes normas de Derecho Administrativo, y en su defecto, las normas de Derecho Privado.

Cuarto. En lo que interesa a este recurso, del pliego de condiciones administrativas particulares (PCAP), debemos destacar las siguientes cláusulas:

- Cláusula 11.4: “Las entidades licitadoras deberán presentar dos sobres cerrados “A” y “B”). Cada uno de ellos deberá estar identificado en su exterior, debiendo constar su respectivo contenido, e indicación expresa y de forma legible los siguientes datos:....Dirección, teléfono y fax de la empresa”
- Cláusula 12.2: “Si la Mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada lo comunicará verbalmente a los licitadores a las DOCE (12:00) horas del día de su constitución y se lo notificará por escrito por medio de fax al número que la empresa licitadora indique....”
- Cláusula 13.2: “La adjudicación a la entidad licitadora que presente la oferta económicamente más ventajosa no procederá cuando el órgano de contratación presuma fundadamente que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión en la misma de valores anormales o desproporcionados”
- Cláusula 13.3: “Se considerarán, en principio, ofertas con valores anormales o desproporcionados las que se encuentren en los siguientes supuestos:.... Cuando concurren cuatro o más entidades licitadoras, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media a la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales....

Cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, deberá darse audiencia a la entidad licitadora que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto a las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar donde se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado. En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente”

Quinto. En fecha 14 de diciembre de 2015 se constituyó la Mesa de Contratación para la apertura de la documentación administrativa de los licitadores que habían concurrido a cada uno de los lotes. Al lote 8, al cual concurrió el recurrente, presentan la documentación cuatro licitadores.

En fecha 18 de diciembre de 2015, la Mesa vuelve a reunirse para la apertura del sobre B, que contiene la oferta económica de las proposiciones presentadas y admitidas a la licitación. Se comprueba por la Mesa que, entre otras, la oferta presentada por D. J.M.A.D. puede ser considerada anormal o desproporcionada conforme a lo establecido en la cláusula 13.2 del Pliego. Ante esta circunstancia, la Mesa otorga un plazo de diez días hábiles al recurrente para la justificación de su oferta. La notificación de este requerimiento se realizó vía fax.

Transcurrido el tiempo concedido sin que se presentara justificación por el recurrente, la Mesa de Contratación acuerda su exclusión en reunión mantenida el 3 de marzo de 2016.

Sexto. En el expediente administrativo incluido en el recurso consta un oficio de 18 de enero de 2016 suscrito por la Jefa de la Sección de Contratación de la Consejería de Presidencia y Participación Ciudadana del Gobierno del Principado de Asturias, dirigido a D. J.M.A.D. al número de fax 985 72 51 61, en el que se notifica el acuerdo adoptado por la Mesa en su reunión de 18 de diciembre de 2015.

A este documento se une un informe del resultado de la comunicación, vía fax, del día 18 de enero a las 13:28, número 985 72 51 61, en el que se indica, en el espacio para indica el resultado de la comunicación, la expresión "OK".

Séptimo. El 22 de marzo de 2016 D. J.M.A.D. presenta recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de la Mesa que determina la exclusión de su oferta a la licitación.

Octavo. Con fecha 29 de marzo de 2016 se dio traslado del recurso a los restantes licitadores a fin de que en el plazo de cinco días hábiles formularan las alegaciones que tuvieran por conveniente. El 31 de marzo de 2016, D. Luis Fernando Álvarez-Cascos Cabal presenta escrito de alegaciones al recurso, si bien se refiere únicamente a su exclusión del procedimiento, que no es objeto de la presente Resolución.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y en el Convenio de Colaboración suscrito entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, sobre atribución de competencias de recursos contractuales, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 28 de octubre de 2013, por Resolución de 4 de octubre de 2013, de la Subsecretaría del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Segundo. Conforme al artículo 42 del TRLCSP podrá interponer recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso. Tal circunstancia concurre en la recurrente licitadora dado que ha sido excluida del procedimiento de contratación.

Tercero. El recurso se interpone contra el acuerdo de exclusión realizado en la tramitación de un contrato de servicios.

De acuerdo con el artículo 40.1.a) del TRLCSP "Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2

de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores: a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.”

Se trata de un contrato sujeto a regulación armonizada al tratarse de un contrato de servicios comprendido en la categoría 2 del Anexo II del TRLCSP (Servicios de transporte por vía terrestre (2), incluidos los servicios de furgones blindados y servicios de mensajería, excepto el transporte de correo) y superar su valor estimado el umbral del artículo 16.1.b).

El apartado 2 del artículo 40 admite expresamente el recurso contra los acuerdos de exclusión. Así, “Podrán ser objeto del recurso los siguientes actos: b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos 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. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.”

Cuarto. El anuncio del recurso tuvo entrada el día 21 de marzo de 2016. El acuerdo de exclusión es de fecha 3 de marzo de 2016, por lo que el recurso fue interpuesto en plazo cumpliendo el plazo de quince días hábiles establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto. La única alegación invocada por el recurrente es que en ningún momento ha recibido requerimiento de justificación de su oferta y que, consecuentemente, no puede ser excluido por falta de atención al citado requerimiento. Presenta un registro de las comunicaciones por fax recibidas desde el 11 de marzo de 2016 hasta el 18 de marzo del mismo año, sin que aparezca la comunicación aludida.

De acuerdo con el informe del órgano de contratación: “Se informa que desde el servicio de Asuntos Generales de la Consejería de Presidencia y Participación Ciudadana (competente para la tramitación del expediente de contratación de referencia) se realizó la comunicación al número de fax que el licitador indicó expresamente en el Anexo I incluido en el Sobre A de documentación administrativa.

En dicho Anexo, D. J.M.A.D. autoriza expresamente a la Consejería de Presidencia y Participación Ciudadana del Principado de Asturias a remitirle las notificaciones que procedan con respecto del contrato por medio del número de fax cuyo número detalla.

Practicada la notificación al citado número de fax, se recibe justificante de que el escrito remitido desde el fax de la consejería fue recibido correctamente, considerándose, por tanto, la comunicación practicada y comenzando a computarse el plazo de diez días hábiles concedido al efecto”.

La necesaria justificación de las ofertas con valores anormales o desproporcionados está regulada en el artículo 152 del TRLCSP en los siguientes términos:

“1. Cuando el único criterio valorable de forma objetiva a considerar para la adjudicación del contrato sea el de su precio, el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas podrá apreciarse de acuerdo con los

parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente, por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado.

2. Cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, podrá expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, podrán indicarse en el pliego los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales.

3. Cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado.

En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.

Si la oferta es anormalmente baja debido a que el licitador ha obtenido una ayuda de Estado, sólo podrá rechazarse la proposición por esta única causa si aquél no puede acreditar que tal ayuda se ha concedido sin contravenir las disposiciones comunitarias en materia de ayudas públicas. El órgano de contratación que rechace una oferta por esta razón deberá informar de ello a la Comisión Europea, cuando el procedimiento de adjudicación se refiera a un contrato sujeto a regulación armonizada.

4. Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior, estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la proposición económicamente más ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo anterior”.

Según Informe del Jefe del Servicio de Relaciones con la Administración de Justicia de fecha 11 de enero de 2006, en el Lote 8 se identifica como oferta con valores anormales o desproporcionados a la presentada por D. J.M.A.D.. Este informe determinó que la Mesa adoptara la decisión de solicitar la justificación de la oferta en los términos del artículo 152 expresado.

En relación con la cuestión planteada, la Resolución nº 878/2014, de 28 de noviembre, de este Tribunal, resolvió desestimar un recurso que presentó idénticas argumentaciones a las invocadas en el presente recurso.

Como allí se indicó, los artículos 27 y 28 de la Ley 11/2007, de 22 de Junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, al regular comunicaciones y notificaciones electrónicas establece, junto con otras cuestiones, que se utilizarán tales medios cuando se hubiesen previsto y consentido su utilización.

La Disposición Adicional Decimoquinta, apartado primero del TRLCSP prevé: “Las comunicaciones e intercambios de información que deban efectuarse en los procedimientos regulados en esta Ley podrán hacerse de acuerdo con lo que establezcan los órganos de contratación o los órganos a los que corresponda su resolución por correo, por telefax o por medios electrónicos, informáticos o telemáticos. Las solicitudes de participación en procedimientos de adjudicación podrán también hacerse por teléfono, en el caso y en la forma previstos en el apartado 4 de esta disposición adicional”.

Como hemos visto anteriormente, los pliegos preveían la comunicación electrónica y solicitaban a los licitadores la identificación de un número de fax para notificaciones. En este punto debe recordarse, que los pliegos son obligatorios para las partes y se entienden aceptados por los licitadores mediante la presentación de las proposiciones.

En el Anexo I, firmado por el recurrente en fecha 30 de noviembre de 2015, éste indicó como número de fax a efectos de comunicaciones el 985 72 51 61, que es el número al que se dirigió el requerimiento.

De acuerdo con el régimen jurídico expuesto, en el procedimiento de contratación del servicio, el órgano de contratación había previsto la comunicación con los licitadores por medio del fax. Este sistema ha sido aceptado por los licitadores mediante la presentación de sus ofertas y con indicación del número de fax al que debían hacerse estas comunicaciones. El número de fax ha sido reiterado, además, por el recurrente en la declaración jurada que presenta junto con el recurso. Por otro lado, la relación de comunicaciones por fax que presenta como prueba en nada desvirtúa lo señalado anteriormente, puesto que únicamente cubre los envíos recibidos entre el 11 y el 18 de marzo, y el requerimiento tuvo lugar el 18 de enero de 2016.

Entiende este Tribunal que la exclusión fue conforme a Derecho y que debe ser confirmada la decisión de la Mesa de Contratación.

Por todo lo anterior, VISTOS los preceptos legales de aplicación, ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA:**

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. J.M.A.D., en nombre y representación propia, contra el acuerdo de fecha 3 de marzo de 2016, por el que se le excluye del procedimiento de licitación del lote 8 de la contratación del “Servicio de transporte para el desplazamiento del personal adscrito al Instituto de Medicina Legal, clínicas forenses y órganos judiciales del Principado de Asturias”,

Segundo. 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 47.5 de TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, 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 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.