



Recurso nº 075/2014 C.A. Galicia 007/2014

Resolución nº 208/2014

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

En Madrid, a 14 de marzo de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D. F. J. S. M., en representación de la mercantil “SÍLICES DE FUENTES, S.L.” (en adelante, SIFUSA) contra el acuerdo de exclusión adoptado en el expediente de contratación del suministro de arena para el funcionamiento de los lechos de las calderas de la Planta Termoeléctrica del Complejo Medioambiental de Cerceda licitado por la “SOCIEDADE GALEGA DO MEDIO AMBIENTE, S.A.” (NC 0013/2013), el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Con fecha de 4 de octubre de 2013, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de la licitación, mediante procedimiento abierto, por parte de la “SOCIEDADE GALEGA DO MEDIO AMBIENTE, S.A.” del contrato de suministro de arena para el funcionamiento de los lechos de las calderas de la Planta Termoeléctrica del Complejo Medioambiental de Cerceda (NC 0013/2013).

Constan igualmente publicados los correspondientes anuncios en el Diario Oficial de Galicia de 7 de octubre de 2013 y en el Boletín Oficial del Estado de 8 de octubre de 2013, así como en diversos medios de prensa.

El valor estimado del contrato asciende a 3.987.200 €.

Segundo. El Cuadro Resumen de Características, en su apartado 5, reza, en lo que aquí interesa:

<<CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

En caso de incumplimiento de la curva granulométrica, análisis químico o propiedades físico-químicas solicitadas en el Pliego de prescripciones técnicas la oferta quedará excluida del proceso de contratación. Será obligatoria la presentación de la oferta técnica de acuerdo a lo solicitado en este Pliego de Concurso [...].>>

En el apartado 9 del mismo cuadro resumen se lee:

<<CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

En caso de incumplimiento de la curva granulométrica, análisis químico o propiedades físico-químicas solicitadas en el Pliego de prescripciones técnicas la oferta presentada quedará excluida del proceso de contratación. Será obligatoria la presentación de la oferta técnica de acuerdo a lo solicitado en este Pliego de Concurso:

VALORACIÓN TÉCNICA (de 0 a 20 puntos): se valorará la propuesta técnica, de acuerdo con los criterios siguientes:

Medios materiales y plazos de entrega: hasta 20 puntos desglosados del siguiente modo:

- Relación de vehículos para transporte de arena hasta las instalaciones de Sogama vinculados al concurso y capacidad de transporte diaria: hasta 8 puntos*
- Procedimiento de entregas una vez hecha la solicitud por Sogama y tiempo de respuesta: hasta 12 puntos. [...].>>*

Por su parte, el Pliego de Cláusulas en su apartado 23 indica:

<<23.- GARANTÍAS TÉCNICAS.

– Garantía de Plazos. el adjudicatario garantizará los plazos de entrega ofertados, los cuales no deberán afectar al funcionamiento normal de la instalación, de tal forma que el tiempo máximo de entrega desde la solicitud realizada por Sogama sea inferior a 24 horas en caso de urgencia para pedidos de 100 toneladas/día y de 48 horas para pedidos de 260 toneladas/día. En general Sogama planificará los envíos con una semana de antelación.

- *Garantía de ejecución de los suministros. El adjudicatario garantizará el suministro de arena diario en base a las solicitudes y planificación de Sogama.*

- *El Adjudicatario garantizará que la arena objeto de suministro cumple todas las especificaciones técnicas solicitadas en este Pliego de Concurso.>>*

Tercero. El Pliego de Prescripciones Técnicas detalla las características del suministro especificando:

<<Consumos medios diarios esperados: entre 45-55 toneladas/día manteniendo la carga nominal en calderas. Pueden producirse consumos diarios inferiores o superiores, siempre dependiendo de las condiciones en las que se encuentren las calderas, características del combustible, ensuciamiento de los lechos, etc.

Capacidades de suministro diarias: El adjudicatario deberá tener capacidad suficiente para suministrar una cantidad de arena, si Sogama se lo requiere, de como mínimo 200 toneladas en un día. Para ello se requiere que este disponga de una instalación con capacidad suficiente de producción de arena diaria y/o de almacenamiento para poder suministrar en un día esta cantidad solicitada así como los medios de transporte suficientes para ello.>>

Cuarto. Al contrato concurrió, entre otras, la mercantil “SIFUSA”, hoy recurrente.

Quinto. En su oferta técnica, “SIFUSA” hizo constar, bajo la rúbrica “*Tiempos de respuesta desde la solicitud de envío y programación diaria de transporte para el supuesto de 260 t a transportar en un día*”:

<<En SIFUSA estamos capacitados a dar respuesta a una programación mínima diaria de 50 t/día aprox. Haciendo una programación semanal hasta las 13,00 h del viernes anterior o día laborable previo si el viernes es fiesta en la Comunidad Autónoma Gallega. Si la cantidad a cargar cada día no excede de 55 t/día bastará para el transporte con un preaviso de 24 horas.

A su vez, SIFUSA está capacitada para dar respuesta a un suministro de 260 t/día con un preaviso para la producción de 4 días laborables en la Comunidad Autónoma Gallega

(excepto sábados). Para la fijación del día de transporte de dicha cantidad (260 t) bastará con un preaviso de 48 horas.

En relación a los tiempos de espera de los vehículos, Sílices de Fuentes, S.L. no repercutirá ningún sobrecoste hasta las 16 horas de espera, momento a partir del cual se repercutirán los sobrecoges que se especificarán en la propuesta económica del sobre C.>>

Sexto. El informe elaborado por los servicios técnicos correspondientes se pronuncian respecto de la oferta formulada por “SIFUSA” en los términos siguientes:

<<La oferta técnica presentada por esta empresa, incluye unas consideraciones en su alcance las cuales no cumplen con las garantías exigidas en el Pliego de Concurso no garantizando, por tanto, la efectiva prestación del servicio.

En este sentido se indica que para dar respuesta a un suministro de 260 t/día es necesario un preaviso de 4 días laborables y para la fijación del día de transporte de dicha cantidad con un preaviso de 48 horas. Sin embargo es necesario indicar que en el Pliego de Concurso se exige que el tiempo máximo de entrega desde la solicitud realizada por Sogama sea inferior a 48 horas para pedidos de 260 toneladas/día, por lo que no se cumple lo exigido en el pliego de concurso.

Tampoco se cumple la exigencia de suministro con un preaviso de 24h de 100 t/día ya que en su oferta se indica que no podrían suministrar más de 55t en un día.

En relación con lo anteriormente expuesto no se analiza la oferta técnica presentada por SILICES DE FUENTES y se somete a por parte de la Mesa de Contratación a la exclusión de la misma del proceso de contratación.>>

Séptimo. La Mesa de contratación, en su sesión de 10 de enero de 2014, conformándose con el parecer del informe técnico, acordó la exclusión de la citada sociedad del procedimiento de licitación, por considerar que si oferta no se ajustaba a lo establecido en los Pliegos.

Octavo. Mediante escrito presentado en la oficina de Correos nº 5 de Córdoba el 22 de enero de 2014 y con fecha de entrada en el Registro de “SOGAMA” el 24 de enero,

“SIFUSA” interpuso recurso especial contra el acuerdo de exclusión referido en el ordinal precedente.

No consta formulado anuncio previo del recurso.

Noveno. El expediente fue recibido en este Tribunal el 31 de enero de 2014.

Décimo. El 14 de febrero de 2014, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto 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, habiendo evacuado el trámite la mercantil “ARENAS INDUSTRIALES DE MONTORIO, S.A.” mediante escrito presentado el 20 de febrero de 2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la Xunta de Galicia el 7 de noviembre de 2013, publicado en el BOE el día 25 de noviembre de 2013.

Segundo. En tanto que destinataria del acuerdo de exclusión, “SIFUSA” está legitimada para interponer este recurso, con arreglo al artículo 42 TRLCSP.

Tercero. Tratándose de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.1 b) TRLCSP, el acuerdo de exclusión es susceptible de recurso especial a tenor del artículo 40, apartados 1.a) y 2.b) TRLCSP.

Cuarto. El recurso ha sido formulado dentro del plazo de quince días a contar desde la fecha de notificación del acuerdo de exclusión (artículo 44.2.b) TRLCSP).

Ciertamente, no consta haberse presentado el anuncio previo ante el órgano de contratación que exige el artículo 44.1 TRLCSP, pero tal omisión no pasa de ser un simple defecto que no impide proseguir el procedimiento y resolver sobre el fondo del

asunto tanto en los casos en los que el recurso se interpone ante el propio órgano de contratación como en los que se presenta ante este Tribunal (Resoluciones 7/2011, 263/2011, 265/2011, 282/2011, 91/2012, 230/2012, 28/2013 y 250/2013, entre otras).

Quinto. El recurso entablado por “SIFUSA” se dirige frente al acuerdo de exclusión adoptado por la Mesa de Contratación por considerar que la oferta presentada no se ajusta a las exigencias contenidas en los Pliegos rectores de la licitación.

Sostiene la recurrente que su expulsión del procedimiento de licitación no se ajusta a Derecho, porque ello sólo está previsto, a su entender, para los casos de *“incumplimiento de la curva granulométrica, análisis químico o propiedades físico-químicas”*. Añade igualmente que los períodos de tiempo reseñados en su oferta se refieren a los periodos ordinarios *“no haciendo alusión alguna a los supuestos urgentes que se regulan en las garantías técnicas del apartado 23”*. Por último, alude a la posible comisión, con la exclusión impugnada, de un delito de prevaricación administrativa

Por su parte, el órgano de contratación insiste en su informe que la recurrente ha sido excluida por no respetar las condiciones y garantías mínimas exigidas en el Pliego.

En esta tesitura, se impone, en primer lugar, por razones de sistemática, determinar el sentido de la oferta formulada por “SIFUSA” y, sentado este presupuesto, dilucidar si, a la vista del mismo, procede o no excluirla de la licitación.

Sexto. Tal y como ha quedado expuesto, el primer extremo que debe ser resuelto en esta ocasión es el alcance de la oferta técnica presentada por la recurrente, dada la discrepancia que se plantea al respecto.

En este orden de cosas, la lectura de la oferta técnica -que se ha consignado en el antecedente de hecho quinto de esta Resolución- no permite albergar duda alguna acerca del sentido de aquella, desmintiendo la tesis de la recurrente acerca de que en la misma no se contemplaba el supuesto de entregas urgentes a las que alude el apartado 23 del Pliego de cláusulas administrativas (antecedente de hecho segundo de esta Resolución). Basta para ello recordar que iba encabezada, precisamente, con las palabras *“Tiempos de respuesta desde la solicitud de envío y programación diaria de*

transporte para el supuesto de 260 t a transportar en un día", que es, justamente, de lo que trata la *"garantía de plazos"* del citado apartado 23 del Pliego.

Abundando en lo anterior, cabe destacar que la descripción que la recurrente hace de su oferta técnica difícilmente es conciliable con la alegación de que en ella sólo se contemplan los períodos ordinarios de entrega, pues, en tal tesitura, carecería de todo sentido aludir a las necesidades de preaviso de 24 horas (si la cantidad a cargar no excede de 55/día) y de cuatro días laborables (si el suministro alcanza las 260 toneladas).

Situados en esta perspectiva, es claro que la recurrente no ha ajustado su oferta a los requisitos impuestos en los Pliegos. En ellos, y aunque acaso sin la claridad que resultaría deseable, se requiere que el contratista tenga una capacidad de suministro diario de, al menos, 200 toneladas diarias (cfr.: apartado 2 del Pliego de Prescripciones Técnicas: tercero de los antecedentes de hecho de esta Resolución), y que, además, deberá estar en condiciones de atender peticiones de entrega urgente en 24 ó 48 horas según que la cantidad sea, respectivamente, de 100t/día o de 260 t/día (apartado 23 del Pliego de Cláusulas: antecedente de hecho segundo de esta Resolución). Y lo que ha ofrecido la recurrente es un suministro de 55 toneladas con un preaviso de 24 horas (frente a las 100 toneladas del Pliego) y de 260 toneladas pero con una antelación de 4 días laborables (cuando en el Pliego se contempla el de 48 horas).

Así las cosas, es claro el incumplimiento de los requisitos exigidos en el procedimiento de contratación. Sobre cuáles sean las consecuencias de ello, se tratará a continuación.

Séptimo. A juicio de la recurrente, del hecho de que los Pliegos sólo contemplan la exclusión en el caso de *"incumplimiento de la curva granulométrica, análisis químico o propiedades físico-químicas"*, debe inferirse que no cabe acordarla en los restantes casos en los que la oferta no se ajuste a lo previsto en aquéllos.

El argumento no puede ser acogido, pues, dejando a un lado lo arriesgado de las interpretaciones *"sensu contrario"* (así las califica la STS 11 de abril de 1989), parte de un presupuesto erróneo, ya que, aunque lo deseable sería que los Pliegos previeran todas y cada una de las incidencias que puedan darse en el procedimiento de licitación y en la

vida misma del contrato resultante, ello es un desiderátum de imposible cumplimiento (cfr.: STGUE de 10 de diciembre de 2009, asunto T-195/08).

Precisamente por esta razón, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 6 de octubre y 4 de noviembre de 1997) y la doctrina legal del Consejo de Estado (Dictamen de 6 de febrero de 1997) han enfatizado que los Pliegos son el elemento básico o primordial para decidir cualquier controversia que se plantee, pero ello no significa que sean los únicos a los que haya de atenderse (cfr.: Resoluciones de este Tribunal 84/2011 y 155/2011), debiendo ser aquéllos completados tanto con los restantes elementos del expediente que revisten carácter contractual como con las disposiciones legales y reglamentarias aplicables (Resolución de este Tribunal 489/2013).

Lo que sí es indiscutible es que las ofertas de los candidatos se han de ajustar a los términos del Pliego, tal y como recuerda el artículo 145.1 TRLCSP, en el que se lee:

“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.”

Norma ésta que, por lo demás, no hace sino expresar una obviedad que va implícita en la misma posición de los Pliegos como definidores de la prestación que desean contratar las entidades sujetas al TRLCSP (cfr.: artículos 115, apartados 2 y 3 y 116, apartado 1 del TRLCSP), de manera que éstas no podrán adquirir un bien o servicio que difiera de lo expresado en aquéllos. De este elemental principio, en fin, se infiere, a su vez, que las proposiciones que no se ajusten estrictamente a los referidos Pliegos no deben ser admitidos en la licitación (cfr., por todas, Resolución 94/2013), tal y como por otro lado resulta del artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RD 1084/1998, de 12 de octubre), a cuyo tenor:

“Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la

hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición.”

En definitiva, y frente a la tesis de la recurrente, la decisión de apartar a un licitador no requiere de una expresa previsión en el Pliego, sino que para ello basta con que la oferta no reúna los requisitos establecidos en él, pues tal conducta supone obviar los principios fundamentales de la contratación pública además de la infracción de un precepto de derecho necesario. Desde el momento en que la oferta técnica de “SIFUSA” no respetaba los términos previstos en el apartado 23 del Pliego de cláusulas, es claro que la exclusión se ha ajustado a Derecho y que, por ello, debe ser desestimado el recurso.

Octavo. Llegados a este punto, únicamente resta añadir, por responder a las alegaciones de la recurrente, que, aun si se aceptara -como ella afirma- que su oferta no contemplaba los períodos de entrega en casos de urgencia, tal omisión entrañaría un defecto que no podría ser subsanado sin alterar gravemente los principios rectores de la licitación pública y, en particular, el de igualdad entre los candidatos (artículos 1, 133, 139 y concordantes TRLCSP y considerandos 2, 46 y artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE). Dicho en otros términos, también en esa hipótesis (que sólo contemplamos a efectos dialécticos) la exclusión estaría justificada porque permitir ahora que pudiera colmarse la falta expuesta entrañaría una modificación de la oferta, incompatible con la debida tramitación del procedimiento de contratación (cfr.: STJUE de 29 de marzo de 2012 -asunto C/599/2010- y Resoluciones de este Tribunal 151/2012, 90/2013 y 43/2014, entre otras).

Por último, en cuanto a la comisión de un posible delito de prevaricación por parte de los integrantes de la Mesa de Contratación, este Tribunal se limitará a señalar que no aprecia indicio alguno en tal sentido -antes bien, considera ajustada a Derecho la decisión impugnada-, sin perjuicio, huelga decir, de que la compañía recurrente pueda deducir si lo estima oportuno las acciones pertinentes ante el Ministerio Fiscal o ante la Autoridad Judicial competente.

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 la compañía “SÍLICES DE FUENTES, S.A.” contra el acuerdo de exclusión del procedimiento de licitación del contrato de suministro de arena para el funcionamiento de los lechos de las calderas de la Planta Termoeléctrica del Complejo Medioambiental de Cerceda (NC 0013/2013).

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 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, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.