

Recurso 148/2014
Resolución 31/2015

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 3 de febrero de 2015

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **UTE NEX CONTINENTAL HOLDINGS S.L.U., AUTOCARES HNOS. NIETO S.L. Y RUIZ Y ÁVILA S.L.** contra la resolución, de 21 de marzo de 2014, por la que se declaraba su exclusión del contrato denominado “Servicio de transporte escolar en los centros docentes públicos de la provincia de Málaga dependientes de la Consejería de Educación” respecto al lote 67, promovido por el Ente Público de Infraestructuras y Servicios Educativos, actualmente Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación (Expte. 00125/ISE/2013/MA), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 25 de julio de 2013, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. En igual fecha, se publicó el citado anuncio en el perfil de contratante y el 31 de julio de 2013, en el Boletín Oficial del Estado núm. 182. Tras las modificaciones operadas en el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la licitación, motivadas por la Resolución 98/2013 de este Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (recurso 97/2013), el anuncio de la misma volvió a publicarse el 8 de agosto de 2013 en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el



perfil del contratante y el 16 de agosto de 2013 en el Boletín Oficial del Estado, fijándose el nuevo plazo de presentación de ofertas que finalizaba el 15 de septiembre de 2013.

El valor estimado del contrato asciende a 27.570.743,96 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.

TERCERO. La recurrente presentó oferta a los lotes 66 y 67 no resultando adjudicataria de ninguno de ellos.

CUARTO. El 8 de abril de 2014, se presentó en el Registro del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la UTE NEX CONTINENTAL HOLDINGS S.L.U., AUTOCARES HNOS. NIETO S.L. Y RUIZ Y ÁVILA S.L. contra la citada resolución, de 21 de marzo de 2014, por la que se declaraba su exclusión del mencionado contrato, respecto al lote 67.

Dicho recurso fue remitido por el órgano de contratación a este Tribunal, junto al expediente de contratación, teniendo entrada en el registro del mismo el 14 de abril de 2014.

QUINTO. Con fecha 21 de abril de 2014, mediante escrito de la Secretaría del Tribunal, se solicitó al órgano de contratación determinada documentación para completar el expediente de contratación. Dicha documentación fue recibida en el registro de este Tribunal el 24 de abril de 2014.

SEXTO. Mediante escrito de la Secretaría del Tribunal de 20 de mayo de 2014, notificado el día 21 siguiente, se dio traslado del escrito de interposición del



recurso a los interesados concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

En el plazo concedido para ello la entidad UTE TRANSPORTE COSTA DE NERJA, presenta alegaciones en relación con el recurso presentado por la UTE NEX CONTINENTAL HOLDINGS S.L.U., AUTOCARES HNOS. NIETO S.L. Y RUIZ Y ÁVILA S.L..

SÉPTIMO. En virtud de resolución de 16 de mayo de 2014, este Tribunal acordó el mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación respecto al lote 67.

OCTAVO. 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 dictada en el procedimiento 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, declarando la exclusión del recurrente en el lote 67 impidiéndole continuar en el procedimiento, por lo que reviste la condición de acto de trámite cualificado. 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 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.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

b) Cuando se interponga (el recurso) 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 examinado, la resolución recurrida se remitió el 24 de marzo de 2014 a la recurrente, habiendo tenido entrada el recurso en el registro del órgano de contratación el 8 de abril de 2014, por lo que el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido.

QUINTO. Una vez analizados los requisitos previos de admisión del recurso, deben analizarse los motivos del mismo respecto a la adjudicación del lote 67 objeto del recurso y el eje central del recurso no es otro que el que no se le ha



adjudicado a la recurrente el citado lote por no justificar la baja anormal y desproporcionada de su oferta al no incluir el impacto económico de los gastos en la cuenta de resultados de las mejoras ofertadas.

En relación al lote 67, la recurrente fue excluida de la licitación por no justificar la baja temeraria de su oferta y en concreto, según el informe técnico de 22 de noviembre de 2013 emitido en relación a la justificación de dicha baja en la oferta, se indica 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 la UTE NEX CONTINENTAL HOLDINGS S.L.U., AUTOCARES HNOS. NIETO S.L. Y RUIZ Y ÁVILA S.L. MOLINA FERNANDEZ S.L. 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”.

Por su parte, 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 no hace mención a las mejoras en la cuenta de resultados porque según él, estas mejoras *“solo generarían coste variable y, única y exclusivamente de las plazas que realmente hubiera que disponer, en caso de ser necesario, no de todos los vehículos ofrecidos como mejora y dedicados a*



otras actividades. Consecuentemente, en este caso, las plazas ofertadas como mejora no implican un impacto económico en la cuenta de resultados y por lo tanto no tenían que ser incluidas en la justificación de la oferta desproporcionada, según el propio Anexo IX-A”.

Lo alegado por el recurrente no desvirtúa el incumplimiento del requisito exigido en el PCAP respecto a la necesidad de incluir el impacto económico que suponen los gastos respecto a las mejoras que oferta. El Anexo IX- A es claro respecto a tal exigencia y el mismo fue aceptado y no impugnado por el recurrente, por lo que no puede estimarse su alegación de que no sea valorable económicamente el impacto que las mejoras de plazas ofertadas puede suponer en la cuenta de resultados de la empresa, puesto que toda mejora ha de suponer un impacto económico en la cuenta de resultados de la empresa, de otra forma no sería valorada como mejora.

SEXTO. Por otro lado alega el recurrente que el hecho de que esta empresa recurrente haya participado en la licitación no obsta para que se le planteen dudas sobre el procedimiento y sobre el contenido de las cláusulas y su interpretación, sigue manifestando que, a diferencia de concursos anteriores, en este se incluye un nuevo criterio de valoración de las ofertas en el **Anexo VIII** del PCAP que establece lo siguiente: *”MEJORAS: los licitadores podrán ofertar, sin repercusión económica, un número de plazas adicionales al número máximo de usuarios totales autorizados estimados por cada lote, puestas a disposición del órgano para la ejecución del contrato”*; y que en el Anexo IX se detalla el baremo de valoración de las mejoras ofertadas por los licitadores *“MEJORAS: hasta un máximo de 25 puntos. Corresponderán 25 puntos al licitador que oferte un mayor número de plazas adicionales al número máximo de usuarios autorizados por cada lote, puestas a disposición del órgano de contratación para la ejecución del contrato y cero puntos al licitador que no oferte ninguna plaza adicional. El resto de las ofertas se valorarán de manera proporcional”*. Legítimamente, sigue manifestando la recurrente, incluyó en su oferta 300 plazas de mejora sin que esta circunstancia tenga repercusión económica en el precio.



No cabe admitir esta alegación de dudas sobre el procedimiento y sobre el contenido de las cláusulas del PCAP y su interpretación, porque es evidente que toda mejora puede no tener repercusión económica para la Administración pero obviamente no para el licitador, que precisamente por ello se le valora su oferta con arreglo a dicha mejora. De no tener repercusión económica para el licitador, convertiría su oferta en imaginaria e irreal puesto que se ofertarían un gran número de plazas como mejora respecto a las que luego no podría el licitador responder en caso de necesidad, obteniendo así mayor puntuación en este criterio de adjudicación frente a aquellos licitadores que ofertan como mejora sólo las plazas de las que en realidad pueden disponer previo cálculo del impacto económico de las mismas en su cuenta de resultados. Incluso la recurrente manifiesta que *“Todo ello, además, conscientes de que, considerando el potencial real de la población en edad escolar de los municipios que recibirán el servicio de transporte a centros docentes, el número de alumnos que eventualmente haga uso de las mismas no llegaría nunca a alcanzar la oferta de mejora presentada por esta empresa”*.

Está claro que la empresa recurrente estimó que podía ofertar como mejora “plazas irreales” y todo con el fin de conseguir la máxima puntuación en el criterio de mejoras que es valorable en 25 puntos de los 100 totales.

SÉPTIMO. Por otro lado, manifiesta la recurrente que la Mesa de contratación ha incurrido en una contradicción manifiesta pues *“ha valorado positivamente la mejora por disponibilidad de plazas ofertadas por otros licitadores con similar número de plazas de mejora, otorgándoles los puntos del baremos y resultando adjudicatarios de los contratos de los lotes en licitación. No habiendo tenido estos adjudicatarios que justificar que esas plazas de mejora ofrecidas no suponen impacto económico en sus cuentas de resultado, y nada se cuestiona el órgano de contratación en relación a sus ofertas”*.

La recurrente no tiene en cuenta que los parámetros objetivos para considerar una oferta anormal o desproporcionada, lo son para cada lote de forma



independiente y están en función de la baja media y por ello de las ofertas presentadas. Pudiéndose dar el caso de que una misma oferta para un lote pueda considerarse en principio anormal o desproporcionada y para otro lote no. Por tanto, no puede admitirse esa alegación.

OCTAVO. Por otro lado, alega el recurrente que el informe técnico sobre la justificación de las ofertas temerarias o anormales es erróneo puesto que en el Anexo IX del PCAP se indica que se considerarán ofertas anormales o desproporcionadas las ofertas inferiores en más de cinco unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas económicas válidas (media x 0,95); mientras que el informe técnico se indica que se considerarán ofertas desproporcionadas las que sean inferiores a diez unidades porcentuales.

Si embargo, aclara el órgano de contratación que ello se trata de un simple error formal en el informe y que en todo caso los cálculos se han hecho según lo indicado en el PCAP. Además dicha alegación en nada desvirtúa la causa de no estimarse justificada su oferta desproporcionada ya indicada, consistente en no haber indicado el impacto económico en su cuenta de resultados de las mejoras que ofertó.

Como ya hemos reiterado en distintas resoluciones, entre las más recientes la 173/2014, de 5 de agosto y la 253/2014 de 11 de diciembre, 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 el recurrente no lo hizo, sin que se pueda admitir su alegación de dudas sobre el procedimiento y sobre el contenido de las cláusulas del PCAP y su interpretación puesto que éste es claro al respecto, como ya hemos indicado.

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



ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **UTE NEX CONTINENTAL HOLDINGS S.L.U., AUTOCARES HNOS. NIETO S.L. Y RUIZ Y ÁVILA S.L.** contra la resolución, de 21 de marzo de 2014, por la que se declaraba su exclusión del contrato denominado “Servicio de transporte escolar en los centros docentes públicos de la provincia de Málaga dependientes de la Consejería de Educación” respecto al **lote 67**, promovido por el Ente Público de Infraestructuras y Servicios Educativos, actualmente Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación (Expte. 00125/ISE/2013/MA).

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 del procedimiento prevista en el artículo 45 del citado texto refundido, cuyo mantenimiento fue adoptado por este Tribunal mediante resolución de fecha 16 de mayo 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.

