

Recurso 32/2012
Resolución 42/2012.

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, a 23 de abril de 2012.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AUTOCARES PEREA, S.L** contra la resolución de 21 de febrero de 2012, del Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos, por el que se adjudica el contrato denominado “Servicio de Transporte escolar en los centros docentes públicos de la provincia de Huelva” (Expte. 00055/ISE/2011/HU) en lo que se refiere a los lotes 1, 5 y 6, este Tribunal, en el día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 20 de octubre de 2011, se publicó en el DOUE y en el BOE anuncio del Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos, para la licitación pública del contrato de servicios denominado “Servicio de Transporte escolar en los centros docentes públicos de la provincia de Huelva” (Expte. 00055/ISE/2011/HU). El citado anuncio de licitación fue publicado en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, el 25 de octubre de 2011.

SEGUNDO: La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en

el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la anterior y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

TERCERO: En el citado procedimiento de adjudicación presentaron ofertas, entre otras empresas, la recurrente.

El 20 de diciembre de 2011, se reúne la mesa de contratación tras acordar la exposición en el tablón de anuncios del Ente Público de Infraestructuras y Servicios Educativos, del resultado de la apertura del sobre nº 3 “DOCUMENTACION RELATIVA A CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN PONDERABLES AUTOMÁTICAMENTE” y “OFERTA ECONÓMICA”, y acordó considerar como ofertas incursas en presunción de anormalidad o desproporción, a la vista de los criterios establecidos en el PCAP, la presentada por la empresa recurrente AUTOCARES PEREA, S.L., a la que se requiere para que: *“aporte justificación suficiente para garantizar la ejecución de las rutas a las que licita, incluyendo cualquier eventualidad que pudiera afectar a la prestación del servicio, dada la coincidencia entre vehículos titulares y sustitutos de las rutas a las que licita. Se acuerda dar un plazo de 2 días hábiles para que aporte de acuerdo con el artículo 136.3 de la LCSP justificación de la misma, en el Registro del Ente Público de Infraestructuras y Servicios Educativo”*.

Con fecha de 27 de diciembre de 2011 la empresa recurrente aportó la justificación requerida acompañada de la documentación correspondiente, indicando:

“1. Que la empresa Autocares Perea, S.L. posee en sus instalaciones propiedad de la empresa en calle (...), un depósito surtidor de gasóleo de 2.500 litros (adjuntamos legalización del mismo por la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa).

Por lo que al adquirir el gasóleo en grandes cantidades, el precio es bastante más económico.

2. La empresa Autocares Perea, S.L. mantiene un contrato de cesión gratuita de una nave en Polígono Industrial los Cabezos (adjuntamos contrato de cesión).

3. Los vehículos adscritos como titulares para la realización de las mencionadas rutas propiedad de la empresa Autocares Perea S.L., no tienen pendiente ninguna cuota de pago por lo que están abonados en su totalidad. Adjuntamos documentación.

Por lo que la empresa Autocares Perea, tiene razones suficientes para justificar la bajada en la proposición económica”.

A la vista de la documentación aportada, la mesa de contratación en reunión de 27 de diciembre de 2011, solicita *“informe técnico para auxiliar a la Mesa en la valoración de la justificación de la anormalidad y de los medios técnicos propuestos, dada la coincidencia de los mismos vehículos en los distintos lotes a los que licita”.*

Con fecha de 27 de enero de 2012 se emite el informe técnico requerido en el que tras reproducir el contenido del escrito de justificación que presenta la recurrente, concluye que:

“Por todo lo anterior se entiende que por la documentación aportada no se cuantifican las partidas de costes que inciden en una gestión normalizada del servicio no permitiendo valorar la bajada en la oferta económica. Asimismo, el documento aportado como contrato de cesión es una mera declaración de compromiso que carece de los mínimos preceptos de legalización de una relación contractual. Por último, ni la copia de la factura aportada por importe de 154.225,62 euros (en cuya esquina inferior izquierda se inscribe a

mano “CONTADO”), ni el documento del Registro provincial de venta a plazos de Huelva incluyen documentos de pago que de forma fehaciente establezcan la liquidación real de la deuda. No obstante, lo anterior, el pago de las facturas no exime de incurrir en los gastos de amortización de los vehículos. No se considera justificada la normalidad de la propuesta”.

A la vista de dicho informe, la mesa de contratación eleva al órgano de contratación con fecha de 27 de enero de 2012 propuesta de adjudicación del contrato indicado.

Mediante resolución de 21 de febrero de 2012 del Gerente Provincial de Huelva del Ente Público de Infraestructuras y Servicios Educativos, se procede a la adjudicación del contrato de servicios en cuestión, del siguiente modo:

- Lote 1.- ALCAIDE E HIJOS,S.L.
- Lote 3.- AUTOCARES PEREA,S.L.
- Lote 5.- ALCAIDE E HIJOS,S.L.
- Lote 6.- ALCAIDE E HIJOS, S.L.
- Lote 7.- JESÚS MACÍAS GONZÁLEZ

Dicha resolución fue notificada a los licitadores el 24 de febrero de 2012 y publicada en el Perfil del Contratante ese mismo día.

CUARTO: El 8 de marzo de 2012, tuvo entrada en el Registro General de la Gerencia Provincial de Huelva del Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos de la Consejería de Educación recurso especial en materia de contratación interpuesto por AUTOCARES PEREA, S.L. contra la citada resolución de adjudicación, limitando el recurso a los lotes 1, 5 y 6 que no son adjudicados a la recurrente.

QUINTO: El órgano de contratación remitió a este Tribunal, el 16 de marzo de 2012, el citado recurso junto al expediente de contratación, su informe respecto al recurso y una relación de las empresas licitadoras con indicación de los domicilios a efectos de notificaciones.

SEXTO: Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del escrito de interposición a los interesados concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para alegaciones, no habiéndose presentado las mismas por ninguno de los interesados.

SEPTIMO: En el escrito de interposición del recurso se solicitó la suspensión del procedimiento de adjudicación. En virtud de resolución de 19 de marzo de 2012, este Tribunal resuelve mantener la suspensión solicitada, al amparo del artículo 46.3 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La competencia de este Tribunal viene establecida en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, 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.

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: No consta que la recurrente haya presentado el anuncio previo del recurso al órgano de contratación en los términos exigidos en el artículo 44.1 del TRLCSP, como pone de manifiesto el órgano de contratación en el informe remitido junto con el expediente de contratación. No obstante, la falta del citado anuncio debe entenderse suplida, por razones de eficacia procedimental, con la interposición del recurso directamente en el registro del órgano de contratación, pues, a través de esta vía, dicho órgano tuvo ya conocimiento del recurso que es, en realidad, la finalidad pretendida por el anuncio previo.

CUARTO: Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, son susceptibles de recurso en esta vía.

El contrato objeto de licitación es un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada siendo su valor estimado de 954.042,64 € y el objeto del recurso es la resolución de adjudicación; en consecuencia, el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del citado artículo 40 del TRLCSP.

QUINTO: En cuanto a la interposición del recurso en plazo, el artículo 44 apartados 1, 2 y 3 del TRLCSP dispone que *“1. Todo aquel que se proponga interponer recurso contra alguno de los actos indicados en el artículo 40.1 y 2 deberá anunciarlo previamente mediante escrito especificando el acto del procedimiento que vaya a ser objeto del mismo, presentado ante el órgano de contratación en el plazo previsto en el apartado siguiente para la interposición del recurso.*

2. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4 (...)

3. La presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso.”

El recurso se presentó en el registro del órgano de contratación, esto es, en el de la Gerencia Provincial de Huelva del Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos de la Consejería de Educación, el 8 de marzo de 2012 y la notificación de la resolución de adjudicación impugnada es de fecha de 24 de febrero de 2012, por lo que el recurso se ha interpuesto en el plazo legalmente establecido.

SEXTO:. Basa el recurrente su recurso en dos motivos; en primer lugar, en la falta de motivación de la resolución de adjudicación y la notificación de la misma y en segundo lugar, en la valoración de la documentación aportada por la empresa para garantizar el cumplimiento de la proposición económica realizada incurra en baja temeraria.

El artículo 41 de la Directiva 2004/18, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios, establece la obligación de los poderes adjudicadores de informar a los candidatos y licitadores sobre las decisiones tomadas en relación con la adjudicación de los contratos.

El TRLCSP recoge este derecho de los candidatos y licitadores en su artículo 151.4 que al regular la notificación de la adjudicación obliga a que contenga la información necesaria que permita al licitador descartado o excluido interponer el recurso especial en materia de contratación. Tras la reforma operada por la Ley 34/2010, la LCSP y ahora el TRLCSP ya no hacen referencia al derecho del licitador a requerir al órgano de contratación un informe específico que justifique las razones por las que se ha considerado que la oferta no era la mejor sino que la propia notificación debe contener dicha información. En particular, contendrá, en todo caso el nombre del adjudicatario y las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada su oferta con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas.

La motivación de la adjudicación es una exigencia de la LCSP, debiendo expresarse la puntuación asignada conforme a los criterios estrictos del pliego a fin de evitar la indefensión del interesado y al mismo tiempo permitir a los licitadores y a la jurisdicción después, controlar la legalidad de los actos administrativos conforme al artículo 103 de la Constitución Española (STS de 10-10-06 RJ 2796/03). La motivación exige la expresión clara de los fundamentos de hecho en que se sustenta la justificación jurídica de su decisión que ha de guardar la necesaria coherencia con las bases del concurso.

En el caso de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, la notificación expresará de forma resumida *“las razones por las que no se haya admitido su oferta”*.

Por otro lado, la sentencia del Tribunal Constitucional 35/2002 señala que *“la existencia de una motivación adecuada y suficiente, en función de las cuestiones*

que se susciten en cada caso concreto, constituye una garantía esencial para el justiciable, ya que la exteriorización de los rasgos más esenciales del razonamiento que han llevado a los órganos judiciales a adoptar su decisión permite apreciar su racionalidad, además de facilitar el control de la actividad jurisdiccional de los Tribunales superiores y consecuentemente, mejorar las posibilidades de defensa por parte de los ciudadanos de sus derechos mediante el empleo de los recursos que en cada supuesto litigioso procedan”.

Asimismo, el Tribunal Constitucional mantiene (Sentencias 210/99 y 26/99, entre otras) que la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, tras la infracción de una norma procesal, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa y que dicha indefensión ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción procesal, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa.

Pues bien, la doctrina constitucional expuesta, aún cuando se refiere a las sentencias de los órganos judiciales, cabe entenderla igualmente aplicable al acto administrativo, pues lo determinante es que se exterioricen en el mismo los razonamientos que han llevado a la Administración a adoptar la resolución de que se trate. Sólo así se puede efectuar un adecuado control de la actividad administrativa, velando por que no se haya incurrido en discriminación o arbitrariedad a la hora de resolver y se garantiza a los interesados el derecho de defensa, a fin de que puedan oponerse y rebatir fundadamente la decisión administrativa.

La necesidad de motivación de la resolución de adjudicación y la notificación ha sido reiterada por los distintos tribunales administrativos en materia de

contratación, así el Tribunal Administrativo Central en resoluciones 32/2012 y 241/2011 entre otras muchas, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en resoluciones 13/2011, 16/2011, 35/20011 y 58/2011 entre otras y este Tribunal en resoluciones 4/2012 y 40/2012 , entre otras. La resolución de adjudicación recurrida se limita a indicar las empresas que resultan adjudicatarias de cada lote y el importe por el que se adjudica y en relación a la oferta del recurrente respecto a los lotes objeto del recurso en los que no resultó adjudicatario, dicha resolución se limita a indicar que procede *“rechazar, de acuerdo con la propuesta realizada por la mesa de contratación, la oferta de AUTOCARES PEREA,S.L. y DAMAS,S.A., al estimar que la misma no puede ser cumplida a satisfacción de la Administración como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados”*.

Por su parte, la notificación de dicha resolución se limita a indicar que la misma está publicada en el perfil del contratante.

Por tanto, ni la resolución de adjudicación ni la notificación de la misma motivan por qué se considera que la oferta presentada por el recurrente no puede ser cumplida por incluir valores anormales o desproporcionados. Es en el informe técnico solicitado por la mesa de contratación al amparo del artículo 152.3 del TRLCSP donde se establecen las razones para no estimar justificada la baja temeraria de la empresa recurrente; pero ni el contenido de dicho informe se traslada a la resolución de adjudicación, ni éste se remite junto a la notificación de la resolución de adjudicación, por lo que el recurrente no tuvo conocimiento del mismo.

El Tribunal Constitucional permite la motivación por remisión incluso para las resoluciones judiciales (Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de abril de 1994 RTC 1194,121). Esto es lo que se denomina motivación *in aliunde*.

Pero en este caso, no se comunicaron al recurrente las razones por las que no se estima justificada la baja temeraria de su oferta; de tal forma que de haber conocido el recurrente aquellas razones, que se hacen patentes con posterioridad en el informe técnico que no se incorpora a la resolución ni se remite al recurrente, es bastante probable que el contenido del recurso hubiera sido otro e incluso cabría la posibilidad de que el mismo no se hubiera interpuesto.

Por tanto, el primer motivo del recurso basado en la ausencia de motivación de la resolución de adjudicación en el que se estima no estar justificada la anormalidad de la oferta del recurrente y por ello no se le adjudican dichos lotes, ha de ser atendido. Y es que, precisamente, la motivación es el presupuesto necesario e ineludible para poder combatir la adjudicación y para ejercer con garantías el derecho de defensa. Por tanto, su ausencia es el criterio al que se acoge este Tribunal para estimar el recurso, entendiendo que la falta de motivación ha originado indefensión al recurrente y determina la nulidad de la resolución de adjudicación -en lo que se refiere a los lotes 1, 5 y 6, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 151.4 del TRLCSP (anteriormente, 135.4 de la Ley de Contratos del Sector Público) y 54.1 f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en relación con los artículos 32 a) del TRLCSP y 62.1 a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

SEPTIMO: Aunque la estimación del primero de los motivos alegados por el recurrente impediría entrar en el segundo de los motivos referido a la justificación o no de la baja temeraria de la oferta del recurrente, hay que analizar si se ha seguido el procedimiento legalmente establecido para considerar que la oferta del

recurrente, pese a ser la económicamente más ventajosa, no se estima justificada para poder ser adjudicataria de dichos lotes.

Como ya ha expuesto el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en la Resolución 222/2011, de 14 de septiembre, entre otras, *“debe indicarse que el interés general o interés público ha sido durante décadas el principal elemento conformador de los principios que inspiraban la legislación de la contratación pública española. Sin embargo, la influencia del derecho de la Unión Europea ha producido un cambio radical en esta circunstancia, pasando a situar como centro en torno al cual gravitan los principios que inspiran dicha legislación los de libre competencia, no discriminación y transparencia, principios que quedan garantizados mediante la exigencia de que la adjudicación se haga a la oferta económicamente más ventajosa, considerándose como tal aquella que reúna las mejores condiciones tanto desde el punto de vista técnico como económico.*

Ahora bien, por excepción, y, precisamente para garantizar el interés general, se prevé la posibilidad de que reúna tal característica y no sea considerada sin embargo la más ventajosa, cuando en ella se entienda que hay elementos que la hacen incongruente o desproporcionada o anormalmente baja. En consecuencia, tanto el derecho de la Unión Europea (en especial la Directiva 2044/18/CE), como el español, admiten la posibilidad de que la oferta inicialmente más ventajosa no sea la que sirva de base para la adjudicación.”

Para apreciar tal circunstancia ha de atenderse a lo previsto en el artículo 136.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, hoy 152.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que al respecto dispone:

“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”.

Como también hemos señalado, la apreciación de si una oferta contiene valores anormales o desproporcionados, no es un fin en sí misma, sino un medio para establecer que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ello y que, por tanto, no debe hacerse la adjudicación a quien la hubiera presentado. Este hecho, además, trae como consecuencia que la apreciación de si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que concurren en la oferta y de las características de la propia empresa licitadora, no siendo posible su aplicación automática.

Ello motiva que el artículo 136 de la Ley 30/2007, en sus apartados 3, hoy 152.3 del texto refundido, establezca que *“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 va a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado.*

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

En el caso objeto del recurso, se cumplió con el procedimiento previsto en el citado artículo 152 TRLCSP, pues se dio audiencia al recurrente para que aportara la documentación que acreditara la posibilidad de cumplir con el objeto del contrato pese a la baja proposición económica y por otro lado, se recabó un informe técnico en el que se indicaron las razones para no estimar justificada dicha baja temeraria. Ahora bien, estas razones no se comunicaron al recurrente puesto que las mismas no sirvieron para motivar la resolución de adjudicación ni la notificación de la misma.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en el día de la fecha,

RESUELVE:

PRIMERO.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AUTOCARES PEREA, S.L** contra la resolución de 21 de febrero de 2012, del Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos, por el que se adjudica el contrato denominado “Servicio de Transporte escolar en los centros docentes públicos de la provincia de Huelva” (Expte. 00055/ISE/2011/HU), respecto a los lotes 1, 5 y 6, declarando la nulidad de la misma por falta de motivación y por no contener la notificación de la adjudicación los términos establecidos en el artículo 135.4 de la LCSP, debiendo retrotraer las actuaciones al momento en que se dictó la resolución de adjudicación para que se motive ésta y se notifique conforme establece el citado artículo.

SEGUNDO. 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 TRLCSP.

TERCERO.- 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 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición del 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.

LA PRESIDENTA