



Recurso nº 562/2014

Resolución nº 610/2014

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 8 de septiembre de 2014.

VISTO el recurso especial, en materia de contratación, interpuesto por D. E. G. R., en nombre y representación de la mercantil “CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO, S.A.”, contra la resolución del Órgano de Contratación de la Dirección General de Abastecimiento y Transportes del Ministerio de Defensa, de 23 de junio de 2014, por la que se acuerda adjudicar a la mercantil “VITOGAS ESPAÑA, S.A.U.” el Contrato para el *“Suministro abierto de gas licuado propano a granel para buis de la Armada”* Expediente nº 27 (3/50/40/14/63) DIN.- MEDIO AMBIENTE, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 5 de abril de 2014, se publicó, en el B.O.E. nº 83/14, el anuncio de licitación pública, convocada por el Ministerio de Defensa, Dirección General de Abastecimiento y Transportes, para el *“Suministro abierto de gas licuado propano a granel para buis de la Armada”* Expediente nº 27 (3/50/40/14/63) DIN.- MEDIO AMBIENTE, por un importe anual de doscientos cincuenta mil euros (250.000,00 €), para el ejercicio de 2014.

Segundo. Con fecha 14 de mayo de 2014, se reunió la mesa de Contratación de la Dirección General de Abastecimiento y Transportes, a fin de estudiar la documentación administrativa presentada por las tres empresas que concurrieron a la licitación:

- “VITOGAS ESPAÑA, S.A.U.” (en lo sucesivo, abreviadamente, “VITOGAS”)
- “REPSOL BUTANO, S.A.” (en lo sucesivo, abreviadamente, “REPSOL”)
- “CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO, S.A.” (en lo sucesivo, abreviadamente, “CEPSA”)

A las tres se le concedió plazo hasta el 22 de mayo siguiente, para subsanar los defectos de documentación de que adolecían, lo que hicieron, todas ellas, dentro de plazo.

Tercero. El 22 de mayo de 2014, la Mesa de Contratación, tras admitir a licitación a las tres empresas antes citadas, por entender que todas ellas tenían la documentación administrativa en regla, levanta acta de apertura pública de las ofertas económicas, donde se hace constar que las ofertas de los licitadores eran las siguientes:

- **“CEPSA”**
 - Descuento: 0,16 €/Kg.
 - Plazo de entrega: El plazo de entrega transcurrido entre los pedidos realizados antes de las 13:00 de un día laborable será de 48 horas contando días laborables.
 - Para pedidos urgentes, el plazo de entrega será de 24 horas.
- **“VITOGAS”**
 - Descuento: 0,155 €/Kg.
 - Plazo de entrega: 2 días
- **“REPSOL”**
 - Descuento: 0,127 €/Kg
 - Plazo de Entrega: 1 día.

Cuarto. La Mesa de Contratación, con fecha 23 de mayo de 2014, tras el examen de las ofertas económicas de los licitadores, resuelve lo siguiente:

- Dar por sobreentendido que todas las ofertas, aunque no lo indiquen expresamente, ofrecen un descuento sobre el precio oficial en el que no se incluye ni el IVA ni los Impuestos Especiales.
- Dejar sin valoración, en el apartado de plazo de entrega, la oferta presentada por “CEPSA”, dado que la misma incluye varios supuestos alternativos, haciendo imposible su comparación con el plazo de entrega ofrecido por los demás licitadores:
- Proponer la adjudicación del Expediente 27/14, al licitador “VITOGAS”, por un importe de 250.000,00 € (IVA incluido al 21%), de acuerdo con los términos establecidos en

su oferta y siempre dentro de los límites establecidos en el PCAP y en el PPT de este expediente.

Quinto. De acuerdo con la propuesta de la Mesa de Contratación, el Órgano de Contratación, con fecha 18 de junio de 2014, acuerda adjudicar a “VITOGAS ESPAÑA, S.A.U.” el contrato de suministro abierto de gas licuado, propano a granel, para buis de la Armada, ejercicio 2014, por un importe de 250.000,00 €

Con fecha 23 de junio de 2014, se comunica a todos los licitadores, por medio de correo electrónico, el acuerdo de adjudicación del contrato de suministro, adoptado por su Órgano de Contratación el 18 de junio anterior, que acaba de reseñarse, señalando que, contra dicho acuerdo, cabía interponer recurso especial en materia de contratación, ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en el plazo de 15 días hábiles, contados a partir del siguiente al en que se remitía la citada notificación de adjudicación.

Sexto. Contra dicho acuerdo de adjudicación, D. E. G. R., en nombre y representación de la mercantil “CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO, S.A.”, previo anuncio escrito, de fecha 10 de julio de 2014, interpuso recurso especial en materia de contratación, mediante escrito que tuvo su entrada, en el registro general del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, el 11 de julio de 2014.

El recurso se funda, en síntesis, en que, siendo su oferta de descuento sobre el precio oficial la mejor de las tres, al no haberse valorado el plazo de entrega ofertado, pese a estar ajustado dicho plazo de entrega a las prescripciones del PPT y del PCAP, ha sido privado de una adjudicación que, conforme a Ley, le correspondía.

Señala, luego, con carácter subsidiario, que el error de que pudiera adolecer la oferta presentada, en lo relativo al plazo de entrega, sería, en todo caso, un error subsanable y se le debería haber concedido un plazo razonable para clarificar los extremos discutibles de la misma.

Por último, señala que, en todo caso, el acuerdo de adjudicación es nulo de pleno Derecho, al no haber sido debidamente motivado, causando, con ello, la indefensión de “CEPSA”, en cuanto licitador no adjudicatario del contrato.

Séptimo. Con fecha 18 de julio de 2014, al tiempo de remitir el expediente de contratación a este Tribunal, el Órgano de Contratación de Ministerio de Defensa formula el correspondiente informe, en el que manifiesta, en síntesis, que, pese a que la oferta económica de la recurrente no se ajustaba estrictamente al artículo 87.2 del TRLCSP, ya que no indicaba claramente que el descuento que ofrecía no incluía el IVA y los impuestos especiales, dicha oferta fue admitida y valorada, a fin de promover, al máximo, la concurrencia de ofertas.

Por lo demás, el plazo de entrega que ofrecía CEPSA, al no ser único, sino diferenciado, entre ordinario o urgente y, sobre todo, al venir expresado en horas de días laborables y quedar condicionado a que el pedido se formulase antes de las 13 horas de un día laborable, era imposible de comparar, a efectos de valoración, con el plazo máximo de entrega previsto en el Pliego y los plazos ofrecidos por los restantes licitadores, pese a lo cual, la mesa, en lugar de excluir la oferta en su conjunto, como no ajustada al artículo 147 del TRLCSP, se limitó a no tomar en consideración la oferta, en cuanto al plazo de entrega.

Añade el Informe citado que el defecto de que adolece la oferta de “CEPSA” no es susceptible de subsanación, ya que, de habersele ofrecido esta posibilidad, la citada empresa hubiese disfrutado de una ventaja inaceptable, ya que, en ese caso, podría haber mejorado su oferta inicial, conociendo los términos de las demás ofertas.

Finalmente, señala que la resolución de adjudicación está suficientemente motivada, como lo demuestra el hecho de que, a través de la misma, CEPSA ha tenido perfecto conocimiento de las razones por las que su oferta no resultó adjudicataria del contrato.

Octavo. Habiéndose solicitado en el recurso la suspensión cautelar del acuerdo impugnado, este Tribunal se ha pronunciado al respecto, mediante resolución de 25 de julio pasado, acordando mantener la suspensión del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 47.4 del TRLCSP, la formalización del correspondiente contrato queda suspendida, en espera de lo que acuerde la presente resolución.

Noveno. Abierto el trámite de alegaciones, el 25 de julio pasado, tiene entrada en este Tribunal el escrito de alegaciones, de fecha 24 de julio, formulado por D. Manuel Ledesma, en nombre y representación de “VITOGAS ESPAÑA S.A.U.”.

En su escrito, la representación de “VITOGAS” sostiene que el recurso de “CEPSA” debe ser desestimado, por cuanto, a diferencia de su proposición económica, en la que el plazo de entrega se cifra en dos días sin más condicionantes, en la oferta de “CEPSA”, se indica, expresamente, que *“el plazo de entrega transcurrido entre los pedidos realizados antes de las 13:00 horas de un día laborable será de 48 horas contando días laborables”*.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso especial en materia de contratación se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 del TRLCSP, por tratarse de un acto de un órgano de contratación, el Ministerio de Defensa, que forma parte integrante de la Administración del Estado.

Segundo. El recurso resulta admisible, conforme a lo previsto en los artículos 40.1, b) y 40.2, c) del TRLCSP, por cuanto se interpone contra el acuerdo del Órgano de Contratación del Ministerio de Defensa, de 18 de junio de 2014, por el que resuelve adjudicar a “VITOGAS ESPAÑA, S.A.U.” el contrato para el *“Suministro de gas licuado propano a granel para buis de la Armada, Expediente 27/2014”*.

Tercero. Por lo demás, el recurso ha sido interpuesto por “CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO, S.A.”, una entidad plenamente legitimada para ello, conforme al artículo 42 del TRLCSP, por ser una de las licitadoras del contrato adjudicado a la Empresa, “VITOGAS ESPAÑA, S.A.U.”. En cuanto entidad recurrente, “CEPSA” comparece, además, debidamente representada por persona provista de poderes bastantes para interponer el presente recurso.

Cuarto. En otro orden de ideas y conforme exige el artículo 44 del TRLCSP, el recurso que nos ocupa, en cuanto tuvo entrada, en el Registro General de este Tribunal,

el día 11 de julio de 2014, ha sido interpuesto dentro del plazo de 15 días hábiles, contados desde el siguiente a aquel -23 de junio de 2014- en que se produjo la remisión a los licitadores del oficio de notificación del acuerdo de adjudicación del contrato que es objeto de tal recurso.

Quinto. Como ya se ha indicado, el presente recurso tiene por objeto el acuerdo, de 18 de junio de 2014, del Órgano de Contratación del Ministerio de Defensa, por el que se acuerda adjudicar a “VITOGAS ESPAÑA, S.A.U.” el contrato para el *“Suministro abierto de gas licuado propano a granel para buis de la Armada Expediente nº 27/2014”*

El acuerdo impugnado se adopta de conformidad con el informe de valoración de ofertas emitido por la Mesa de Contratación en sesión de 22 de mayo de 2014.

En dicho informe de valoración, las ofertas de los tres licitadores que concurrían efectivamente a la licitación recibieron la siguiente puntuación desglosada:

- **Por plazo de entrega:**
 - “CEPSA”: 0 puntos
 - “REPSOL”: 1 punto
 - “VITOGAS”: 2 puntos
- **Por descuento sobre precio oficial:**
 - “CEPSA”: 10 puntos
 - “REPSOL”: 7,9375 puntos
 - “VITOGAS”: 9,6875 puntos

A estos efectos interesa anotar que el PCAP, en su cláusula 13, se refiere a los criterios de valoración: precio y plazo de entrega. Respecto de éste último, en cuanto aquí interesa, señala la citada cláusula del pliego que se valorará: *“2 PUNTOS por cada día (máximo 10 puntos) de adelanto a la fecha límite establecida en el punto 4 del PPT (máximo seis (6) días –desde que se efectúa el pedido hasta su entrega-).”*

Sexto. Como antes se dijo, la recurrente afirma, ante todo, en su recurso, que, atendiendo al criterio del descuento ofrecido respecto del precio oficial del propano a granel, su oferta económica era la más ventajosa y, en consecuencia, debió ser adjudicataria del Contrato.

Por otra parte, añade que, en cuanto al plazo de entrega, su oferta se ajustaba al Pliego, ya que el plazo de entrega era, en todo caso, inferior a 6 días y, por consiguiente, debió recibir alguna puntuación.

Añade que, caso de adolecer de algún defecto formal, debió dársele plazo para subsanarlo, citando, para ello, numerosa doctrina, tanto del Tribunal Supremo como de este Tribunal, en cuanto a la subsanación de defectos en el seno de los procedimientos de licitación.

Por último, alega que la resolución de adjudicación del contrato resulta nula de pleno derecho o, al menos, anulable, toda vez que no está debidamente motivada lo que ha dado lugar a la indefensión de la recurrente.

Séptimo. Entrando en el fondo del recurso interpuesto, hemos de señalar, en primer término, que, a juicio de este Tribunal, la oferta de la recurrente, en cuanto a la mejora del plazo máximo de entrega previsto, no cumple con los requisitos del Pliego.

De entrada, no ofrece un único plazo de entrega, sino dos variantes: una ordinaria y otra para “pedidos urgentes”, sin que ello pueda considerarse como una “mejora” valorable, ya que el Pliego no preveía ninguna mejora y, según el artículo 147 del TRLCSP, el ofrecimiento de mejoras o variantes solo es legalmente posible, cuando *“el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad”*.

Además, el plazo ordinario de entrega ofertado resulta imposible de valorar, ya que, dados los términos en que aparece formulado, además de no responder al modelo de plazo de entrega máximo previsto en el pliego, resulta imposible determinar, de antemano, su concreta duración, a efectos de compararlo con ese plazo básico y otorgarle una puntuación.

En efecto, apartándose de los términos del Pliego, la oferta de CEPSA exige, ante todo, que el pedido se formule antes de las 13 horas de un día laborable y, además, indica que el plazo se expresa en horas y tomando en consideración, únicamente, los días laborables, con lo cual, su duración será mayor o menor, dependiendo de que, en el transcurso de esas 48 horas previstas para la entrega, exista o no algún día laborable.

Hay que subrayar que ese defecto de formulación no es, en absoluto subsanable, dado que afecta a la oferta misma y, como tiene declarado este Tribunal en numerosas resoluciones, entre ellas la del expediente 449/2014, de 13 de Junio, citada en el informe del órgano de contratación, según la cual:

“Ahora bien, sobre el hecho de que la Mesa les concediese un trámite para que aclarasen determinados puntos de su oferta también ha tenido este Tribunal ocasión de pronunciarse; podemos citar, para ello, la reciente resolución nº 437/2013, de 10 de octubre de 2013, que señalaba: “por mejor precisar y dado que es incontrovertido que este Tribunal se ha ocupado, en numerosas resoluciones, sobre el particular; ante todo, se ha de recordar que, como regla general, nuestro Ordenamiento (artículo 81 RGLCAP) sólo concibe la subsanación de los defectos que se aprecien en la documentación administrativa, no en la oferta técnica o económica (cfr. Resolución 151/2013) y ello, además, en el sentido de que la subsanación se refiere a la justificación de un requisito que ya se ha cumplido y no a una nueva oportunidad para hacerlo (Resoluciones 128/2011, 184/2011, 277/2012 y 74/2013 entre otras). Respecto de la oferta técnica, hemos declarado, en cambio, que no existe “obligación alguna, por parte del órgano de contratación, de solicitar subsanación de la misma, debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta” conclusión que se infiere de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 29 de marzo de 2012. Lo que sí es posible es solicitar “aclaraciones que, en ningún caso, comporten alteración de la oferta, pero no la adición de otros elementos, porque ello podría representar dar la opción al licitador afectado de modificar su proposición, lo que comportaría notable contradicción con el principio de igualdad, proclamado, como básico de toda licitación, en los artículos 1 y 139 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público...”

Es, pues, evidente que la mejora ofrecida por “CEPSA” en cuanto al plazo de entrega no puede ser tomada en consideración por suponer una variación sustancial y no autorizada de los términos del Pliego por el que se regía el Contrato que con arreglo a la constante doctrina de este Tribunal, no es susceptible de subsanación.

Octavo. Por lo demás, la resolución que se impugna no incurre en el defecto de falta de motivación que le atribuye la recurrente, ya que, de su lectura, se infiere, con toda

claridad, cuál ha sido el motivo que ha impulsado al Órgano de Contratación a adjudicar el Contrato a “VITOGAS”, en detrimento de la recurrente “CEPSA”.

Así resulta, sin duda, del hecho de que “CEPSA” demuestre, en su escrito de recurso, que conoce sobradamente las razones por las que su oferta no ha sido elegida, pese a que era la que ofrecía mayor descuento sobre el precio oficial del gas propano a granel.

No habiendo dado, pues, origen a ningún tipo de indefensión, la resolución impugnada no puede considerarse nula ni anulable, no pudiendo prosperar el recurso por este motivo.

No siendo, pues, plausible ninguno de los motivos de impugnación alegados por la recurrente, procede la desestimación de su recurso y la plena confirmación de la resolución recurrida.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada el día de la fecha, **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por la representación de “CEPSA COMERCIAL DE PETRÓLEO, S.A.” contra la resolución, de 27 de mayo de 2014, del Órgano de Contratación de la Dirección General de Abastecimiento y Transportes del Ministerio de Defensa, de 23 de junio de 2014, por la que se acuerda adjudicar a la mercantil “VITOGAS ESPAÑA, S.A.U.” el Contrato para el *“Suministro abierto de gas licuado propano a granel para buis de la Armada”* Expediente nº 27 (3/50/40/14/63) DIN.-MEDIO AMBIENTE.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento contractual, conforme a lo dispuesto en el artículo 47.4 del TRLCSP

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.