



Recurso nº 142/2012

Resolución nº 172/2011

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

En Madrid, a 8 de agosto de 2012.

VISTO el recurso interpuesto por Don J.M.F.A. en representación CÁMARA ARROCERA DEL MONTSIÀ Y SECCIÓN DE CRÉDITO, SCCL, contra la resolución del Presidente del FONDO ESPAÑOL DE GARANTÍA AGRARIA, notificada el 2 de julio de 2012, por la que se adjudica el contrato de “SUMINISTRO Y DISTRIBUCIÓN DE ALIMENTOS EN EL MARCO DEL PLAN 2012 DE AYUDA ALIMENTARIA A LAS PERSONAS MÁS NECESITADAS DE LA UNIÓN EUROPEA, lote 1 ARROZ BLANCO”, con número de expediente 33/2012, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Presidencia del Fondo Español de Garantía Agraria convocó mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 17 de abril de 2012, enviado al Diario Oficial de la Unión Europea y a la Plataforma de Contratación del Estado el día 3 de abril de 2012, licitación para la adjudicación por procedimiento abierto del contrato cuyo objeto consiste en “suministro de diversos productos alimenticios y su transporte, descarga y apilamiento en los almacenes que designe el FEGA” por importe de 61.048.609,72€ (IVA excluido), dividido en 13 lotes. Para la adjudicación del lote 1, entre otras, presentó oferta la empresa ahora recurrente.

Segundo. La licitación se llevó a cabo por procedimiento abierto, de conformidad con los trámites previstos en el texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, acordándose la adjudicación del lote 1 mediante resolución del Presidente del FEGA de 2 de julio de 2012 a favor de ARROCES Y CEREALES S.A. como adjudicataria de 2.381.572 euros, para la compra de 4.106.159 kg de arroz blanco y MAICERÍAS ESPAÑOLAS S.A. como adjudicataria de 2.381.572 euros, para la compra de 4.106.159 kg de arroz blanco, al

haber presentado las ofertas económicamente más ventajosas de acuerdo con los criterios establecidos en el pliego de condiciones particulares.

La adjudicación fue notificada a los licitadores por medios telemáticos el propio día 2 de julio de 2012. En la notificación practicada a CÁMARA ARROCERA DEL MONTSIÀ Y SECCIÓN DE CRÉDITO, SCCL, se indicaba: *“En cuanto a la oferta presentada por ustedes, les comunicamos que en la reunión celebrada por la Mesa de Contratación el pasado 13 de junio se decidió su exclusión al haberse constatado, una vez conocida la cantidad de alimento a la que dicha empresa licita, que incumple el requisito exigido en los pliegos reguladores de la licitación relativo a que la cuota de mercado durante los años 2010 y 2011 para el alimento ofertado debe ser al menos el 50% del valor de la cantidad de alimento por la que se licita”*.

Tercero. Mediante escrito que tuvo entrada en el registro del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales el día 12 de julio de 2012, dirigido al Presidente del propio Tribunal, la interesada interpone recurso frente al acto de adjudicación referido.

No obra en el expediente escrito alguno mediante el que se formule anuncio previo para interposición de recurso especial en materia contractual, conforme a lo dispuesto en el artículo 44 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Cuarto. Por la Secretaría del Tribunal, el día 23 de julio de 2012 se procedió a notificar la interposición del recurso a todos los licitadores para que formularan las alegaciones que a su derecho convinieran, presentando alegaciones MAICERÍAS ESPAÑOLAS S.A. y ARROCES Y CEREALES S.A., mediante sendos escritos que tienen entrada en el registro del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales los días 26 de julio de 2012 y 27 de julio de 2012, respectivamente.

Quinto. Interpuesto el recurso, con fecha 19 de julio de 2012 este Tribunal dictó resolución por la que se acordaba el mantenimiento de la suspensión del procedimiento de contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en los artículos 45 y 46 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 41.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, habida cuenta de que el órgano de contratación es un organismo público adscrito a la Administración General del Estado.

Segundo. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, pues la ahora recurrente concurrió a la licitación. Por tanto, se trata de un licitador que no ha resultado adjudicatario, con lo que es titular de un interés legítimo que puede verse afectado por la resolución de adjudicación recurrida. Concorre así en la ahora recurrente la legitimación requerida por el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Tercero. El acto recurrido, de acuerdo con lo mencionado en el recurso formulado, es la *“resolución de la Presidencia del Fondo Español de Garantía Agraria [por la que se] excluye a la CÁMARA ARROCERA DEL MONTSIÀ Y SECCIÓN DE CRÉDITO, SCCL de la adjudicación del lote 1 Arroz blanco”*.

Teniendo en cuenta que la exclusión del procedimiento de licitación y la adjudicación del lote al que licitaba la recurrente se realiza simultáneamente, la alegación tercera del propio recurso (en la que desarrolla una pretensión de adjudicación, siquiera sea parcial, del contrato), y con la finalidad de interpretar el recurso interpuesto en el sentido más favorable para el recurrente, debe entenderse que se han recurrido simultáneamente el acto de exclusión de la licitación y la adjudicación realizada.

Los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerda la exclusión de los licitadores son considerados actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, por lo que son susceptibles de recurso especial en materia contractual conforme al artículo 40.2.b) del TRLCSP. Por su parte, el acuerdo de adjudicación resulta impugnabile conforme al artículo 40.2.c) TRLCSP. En cuanto a la acumulación de ambas pretensiones, dada la íntima conexión existente entre ambas, debe estimarse procedente, conforme a lo dispuesto en el artículo 73 LRJPAC, si bien se trata de una acumulación condicional, es decir, la segunda pretensión (anulación de la

adjudicación realizada) sólo podrá estimarse en el caso de que se estime la primera (anulación de la exclusión del procedimiento de licitación).

Los actos anteriores serán susceptibles de recurso especial en materia contractual cuando el contrato al que se refieren cumpla los requisitos establecidos en el artículo 40.1 TRLCSP. En el caso que nos ocupa, se trata de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, conforme al artículo 15.1.a) TRLCSP. En consecuencia, es susceptible de recurso especial en materia de contratos, conforme al artículo 40.1.a) LCSP.

Cuarto. Se ha cumplido el requisito de plazo para la interposición de la reclamación, previsto en el artículo 44 de texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

No aparece, en cambio, en el expediente documento acreditativo de que se haya practicado el anuncio previo que exige el artículo 44.1 TRLCSP. No obstante, como ha señalado reiteradamente este Tribunal (por todas resolución 296/2011), el anuncio de interposición está establecido por el legislador con la finalidad de que la entidad contratante conozca que contra su resolución se va a interponer la pertinente reclamación, lo cual se consigue, igualmente, cuando por el Tribunal se reclama, con remisión del escrito de interposición de la reclamación, el expediente de contratación, junto con el cual la entidad contratante habrá de remitir en el plazo de 2 días hábiles el correspondiente informe.

En aquella resolución se afirmaba: *“El principio de economía procesal impone esta conclusión ya que carecería de eficacia práctica que el Tribunal acordara la subsanación de la falta de anuncio previo para, inmediatamente después de acreditada la corrección de la falta de este requisito, solicitar la remisión del expediente de contratación, cuando la finalidad de dicho anuncio se cumple con la reclamación del expediente, sin esto suponga indefensión material para la entidad contratante.*

Por tanto, la ausencia de anuncio previo de la reclamación no puede considerarse como un vicio que obste a la válida prosecución del procedimiento y el dictado de una resolución sobre el fondo de la reclamación.”

Habida cuenta de que la sociedad ARROCES Y CEREALES S.A. ha puesto de manifiesto en sus alegaciones la ausencia del referido requisito, resulta necesario reiterar aquí la doctrina expuesta.

Quinto. Sobre el fondo del asunto, la recurrente plantea las siguientes cuestiones: i) que el requisito de solvencia técnica exigido en la cláusula 5 como contenido de la Subcarpeta nº 2 REFERENCIAS TÉCNICAS, es limitativo de la propia oferta, pero determinante de la exclusión de la oferta en caso de incumplimiento; ii) que tendría derecho a la adjudicación del importe correspondiente al 50% del valor que figura en su declaración jurada como volumen de negocios durante los ejercicios 2010 y 2011.

En su escrito de alegaciones, la sociedad MAICERÍAS ESPAÑOLAS S.A. señala que resulta improcedente la tardía subsanación del requisito de solvencia técnica exigido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, de forma que la exclusión de la recurrente resulta conforme a derecho.

Por su parte, la sociedad ARROCES Y CEREALES S.A. formula una excepción procesal, la ausencia de anuncio previo de la interposición del recurso y sobre el fondo alega que i) la estimación de la pretensión formulada por la recurrente supone una vulneración de la prohibición de presentar más de una oferta por cada licitador ii) imposibilidad de presentación en vía de recurso de documentación acreditativa de la solvencia ni de cualquier otra documentación tendente a subsanar defectos en la inicialmente presentada.

Sexto. La primera cuestión que ha de ser analizada es la procedencia o no del acuerdo de exclusión de la recurrente en la licitación para la adjudicación del lote 1.

La determinación de los requisitos de solvencia técnica se contiene en la cláusula 5, como integrante de la subcarpeta nº 2 REFERENCIAS TÉCNICAS, letra b, en la que se dispone:

b) Solvencia técnica, que se acreditará mediante un informe de Nielsen donde se indique para los años 2010 Y 2011, la cuota de mercado (importes facturados) de la empresa licitadora para el alimento ofertado y que alcance en los dos años, al menos, el 50% del valor de la cantidad de alimento por la que se licita.

En su defecto, se presentará una declaración jurada del representante de la empresa donde figure una relación de clientes a los que se les haya vendido el alimento ofertado e importes facturados durante los años 2010 y 2011 y que supongan, al menos, el 50% del valor del (sic) la cantidad de alimento por el que se licita.”

Para la mejor interpretación de este requisito de solvencia técnica, debe tenerse en cuenta el procedimiento de adjudicación, contenido en la cláusula 7.2, en la que se señala:

“La adjudicación del suministro podrá efectuarse a un solo licitante o a más de uno, en caso de empate entre ofertas o en caso de que la oferta más ventajosa no licite por la totalidad del lote.

En caso de empate entre varias ofertas, se procederá a efectuar un prorrateo entre las mismas, en función de las cantidades ofertadas. Del resultado de dicho prorrateo se considerará como ofertada la cantidad resultante.

En el caso de que la oferta más ventajosa no licite por la totalidad del lote, la parte restante se adjudicará al siguiente licitador con la oferta más ventajosa, y así sucesivamente, hasta completar la adjudicación de toda la cantidad dedicada a la compra del alimento como contraprestación.”

A la vista del contenido de la cláusula trascrita, resulta que los licitadores no venían obligados a licitar por la totalidad del lote, sino que cada licitador lo haría por la parte del mismo que considerare conveniente (siempre que el importe económico del total del alimento por el que se oferte supere la tercera parte del valor máximo del lote correspondiente). Ante esta eventualidad, el requisito de solvencia técnica no se determina de manera unitaria para todos los licitadores, sino que se realiza de una forma dinámica, aplicándose a cada licitador en función de la oferta que ha realizado, es decir, en función de la cuantía por la que licita, exigiéndose que la cuota de mercado del licitador durante los años 2010 y 2011 para el alimento ofertado, haya alcanzado, al menos el 50% del valor de la cantidad de alimento por la que licita. La forma de acreditación de este requisito será informe de Nielsen referido a los dos años mencionados o, subsidiariamente, declaración jurada del representante de la empresa,

con indicación de clientes a los que se haya vendido el alimento por el que se licita y el importe de lo facturado.

A la vista de lo expuesto, ha de destacarse, en primer lugar, que se trata de un verdadero requisito de solvencia, no de una condición de la oferta. Así lo establece el pliego con claridad y su objetivo es garantizar la capacidad del licitador de cumplir adecuadamente la obligación contraída con la adjudicación del contrato. Ello no se ve afectado porque el requisito se determine individualmente para cada licitador, pues ello es consecuencia de que los licitadores no vienen obligados a licitar por la totalidad del lote, sino que pueden hacerlo por una parte del mismo. En estas condiciones, la exigencia de cumplimiento de un requisito de solvencia único, referido a la totalidad del lote, cuando puede licitarse por un importe inferior, introduciría injustificadamente un efecto discriminatorio a favor de los licitadores con mayor capacidad económica.

En segundo lugar, el requisito de solvencia exigido a cada licitador deberá ser cumplido en cada uno de los años 2010 y 2011. Esta es la interpretación que parece deducirse de la redacción del apartado b) transcrito más arriba, “importes facturados” “para los años 2010 y 2011”. Si se hubiera pretendido que el importe fuera acumulado se habría indicado expresamente (con la expresión “conjuntamente” u otra similar) habida cuenta de que la celebración del contrato es anual y que la aplicación ordinaria de estas cláusulas se realiza en el sentido mencionado.

Séptimo. En el caso que nos ocupa en la documentación presentada por la recurrente figura una declaración jurada, página 395 del expediente, conforme a la cual las cantidades vendidas por aquélla durante los años 2010 y 2011 ascienden a 930.916,38€ correspondientes a 689.640 kg de arroz Montsià extra.

A su vez, CÁMARA ARROCERA DEL MONTSIÀ Y SECCIÓN DE CRÉDITO, SCCL, presentó oferta por importe de 3.175.430,00€.

A la vista de lo expuesto, la recurrente, CÁMARA ARROCERA DEL MONTSIÀ Y SECCIÓN DE CRÉDITO, SCCL, no cumplía el requisito de solvencia exigido para realizar la oferta presentada. Además, este hecho resulta tácitamente aceptado por la propia recurrente en la alegación tercera del recurso presentado.

Por tanto, de acuerdo con la documentación presentada por la recurrente (y así lo admite ésta) la cuota de mercado acreditada determinaba el incumplimiento del requisito de solvencia técnica exigido para licitar por el importe por el que lo hizo.

Pero además, de la documentación presentada no se deduce que la solvencia acreditada viniera referida a ambos ejercicios. Más bien parece que se ha realizado una declaración comprensiva de ambos, pero no una acreditación de cuál fue la cuota de mercado de la que dispuso en cada uno de ellos. De esta forma, no puede determinarse cuál fue la cuota de mercado correspondiente a cada año y, en consecuencia, cuál era la solvencia técnica de la que disponía a efectos de la licitación.

Consecuencia de cuanto se ha expuesto es que la entidad CÁMARA ARROCERA DEL MONTSIÀ Y SECCIÓN DE CRÉDITO, SCCL no acreditó oportunamente el cumplimiento del requisito de poseer la solvencia técnica necesaria para poder ofertar por la cantidad por que lo hizo. En consecuencia, la exclusión realizada por la Mesa de Contratación resulta conforme a derecho.

Noveno. Declarada la regularidad de la exclusión de la recurrente por la Mesa de Contratación, queda sin fundamento la segunda pretensión deducida, a saber, la anulación de la adjudicación realizada en su día, por falta de legitimación sobrevenida, pues al no poder resultar adjudicataria de la misma la recurrente, desaparece el interés legítimo que fundamenta la pretensión de anulación.

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 J.M.F.A. en representación CÁMARA ARROCERA DEL MONTSIÀ Y SECCIÓN DE CRÉDITO, SCCL, contra la resolución del Presidente del FONDO ESPAÑOL DE GARANTÍA AGRARIA, notificada el 2 de julio de 2012, por la que se adjudica el contrato de “suministro y distribución de alimentos en el marco del plan 2012 de ayuda alimentaria a las personas más necesitadas de la unión europea, lote 1 arroz blanco”, con número de expediente

33/2012, confirmando su exclusión del procedimiento por ser conforme a derecho e inadmitir el recurso respecto a la adjudicación del lote 1 por falta de legitimación.

Segundo. Levantar la suspensión cautelar acordada conforme a los artículos 45 y 46 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 la Ley de Contratos del Sector Público.

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.