



Recurso nº 135/2017 Ciudad de Ceuta 1/2017

Resolución nº278/2017

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

En Madrid a 17 de marzo de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.A.L.D., en nombre y representación de ON 365 ENERGÍA, S.L., contra los Decretos dictados por la Consejera de Economía y Hacienda de la Ciudad Autónoma de Ceuta por los que se adjudica el contrato de suministro de carburantes para la flota de vehículos, maquinarias y servicios de todas las áreas de las distintas Consejerías de la Ciudad Autónoma, este Tribunal en la sesión del día de hoy, ha acordado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Mediante anuncio publicado en el DOUE de 7 de noviembre de 2015, la Consejería de Hacienda de la Ciudad Autónoma de Ceuta, licitó el contrato de suministro de carburante para la flota de vehículos, maquinarias y servicios de todas las áreas de las distintas Consejerías de la Ciudad Autónoma de Ceuta, siendo su valor estimado de 440.000 euros. El 4 de noviembre había sido publicado en el Perfil del Contratante y el 26 siguiente en el BOE. Esta fecha, como verá, es la que se tomaba como referencia para fijación de los precios publicados en el portal web del Ministerio de Industria que al efecto existe.

Segundo. Al plazo de presentación de ofertas, concurrieron los siguientes licitadores: DISA RED DE SERVICIOS PETROLÍFEROS, S.A.U., ON 365 ENERGIA, S.L. y COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS, S.A.U. (CEPSA).

El 14 de diciembre de 2015, ON 365 ENERGIA, S.L. dirigió correo electrónico al órgano de contratación en el que comunicaba que el mismo día 26 de noviembre de 2015 (día de

publicación del anuncio de licitación en el BOE y que había de ser tomado como precio de referencia en la aplicación de los descuentos para la valoración de las ofertas), a las 22:24 horas, había modificado los precios de los carburantes de una de sus gasolineras a la baja, pasando la gasolina 95 de 0,928 € a 0,909 €, y el gasóleo A, de 0,848 € a 0,829 €.

Tercero. Tras la oportuna tramitación del procedimiento se procedió a la apertura del sobre 2, que contenía la oferta económica, tras lo cual la mesa de contratación en sesión de 15 de enero de 2016 realizó la correspondiente propuesta de adjudicación en los siguientes términos:

Rótulo	Puntuación Descuento ponderada	Puntuación menor precio ponderada	Total	Descuentos ofertados
ON365 ENERGIA, S.L.	50,00	50,00	100	10,00%
DISA	50,00	25,31	75,31	10,00%

Solicitada la documentación a ON 365 ENERGIA, S.L. se procedió a dictar Decreto de adjudicación a ON 365 ENERGIA, S.L. el 15 de febrero de 2016. Dicha adjudicación no se notifica a los licitadores.

Cuarto. El 11 de abril se dictó nuevo Decreto en el que se dejaba sin efecto el anterior de 15 de febrero. En él señalaba que con posterioridad a dicho Decreto de 15 de febrero, la empresa DISA alegaba que no se había tenido en cuenta una de sus gasolineras en la ciudad, atribuida en la página oficial del Ministerio de Industria a Shell cuando, realmente, a la vista de la documentación presentada correspondía a DISA. Por ello, y al amparo de una corrección de errores prevista en el artículo 105 de la entonces vigente Ley 30/1992, procedía realizar un nuevo cálculo tras el cual quedaban empatadas ON 365 ENERGIA, S.L. y DISA, razón por la que procedía convocar la mesa de contratación para el sorteo previsto en los pliegos para este supuesto el siguiente día 15 de abril.

Dicho sorteo no llegó nunca a realizarse.

Quinto. El siguiente 18 de abril la Consejería de Economía, Hacienda y Administración Pública dicta un Decreto en el que:

- Deja sin efecto el Decreto de 11 de abril.
- Deja sin efecto el Decreto de 15 de febrero.
- Ordena la devolución las cantidades que, en virtud del anterior había aportado ON 365 ENERGIA, S.L. en concepto de gastos de publicidad y garantía definitiva.
- Requiere a la empresa DISA para que aporte la documentación correspondiente en aplicación de los artículos 146.4 y 151.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

La razón por la que se dicta este Decreto es la siguiente: *“con posterioridad (con referencia al 26 de noviembre de 2015) la empresa ON 365 ENERGIA, S.L. comunica que sus precios habían variado aportando un certificado del Ministerio. Teniendo en cuenta lo anterior, se procedió a recalcular las distintas ofertas económicas, resultando que se producía el empate antes mencionado. Como consecuencia de ello se dicta Decreto de la Consejera de Economía, Hacienda y Administración Pública, en el que se decide dejar sin efecto la adjudicación y proceder a convocar Mesa de contratación para realizar el sorteo correspondiente. No obstante lo dicho, el hecho de permitir utilizar un precio distinto al que se publicó en el perfil del contratante podría conculcar los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos”.*

A continuación realiza un nuevo cálculo, con los precios de las gasolineras a fecha de la publicación en el BOE de la licitación y teniendo en cuenta la gasolinera de DISA que había quedado excluida en el primer cálculo, arrojando el siguiente cuadro clasificatorio en lo que a recurrente y adjudicataria interesa:

1	Avenida Muelle Dato, 8	DISA	50,00	50,00	100,00
---	------------------------	------	-------	-------	--------

2	Muelle Alfau, s/n	ON365 ENERGIA, S.L.	50,00	34,56	84,56
3	Avenida cañonero Dato, 10	DISA	50,00	17,49	67,49
4	Avenida Martínez Catena, 6	DISA	50,00	17,49	67,49
5	Avda. Teniente Muslera, 10 General	ON365 ENERGIA, S.L.	50,00	17,49	67,49

Este Decreto se notificó a ON 365 ENERGIA, S.L. el 9 de mayo.

Sexto. El 18 de mayo de 2016, ON 365 ENERGIA, S.L. anuncia recurso especial que, efectivamente interpone en fecha 24 de mayo de 2016 en el que expone: a) DISA no recurrió el acuerdo de adjudicación, que devino firme por consentido; b) No puede la Administración, al amparo de una corrección de errores, dictar un acuerdo de revocación; c) Ningún licitador recurrió el requerimiento de documentación realizada al recurrente en enero de 2016. En definitiva interesa el restablecimiento de los efectos del Decreto de 15 de febrero de 2016 y la aportación de las cantidades debidas como fianza y gastos de publicidad.

Tras la tramitación del recurso el Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales dicta resolución el 24 de junio de 2016, en la que se acuerda:

“Estimar el recurso interpuesto por D. J. A. L. D. en representación ON 365 ENERGIA, S.L., contra acuerdo de adjudicación del contrato de “Suministro de carburante para la flota de vehículos, maquinarias y servicios de todas las áreas de las distintas Consejerías de la Ciudad Autónoma de Ceuta”, anulando los Decretos de 11 de abril y 19 de abril de 2016 de la Consejería de Economía, Hacienda y Administraciones Públicas de la Ciudad Autónoma de Ceuta, debiendo recobrar su eficacia el Decreto de adjudicación a ON 365 ENERGIA, S.L. y continuar con ella la tramitación del procedimiento.”

Séptimo. Con fecha 1 de agosto de 2016, se acuerda adjudicar el contrato de suministro de carburante para la flota de vehículos, maquinaria y servicios de todas las áreas de las distintas Consejerías de la Ciudad Autónoma de Ceuta a ON 365 ENERGÍA S.L. lo que se remite a los licitadores el 18 de agosto de 2016.

Octavo. El 2 de septiembre de 2016, D. Francisco Javier Artilles Camacho interpone en representación de DISA RED DE SERVICIOS PETROLIFEROS, S.A., recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales acuerda estimar en parte el recurso presentado dejando sin efecto la resolución de adjudicación.

Noveno. Como consecuencia de esa resolución, con fecha 27 de diciembre de 2016 (con registro de salida de 28 de diciembre del mismo año) y tras solicitar los documentos pertinentes al licitador propuesto como adjudicatario, se procede por el órgano de contratación a dictar Decreto adjudicando el contrato de suministro de carburantes para la flota de vehículos, maquinaria y servicios de todas las áreas de las distintas consejerías de la Ciudad Autónoma de Ceuta por un importe de 440.000 euros para que preste el servicio en la estación sita en la Avenida Muelle Dato número 8 con un descuento de 0,829 euros litro para el Gasóleo A y 0,909 para la gasolina 95, sobre el precio que tenga dicho surtidor en el momento del suministro y plazo de duración de dos años, a la empresa DISA RED DE SERVICIOS PETROLÍFEROS, S.A.

Décimo. Con fecha 12 de enero de 2017 la Consejería de Economía, Hacienda, Administración Pública y Empleo dispone rectificar el error aritmético cometido en el Decreto anterior, respecto al descuento en la gasolina 95, de la oferta adjudicataria que es de 0,091 y no 0,909 euros. Dicho Decreto se notifica a la empresa recurrente el 25 de enero de 2017.

Undécimo. El 16 de febrero de 2017, ON 365 ENERGÍA, S.L. presenta ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales el recurso especial en materia de contratación. El 1 de marzo se solicitan alegaciones a los interesados habiéndose presentado el 7 de marzo por el adjudicatario.

Duodécimo. El 24 de febrero de 2017, la Secretaria del Tribunal, pro delegación de éste, resuelve 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 texto legal será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la competencia para resolver los recursos especiales en materia de contratación de todos los organismos, entes y entidades que tengan la consideración de poder adjudicador, integrados en la Ciudad Autónoma de Ceuta, según el Convenio de colaboración suscrito entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Ciudad Autónoma, sobre atribución de competencias de recursos contractuales. Dicho Convenio se publicó mediante resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de 10 de abril de 2013, en el Boletín Oficial del Estado, el 17 de abril del mismo año.

Segundo. El recurso se interpone contra la resolución de adjudicación, prevista expresamente en el artículo 40.2 c) del TRLCSP como susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Igualmente estamos ante un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada por razón de su cuantía tal y como establece el artículo 40.1 a) del TRLCSP.

Tercero. Debe entenderse que el recurso se ha interpuesto en el plazo legal previsto en el artículo 44.2 b) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Cuarto. Al mismo tiempo la interposición por parte de ON 365 ENERGÍA, S.L., se ha llevado a efecto por persona legitimada para ello, precisamente por su concurrencia al procedimiento de licitación.

Además, se interpone el recurso a través de representante con poder bastante.

Quinto. En el escrito inicial del recurso, el recurrente fundamenta su impugnación en la falta de motivación en los dos Decretos objeto del recurso y en el hecho de que en la adjudicación se realiza una valoración inadecuada de la prueba y una interpretación errónea de las normas del contrato. Desarrolla posteriormente un alegato relativo a la “justificación de la necesidad del contrato” en el que justifica que la Administración ha de ponderar todas las variaciones que se produzcan en el día de la publicación del anuncio, para fijar la propuesta económicamente más ventajosa. Asimismo, indica, que es obligación de las empresas suministradoras comunicar las variaciones en los precios de los combustibles. Para terminar basa su argumentación en recalcar que la Administración ha de buscar la oferta más económica teniendo en cuenta las modificaciones que se producen a lo largo del día.

Por todo ello, solicita la estimación del recurso y el dictado de Resolución por la que se acuerde dejar sin validez ni eficacia alguna los referidos Decretos.

Por su parte el órgano de contratación se remite a lo alegado por este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la resolución ya que con base a la misma se contesta la falta de motivación así como el resto de alegaciones del recurrente.

Sexto. Pese a que, como se ha señalado, el recurso ha sido interpuesto en plazo y por persona legitimada para ello, debe tenerse en cuenta que, a la vista de las alegaciones presentadas, que tal y como señalan el órgano de contratación y la empresa adjudicataria podríamos estar ante una causa de inadmisión del recurso derivada de la intangibilidad de las resoluciones administrativas emitidas por este Tribunal, que se consagra en el principio de cosa juzgada administrativa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.1 del TRLCSP.

Efectivamente y como pone de manifiesto el informe del órgano de contratación que ha remitido junto con el expediente, en el recurso que dio lugar a la resolución de este Tribunal 875/2016, se plantea la misma cuestión. Así la resolución citada en su considerando octavo establece:

“Entrando en el fondo del asunto planteado por el recurrente debe tenerse en cuenta que la cuestión objeto del mismo no es sino determinar si la modificación por los exponenciales licitadores de los precios de una estación, que se produce durante el día que se publica el procedimiento de adjudicación en el Boletín Oficial del Estado del procedimiento de licitación es posible conforme a los pliegos que rigen la licitación y si esa modificación del precio de los carburantes debe entenderse que constituye parte de la oferta del licitador que lo realiza.

El tenor literal de ambas cláusulas permite entender que los precios a tener en cuenta son los vigentes en el momento que se produce la publicación del BOE. Pero lo más importante es que esta es la única interpretación posible con arreglo a los principios que conforme al artículo 1 del TRLCSP rige la contratación en el sector público: transparencia, igualdad de trato y publicidad. Y es que las empresas que hubieran querido presentarse a la licitación y las que realmente licitaron solo tuvieron como información real, los precios medios de los carburantes de las estaciones de servicios que figuraban en la página web del Ministerio en el momento de la publicación y que se hicieron constar igualmente en el perfil del contratante y con base a los mismos pudieron formular el correspondiente descuento para configurar definitivamente su oferta.

Y es que el conocimiento de la modificación que la actual adjudicataria realiza en cuanto a los precios de una estación de servicio de su titularidad, se pone de manifiesto al órgano de contratación el día 14 de diciembre de 2016, fecha en la que el resto de licitadores ya había presentado su oferta. Por tanto, de admitir esa modificación la empresa que lo realiza, como pone de manifiesto el órgano de contratación, tendría la ventaja de conocer el resto de precios ofertados por los distintos licitadores mientras que el precio medio de una de sus estaciones era desconocido para los demás. Consecuencia de ello fue que el resto de licitadores ofertó un descuento en atención a sus propios medios de venta y los del adjudicatario que luego se modificaron, por lo que entendemos vulnerados los principios de transparencia e igualdad de trato, debiendo por esta razón estimar el recurso especial interpuesto.”

Del texto descrito se deduce que el Tribunal con pleno conocimiento de la cuestión, atendiendo al tenor literal del pliego que rigió la contratación y a los principios generales que deben regir en los procedimientos que al efecto se convocan llega a la conclusión de que el precio de la gasolina a tener en cuenta es el que está vigente al tiempo de

publicarse en el BOE la convocatoria, sin que se pueda ahora alegar de nuevo que hay un error en la prueba practicada o plantear disquisiciones jurídicas sobre la forma en que hay que interpretar los pliegos.

Por tal motivo, ha de procederse a la inadmisión del recurso como ya ha señalado este Tribunal en otras ocasiones, valga por todas la Resolución 575/2016: *“Pero, visto el contenido del recurso, lo cierto es que sus alegaciones se dirigen a impugnar la resolución de este Tribunal número 0256/2016, anteriormente citada, en lo relativo a la valoración de la oferta de SERUNION, S.A. A estos efectos hay que tener en cuenta que, conforme a lo preceptuado en el artículo 49 del TRLCSP, contra las resoluciones de este procedimiento sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo en los términos previstos en el artículo 10.1, letra k) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. En consecuencia, el recurso interpuesto debe ser inadmitido y la indicada Resolución 0256/2016 debe mantener plena eficacia en tanto no sea revocada en virtud de sentencia dictada por los órganos de la citada jurisdicción”*.

En cuanto a la falta de motivación debe indicarse que el recurso tampoco puede prosperar dado que los Decretos de adjudicación traen causa directa de la Resolución de este Tribunal que expresamente cita y que el actual recurrente conoce perfectamente por cuanto se dicta sobre el mismo asunto y contra la resolución por la que se le adjudicaba el contrato. Consecuencia de ello es que no puede haber indefensión posible para el recurrente, razón última por la que se exige la motivación en la adjudicación.

Séptimo. Finalmente resulta procedente, a la vista de las circunstancias concurrentes en este caso, pronunciarse sobre la posible imposición de la multa establecida en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Efectivamente, el artículo 47.5 del TRLCSP establece: *“En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. El importe de ésta será de entre 1.000 y 15.000 euros determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los*

restantes licitadores. Las cuantías indicadas en este apartado serán actualizadas cada dos años mediante Orden Ministerial.”

Por su parte, el artículo 31.2 del Real Decreto 814/2015 que desarrolla la anterior previsión, continúa: *“Cuando el Tribunal aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso acordará en la resolución que dicte la imposición de una sanción pecuniaria al recurrente en los términos previstos en el apartado 5 del artículo 47 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, justificando las causas que motivan la imposición y las circunstancias determinantes de su cuantía. La imposición de multas al recurrente solo procederá en el caso de que se hubieran desestimado totalmente las pretensiones formuladas en el escrito de recurso.”*

Pues bien, en el presente caso concurren varias de las circunstancias previstas en dicho precepto. Efectivamente, el recurrente ha actuado con temeridad al plantear de nuevo como principal cuestión la que dio lugar a la resolución de este Tribunal como fue la utilización en una de las ofertas presentadas, de un precio posterior a la entrada en vigor del BOE requisito que establecían los pliegos, conociendo por ello el recurrente el parecer de este Tribunal plasmado en la correspondiente resolución, cuyo criterio, de ser discrepante, debió impugnarse en el proceso judicial oportuno.

Por el contrario, el recurrente opta por abrir de nuevo un debate, con el único objeto, al parecer, de impedir la inmediata formalización del contrato, con los consiguientes perjuicios para el interés general y los del licitador que resultó vencedor en el procedimiento.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, este Tribunal considera que concurren circunstancias suficientemente graves como para imponer la multa prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP, fijando una cuantía de 4.000 euros.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir por los argumentos expuestos en esta resolución, el recurso interpuesto por D. J.A.L.D., en nombre y representación de ON 365 ENERGÍA, S.L., contra los Decretos dictados por la Consejera de Economía y Hacienda de la Ciudad por los que se adjudica el contrato de suministro de carburantes para la flota de vehículos, maquinarias y servicios de todas las áreas de las distintas Consejerías de la Ciudad Autónoma.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento, previamente acordada.

Tercero. Declarar que al apreciarse la concurrencia de mala fe en la interposición del recurso procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP, por importe de 4.000 euros.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, 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 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.