



Recurso nº 381/2014 C.A. Galicia 048/2014

Resolución nº 440/2014

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 6 de junio de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D. L.E.G.A., en representación de la mercantil ASESORAMIENTO TRIBUTARIO LOCAL, S.L. (en adelante, ATL o la recurrente) contra la exclusión de su oferta en la licitación para contratar los servicios de "*Asistencia y apoyo administrativo y técnico en materia de inspección tributaria del Ayuntamiento de Ourense*" (Expediente nº 2276), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por el Ayuntamiento de Ourense (en lo sucesivo, el Ayuntamiento o el órgano de contratación), se convocó, mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial de la Provincia y en el Diario Oficial de Galicia los días 23 y 26 de noviembre de 2013, respectivamente, licitación para contratar, por procedimiento abierto, el servicio de asistencia y apoyo administrativo y técnico en materia de inspección tributaria del Ayuntamiento. El valor estimado del contrato se cifra en 1.000.000 euros. Se presentaron cinco ofertas, entre ellas la de la recurrente.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con lo establecido en la Ley de Contratos del Sector Público -cuyo texto refundido (TRLCSP en adelante) se aprobó por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre-, así como en el Real Decreto 814/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. El contrato se clasifica en la categoría 27 del Anexo II del TRLCSP.



Tercero. En la cláusula 15 del Pliego de cláusulas administrativas (PCAP), se especifica que: *“Se considerarán incursos en presunción de temeridad aquellas empresas que presenten una oferta económica cuya baja se distancie en más de 10 puntos de la baja media”*.

En la sesión de la mesa de contratación del 25 de marzo de 2014, se procedió, en acto público, a la lectura de la puntuación correspondiente al estudio organizativo del servicio; una de las ofertas presentadas quedó excluida por no alcanzar la puntuación mínima de 35 puntos exigida en el PCAP. La recurrente ATL obtuvo 38 puntos; a la oferta de SERVICIOS DE COLABORACIÓN INTEGRAL, S.L. (en adelante SCI) se le otorgaron 35,7 puntos. A continuación se procedió a la apertura de las proposiciones económicas formuladas como porcentaje sobre la deuda tributaria cobrada, con un máximo del 25%. La oferta de ATL era del 8%, lo que suponía una baja del 68% sobre el tipo de licitación. La media de las bajas de las cuatro ofertas admitidas fue del 55%, por lo que la de ATL incurría en presunción de temeridad, de acuerdo con la cláusula 15 del PCAP antes transcrita.

Cuarto. Mediante fax enviado a ATL el 27 de marzo, se le informa que su proposición puede ser considerada desproporcionada o anormal y se le requiere para que, *“de conformidad con el artículo 152 del TRLCSP, y según los criterios que en él se señalan, justifique su oferta, en el plazo de 3 días hábiles, contados a partir del recibo de esta notificación”*.

Quinto. El 1 de abril de 2014, se presenta en la Subdelegación del Gobierno en Pontevedra la justificación de la baja; en dicho escrito -con entrada en el registro del Ayuntamiento el día 3 de abril- se manifiesta que el documento recibido por fax (del que adjunta copia) resultaba ilegible *“por lo que esta parte ha tenido conocimiento en el día de hoy por gestión telefónica efectuada que dicha comunicación requería a esta parte para audiencia por término de tres días para justificar la oferta cursada”*. Considera que se le debería haber dado un plazo de diez días y, en todo caso, alega que su oferta es viable, por cuanto entiende que: *“No es necesario disponer de un local en las inmediaciones del Concello de Ourense, ya que las oficinas centrales de la empresa se encuentran en Pontevedra, a una hora de distancia... El personal adscrito a la ejecución del contrato ostenta una alta cualificación profesional y amplia experiencia en la materia, lo cual maximiza su productividad y calidad. La estructura de costes de la empresa permite asumir un nuevo proyecto... toda vez que los principales*



costes..., se encuentran amortizados durante los próximos 12 meses con los ingresos obtenidos en otros contratos ya ejecutados. Los incentivos de las personas destinadas al 100% al contrato están en gran parte vinculados a la consecución de objetivos,... El software específico de ATL permite la tramitación de expedientes de manera eficiente, y en menores plazos de ejecución a los ordinarios. El riesgo inherente a la ejecución del contrato es prácticamente nulo... Prestamos servicios tributarios en la actualidad a 60 concellos de las provincias de Pontevedra y Ourense,...

Sexto. El 3 de abril de 2014 la mesa de contratación acuerda excluir a ATL, *“por haber presentado la justificación de su oferta fuera del plazo concedido”*, y clasificar las restantes ofertas, entre las que SCI queda con la máxima puntuación. El acuerdo de la mesa se notifica a ATL el 23 de abril; consta en el expediente su recepción el 25 de abril.

Séptimo. Contra el acuerdo de exclusión, el 9 de mayo de 2014 tiene entrada en el registro del Ayuntamiento escrito de ATL de interposición de recurso especial, previamente anunciado al órgano de contratación. Manifiesta que en el requerimiento de justificación de su oferta, ni el plazo concedido de tres días, ni el modo de notificación mediante fax son conformes con las normas aplicables. Solicita que se deje sin efecto su exclusión y la propuesta de adjudicación en favor de SCI y se retrotraigan las actuaciones para que se le dé audiencia *“por plazo de diez a quince días... notificándose la resolución de manera completa y legible en el domicilio del licitador. Y alternativamente, se deberá considerar como notificado con efectos desde el momento en que los interesados realizan las actuaciones que suponen el conocimiento del contenido del acto que quería notificarse,...*”

Octavo. El 13 de mayo de 2014, se recibió el expediente en el Tribunal, acompañado del informe del órgano de contratación. Considera éste que, de aplicar los plazos que plantea la recurrente, se alargaría indebidamente el proceso de licitación, en contra del TRLCSP que *“pretende un procedimiento ágil huyendo del formalismo que es en lo que cae la recurrente”*. Respecto a la notificación vía fax señala que *“al licitador se le requiere para presentar un número de fax. Cuestión distinta sería que dentro de ese plazo de tres días hábiles ellos hubiesen mostrado su disconformidad con la notificación realizada. Pero no lo hacen así; sólo cuando se dan cuenta que se les ha pasado el plazo cuestionan la notificación. El Ayuntamiento remite el fax el día 27 de marzo y el reporter es OK. Después*



ellos dicen que no ha llegado en perfecto estado esa notificación y que no es válida, pero lo dicen ya fuera de plazo”.

Noveno. El 19 de mayo la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones. Así lo ha hecho en el plazo habilitado SCI, que solicita la desestimación del recurso.

El 5 de junio, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió adoptar la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Se recurre la exclusión en la licitación de un contrato de servicios de valor estimado superior a 207.000 euros, acto susceptible de recurso especial en materia de contratación de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP. La competencia para resolver corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41.3 de dicha norma y en el Convenio suscrito al efecto con la Comunidad Autónoma de Galicia, publicado en el BOE del día 25 de noviembre de 2013.

Segundo. La legitimación activa de ATL viene otorgada por aplicación del artículo 42 del TRLCSP, por cuanto concurrió a la licitación de la que fue excluida. Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 de esa norma.

Tercero. La primera cuestión a dilucidar en el recurso formulado es si el acuerdo de exclusión se ha adoptado y motivado debidamente.

Respecto al procedimiento seguido para la adopción del acuerdo, el artículo 152 del TRLCSP, establece que:

“3. Cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el



procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnica adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación,... En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente...

4. Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior, estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la proposición económicamente más ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas...”.

En este caso, la oferta del recurrente se consideró desproporcionada porque, de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 15 del PCAP, su oferta presenta una baja que “*se distancia en más de 10 puntos de la baja media*”.

En cuanto a los aspectos formales del procedimiento, la cuestión planteada en el recurso es si el trámite de “*audiencia al licitador... para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma,...*”, se ha efectuado debidamente, tanto por el medio utilizado (el fax) como por el plazo concedido (tres días hábiles).

Cuarto. Respecto al medio utilizado, la disposición adicional decimoquinta del TRLCSP, en su apartado primero dispone que:

“1. Las comunicaciones e intercambios de información que deban efectuarse en los procedimientos regulados en esta Ley podrán hacerse, de acuerdo con lo que establezcan los órganos de contratación o los órganos a los que corresponda su resolución, por correo, por telefax, o por medios electrónicos, informáticos o telemáticos...”

En este caso, en el procedimiento de contratación no hay una referencia expresa al medio de notificación individualizada que se va a utilizar en el mismo, aunque sí se establece en la cláusula 12 del PCAP una exigencia a los licitadores de que en el sobre 1, referente a la documentación administrativa, indiquen no sólo la dirección postal, sino también fax,



teléfono y correo electrónico, lo que es indicativo de que las comunicaciones pueden efectuarse por cualquiera de estos medios si el licitador los ha indicado.

Ahora bien, como hemos señalado en otras resoluciones (como referencia en la nº 094/2014, de 28 de enero), lo decisivo es que con la notificación efectuada se tenga conocimiento del acto a que se refiere. En esa misma Resolución 094/2014, se cita extensamente la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2011 (RJ 2011/4169) que considera que *“lo trascendente en el ámbito de las notificaciones es determinar si, con independencia del cumplimiento de las formalidades legales, el interesado llegó a conocer el acto o resolución a tiempo para -si lo deseaba- poder reaccionar contra el mismo, o, cuando esto primero no sea posible, si, en atención a las circunstancias concurrentes, debe presumirse o no que llegó a conocerlos a tiempo”*, señalando luego que al objeto de determinar si debe entenderse que el acto administrativo o resolución notificada llegó o debió llegar a conocimiento oportuno del interesado, los elementos que, con carácter general deben ponderarse, son dos: *“En primer lugar, el grado de cumplimiento por la Administración de las formalidades establecidas en la norma en materia de notificaciones, en la medida en que tales formalidades van únicamente dirigidas a garantizar que el acto llegue efectivamente a conocimiento de su destinatario. Y, en segundo lugar, las circunstancias particulares concurrentes en cada caso, entre las que necesariamente deben destacarse tres: a) el grado de diligencia demostrada tanto por el interesado como por la Administración; b) el conocimiento que, no obstante el incumplimiento en su notificación de todas o algunas de las formalidades previstas en la norma, el interesado haya podido tener del acto o resolución por cualesquiera medios; y, en fin, c) el comportamiento de los terceros que, en atención a la cercanía o proximidad geográfica con el interesado, pueden aceptar y aceptan la notificación.”*

Todos los citados elementos, señala la citada sentencia, *“deben ser ponderados tendiendo siempre presente, de un lado, el principio antiformalista que, como ya hemos señalado, rige en materia de notificaciones, y, en síntesis, viene a implicar que, en este ámbito, lo decisivo no es que se cumplan las formalidades legales, sino que el interesado haya tenido o haya podido tener conocimiento tempestivo del acto; y, de otro, el principio de buena fe que debe regir las relaciones entre la Administración y los administrados.”*

Pues bien, en este caso, de acuerdo con los presupuestos indicados, se puede concluir que:



- La comunicación por fax podría considerarse válidamente efectuada en tanto que consta en el expediente su recepción, pero no permitió conocer el sentido de la misma, como muestra la copia ilegible aportada. La recurrente actuó con la diligencia debida, por cuanto remitió la justificación requerida en la fecha en que, por vía telefónica, tuvo conocimiento de la petición.
- El órgano de contratación no ha actuado con la buena fe exigible por cuanto, conocida la justificación de su oferta remitida por la recurrente y las circunstancias que explicaban el retraso respecto al breve plazo concedido, acordó su exclusión por haberlo hecho *“fuera del plazo concedido”*.

Quinto. En cuanto al plazo concedido, el artículo 152 del TRLCSP antes transcrito no dispone nada respecto al plazo para presentar la justificación. El plazo de tres días hábiles concedido por el Ayuntamiento, se refiere en las normas de contratación sólo a la subsanación de la documentación administrativa presentada (artículo 81 del RGLCAP). El aplicar también ese plazo en la justificación de una oferta desproporcionada porque, como alega SCI *“se trata de aportar los datos y documentos que ya obran en poder del licitador”*, carece de fundamento alguno. La justificación de la oferta no trata de aportar documentos ya existentes sino de argumentar ante el órgano de contratación su viabilidad.

Por tanto, al no especificar tampoco nada los pliegos, ha de estarse a lo establecido en *“las restantes normas de derecho administrativo”* (artículo 19.3 del TRLCSP). En particular el artículo 84.2 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las AA.PP y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), relativo al trámite de audiencia establece que *“2. Los interesados, en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, podrán alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes”*. Este plazo mínimo de diez días es compatible con lo dispuesto en el artículo 161 del TRLCSP, relativo a los plazos de adjudicación en el procedimiento abierto, que en el apartado 3



señala que: “3. Los plazos indicados en los apartados anteriores se ampliarán en quince días hábiles cuando sea necesario seguir los trámites a que se refiere el artículo 152.3”.

En conclusión, el plazo mínimo de diez días establecido en la LRJ-PAC para el trámite de audiencia, es conforme con la ampliación en quince días del plazo para adjudicar establecido en el TRLCSP. La alegación del Ayuntamiento de que “no se puede aplicar automáticamente el carácter subsidiario de la LRJAP -PAC porque se estaría violando ese art. 161”, carece pues de fundamento. Por el contrario, desde que recibió la justificación de la oferta, la mesa de contratación bien pudo pedir *el asesoramiento técnico del servicio correspondiente* y resolver sobre la justificación aportada por ATL, sin por ello incumplir los plazos establecidos en dicho artículo 161, máxime cuando se tardó más de 20 días en notificar a la recurrente los acuerdos de exclusión de ATL y de propuesta de adjudicación.

En conclusión, al no haber establecido otra cosa en los pliegos, el plazo concedido para la presentación de la justificación de la oferta debió ampliarse hasta diez días.

Sexto. El artículo 63 de la LRJ-PAC (al que se remite el artículo 33 del TRLCSP para la definición de las causas de anulabilidad de los contratos del sector público y de los actos preparatorios o de adjudicación de los mismos) señala en su apartado 2 que “*el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados*”.

En el caso considerado, ATL no dispuso de plazo suficiente para presentar una justificación detallada, por lo que procedería la anulación de la notificación de 27 de marzo y la apertura de un nuevo plazo de diez días hábiles desde la notificación de la presente resolución, para presentar la justificación requerida.

Pero lo cierto es que la recurrente, aunque no dispusiera de plazo suficiente, pudo justificar su oferta en el escrito resumido en el antecedente quinto. Los argumentos más relevantes se refieren al *ahorro que permite el procedimiento de ejecución* en cuanto no precisa disponer de un local en las inmediaciones del Ayuntamiento y a las *condiciones favorables de que dispone* por: i) estar amortizados los principales costes con los ingresos obtenidos en otros contratos ya ejecutados; ii) estar vinculados los incentivos de las personas destinadas en exclusividad al contrato a la consecución de objetivos, y iii) disponer de un software específico de ATL que permite la tramitación de expedientes de manera eficiente.



Aunque no estén suficientemente desarrolladas, las razones alegadas para justificar la oferta son totalmente pertinentes, máxime cuando a la recurrente se le pidió simplemente la justificación para poder desvirtuar la presunción de oferta desproporcionada “de conformidad con el artículo 152 del TRLCSP, y según los criterios que en él se señalan”.

Como hemos señalado en diversas resoluciones, no se trata de que el licitador justifique exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de argumentar de modo que permita al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo.

Obviamente, tales argumentos o justificaciones deberán ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta. En este caso, la baja ofertada por la recurrente apenas supera el umbral de temeridad establecido en el PCAP y ni siquiera habría incurrido en esa presunción de aplicar las reglas establecidas en el artículo 85.4 del RGLCAP que, para obtener la media, habría excluido la oferta más elevada, cuya baja superaba en diez puntos la media de las cuatro admitidas, con lo que la media habría quedado situada en un 60%, solo ocho puntos por debajo de la propuesta por la recurrente.

Una vez examinadas las justificaciones de la recurrente, por razones de economía procesal, este Tribunal entiende que los argumentos alegados para justificar su oferta son suficientes para que, descartada la exclusión por razones de incumplimiento del plazo otorgado, la mesa de contratación pueda continuar el procedimiento establecido en el artículo 152 del TRLCSP citado y someter las justificaciones presentadas al asesoramiento técnico del servicio correspondiente para, a la vista de esas justificaciones e informes, estimar si la oferta puede o no ser cumplida y proceder en consecuencia.

Por todo lo anterior

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. L.E.G.A., en representación de la mercantil ASESORAMIENTO TRIBUTARIO LOCAL, S.L. contra la exclusión de su oferta en la licitación para contratar los servicios de “*Asistencia y apoyo administrativo y técnico en materia de inspección tributaria del Ayuntamiento de Ourense*”, anular el acuerdo

impugnado y ordenar la retroacción de las actuaciones hasta el momento de considerar la justificación de su oferta aportada por la recurrente, que debe entenderse presentada en plazo.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento de contratación adoptada de conformidad con lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia 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 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, 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 10.1. k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.