

Recurso 183/2014**Resolución 110/2015****ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 17 de marzo de 2015

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **AUTOREGAN , S.A** contra la resolución, de 15 de abril de 2014, de la Gerencia Provincial en Cádiz del Ente Público de Infraestructuras y Servicios Educativos, actualmente Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación, por la que se adjudica el contrato denominado “Servicio de transporte escolar en los centros docentes públicos de la provincia de Cádiz dependientes de la Consejería de Educación” (Expte. 00153/ISE/2013/CA) respecto a los **lotes 8, 29, 32, 43 y 48**, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente :

RESOLUCION**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 26 de julio de 2013, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, mediante procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.

Mediante resolución del órgano de contratación, de 1 de agosto de 2013, se acordó, entre otros extremos, la retroacción del procedimiento al momento anterior a la aprobación del expediente de contratación para modificar el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), acogiendo el criterio de la



Resolución 98/2013, de 30 de julio, de este Tribunal sobre determinación de la categoría exigible a efectos de clasificación.

Por tal razón, el 8 de agosto de 2013 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea información complementaria sobre el expediente en la que se indicaba textualmente que “el procedimiento de adjudicación no ha sido continuado”. Asimismo, el 2 de agosto de 2013, el Boletín Oficial del Estado procedió a la anulación del anuncio y en el perfil de contratante se publicó la resolución antes citada del órgano de contratación en la que se acordaba la retroacción del procedimiento al momento anterior a la aprobación del expediente.

El 10 de agosto de 2013, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea nuevo anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato referenciado. Asimismo, el 16 de agosto de 2013, se publicó en el Boletín Oficial del Estado núm. 196 resolución del órgano de contratación haciendo pública la licitación del contrato y el 12 de agosto de 2013, se publicó en el perfil de contratante resolución del órgano de contratación acordando el levantamiento de la suspensión del procedimiento, así como el nuevo PCAP con las modificaciones realizadas.

El valor estimado del contrato asciende a 17.681.260,96 euros.

SEGUNDO. La licitación se llevó a cabo de conformidad con la tramitación prevista en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

El 15 de abril de 2014 se dictó resolución de adjudicación del contrato en cuestión. El 26 de abril se dicta resolución de corrección de errores de la resolución de adjudicación y posteriormente el 7 de mayo se volvió a publicar una segunda resolución de corrección de errores de la resolución de adjudicación.



TERCERO. El 6 de mayo de 2014, se presentó en el Registro del órgano de contratación recurso especial en materia de contratación interpuesto por **AUTOREGAN , S.A** contra la citada resolución de adjudicación respecto a los lotes 8, 29, 32, 43 y 48.

CUARTO. El 19 de mayo de 2014, el órgano de contratación remitió a este Tribunal el citado recurso junto al expediente de contratación completo, informe sobre el recurso y un listado de los licitadores en el procedimiento de adjudicación con indicación de los datos precisos para notificaciones.

QUINTO. Mediante resolución de 4 de junio de 2014 se acordó el mantenimiento de la suspensión automática de la adjudicación del lote impugnado.

SEXTO. El 9 de junio de 2014, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los licitadores a efectos de alegaciones por un plazo de cinco días hábiles, habiéndolas presentado en plazo la empresa **AUTOBUSES MARCELI Y JUANITO, S.L.**

SÉPTIMO. En la tramitación del presente recurso se han cumplido todos los plazos legales salvo el plazo para resolver previsto en el artículo 47.1 del TRLCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, 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.

SEGUNDO. Ostenta legitimación el recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitador 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 especial se ha interpuesto contra la resolución de adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada y convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador. Por tanto, es procedente el recurso especial de conformidad con lo establecido en los artículos 40.1 a) y 40.2 c) del TRLCSP.

Sobre este extremo, debe indicarse que el acto formalmente impugnado y el que debe tomarse en consideración a efectos de analizar los requisitos de admisión del recurso es la adjudicación, aún cuando la recurrente ataque sustantivamente el acuerdo de exclusión de la licitación adoptado por el órgano de contratación, al que alude la resolución de adjudicación.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 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”*.

En el supuesto examinado, a la resolución recurrida de fecha de 15 de abril de 2014 se le hicieron dos correcciones de errores de fecha de 24 de abril y 7 de mayo y se publicaron en el perfil de contratante, habiendo tenido entrada el recurso en el registro del órgano de contratación el 6 de mayo de 2014 y teniendo



en cuenta como fecha de inicio del cómputo del plazo para la interposición del recurso el 24 de abril de 2014, día de publicación en el perfil de la primera corrección de errores de la resolución recurrida, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido.

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.

El recurrente centra su recurso respecto a los **lotes 29, 32, 43 y 48** en que se le excluyó de forma errónea al no considerar justificada la anormalidad de su oferta y considerar por otro lado no motivada la resolución de exclusión de su oferta. Por otro lado, alega la falta de motivación de la resolución de adjudicación de los lotes 29 y 32 a la empresa AUTOBUSES MARCELI Y JUANITO, S.L. y la declaración de desierto de los lotes 43 y 48 y por último, alega el mejor derecho a que se le adjudicaran a ella los lotes 29 y 32 en lugar de a la empresa AUTOBUSES MARCELI Y JUANITO, S.L. por considerar que la citada empresa no hizo la opción que prevé el PCAP de elegir los lotes 28 y 32 que se le adjudicaron.

Respecto al **lote 8** alega que la empresa que resultó adjudicataria del mismo, esto es, FRANCISCO MEDINA GARCIA VEGAS incumple la cláusula 10.5 del PCAP en cuanto que ofertó los mismos vehículos en todos los lotes a los que licitó.

Respecto a la exclusión de su oferta en los **lotes 29, 32, 43 y 48**, el órgano de contratación en cumplimiento del artículo 152 del TRLCSP dio audiencia al recurrente para que justificara su oferta. A la vista de la justificación presentada, se emitió un informe técnico de 27 de noviembre de 2013 en el que se indica respecto a la oferta de la recurrente que *“la documentación presentada no se ajusta a las premisas exigidas en el Anexo IX-B del pliego de cláusulas administrativas particulares, en tanto que la entidad no incluye el impacto económico de los gastos en la cuenta de resultados de las mejoras ofertadas, lo*



que impide conocer con exactitud si la ejecución del servicio de transporte escolar puede realizarse sin comprometer el equilibrio económico y financiero del contrato. A la vista de la justificación presentada por AUTOCARES MORENO, S.A. no es posible determinar que la proposición pueda ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, no pudiendo ser admitida en la presente licitación para los lotes 10, 29, 32, 36, 43 y 48.”

El Anexo IX-A del PCAP establece las condiciones y criterios para apreciar la justificación de los valores anormales o desproporcionados, siendo necesario *“el desglose de todas las partidas de gasto de explotación estimadas durante la vigencia del contrato necesarias para la facturación global de los lotes a los que se ha presentado, que justifique el suficiente margen de beneficio que haga viable económica y financieramente la ejecución del mismo, incluyendo el impacto económico de los gastos por mejoras ofertadas en la cuenta de resultados.”*

El recurrente alega que sí justificó su oferta y acompaña al recurso un informe emitido por D. Juan José Fernández Braza (Braza, Gallo y Barrios Auditores, S.L.) en el que se informa que estaba justificada la oferta del recurrente respecto a dichos lotes y que justificó el impacto económico que los gastos por mejoras tienen en la cuenta de resultados.

Como ya hemos reiterado en distintas resoluciones, entre las más recientes la 31/2015, de 3 de febrero, los pliegos son la ley del contrato entre las partes y en este caso el PCAP es claro al exigir en el Anexo IX-A que se incluya el impacto económico de los gastos por mejoras ofertadas en la cuenta de resultados y según el informe técnico emitido al respecto no quedó justificada la oferta de la recurrente, sin que este Tribunal pueda desvirtuar dicho informe al tratarse de una cuestión que entra dentro de la llamada discrecionalidad técnica y por tanto no puede prevalecer el criterio de la recurrente sobre el criterio de un órgano técnico especializado, al que se presume imparcial y cuyas apreciaciones se hallan amparadas por una presunción *"iuris tantum"* que sólo puede desvirtuarse si se



acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega.

Al respecto, en anteriores resoluciones de este Tribunal se ha expuesto ya en profundidad esta doctrina. Así, en las resoluciones 87/2012, de 25 de septiembre, 107/2012, de 11 de noviembre y 120/2012, de 13 de diciembre, se manifestaba textualmente lo siguiente << (...) se cita la Sentencia de 23 de noviembre de 2007 (RJ\2007\8550) que alude, a su vez, a la doctrina del Tribunal Constitucional en el sentido de que la existencia de la discrecionalidad técnica no supone naturalmente desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el artículo 24.1 de la Constitución, ni el principio de sometimiento pleno de la Administración pública a la Ley y al Derecho, ni la exigencia del control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican. Tampoco supone ignorar los esfuerzos que la jurisprudencia y la doctrina han realizado y realizan para que tal control judicial sea lo más amplio y efectivo posible. Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados.

Así ocurre, sigue señalando la sentencia, en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte a cuestiones de legalidad.

La sentencia, aludiendo a la doctrina del Tribunal Constitucional, manifiesta que lo que no pueden hacer los Tribunales de Justicia es sustituir en las valoraciones técnicas a los órganos administrativos calificadores. >>

También se indicaba en aquellas resoluciones de este Tribunal que la doctrina de la discrecionalidad técnica ha sido asumida plenamente por los distintos



Tribunales Administrativos de Contratos Públicos, y se citaba, entre otras, la resolución 33/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la que se manifestaba que *“es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios o que finalmente no se haya incurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración.”*

Finalmente, este Tribunal también ha invocado en resoluciones anteriores la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2009 (RJ 2010\324) cuando afirma que *“la discrecionalidad técnica parte de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. De modo que dicha presunción "iuris tantum" sólo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega. Por ello, la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control jurisdiccional sobre la actividad evaluadora de los órganos de la Administración prácticamente a los supuestos de inobservancia de los elementos reglados del ejercicio de la potestad administrativa y de error ostensible o manifiesto, quedando fuera de ese limitado control aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulan una evaluación alternativa a*



la del órgano calificador, moviéndose dentro del aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto.”.

A la vista de lo anterior, hemos de concluir que la exclusión de la recurrente se ha llevado a cabo mediante criterios estrictamente técnicos, puesto que no se aprecia que el órgano de contratación haya incurrido en un error manifiesto u ostensible, sino que la exclusión se hace respetando los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia, no discriminación e igualdad de trato y eficiente utilización de los fondos públicos y detallando las razones por las que ha sido excluida la recurrente de la licitación, por lo que no procede atender este alegato de la recurrente.

En cuanto a la alegación de falta de motivación de la resolución de exclusión, como ya ha señalado este Tribunal en reiteradas resoluciones, valga por todas la reciente 85/2015 de 3 de marzo, la motivación no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente, así como su extensión de suficiente amplitud para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto para poder defender sus derechos e intereses, pudiendo ser los motivos de hechos y de derecho sucintos siempre que sean suficientes, como declara la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo (por todas STC 37/1982, de 16 junio y STS de 13 enero 2000).

El informe técnico que se emitió en relación a la justificación de la oferta anormal o desproporcionada de la recurrente en los lotes 29, 32, 43 y 48, es claro y ha permitido a la misma interponer recurso fundado precisamente en los motivos que según dicho informe justifican la exclusión de la oferta de la recurrente a dicho lote.

Por otro lado alega el recurrente el mejor derecho que tenía a que se le adjudicaran los lotes 29 y 32 que fueron adjudicados a la empresa AUTOCARES MARCELI Y JUANITO, S.L., en base a que, según él, dicha empresa resultó adjudicataria de los lotes 16, 23, 29, 32 y 42 y resultó excluida su oferta en los



lotes 4, 26, 35, 48, 72 y 73 entre otras razones porque *“los vehículos aportados para la ejecución del servicio ya fueron aportados en otros lotes”*. En base a ello, entiende el recurrente que la citada empresa resultó adjudicataria de un número de lotes que en su conjunto requieren más vehículos de los que dispone, por lo que debió optar a un número de lotes determinado y debió renunciar a otros lotes al amparo de la cláusula 10.5 del PCAP que dispone que *“aquel licitador que resulte propuesto adjudicatario de un número de lotes que, en su conjunto, requieran más personal y material móvil que el ofertado, deberá elegir los lotes que conserva, produciéndose los mismos efectos señalados en el párrafo anterior para los lotes que desestime, o de todos, si no realiza la elección en el plazo concedido para aportar la documentación requerida en este apartado”*.

Frente a ello el órgano de contratación indica en su informe que la empresa AUTOCARES MARCELI Y JUANITO, S.L. presentó un escrito el 12 de diciembre de 2013, donde hacía constar que, habiendo sido seleccionada como adjudicataria de los lotes 12, 16, 23, 25, 28, 29, 32, 35, 42, 43, 48, 60, 73 y 74, OPTABA por los lotes 16, 23, 29, 32, 35, 42, 48 y 73, por lo que cumplió con lo establecido en la cláusula 10.5 del PCAP.

Se ha podido constatar por este Tribunal que consta dicho documento en el expediente, por lo que carece de fundamento lo alegado por el recurrente, siendo válida la opción de la empresa que resultó adjudicataria de dichos lotes 26 y 32 debiendo desestimar la pretensión del recurrente al respecto.

SEXTO. Por último, respecto al **lote 8** alega el recurrente que la empresa que resultó adjudicataria FRANCISCO MEDINA GARCIA VEGAS licitó a los lotes 1, 8, 13, 15, 22, 24, 33, 35, 36, 37, 47, 51, 53, 54, 59 y 73 con los mismos vehículos. Resultó seleccionada su oferta como la económicamente más ventajosa de los lotes 8, 13, 47 y 51. Renunció al lote 51 y finalmente optó por los lotes 8, 13 y 47, resultando adjudicataria finalmente de los lotes 8 y 13. En relación a ello alega el recurrente que la citada empresa incumple el PCAP al presentar oferta a distintos lotes con los mismos vehículos habiendo obtenido por ello la misma puntuación en todos respecto a la valoración de los medios materiales pero sin que pudiera



ejecutar todos los lotes a los que licita.

En relación a ello, tal y como advierte el órgano de contratación, la cláusula 10.5 del PCAP dispone que *“aquel licitador que resulte propuesto adjudicatario de un número de lotes que en su conjunto, requieran más personal y material móvil que el ofertado deberá elegir los lotes que conserva.....”*. De acuerdo con ello, la empresa FRANCISCO MEDINA GARCIA VEGAS aportó los medios materiales y planes de ruta para la ejecución de los lotes 8 y 13 de los que resultó adjudicatario sin que quepa estimar la pretensión del recurrente ya que en modo alguno desvirtúa el que la citada empresa pueda prestar el servicio referido a lote 8 del que resultó adjudicatario con los medios materiales indicados en su oferta.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **AUTOREGAN , S.A** contra la resolución, de 15 de abril de 2014, de la Gerencia Provincial en Cádiz del Ente Público de Infraestructuras y Servicios Educativos, actualmente Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación, por la que se adjudica el contrato denominado “Servicio de transporte escolar en los centros docentes públicos de la provincia de Cádiz dependientes de la Consejería de Educación” (Expte. 00153/ISE/2013/CA) respecto a los **lotes 8, 29, 32, 43 y 48**

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. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática de la resolución de



adjudicación cuyo mantenimiento acordó este Tribunal en virtud de resolución de 4 de junio de 2014.

CUARTO. 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.

