



Recurso nº 535/2014 C.A. Galicia 070/2014

Resolución nº 593/2014

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 30 de julio de 2014.

VISTO el recurso presentado por D. A.A.S., en representación de SIFUCEL, SILICAS, S.A., contra el acuerdo del consejo de administración de la SOCIEDADE GALEGA DO MEDIO AMBIENTE, S.A. (en adelante, SOGAMA) de desistimiento del procedimiento de contratación relativo al suministro de arena para el funcionamiento de los lechos de las calderas de la planta termoeléctrica del Consejo Medioambiental de Cerceda, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por acuerdo del Consejo de Administración de SOGAMA, adoptado en sesión de 26 de septiembre de 2013, se inició expediente de contratación mediante procedimiento abierto sujeto a regulación armonizada del suministro de arena para el funcionamiento de los lechos de las calderas de la planta termoeléctrica del Consejo Medioambiental de Cerceda, con un valor estimado de 3.987.200 euros.

Segundo. Después de diversas incidencias que incluyen la interposición de dos recursos especiales en materia de contratación, el 14 de marzo de 2014, la mesa de contratación acuerda por unanimidad proponer la adjudicación del contrato la oferta de SIFUCEL-SÍLICAS, S.A. por ser la oferta económicamente más ventajosa. SOGAMA realiza la comunicación previa de gasto y la Subdirección Xeral de Control Financeiro Permanente e Auditoria de Sector Publico (en adelante, SXCPASP), perteneciente a la Intervención Xeral de la Comunidad Autónoma de Galicia, con fecha 7 de abril de 2014 emite informe desfavorable, informe que se reitera el 29 de abril a la vista del escrito de consideraciones presentado por la Dirección General de SOGAMA.

Tercero. A la vista del informe desfavorable emitido por la SXCPASP, el consejo de administración de SOGAMA acordó en sesión celebrada el 18 de junio de 2014, desistir del procedimiento de contratación. Notificado dicho acuerdo, el 30 de junio SIFUCEL-SÍLICAS, S.A. presenta en el registro de entrada de SOGAMA anuncio previo de interposición del recurso especial en materia de contratación contra el mismo, presentando dicho recurso el 7 de julio ante el Tribunal Central de Recursos Contractuales.

Cuarto. Por resolución de 18 de julio de 2014, el Tribunal Central de Recursos Contractuales desestimó la adopción de la medida cautelar de suspensión del procedimiento, solicitada por la empresa recurrente.

Quinto. El órgano de contratación ha emitido informe que se ha incorporado al expediente administrativo, dando contestación a las alegaciones formuladas por la empresa. Asimismo, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores en fecha 14 de julio de 2014 para que pudieran formular alegaciones. A este respecto, ha formulado alegaciones al recurso la empresa ARENAS INDUSTRIALES DE MONTORIO, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia para resolver la presente reclamación corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y del Convenio de Colaboración suscrito el 7 de noviembre de 2013, entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Galicia sobre atribución de competencia de recursos contractuales y publicado en el Boletín Oficial del Estado el 25 de noviembre de 2013, por Resolución de 12 de noviembre de 2013, de la Subsecretaría del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Segundo. El recurso ha sido presentado en tiempo y forma, dentro del plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 44.2 TRLCSP.

Tercero. Con respecto al cumplimiento del requisito de legitimación en la interposición del presente recurso, no existe duda de que el recurrente lo cumple, pues presentó oferta a la licitación, siendo la empresa respecto de la que la mesa de contratación realizó propuesta de adjudicación.

Cuarto. Entrando en el fondo de la cuestión planteada, la recurrente agrupa su recurso en tres alegaciones fundamentales: la resolución de desistimiento es extemporánea, resulta contraria a los actos propios de SOGAMA y, por último, vulnera los principios rectores de la contratación administrativa.

Quinto. En relación con la primera alegación, el recurrente dice que la apertura del sobre C tuvo lugar el 10 de enero de 2014, no adoptándose la resolución de adjudicación, pese a existir propuesta en tal sentido desde el 19 de marzo. Añade que el artículo 161.3 establece que el plazo máximo para efectuar la adjudicación será de dos meses a contar desde la apertura de las proposiciones, salvo que se hubiese establecido otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Y aunque reconoce que la ley no prevé otro efecto, en caso de sobrepasarse el plazo máximo de adjudicación, que otorgar la facultad a los licitadores de retirar su oferta, considera que *la Administración no puede sustraerse, sin consecuencias, del incumplimiento de su obligación de dictar resolución dentro de los plazos legalmente establecidos, pretendiendo tener por soslayadas todas estas cuestiones por el ulterior desistimiento del procedimiento, amparándose legalmente en que se efectúa antes de la adjudicación del contrato.*

La respuesta a esta cuestión ya aparece apuntada por el propio recurrente en sus alegaciones y ha sido abordada por este Tribunal en diversas resoluciones (por todas 142/2013 y 259/2014) que señalan que la única consecuencia legal que el TRLCSP anuda al incumplimiento del plazo legal de adjudicación del contrato es la posibilidad de que los licitadores retiren sus proposiciones.

Sexto. El artículo 155.4º del TRLCSP determina que el desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa.

El recurrente dentro de un apartado que se rubrica como violación de la doctrina de los actos propios, comienza señalando que el informe de la SXCPASP no formaba parte del expediente de contratación y, además que es un órgano de fiscalización presupuestaria y no técnico y, por tanto, carece de cualificación para enjuiciar la calidad de la arena exigida en los pliegos.

En relación con la primera de las cuestiones, debemos rechazarla porque el mencionado informe viene exigido por la normativa de la Comunidad Autónoma de Galicia. Tal y como resulta del informe del órgano de contratación, el Acuerdo del Consello de la Xunta de 18 de marzo de 1999 prevé que serán objeto de comunicación preceptiva a la Intervención Xeral las decisiones que conlleven la realización de un gasto para la sociedades públicas en materia de contratos de obras, suministros, asistencias técnicas y contratos patrimoniales (apartado 4.1.a).

La comunicación previa del gasto lo realizará la entidad a la Intervención Xeral mediante la remisión de los modelos de extracto del expediente (...) (apartado 4.3).

La Intervención verificará para cada tipo de contrato: (i) la existencia de recursos financieros adecuados a la naturaleza del gasto; (ii) que exista una memoria justificativa de la necesidad de realizar el gasto o la inversión; (iii) el cumplimiento de los principios de publicidad, concurrencia y objetividad (apartado 4.4.a).

La crítica realizada por el recurrente al contenido del informe de la SXCPASP es relevante, porque de prosperar llevaría a la conclusión de estimar el recurso, por no ajustarse a Derecho el desistimiento, que exige la concurrencia de una causa (infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación) y que la concurrencia de dicha causa se motive en el expediente.

Hay que comenzar indicando que el informe de la SXCPASP no hace juicio alguno sobre si la calidad de la arena tal y como aparece en el expediente está definida correctamente o no. Se limita a señalar que en el Pliego de Prescripciones Técnicas se exigían unas determinadas características a la arena, previéndose en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares la exclusión de aquellas ofertas que no estuvieran

comprendidas dentro de los rangos establecidos. Como en el informe técnico se indicaba que las ofertas recibidas no se ajustaban exactamente a los requisitos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas, en el informe de la SXCPASP se dice que:

Esta subdirección general entiende que no es correcta la admisión de las ofertas que no se ajustan con exactitud a las exigencias previstas en el Pliego de Prescripciones Técnicas para cada parámetro, dado que se estaría incumpliendo lo previsto en el Pliego de Prescripciones Administrativas. Estaríamos, además, ante una situación discriminatoria para con otras empresas que no presentaron una oferta por circunstancias similares.

El informe no sustituye a los técnicos, sino que se basa precisamente en su informe, para concluir que su admisión es incorrecta y que ello vulnera el principio de no discriminación e igualdad de trato, pues pudo haber empresas interesadas en la licitación que, a la vista de las características exigidas, se abstuvieran de presentar ofertas.

Séptimo. En cuanto a la alegación relativa a la violación de la doctrina de los actos propios, esta doctrina surgida originariamente en el ámbito del Derecho privado, significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos objetivos. El principio de protección de la confianza legítima ha sido acogido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Por su parte, el artículo 3.1, párrafo segundo de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre establece que “igualmente, deberán (las Administraciones Públicas) respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima”, expresándose en el Apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley 4/1999 (que reformó la norma en este punto) lo siguiente: “En el título preliminar se introducen dos principios de actuación de las Administraciones Públicas, derivados del de seguridad jurídica. Por una parte, el principio de buena fe, aplicado por la jurisprudencia contencioso-administrativa incluso antes de su recepción por el título preliminar del Código Civil. Por otra, el principio, bien

conocido en el derecho procedimental administrativo europeo y también recogido por la jurisprudencia contencioso-administrativa, de la confianza legítima de los ciudadanos en que la actuación de las Administraciones Públicas no puede ser alterada arbitrariamente”.

No obstante, ello no significa que la Administración no pueda apartarse de un acto anterior. El Tribunal Supremo, en sentencia de 16 de septiembre de 2002, afirma:

«Además, la doctrina invocada de los “actos propios” sin la limitación que acaba de exponerse podría introducir en el ámbito de las relaciones de Derecho público el principio de la autonomía de la voluntad como método ordenador de materias reguladas por normas de naturaleza imperativa, en las que prevalece el interés público salvaguardado por el principio de legalidad; principio que resultaría conculcado si se diera validez a una actuación de la Administración contraria al ordenamiento jurídico por el sólo hecho de que así se ha decidido por la Administración o porque responde a un precedente de ésta. Una cosa es la irrevocabilidad de los propios actos que sean realmente declarativos de derechos fuera de los cauces de revisión establecidos en la Ley (arts. 102 y 103 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992 , modificada por Ley 4/1999), y otra el respeto a la confianza legítima generada por actuación propia que necesariamente ha de proyectarse al ámbito de la discrecionalidad o de la autonomía, no al de los aspectos reglados o exigencias normativas frente a las que, en el Derecho Administrativo, no puede prevalecer lo resuelto en acto o en precedente que fuera contrario a aquéllos».

En este caso parece que el pliego en lo que a las condiciones que había de reunir la arena se redactó en los mismos términos que en ocasiones anteriores. También es claro que SOGAMA, antes del informe de la SXCPASP, no intentó desistir del procedimiento por error en los pliegos. También es cierto que no aceptó sin más el informe, sino que realizó observaciones al mismo, defendiendo que el contrato debería adjudicarse.

Pero en estas alegaciones, no defiende que el pliego estuviera correctamente redactado, sino que la aplicación del mismo en sus términos resultaría imposible. A este respecto dice lo siguiente:

“Los mismos técnicos que fijaron los requisitos que debe cumplir la arena y elaboraron las condiciones administrativas particulares, son los que indican en el informe de evaluación de las ofertas técnicas que es el contenido de sílice lo que condiciona el resto de los compuestos y parámetros de la arena, siendo el resto de parámetros los que pueden provocar aglomeraciones y problemas en la calidad de la misma.”

Siendo, por lo tanto, la sílice el elemento clave (por ser el exigido por el tecnólogo) el contenido mínimo del 90% es la principal exigencia de la arena, de tal forma que el resto de parámetros varía en función de ese porcentaje. Cuanto más alto es este valor menor será el del resto de parámetros, e incluso varía la densidad aparente, dándose la paradoja de que la arena de mejor calidad (100% en sílice), obligatoriamente incumple el resto de parámetros.

Aplicando de forma estricta lo contenido en el pliego, se daría la circunstancia de que habría que desestimar todas las ofertas, dejando desierto el procedimiento, cuando la calidad de la arena ofertada por todos los licitadores es superior al mínimo establecido por el tecnólogo, por lo que los propios técnicos, justifican ante la mesa que el producto ofertado es válido y no proponen que se excluyan del proceso.

Es decir, aunque la posición de SOGAMA fue defender la adjudicación realizada, su argumentación no se basa en defender la coherencia de los pliegos, sino precisamente que pese a que era imposible que se cumpliera el pliego en determinadas calidades de arena la solución más lógica era admitir a todos los licitadores:

Todo el anterior lleva a concluir que, una decisión diferente a la adoptada por la mesa de contratación, cuando las ofertas eran, a juicio de los técnicos, plenamente aptas e idóneas para el cumplimiento y realización de las necesidades que se pretendía cubrir mediante el contrato licitado, se provoca una cascada de recursos, amén del perjuicio que se le crearía a SOGAMA de tener que volver a licitar este expediente.

Por tanto, cabe decir que la motivación dada al desistimiento no fue un argumento elaborado ex profeso para justificar esa decisión a posteriori. Una vez que se detectó el problema por la SXCPASP, nunca el órgano de contratación defendió la corrección del pliego.

Adicionalmente, de no proceder el desistimiento, la conclusión final no podría ser que el contrato se adjudicase al recurrente. El procedimiento debería retrotraerse al momento anterior a la valoración de los criterios técnicos, para proceder a una nueva que excluyera todas las ofertas por no ajustarse al pliego, quedando desierta la licitación, con la consecuencia de convocar otra.

Por último, el recurrente invoca en apoyo de sus tesis la vulneración de los principios rectores de la contratación administrativa. Alega que el retraso en la adjudicación ha provocado que el precio al que se está pagando el suministro con el contrato actual sea más caro que el ofertado en la licitación, lo que contraviene los principios de estabilidad presupuestaria, control del gasto público y eficiente utilización de los fondos. Añade que se produciría discriminación en su perjuicio, porque ante una nueva licitación, el resto de competidores conocería su oferta económica.

El artículo 1 del TRLCSP establece que la Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a 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, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Precisamente, si en las condiciones en las que se había desarrollado el procedimiento de licitación, admitiendo las ofertas de los licitadores cuando, según el pliego, no procedía, se hubiera adjudicado el contrato, es cuando se habrían vulnerado los principios que la norma quiere garantizar: libertad de acceso a las licitaciones, publicidad, transparencia, no discriminación e igualdad de trato y libre competencia. El hecho de que los pliegos no hayan sido impugnados no es óbice para que pueda apreciarse la existencia de un error que provoca que superar en la oferta la calidad mínima establecida en el pliego, el resto de los parámetros dejen de cumplirse.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Desestimar, por los razonamientos expuestos, el recurso interpuesto por D. A.A.S., en representación de SIFUCEL, SILICAS, S.A., contra el acuerdo del consejo de administración de SOGAMA de desistimiento del procedimiento de contratación relativo al suministro de arena para el funcionamiento de los lechos de las calderas de la planta termoeléctrica del Consejo Medioambiental de Cerceda.

Segundo. 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 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma 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.