



Recursos nº 090/2012

Resolución nº 113/2012

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 16 de mayo de 2012.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.L.B. en representación de la empresa TOSCATRADE S.A. contra el acuerdo dictado por el órgano de contratación de la EMPRESA DE TRANSFORMACIÓN AGRARIA S.A. (TRAGSA) para la adjudicación del contrato de “Suministro e instalación del equipamiento para la Escuela de Hostelería (GHS) de Kannifing (Gambia)”, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. TRAGSA convocó mediante anuncio publicado el 14 de marzo de 2012 en su perfil de contratante, a través de la Plataforma de Contratación del Estado, licitación para adjudicar el contrato de “Suministro e instalación del equipamiento para la Escuela de Hostelería (GHS) de Kannifing (Gambia)”, cifrándose el valor estimado del contrato en 441.030 euros, a la que entre otras, presentó oferta la empresa recurrente.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con las normas internas aprobadas al efecto por TRAGSA habiendo acordado el órgano de contratación el 4 de Abril de 2012 la adjudicación a favor de MAKIBER S.A. por un importe de 370.841,06 euros, que fue objeto de notificación a los licitadores remitida el día 10 del mismo mes y año.

Tercero. El 19 de abril de 2012, TOSCATRADE S.A. presentó escrito interponiendo recurso especial en materia de contratación en el Registro de este Tribunal solicitando la adopción de medidas cautelares en el procedimiento y la revisión de la valoración de la oferta presentada por ella.

Cuarto. La Secretaría del Tribunal, el 26 de abril de 2012 dio traslado del recurso a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, habiéndolas presentado MAKIBER S.A. en su condición de adjudicataria quien tras alegar cuanto estima convenir a su derecho pide el mantenimiento de la resolución dictada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Antes de entrar a analizar la cuestión planteada en el presente recurso como fondo del mismo debemos examinar si concurre el requisito de la competencia para resolverlo. Al respecto, el órgano de contratación autor de la resolución impugnada entiende que aunque TRAGSA y las empresas filiales de la misma, de conformidad con la Disposición Adicional 25ª del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, tienen la consideración de poderes adjudicadores, *“en los contratos que formalizan y ejecutan en el extranjero (como el que nos ocupa) el régimen jurídico especial que se aplica es el que se contiene en la Disposición Adicional 1ª del Real Decreto Legislativo 3/2012, de 14 de noviembre”*. Esta circunstancia, a juicio del órgano de contratación, implica que los contratos amparados por la Disposición Adicional citada no tengan la consideración de contratos de regulación armonizada y, consecuentemente, no sean susceptibles de recurso especial en materia de contratación. De ser así efectivamente este Tribunal carecería de competencia para conocer de los recursos interpuestos contra los actos del procedimiento de adjudicación del contrato a que se refiere el presente recurso.

Sin embargo, el Tribunal entiende que esta alegación no puede prosperar en los términos en que ha sido planteada pues se fundamenta en un presupuesto fáctico que no concurre.

En efecto, de conformidad con la citada Disposición Adicional, se regirán por sus disposiciones *“los contratos que se formalicen y ejecuten en el extranjero...”*. Es precisa, por tanto, la concurrencia de dos requisitos para que las normas de la misma resulten de aplicación y, como consecuencia de ello, se vean privados de su condición de contratos sujetos a regulación armonizada: en primer lugar, que se formalicen en el extranjero y en segundo que se ejecuten asimismo en país extranjero.

Ninguna duda ofrece que la ejecución del contrato se va a efectuar en país extranjero, pues basta la simple lectura de su objeto para comprenderlo y efectivamente así se desprende de lo dispuesto en la cláusula 4.2 del Pliego de condiciones administrativas, económicas y técnicas. Por el contrario, la concurrencia del requisito de que la formalización se lleve a efecto en el extranjero no resulta clara en absoluto por lo que debe ser objeto de un análisis detallado.

En primer lugar debemos aclarar que cuando la Disposición Adicional se refiere a la formalización de los contratos es razonable pensar que está utilizando este término tal como lo hace el artículo 156 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, es decir como el acto por el que se suscribe el documento contractual correspondiente. En tal supuesto, debe entenderse que nada hay en la documentación remitida a este Tribunal para resolver el presente recurso, que induzca a pensar que tal formalización vaya a efectuarse en territorio de Gambia y no en territorio español.

Cabría, sin embargo, entender que el término “formalización” no está empleado en el sentido estricto a que acabamos de referirnos en el apartado anterior. En efecto, expresiones tales como “... *Estado en que se celebre el contrato...*” o “... *Estado en que se efectúa la contratación...*” podrían sugerir que la norma comentada más que a la formalización *strictu sensu* se está refiriendo a todo el proceso adjudicador del contrato, lo que implicaría que la licitación del mismo se efectúe toda o parte sustancial de ella en país extranjero. En tal caso, aún más claramente deberíamos rechazar la aplicación de la Disposición Adicional Primera del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, toda vez que el mencionado procedimiento se lleva a cabo en su integridad dentro del territorio nacional español.

Sentado lo anterior, debemos entender que el contrato a que se refiere el presente recurso está sujeto a las normas generales de la Ley de Contratos mencionada y, en consecuencia, atendida su cuantía debe considerarse sujeto a regulación armonizada. Así las cosas no cabe dudar de la competencia de este Tribunal para conocer del presente recurso a tenor de lo dispuesto en el artículo 41.1 del Texto Refundido indicado, en relación en 40.1 del mismo.

Ciertamente, esta conclusión comporta una nueva problemática, pues siendo TRAGSA un poder adjudicador que no tiene la consideración de Administración Pública, los

contratos celebrados por ésta que no estén sujetos a regulación armonizada se adjudican de conformidad con las normas internas aprobadas según lo establecido en el artículo 191 del Texto Refundido, lo que comporta la aplicación de normas de publicidad de la convocatoria y de tramitación del procedimiento de adjudicación que no necesariamente se ajustan a las disposiciones generales del mismo. Así ha ocurrido en el caso presente, en el que no se ha publicado el anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea ni se ha seguido para la adjudicación en términos estrictos el procedimiento abierto o el restringido tal como los regula la Ley.

Tal circunstancia podría haber motivado la declaración de nulidad de la licitación celebrada de haber sido alegada por alguno de los interesados. Sin embargo, no habiéndolo sido, el Tribunal no puede entrar a conocer de esta cuestión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47.2 que exige la congruencia de la resolución con el contenido del *“petitum”* del recurso. Sólo estaría facultado para declararla de oficio en el caso de que se hubiera incurrido en nulidad de pleno derecho.

Lo cierto, sin embargo, es que de las diferentes causas de nulidad absoluta que prevé el artículo 62 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, al que se remite expresamente el 32 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, la única aplicable al caso sería la recogida en la letra e) que declara la nulidad de pleno derecho de los actos *“dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”*. Sin embargo, no cabe entender tal cosa respecto del procedimiento tramitado por TRAGSA en el caso presente, pues ha sido objeto de publicidad suficiente sin que quepa considerar que la falta de publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea deba considerarse con entidad tal que invalide de forma radical el procedimiento. Es cierto que la Ley de Contratos del Sector Público (Texto Refundido) trata el cumplimiento de este requisito en términos que bien pudieran permitir su consideración como causa de nulidad absoluta. Sin embargo, el objeto último del tratamiento que la Ley da a este defecto del procedimiento en sus artículos 37 a 39, es permitir a los posibles licitadores pedir la nulidad del contrato por haberse visto impedidos de acudir a la licitación al haber sido adjudicado sin publicar el citado anuncio. Pues bien, esta posibilidad no desaparece por el hecho de que se dicte resolución en el presente recurso cualquiera que sea el sentido de la misma. Por el contrario los interesados que se vieron privados de la posibilidad de

competir por no haberse publicado la licitación siguen teniendo abierta la vía de la declaración de nulidad en los términos que prevé la Ley.

De igual forma no cabe considerar que se ha prescindido totalmente del procedimiento legalmente establecido por no haberse seguido los trámites de ninguno de los dos procedimientos previstos en el artículo 138.2 de la Ley para el caso que nos ocupa, pues los trámites seguidos en el procedimiento de adjudicación son de hecho coincidentes con los trámites esenciales del procedimiento abierto regulado en la Ley.

En consecuencia debemos declarar nuestra competencia para conocer del presente recurso, sin que proceda por ello apreciar la existencia de causa que permita declarar la nulidad absoluta del procedimiento de licitación.

Segundo. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, contra acto recurrible de conformidad con el artículo 40.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y dentro del plazo legal establecido.

Por parte de MAKIBER S.A. se plantea asimismo la procedencia de la exclusión toda vez que el escrito de recurso no ha ido precedido del correspondiente anuncio dirigido al órgano de contratación tal como exige el artículo 44.1 del Texto Refundido. En particular el artículo 44, en su apartado 4, letra e) dispone que al escrito de interposición deberá acompañarse *“el justificante de haber dado cumplimiento a lo establecido en el apartado 1 de este artículo. Sin este justificante no se dará curso al escrito de interposición, aunque su omisión podrá subsanarse de conformidad con lo establecido en el apartado siguiente”*.

Por su parte el apartado 5 dispone: *“Para la subsanación de los defectos que puedan afectar al escrito de recurso, se requerirá al interesado a fin de que, en un plazo tres días hábiles, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, quedando suspendida la tramitación del expediente con los efectos previstos en el apartado 5 del artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”*.

Del examen de la documentación que obra en el expediente tramitado en este Tribunal no consta que por la Secretaría del mismo se requiriera a la recurrente para subsanar la falta de presentación del justificante mencionado, por lo que no habiéndole proporcionado la posibilidad de hacerlo en el trámite adecuado no cabe ahora inadmitir el recurso por su falta de cumplimiento.

Tercero. La cuestión de fondo planteada se refiere a la indebida adjudicación a favor de MAKIBER S.A. por no haber sido apreciada la circunstancia de que la oferta presentada podía ser considerada anormalmente baja o desproporcionada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de Octubre.

Tanto el órgano de contratación como la adjudicataria argumenta de contrario que en el Pliego de Condiciones se establecen varios criterios de adjudicación por lo que los supuestos en que puede considerarse una oferta como anormalmente baja o desproporcionada deben figurar en el mismo pliego, a tenor de lo dispuesto en el artículo 152 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y, puesto que este no lo prevé, resulta imposible declarar tal circunstancia.

No cabe sino reconocer la razón que asiste en este punto al órgano de contratación y a la adjudicataria. De la simple lectura de las disposiciones de la Ley (artículo 152) se deduce claramente que, en los supuestos en que no exista más que un criterio de adjudicación la apreciación de la existencia de una proposición anormalmente baja o desproporcionada es consecuencia directa de que concurran o no los supuestos de hecho contemplados en el artículo 85 del Reglamento citado. Por el contrario cuando la adjudicación debe hacerse valorando varios criterios, la apreciación de que una proposición es anormalmente baja o desproporcionada exige que en el pliego correspondiente se haya establecido tal posibilidad mediante la inclusión de los supuestos de hecho en que se podría considerar que incurre en tal situación y los parámetros para apreciarla.

Para el primero de los casos contemplados el artículo 152 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”*.

Por el contrario para el supuesto de aplicación de varios criterios, la misma norma establece que *“cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, podrá expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, podrán indicarse en el pliego los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales”*.

La diferencia es comprensible teniendo en cuenta en primer lugar que la apreciación de que una proposición se encuentra incurso en situación de anomalía o desproporción es una excepción al principio general de que los contratos deben adjudicarse a la oferta económicamente más ventajosa, lo que lleva lógicamente al legislador a regularla con un cierto carácter restrictivo. Por otra parte, así como en los contratos cuya adjudicación se hace simplemente mediante la apreciación de cuál es la oferta de precio más bajo es relativamente fácil establecer parámetros generales aplicables a todos ellos, en el caso de que los criterios de adjudicación sean varios, dada la muy diversa naturaleza de los que pueden figurar en los pliegos de contratación, es lógico que la determinación de los casos en que la proposición incurre en alguna de las situaciones citadas debe reservarse a los propios pliegos.

En este punto, por tanto, la alegación de la recurrente no puede prosperar, por lo que en consecuencia debemos desestimar el recurso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar, por los razonamientos expuestos en esta resolución, el recurso interpuesto por D. J.L.B., en representación de la empresa TOSCATRADE S.A. contra el acuerdo dictado por el órgano de contratación de la EMPRESA DE TRANSFORMACIÓN AGRARIA S.A. (TRAGSA) para la adjudicación del contrato de “Suministro e instalación

del equipamiento para la Escuela de Hostelería (GHS) de Kannifing (Gambia)", que se confirma en todos sus términos.

Segundo. Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 45 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.4 de la citada Ley.

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 texto refundido de Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de diciembre.

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.