

Recurso 18/2016**Resolución 70/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 1 de abril de 2016

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CEPSA CAR, S.A.** contra la Resolución, de 14 de enero de 2016, por la que se acuerda excluir su oferta de la licitación del procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Suministro de combustible de automoción y gasóleo tipo “C” para el Ayuntamiento de Marbella durante los ejercicios económicos de los años 2016, 2017, 2018 y 2019” (Expte. SU 1/16) convocado por el citado Ayuntamiento, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El procedimiento de licitación se convocó mediante anuncio publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 28 de octubre de 2015, y con fecha 31 de octubre de 2015 en el Boletín Oficial del Estado número 261.



El valor estimado del contrato es de 7.140.495,87 euros y entre las empresas licitadoras se encuentra la ahora recurrente.

SEGUNDO. A la licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley, y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

TERCERO. Tras la valoración de las ofertas presentadas, a propuesta de la Mesa de contratación y de acuerdo con el Informe de Valoración emitido por los Servicios Técnicos del Área de Organización, el 14 de enero de 2016 se dictó Resolución del Concejal Delegado de Hacienda y Administración Pública por la que se excluye la proposición presentada por la entidad CEPSA CARD, S.A. por haber incluido excepciones técnicas a las estipulaciones del pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT).

Dicha Resolución fue remitida a la recurrente el 18 de enero de 2016 por correo certificado, si bien en el expediente remitido por el órgano de contratación no consta su recepción.

CUARTO. El 8 de febrero de 2016, tuvo entrada en el Registro del Ayuntamiento de Marbella, Departamento de Contratación y Compras Centralizadas, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por parte de la entidad CEPSA CARD, S.A. contra la Resolución, de 14 de enero de 2016, por la que se acuerda excluir su oferta de la licitación del procedimiento de adjudicación del contrato que nos ocupa.

Dicho escrito, junto con una copia completa del expediente y el informe



correspondiente, fueron remitidos por el Ayuntamiento de Marbella a este Tribunal, teniendo entrada el 10 de febrero de 2016.

QUINTO. El 12 de febrero de 2016 la Secretaría de este Tribunal solicitó al órgano de contratación que comunicara por escrito si disponía de órgano especializado para la resolución de los recursos especiales en materia de contratación interpuestos en su ámbito, así como certificado de autenticidad de la documentación previamente remitida. Dicha documentación tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el 22 de febrero de 2016.

SEXTO. El 17 de febrero de 2016 la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles al otro licitador en el procedimiento, RONZAL FUEL, S.L.U., para que formulara alegaciones, las cuales presentó el 1 de marzo de 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

La actuación impugnada procede de una Corporación Local. El artículo 41.4 del TRLCSP dispone que *“En el ámbito de las Corporaciones Locales, la competencia para resolver los recursos será establecida por las normas de las Comunidades Autónomas cuando éstas tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación.*



En el supuesto de que no exista previsión expresa en la legislación autonómica, la competencia corresponderá al mismo órgano al que las Comunidades Autónomas en cuyo territorio se integran las Corporaciones Locales hayan atribuido la competencia para resolver los recursos de su ámbito.”

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, cuyo artículo 1 lo define como órgano de carácter especializado que actuará con plena independencia funcional, al que corresponderá, entre otras competencias, el conocimiento y resolución de los recursos especiales en materia de contratación contra actos dictados en materia de contratación pública que emanen de la Administración de la Junta de Andalucía y de las entidades instrumentales de la misma que ostenten la condición de poderes adjudicadores.

Asimismo, el artículo 10, apartados 1 y 2, del citado Decreto, bajo el título “Entidades locales de Andalucía”, dispone lo siguiente:

“1. En el ámbito de las entidades locales andaluzas y de los poderes adjudicadores vinculados a las mismas, la competencia para el conocimiento y resolución del recurso especial en materia de contratación, de la cuestión de nulidad y de las reclamaciones a que se refiere el artículo 1 de este Decreto corresponderá a los órganos propios, especializados e independientes que creen, que actuarán con plena independencia funcional conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (...).

2. De conformidad con la competencia de asistencia material a los municipios que atribuye a las provincias el artículo 11.1 c) de la Ley 5/2010, de 11 de junio, y en la forma regulada en el artículo 14.2 de dicha Ley, el conocimiento y resolución de estos recursos especiales y de las citadas cuestiones de nulidad y



reclamaciones podrán corresponder a los órganos especializados en esta materia que puedan crear las Diputaciones Provinciales.”

De otro lado, el apartado 3 del artículo 10 del Decreto autonómico citado, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, por el que se acuerda el funcionamiento del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía como órgano colegiado, y se modifica el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el mismo, dispone que *“En el caso de que las entidades locales y poderes adjudicadores vinculados a las mismas no hayan optado por la posibilidad descrita en los apartados anteriores, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía será el competente para resolver los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad respecto a los actos de dichas entidades.”*

Por tanto, en lo que se refiere a los recursos de las Corporaciones Locales de Andalucía, por aplicación de la disposición estatal antes citada, hay que estar necesariamente a lo dispuesto en la norma autonómica sobre la materia, en concreto, al artículo 10 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, precepto que no atribuye directamente competencia a este Tribunal para la resolución de los recursos especiales procedentes de dichas Corporaciones, pues permite que aquéllas creen sus propios órganos especializados o que las Diputaciones Provinciales del ámbito respectivo puedan resolver dichos recursos a través de órganos propios también especializados y solo en defecto de dichos órganos, este Tribunal autonómico asume la competencia para la resolución de aquéllos.

En el presente supuesto, el Ayuntamiento de Marbella comunica que en base al Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento celebrado el 30 de julio de 2015, se ha procedido a la supresión del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Marbella y a la derogación de su Reglamento regulador, acordándose en consecuencia remitir a este Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía todos los recursos especiales,



reclamaciones y cuestiones de nulidad que en materia contratación se formulen contra los actos de licitación y adjudicación de contratos del Ayuntamiento de Marbella, por lo que este Tribunal resulta competente para la resolución del presente recurso.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. Debe analizarse ahora si el acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación en los términos previstos en el artículo 40 del TRLCSP.

El recurso se ha interpuesto contra el acto de exclusión de la recurrente en el procedimiento de adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada que pretende concertar una Administración Pública.

Por tanto, es procedente el recurso especial de conformidad con lo establecido en los artículos 40.1 a) y 40.2 b) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 b) del TRLCSP establece que *“el procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

(...)

b) Cuando (el recurso) se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.”



En el supuesto analizado, la resolución fue remitida a la recurrente el 18 de enero de 2016, no constando en el expediente de contratación acreditación alguna de su recepción. No obstante, tanto la recurrente como el órgano de contratación coinciden en señalar como fecha de recepción de la notificación el 21 de enero de 2016. Por tanto, al haberse presentado el recurso el 8 de febrero, el mismo ha sido interpuesto dentro de plazo.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente se muestra en desacuerdo con la Resolución de 14 de enero de 2016, por la que se declara la exclusión de su oferta por los siguientes motivos:

a) En la Resolución impugnada se indica que CEPESA CARD, S.A. presenta unas excepciones técnicas a las estipulaciones del PPT, lo que implica la no aceptación del contenido de las cláusulas del citado pliego. Pero la recurrente rebate esa afirmación alegando que presentó proposición ajustada al modelo contenido en el punto 22.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), en el que afirmaba que “conoce el pliego de cláusulas administrativas particulares, de prescripciones técnicas y demás documentación que ha de regir el presente contrato, que expresamente asume y acata en su totalidad”.

Por tanto, considera que el órgano de contratación no debió tomar en consideración las excepciones técnicas adjuntadas por CEPESA CARD, S.A. a su oferta.

Asimismo considera que las manifestaciones contenidas en dicho escrito de excepciones técnicas, no desvirtúan la aceptación de la totalidad de las cláusulas de los pliegos que rigen el procedimiento que nos ocupa.



Por otro lado aclara que la excepción mencionada al apartado 2.1.a) del PPT se refería en realidad a la cláusula 1.4, tal como se deduce del enunciado de la misma, y que como considera que dicha cláusula es nula (como expone en el siguiente argumento), no debería considerarse su excepción.

b) En segundo lugar, la recurrente solicita la nulidad o anulabilidad de las cláusulas 1.4 y 2.1.a) del PPT.

La cláusulas 1.4 del PPT indica que *“los vehículos municipales repostarán directamente en los puntos de suministro que se indiquen, sin ninguna demora. Si se produjesen colas por el uso de esos surtidores por otros usuarios, se habilitarán surtidores específicos para el Ayuntamiento que eviten demoras”*.

La recurrente considera que dicha cláusula contraviene la legislación vigente en materia de defensa de los consumidores y usuarios, pues tratándose de un servicio abierto al público, se impone el trato preferente a los vehículos del Ayuntamiento de Marbella, conculcando así el principio de igualdad en materia de consumo contemplado en el artículo 51.1 de la Constitución Española, en relación con los artículos 14 y 9.2 de dicho texto legal. Entiende asimismo que se vulnera la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, así como el Decreto 537/2004, de 23 de noviembre, por el que se regulan los derechos de los consumidores y usuarios en las actividades de distribución al por menor y suministro a vehículos de combustibles y carburantes en instalaciones de venta directa al público y las obligaciones de sus titulares en la Comunidad Autónoma de Andalucía. De acuerdo con este último Decreto, la prestación deberá realizarse de modo que no lesione ninguno de los derechos reconocidos a los consumidores y usuarios.



Destaca la recurrente que tanto en la legislación vigente en materia de industria como en la del sector petrolero en relación a las estaciones de servicio y en la legislación aplicable en materia de consumo, sólo se contemplan como modalidades de suministro en este tipo de establecimientos el atendido por personal propio del establecimiento y el autoservicio, pero en ningún caso se contempla el suministro preferente.

Por otro lado, la cláusula 2.1.a) del PPT indica que “los surtidores propios de este organismo serán abastecidos de carburante por la empresa adjudicataria, aún en los casos de huelga y conflictos laborales, considerando los surtidores de este Ayuntamiento como estación de servicios mínimos”.

Considera también que esta cláusula debe ser declarada nula por vulnerar la normativa laboral vigente que establece que los servicios mínimos solo pueden ser determinados por la autoridad gubernativa.

Por todo lo anterior solicita la anulación de la resolución recurrida.

Por su parte, el órgano de contratación rebate estos argumentos en el siguiente sentido:

En primer lugar, destaca la contradicción contenida en el primer argumento de la recurrente, pues, de una parte, quiere hacer prevalecer el compromiso de asumir y acatar los pliegos en su totalidad contenido en el modelo de proposición económica, y por otro, considera que su escrito de excepciones no debió tomarse en consideración porque no desvirtúa la aceptación de la totalidad de los pliegos.

El órgano de contratación afirma que la oferta económica realizada por la recurrente no respeta el PPT, pues incluye excepciones al mismo, contraviniendo así lo establecido en el artículo 145 del TRLCSP y en la cláusula



1.8 del PCAP, en el sentido de que las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.

Indica también el órgano de contratación que esta contradicción contenida en la oferta económica no es susceptible de subsanación, pues solo son subsanables los defectos o errores de la documentación administrativa contenida en el sobre 1, pero no en la oferta económica según se deduce del artículo 81 del RGLCAP.

En cambio, el artículo 84 del RGLCAP indica que si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa en resolución motivada. El órgano de contratación entiende que la contradicción contenida en la proposición de CEPSA CAR, S.A. la hace inviable.

En cuanto a la nulidad de las cláusulas 1.4 y 2.1.a) del PPT, indica que de acuerdo con el artículo 44.2.a) del TRLCSP, la impugnación del contenido de los pliegos en este momento procedimental resulta extemporánea.

Por último, la otra entidad licitadora, RONZAL FUEL S.L.U., realiza sus alegaciones en la misma línea de argumentación jurídica del órgano de contratación.

SEXTO. Vistas las alegaciones de las partes procede entrar en el fondo del asunto.



En cuanto al primer motivo de recurso, efectivamente la recurrente incluyó en su proposición económica -que por lo demás está formulada conforme al modelo establecido en el PCAP que incluye declaración de que conoce el PCAP y el PPT que expresamente asume y acata- un párrafo con el siguiente tenor literal:

“EXCEPCIONES TÉCNICAS:

A las siguientes condiciones del Pliego de Condiciones Técnicas:

Cláusula segunda a) 2.1: En cuanto a posibles demoras en los suministros en Estaciones de Servicio, no podemos garantizar que se puedan habilitar surtidores específicos para el Ayuntamiento de Marbella.

Cláusula Cuarta 2):

Debido a las continuas fluctuaciones de los precios de los carburantes, no podemos garantizar la notificación de la variación de los mismos, como requiere el Pliego de Prescripciones Técnicas. Asimismo, los precios que se citan como “precios de referencia”, serán a los solos efectos de la fecha presentación de la presente OFERTA Económica, no pudiéndose tomar los mismos como referencia para fechas posteriores.”

Las citadas cláusulas del PPT indican, la cláusula segunda en su punto a) 1. 4, que “los vehículos municipales repostarán directamente en los puntos de suministro que se indiquen, sin ninguna demora. Si se produjesen colas para el uso de esos surtidores por otros usuarios, se habilitarán surtidores específicos para el Ayuntamiento de Marbella que eviten demoras”, y la cláusula cuarta, en su apartado 2) denominado “Precios” que: “El precio de referencia para el combustible de automoción expedido en estaciones de servicio del adjudicatario será el del precio, IVA incluido, de venta al público más bajo de



las estaciones de servicio de que disponga el adjudicatario en el término municipal de Marbella.

Las variaciones de precio en los surtidores del Ayuntamiento de Marbella serán notificadas mediante correo electrónico al Área de Organización. En ningún caso este precio podrá ser superior al precio de referencia antes indicado.

Para el suministro del Gasóleo “C” se tomará como referencia el boletín de la Dirección General para Energía de la Comisión Europea. A efectos de comprobación se deberá adjuntar copia del boletín antes mencionado donde se indiquen los precios vigentes a la fecha de pedido.

En caso de que por parte de la empresa adjudicataria se llevase a cabo una promoción de sus productos con descuentos especiales superiores a la oferta presentada en este concurso, se aplicará automáticamente el descuento de la promoción durante el tiempo en que la misma resulte inferior a los precios contratados como consecuencia del presente concurso.”

Por tanto, e independientemente de que la excepción a la cláusula 2.1.a) debiera entenderse referida a la 1.4, como alega la recurrente, queda claro que la proposición económica contiene excepciones a las cláusulas del PPT y que dichas excepciones son contradictorias con la declaración efectuada en la propia proposición.

Resulta claro, además, que las excepciones analizadas resultan contrarias al artículo 145 del TRLCSP que indica que *“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”*, y a la cláusula 1.8 del PCAP (*“La presentación de proposiciones presume por parte del empresario la aceptación incondicional del contenido de la totalidad de las cláusulas de este pliego, sin salvedad o reserva alguna de conformidad con el artículo 145 TRLCSP, así como la declaración*



responsable de la exactitud de todos los datos presentados y de que reúne todas y cada una de las condiciones exigidas para el objeto de esta contratación”).

Por otro lado, y tal como ha indicado el órgano de contratación aunque por motivos distintos, no procede la subsanación o aclaración sobre estas excepciones por la contradicción que suponen con la declaración firmada, pues al haberse reflejado de forma tan explícita y entrar en clara contradicción con la declaración contenida en la proposición económica, no sería posible realizar aclaración alguna sobre la oferta que no supusiera su modificación. Por tanto, sí que nos encontramos ante uno de los casos previstos para la exclusión de ofertas en el artículo 84 del RGLCAP, precepto que indica que si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada.

Este Tribunal ha expuesto en numerosas ocasiones la doctrina que en relación con la interpretación y aplicación de los pliegos de prescripciones técnicas viene sentando el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Resoluciones 449/2014, de 13 de junio y 815/2014, de 31 de octubre), reflejada en resoluciones de este Tribunal, por todas la Resolución 249/2015, de 15 de julio, que indica que deberá realizarse *“de manera que no supongan obstáculos indebidos a los principios generales que guían la contratación administrativa (libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos y eficiente utilización de los fondos públicos en conexión con el principio de estabilidad presupuestaria), recogidos en el art. 1 del TRLCSP.*

En consonancia con ello debe interpretarse el art. 84 del Reglamento actualmente aplicable, que realiza una regulación muy precisa de los casos en



los cuales los defectos en la proposición por defectos formales o por no ajustarse a las exigencias mínimas de los pliegos pueden dar lugar a la adopción de la decisión administrativa de excluir una proposición de la licitación: 'Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición”.

De lo expuesto se deduce que no cualquier incumplimiento ha de suponer automáticamente la exclusión, sino que debe subsumirse en alguna de las causas recogidas en la normativa, interpretarse con arreglo a los principios de igualdad y concurrencia, y siempre ha de suponer la imposibilidad de la adecuada ejecución del objeto del contrato.”

Pero en el caso que nos ocupa, la recurrente ha exceptuado expresamente el cumplimiento de determinadas cláusulas del pliego, y nada menos que mediante la inclusión de dichas excepciones en el modelo de proposición económica.

Por consiguiente, y al margen de la valoración que tales cláusulas merezcan en cuanto a su legalidad o pertinencia, la decisión del órgano de contratación de excluir a la recurrente por no cumplir su oferta con el PPT debe ser considerada conforme a derecho, y por tanto, debe desestimarse la pretensión de la recurrente de anular la resolución de exclusión por considerar que su oferta no es contraria al PPT.



SÉPTIMO. En cuanto a la nulidad de las cláusulas del PPT, y sin perjuicio de la adecuación o no a derecho de las mismas en cuyo análisis no vamos a entrar, de nuevo hemos de dar la razón al órgano de contratación en cuanto a que el momento procedimental en el que se alega resulta extemporáneo. Así, la Resolución 193/2014 de este Tribunal, de 14 de octubre, indicaba que *“el recurso se dirige formalmente contra la resolución de adjudicación; no obstante, las cuestiones que el recurrente impugna en su escrito se refieren en su totalidad al contenido del pliego de prescripciones técnicas, que no consta haya sido impugnado en plazo por el recurrente, quien además lo aceptó incondicionalmente al presentar su oferta conforme prevé el artículo 145.1 del TRLCSP.*

Por consiguiente, el acto sustantivamente impugnado -pliego de prescripciones técnicas- ha devenido firme al no constar su recurso en plazo, sin que tampoco se aprecie, a través de los motivos del recurso, vicio de nulidad radical en el pliego impugnado que determine su examen en este momento procedimental posterior donde el acto impugnado es la adjudicación del contrato.”

La nulidad radical a que se refiere esa cuestión, y que podría motivar la revisión de oficio por este Tribunal de los pliegos aún cuando hubiera transcurrido su plazo impugnatorio, ha sido analizada recientemente en la Resolución 270/2015, de 31 de julio, con el siguiente tenor:

“La cuestión de si a través de la estimación de un recurso especial en materia de contratación interpuesto contra la resolución de adjudicación es posible anular los pliegos y todo el procedimiento de licitación es una cuestión debatida que además alega la UTE (...) que resultó adjudicataria.

En relación a ello hay que indicar que, aunque los pliegos son la ley del contrato entre las partes, de modo que el recurrente no puede impugnar con motivo de la adjudicación el contenido de unos pliegos que aceptó



incondicionalmente al presentar su oferta, esta regla general admite una serie de excepciones:

- 1. Que en la estipulación del pliego concurra un vicio de legalidad que conlleve su nulidad de pleno derecho, como sucede en el presente caso al atentar contra el principio de igualdad en la valoración de las ofertas realizadas.*
- 2. Que la declaración de nulidad sea congruente con la pretensión, como exige el artículo 47.2 TRLCSP; esta congruencia se satisface, desde luego, si el recurso solicita expresamente (de modo principal o subsidiario) la nulidad de la estipulación, tal y como sucede en este caso.*
- 3. Que se trate de una estipulación que posibilite, incluso hipotéticamente, una actuación arbitraria (no solo ilegal) del poder adjudicador a lo largo del procedimiento, de modo que no sea suficiente para garantizar la legalidad de dicho procedimiento la simple anulación del acto impugnado y la retroacción de actuaciones, pues a la hora de hacer una nueva valoración de las ofertas, al anular la resolución de adjudicación, se incurriría nuevamente en arbitrariedad en la valoración. En este sentido, la sentencia 4559/2012 de 5 de noviembre de 2012 de la Audiencia Nacional anula una Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) porque aprecia incongruencia entre la petición del recurrente (la admisión de la oferta por entender acreditada la clasificación requerida) y la decisión adoptada por el Tribunal de recursos (la anulación de dos cláusulas del Pliego por ambigüedad y la retroacción del procedimiento al momento anterior a la redacción de los pliegos). Pero dicha sentencia tiene un voto particular en el que estima que tal incongruencia no existe porque el TACRC determinó que, mientras la ambigüedad de las cláusulas anuladas no desapareciera, no era posible resolver sobre la pretensión de admisión de la oferta; de ahí que se articulara una estimación parcial, consistente en resolver la oscuridad de los pliegos para después*



resolver sobre la admisión.

(...)

Al respecto hay que tener en cuenta la reciente sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13 Evigilo en la que se declara que la efectiva aplicación de las Directivas de contratos y de recursos exige que 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, le informó de los motivos de su decisión, pueda interponer un recurso sobre la legalidad de la licitación hasta que finalice el plazo de recurso contra el acto de adjudicación. Por tanto, ha de admitirse, con ocasión del recurso contra la adjudicación, las pretensiones de anulación de los anuncios y los pliegos de condiciones, siempre que se den las condiciones expuestas, aun cuando no fueran impugnados en tiempo y forma y la recurrente haya presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente.

Así los apartados 52 a 58 señalan:

“52 Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el objetivo establecido en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 de garantizar la existencia de recursos frente a las infracciones de las disposiciones en materia de adjudicación de los contratos públicos sólo puede alcanzarse si los plazos establecidos para interponer estos recursos comienzan a correr únicamente a partir de la fecha en que el demandante tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la alegada infracción de dichas disposiciones [véanse las sentencias Uniplex (UK), EU:C:2010:45, apartado 32, e Idrodinamica Spurgo Velox y otros, C-161/13, EU:C:2014:307, apartado 37].

53 Procede declarar que los criterios de adjudicación de los contratos deben figurar en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones y que el hecho de que tales criterios sean incomprensibles o carezcan de claridad puede constituir una infracción de la Directiva 2004/18.



54 En el apartado 42 de la sentencia SIAC Construction (C-19/00, EU:C:2001:553), el Tribunal de Justicia declaró que los criterios de adjudicación deben figurar en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, con el fin de que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan interpretarlos de la misma forma.

55 De ello se desprende que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si el licitador de que se trata era efectivamente incapaz de comprender los criterios de adjudicación en cuestión o si debería haberlos comprendido desde la posición estándar de un licitador razonablemente informado y normalmente diligente.

56 En el marco de dicho examen, debe tenerse en cuenta el hecho de que el licitador de que se trata y los demás licitadores fueron capaces de presentar las ofertas y que el licitador de que se trata, antes de presentar su oferta, no solicitó aclaraciones al poder adjudicador.

57 Si del citado examen resulta que las condiciones de la licitación eran efectivamente incomprensibles para el licitador y que se vio en la imposibilidad de interponer un recurso en el plazo previsto por el Derecho nacional, el licitador estará legitimado para interponer un recurso hasta que finalice el plazo previsto para recurrir contra la decisión de adjudicación del contrato.

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.”

Pero en el caso que nos ocupa, y extrapolando estas consideraciones a la resolución de exclusión impugnada y a la comprensión de las prescripciones técnicas que rigen la presente licitación, la recurrente estaba perfectamente informada y comprendió el alcance de las condiciones establecidas en el pliego hasta tal punto, que incluyó excepciones a las mismas por entenderlas inadecuadas o ilegales, en lugar de pedir aclaraciones al órgano de contratación en el plazo que el mismo órgano previó al efecto o impugnar el PPT en tiempo y forma. Asimismo, tampoco el vicio imputado a las cláusulas impugnadas puede considerarse de nulidad radical, pues se trataría, en todo caso, más bien de infracciones del ordenamiento jurídico determinantes tan solo de la anulabilidad de las cláusulas, razón mayor para no acoger la impugnación del pliego con ocasión del recurso contra un acto posterior y ello por evidentes razones de seguridad jurídica.

En virtud de lo anterior, el presente motivo de recurso basado en la nulidad de determinadas cláusulas del PPT debe ser inadmitido por resultar el mismo extemporáneo.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CEPSA CAR, S.A.** contra la Resolución, de 14 de enero de 2016, por la que se acuerda excluir su oferta de la licitación del



procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Suministro de combustible de automoción y gasóleo tipo “C” para el Ayuntamiento de Marbella durante los ejercicios económicos de los años 2016, 2017, 2018 y 2019” (Expte. SU 1/16) convocado por el citado Ayuntamiento.

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

TERCERO. Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

