



Recurso nº 058/2011

Resolución nº 098/2011

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 6 de abril de de 2011

VISTO el recurso interpuesto por Don F.O.V. en representación de AIR EUROPA S.A.U. el día 28 de febrero de 2011, contra la resolución de la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa de 4 de febrero de 2011, por la que se adjudica el “Acuerdo marco para el Operador Logístico de las Fuerzas Armadas en el Ministerio de Defensa”, el Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Con fecha 15 de noviembre de 2010, la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa publicó anuncio en el Boletín Oficial del Estado convocando licitación para la adjudicación por procedimiento abierto del Acuerdo Marco para la contratación del “Servicio de operador logístico para las Fuerzas Armadas”, dividido en dos lotes el primero de los cuales tenía por objeto los “Servicios de operador logístico en apoyo a operaciones y ejercicios conjuntos”. Para la adjudicación de dicho lote presentó oferta la recurrente.

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, del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la anterior y del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, acordándose mediante resolución de 4 de febrero de 2001 la adjudicación a favor de SISTEMAS LOGÍSTICOS INTEGRADOS S.A.

Tercero. Contra dicha resolución AIR EUROPA S.A.U. ha interpuesto recurso ante este Tribunal mediante escrito presentado el día 28 de febrero de 2011 en el registro del

mismo por el que previas las consideraciones que entiende convienen a su derecho solicita básicamente que se suspenda la adjudicación del acuerdo marco y se anule la valoración de su oferta en los aspectos relacionados con la aplicación de los criterios B y D del pliego de cláusulas administrativas particulares.

Cuarto. El Tribunal en sesión de fecha 23 de marzo de 2011 acordó mantener la suspensión automática producida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 315 de la Ley 30/2007, de 30 de Octubre.

Quinto. Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que si lo estimaban oportuno formularan alegaciones al mismo, habiéndolas presentado la adjudicataria en el sentido que entendió más conveniente a su derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se califica por el recurrente como especial en materia de contratación y se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 311.1 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Segundo. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, contra acto recurrible en esta vía y dentro de plazo toda vez la fecha de remisión de la notificación en los términos establecidos en el artículo 135.4 de la Ley de Contratos del Sector Público es la de 14 de febrero de 2011 por lo que no pueden considerarse transcurridos entre ella y la interposición del mismo más de los quince días hábiles que establece el artículo 314.2 de la Ley mencionada.

Tercero. Antes de entrar en el análisis de las cuestiones de fondo que plantea el presente recurso debe hacerse pronunciamiento sobre la petición formulada por la recurrente con carácter alternativo en el sentido de que se acuerde el periodo de prueba establecido en el artículo 316.4 de la ley de Contratos del Sector Público.

El Tribunal debe denegar tal petición, puesto que en ella no se especifica ni el medio de prueba propuesto, ni los extremos sobre los que ésta debiera versar.

Cuarto. Son diversas las pretensiones relativas al fondo articuladas por el recurrente en su escrito de interposición por lo que procede analizar todas y cada una de ellas por separado. De conformidad con ello, debe ser objeto de examen en primer lugar, la pretensión de que se declare no ajustada a derecho la valoración de su oferta en lo que respecta a los criterios B y D del pliego de cláusulas administrativas particulares. Tales criterios se refieren, al precio de espacio de carga contratado en aeronaves de uso no exclusivo para el Ministerio de Defensa el primero y el segundo al porcentaje sobre el precio de los transportes especiales que representan los gastos de gestión a facturar por el operador logístico.

Respecto del primero, la resolución de adjudicación entendió que al haber indicado la recurrente en su documento anexo a la proposición económica que los “transportes en líneas comerciales se establecen para cada 100 kgs., en envíos unitarios con peso igual o superior a 500 Kgs.” se han alterado las condiciones del pliego que no establece límite mínimo de peso. En base a ello, entiende que la proposición debe ser interpretada en el sentido de que la valoración del precio ofertado por envío de 100 Kgs. con arreglo al modelo de oferta, debe efectuarse “sobre el precio del envío unitario ofertado: 500 kg., es decir, cinco veces el precio correspondiente a cada 100 kg.”

Como consecuencia de ello la valoración efectuada en este punto a la oferta presentada por la recurrente asciende a 0,81 puntos.

Ante todo deben plantearse dos cuestiones. En primer lugar, si la utilización de las “explicaciones y condiciones generales de aplicación” contenidas en el documento que se anexa a la proposición para valorar el contenido de ésta se ajusta a derecho y, en segundo lugar, si, aún en el caso de que se ajustara, la valoración ha sido correctamente efectuada.

Con respecto de la primera cuestión conviene indicar que el encabezamiento del mismo reza de conformidad con el siguiente tenor: “se adjuntan una serie de explicaciones y condiciones generales de aplicación con el objetivo de ofrecer una propuesta más competitiva”. Por otra parte, debe mencionarse en primer lugar el parangón que la recurrente hace entre su Anexo a la proposición y el documento denominado Plan de mejoras y ahorro que la adjudicataria acompaña a su oferta, para concluir que si éste no

ha sido tomado en consideración en la valoración de oferta presentada por la adjudicataria, tampoco debe serlo el suyo. A este respecto, debe, ante todo, aclararse que en su documento la adjudicataria propone determinados cambios en el modo de prestación del servicio por entender que de ello se derivaría un cierto ahorro en la prestación del mismo. Tales modificaciones al contenido del pliego de prescripciones técnicas, sin embargo, no han sido tenidas en cuenta por la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa a la hora de valorar la oferta.

A tal respecto debe indicar el Tribunal que entre ambos documentos, el anexo de la recurrente y el Plan de mejoras y Ahorro de la adjudicataria, existen importantes diferencias. El primero de ellos es un documento complementario de la oferta en la medida en que contiene aclaraciones a la misma y la condiciona estableciendo requisitos para su interpretación, mientras que el segundo es una mera propuesta, o si se quiere oferta, alternativa que no ha sido tomada en consideración por el órgano de contratación ni para mejorar la puntuación de la adjudicataria ni para empeorarla, porque simplemente no procedía atender su contenido a la luz de lo dispuesto en los pliegos.

Por el contrario, el anexo a la proposición de la recurrente es un documento adicional a ésta y, de conformidad con la propia manifestación contenida en él, a que antes se hizo referencia, debe ser entendido como documento que la complementa por lo que es inevitable tener en cuenta su contenido a la hora de valorarla. En consecuencia, procede de conformidad con los pliegos rechazar este punto de las argumentaciones de la recurrente y considerar que el órgano de contratación actuó correctamente interpretando y complementando su oferta económica con el contenido del documento en cuestión.

Sentado lo anterior, queda ahora por resolver si la valoración que del criterio B ha hecho la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa se ajusta al contenido de los pliegos y a la voluntad expresada en su oferta y en el anexo por la recurrente. A este respecto debe considerarse que de conformidad con la proposición presentada la recurrente ofertó con relación al criterio B precios que oscilan entre 116 y 877 € por cada 100 Kg. de carga, según el destino de las mercancías. Sin embargo, en el anexo hace constar, tal como antes se ha visto, que estos precios deben entenderse como precios unitarios por cada 100 Kg. para envíos con peso igual o superior de 500 kg., lo que ha permitido al órgano de contratación entender que los envíos de peso inferior al mencionado serían valorados

al mismo precio que los que lo igualen o superen. La decisión adoptada por la Junta de Contratación, a tenor de los términos que figuran en los dos documentos considerados, podría ser la que efectivamente adoptó, o, por el contrario, entender que los términos de la oferta son confusos o se apartan sustancialmente de las condiciones del pliego de cláusulas administrativas particulares y, aplicando el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, desecharla en acuerdo motivado. Lo que evidentemente no procede es ignorar el contenido del anexo presentado por la recurrente y atender de modo exclusivo al contenido de la oferta.

Dicho esto, es obvio que en cualquiera de los dos casos el resultado hubiera sido similar pues, si de la decisión adoptada por la Junta de Contratación se deriva una escasa valoración de este criterio, determinante de la adjudicación a otro licitador, de adoptarse la otra opción, el resultado hubiera sido la exclusión del procedimiento.

En consecuencia, es evidente que en cuanto a este motivo de impugnación el recurso no puede ser estimado.

Quinto. Dentro del mismo apartado de la impugnación, la recurrente cuestiona la valoración que se hace del criterio identificado con la letra D en el Anexo del pliego de cláusulas administrativas particulares. Este criterio se refiere al porcentaje sobre el precio de los transportes especiales que representan los gastos de gestión de subcontratos que girará al Ministerio de Defensa el operador logístico. Con relación al mismo la oferta señala que el porcentaje será cero, es decir, que no girará ninguna cantidad por gestión de subcontratos, lo cual se ajusta plenamente a lo que disponen ambos pliegos.

Sin embargo, en el Anexo de la oferta aclara que estos transportes especiales se realizarán en sustitución de los transportes marítimos en exclusivo, y que la suma total de transportes especiales y transportes marítimos se estima en 3-4 anuales. A juicio de la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa esta aclaración contradice las condiciones del pliego, por cuanto que en ningún momento éste limita la realización de los transportes especiales al caso del transporte marítimo exclusivo. Sin embargo, lo cierto que el punto 4.1 del anexo a la cláusula 2 del pliego de prescripciones técnicas establece que “los transportes especiales se realizarán en sustitución de los transportes marítimos exclusivos, dependiendo de las circunstancias operativas. La suma total de

transportes especiales y transportes marítimos en buques dedicados se estima en 3-4 anuales”. Es cierto que esta consideración del anexo citado se refiere exclusivamente a los transportes con destino a Afganistán, pero también es cierto que respecto de los restantes destinos no se contempla la posibilidad de transportes especiales, por lo que debe entenderse tal consideración se refiere precisamente al único supuesto previsto en el pliego y, por tanto, a todos los casos de aplicación del criterio D. En cualquier caso, de ello debe deducirse que no se puede interpretar que la consideración hecha en su anexo a la proposición por la recurrente se aparta de lo dispuesto en los pliegos, puesto que se limita a transcribir literalmente lo establecido en uno de ellos.

Cuestión diferente es la referida a la segunda de las condiciones indicadas en el anexo a la oferta con referencia al porcentaje de gastos de gestión. En efecto, dicho anexo aclara al respecto que “por consiguiente el porcentaje a aplicar por Air Europa por la gestión de subcontratos sobre el precio de transportes especiales se mantiene a 0%, *entendiendo que el total anual asociado a dichos transportes especiales no superarán el 1.000.000 M€. En caso contrario Air Europa propone acordar de forma conjunta con MINISDEF el porcentaje aplicar (sic), de forma que este no suponga perjuicio alguno para ninguna de las partes*”.

Este apartado supone una clara alteración de las condiciones de la licitación tal como las establece el pliego. Éste se limita a exigir que se establezca un porcentaje, pero sin admitir, en ningún momento, que pueda ser fijado para cada caso mediante negociación entre las partes. Dicha opción además es contraria al artículo 75.1 de la Ley de Contratos del Sector Público en el sentido de que el precio de los contratos debe ser cierto, condición que no se cumpliría si para los contratos de transportes especiales se aceptara que, superando el 1.000.000,- € el importe de los gastos de gestión de los subcontratos a realizar, como parte integrante del precio final, se fijara una vez adjudicado el contrato y para cada caso.

En consecuencia, la oferta en lo que respecta a este punto no se ajusta a las condiciones de la licitación y, precisamente por ello, debió ser rechazada, cosa que, sin embargo, no hizo el órgano de contratación, por lo que no procede que el Tribunal se pronuncie ahora en tal sentido con objeto de mantener la congruencia con las pretensiones del recurrente. Esta circunstancia debe llevar a la conclusión de que hubiera sido más correcto rechazar

la proposición de conformidad con el artículo 84 del Reglamento anteriormente citado. Sin embargo, no habiendo optado por esta posibilidad, el órgano de contratación no podía en ningún caso aceptarla en los términos derivados del conjunto de los dos documentos que constituyen la oferta de la recurrente, por lo que debe considerarse, en tales circunstancias, como más ajustado a derecho atribuirle un valor de cero puntos tal como el órgano de contratación ha hecho.

Sexto. Junto a las pretensiones aducidas en relación con la valoración de su propia oferta, la recurrente plantea también tres cuestiones relativas a la oferta presentada por la adjudicataria. La primera de ellas tiene por objeto obtener el pronunciamiento de este Tribunal acerca del carácter indeterminado de las valoraciones de la oferta de SISTEMAS LOGÍSTICOS INTEGRADOS S.A., en relación con los tiempos de anticipación mínima a las peticiones contenidos en el criterio F, “con las consecuencias que ello conlleve”. Planteada en estos términos la pretensión de la recurrente pone de manifiesto un defecto fundamental pues no expresa cuál es exactamente el contenido de su pretensión y en consecuencia cuáles son las consecuencias jurídicas que considera vinculadas a una posible estimación de la misma, dejando al Tribunal la concreción del “petitum”. Esta simple circunstancia debiera bastar para no tener en consideración la petición formulada. Sin embargo, el Tribunal considera adecuado hacer referencia a la argumentación hecha en su escrito por la recurrente pues en ningún caso puede considerarse que la aclaración aportada por la adjudicataria en su oferta en el sentido de que el tiempo medio de respuesta a las peticiones se ha formulado basándose en la experiencia real con el Ministerio de Defensa en condiciones normales, convierte en incierto a lo manifestado en la proposición. Por el contrario, en ésta de modo claro se establece cuáles son los tiempos de respuesta mínimos ofertados para cada uno de los casos previstos en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Podrá discutirse por la recurrente si la explicación dada como fundamento de su oferta por SLI es o no adecuada pero, evidentemente, ello no afecta al número de días establecido como tiempo mínimo de respuesta que se fija en dos, dos, diez o siete, para cada uno de los cuatro casos previstos en los documentos contractuales. En consecuencia procede desestimar, asimismo, esta pretensión.

Séptimo. Solicita asimismo la recurrente que “se asegure que la mejora contemplada en las Notas Generales de la Oferta de SLI como una posible reducción en el ‘Precio anual rutas básicas establecidas tipo A1’, así como la propuesta de ahorros y mejoras que afectarían a la dicha Oferta, no se hayan valorado”. Una vez más la recurrente formula una pretensión que carece de la necesaria precisión, al hace recaer sobre el Tribunal, la carga que a ella incumbe, de analizar a iniciativa propia si la valoración de la oferta de la compañía adjudicataria ha sido correctamente valorada o no, y, en particular, si en la valoración se han tenido en cuenta exclusivamente las fórmulas indicadas en el pliego o, por el contrario, se han estimado otros factores no previstos en él. Pues bien, el Tribunal tras analizar la valoración atribuida a la oferta de la adjudicataria ha podido observar que en ella se han tomado en consideración exclusivamente los elementos que determina el Anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares, en el que se recogen los criterios de valoración y las fórmulas a aplicar en cada uno de ellos, por lo que tampoco esta pretensión puede ser aceptada.

Octavo. Idéntica consideración cabe hacer respecto de la última de las peticiones formuladas relativa a que se solicite del Estado Mayor de la Defensa información de los precios cotizados y cobrados en ejecución de los servicios prestados por la adjudicataria con anterioridad, para determinar si ha podido incurrir en temeridad al ofertar los precios.

Una vez más el Tribunal debe poner de manifiesto que no es a él a quien incumbe investigar si la oferta de SLI tiene o no la consideración de anormalmente baja o desproporcionada, supuestos a los que debe entenderse que se refiere AIR EUROPA S.A.U. cuando habla de “reducción en los precios de carácter temerario”, sino que es esta última quien debe argumentar si considera que tal supuesto se da y basado en qué razones puede entenderse que los términos de la proposición hacen esta inviable.

No habiéndolo hecho así, el Tribunal no puede pronunciarse sobre tal cuestión.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por Don F.O.V. en representación de AIR EUROPA S.A.U. el día 28 de febrero de 2011, contra la resolución de la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa de 4 de febrero de 2011, por la que se adjudica el “Acuerdo marco para el Operador Logístico de las Fuerzas Armadas en el Ministerio de Defensa”, toda vez que la oferta presentada por la recurrente no se ajusta a las condiciones expuestas en los pliegos tal como se desprende del contenido de esta resolución y, por el contrario, la oferta de la adjudicataria cumple con los requisitos de los mismos sin que se hayan aprotados elementos de juicio que permitan considerar que la misma no ha sido correctamente valorada.

Segundo. Acordar el levantamiento de la suspensión del procedimiento acordada el 23 de marzo de 2011 de conformidad con lo dispuesto en el artículo 315 de la Ley de Contratos del Sector Público.

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 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

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 dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.