RE 069/2014

Acuerdo 33/2014, de 5 de junio de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por AUTOBAR SPAIN, S.A.U, frente a su exclusión en la licitación «Explotación del servicio de distribución automática de venta de prensa, revistas, libros y similares, bebidas frías, bebidas calientes y alimentos para el Sector de Calatayud», promovido por el Servicio Aragonés de Salud. Gerencia del Sector Zaragoza III. Hospital «Ernest Lluch» de Calatayud.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Orden del Gerente del Sector de Zaragoza III de fecha de 7 de marzo de 2014 se aprobó el expediente del contrato denominado «Explotación del servicio de distribución automática de venta de prensa, revistas, libros y similares, bebidas frías, bebidas calientes y alimentos para el Sector de Calatayud», contrato de servicios, tramitado por procedimiento negociado sin publicidad al amparo del artículo 173 f) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), con un valor estimado de 20 000 euros, IVA incluido, en concepto de canon mínimo a pagar por los cuatro años previstos de explotación, incluidas las prorrogas, según se recoge en el expediente.

SEGUNDO.- En el procedimiento negociado se invitó a tres empresas, las cuales presentaron propuesta, entre ellas las mercantiles ANTONIO DURAN DELGADO (en adelante DURAN), que resultaría adjudicataria, y

la recurrente AUTOBAR SPAIN, S.A.U. (en adelante AUTOBAR). La Unidad técnica de valoración procedió, el día 19 de marzo de 2014, a la apertura y calificación de la documentación administrativa (Sobre A), presentada por los licitadores, observando deficiencias y omisiones subsanables, para lo cual les requirió, a los efectos de subsanación, según se recoge en el acta correspondiente.

TERCERO.- En sesión de la Unidad técnica de valoración celebrada el 24 de marzo 2014, se constató que se habían subsanado las deficiencias detectadas en la sesión anterior, y se procedió a la apertura del Sobre B *«Documentación económico Técnica»*, apreciándose que el canon ofertado por AUTOBAR (24 000 euros) *«supera en más de 25 unidades porcentuales la media aritmética de las ofertas presentadas»*, y lo mismo se desprende del estudio de los productos consumibles, por lo que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 85.3 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP) y en el artículo 152 TRLCSP, se le requiere para que acredite la misma y precise su viabilidad.

Consta en el expediente que AUTOBAR presentó la documentación solicitada en plazo, el día 25 de marzo de 2014.

CUARTO.- Con fecha 11 de abril de 2014, se reúne la Unidad técnica de valoración y, a la vista de la documentación aportada por AUTOBAR, propone su exclusión, ya que *«la misma no justifica suficientemente la enorme desviación existente entre su oferta y la media de las ofertas recibidas, por lo que sigue siendo desproporcionada o temeraria»*.

Igualmente concluye que la oferta económicamente mas ventajosa es la formulada por ANTONIO DURAN DELGADO, elevándose propuesta de adjudicación del contrato en tal sentido.

Estas circunstancias, quedan acreditadas en el acta de la sesión de la Unidad técnica de valoración.

QUINTO.- Por Resolución del Gerente del Sector de Zaragoza III, de 11 de abril de 2014, se acuerda excluir del procedimiento de licitación a AUTOBAR. El acuerdo fue notificado el 16 de abril de 2014, mediante correo certificado, informándole de la posibilidad de interposición del correspondiente recurso especial en materia de contratación. Consta en el expediente la recepción de la notificación el 21 de abril de 2014.

Por Resolución del Gerente del Sector de Zaragoza III, de 28 de abril de 2014, se acuerda la adjudicación del contrato a ANTONIO DURAN DELGADO y se procede a su publicación en el Perfil de contratante.

SEXTO.- El 13 de mayo de 2014, tiene entrada en el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, recurso especial en materia de contratación, interpuesto por D. José Ignacio Huarte Iribarren, en representación de la empresa AUTOBAR, frente a su exclusión en el procedimiento. Previamente, el día 8 de mayo de 2014, la recurrente había presentado y remitido el recurso vía procedimiento administrativo en una Oficina de Correos y Telégrafos de Madrid.

No consta la verificación del trámite de anuncio previo del recurso, conforme a lo estipulado en el artículo 44.1 TRLCSP.

El recurso alega y fundamenta, en resumen, lo siguiente:

1) Tras reproducir el acuerdo por el que se comunica su exclusión, señalan que en el Anexo VI del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) no se contempla la posibilidad de rechazar una oferta por valores anormales o desproporcionados al recogerse los precios *«exclusivamente con naturaleza de*

máximo, pero en ningún momento, especifica o exige que los precios no puedan presentarse por cualquier licitador con un mínimo». Consideran que se ha vulnerado lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 152 TRLCSP que dispone que *«para que la oferta sea rechazada por valores anormales o desproporcionados es necesario que en los pliegos se exprese los parámetros objetivos y los límites en función de los cuales una oferta puede ser rechazada por ser desproporcionada o anormal»*. A estos efectos reproducen la Sentencia del TSJ de Aragón de fecha de 27 de octubre de 2006.

2) Añade la recurrente, que se les ha excluido *«inexplicablemente y de manera injusta y ligera»* puesto que AUTOBAR *«ha resultado adjudicataria en diversos concursos públicos versados sobre la misma materia del que ahora nos excluyen, ofreciendo precios incluso inferiores a los ofrecidos en el concurso de hoy…»*.

   Como prueba de lo manifestado, el recurrente aporta documentos acreditativos de tales adjudicaciones.

3) Apuntan además que la oferta de AUTOBAR no puede considerarse desproporcionada y temeraria *«sino consecuencia de la profesionalidad y buen hacer de dicha Compañía, que la han convertido en líder de su sector»*. A estos efectos reproducen los extremos que justifican la idoneidad de su empresa.

4) Por último, consideran que se ha vulnerado el principio de igualdad que debe regir cualquier procedimiento, al no adoptarse la decisión de exclusión conforme a los Pliegos que rigen la licitación.

Por todo lo alegado, solicitan se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato y que éste se realice a favor de su representada, injustamente excluida.

SÉPTIMO.- El 14 de mayo de 2014, el Tribunal solicita al Hospital "Ernest Lluch" de Calatayud, de conformidad con lo previsto en el artículo 46.3 TRLCSP, la remisión, en el plazo de dos días hábiles**,** del expediente de contratación completo, acompañado de un informe del órgano gestor del expediente. El 21 de mayo de 2014 tiene entrada en el Tribunal la documentación solicitada.

OCTAVO.- El informe del Director de Gestión Y SSGG del Hospital "Ernest Lluch" al recurso, emitido con fecha 16 de mayo de 2014, recoge las siguientes alegaciones:

a) Tras relatar los antecedentes del procedimiento, consideran insuficientes las aclaraciones de la oferta presentada por la mercantil recurrente, ya que el criterio económico es el único de referencia en este caso, al ser los aspectos técnicos muy básicos. Consideran que el canon ofertado es un 28,7 % superior a la media de los ofrecidos, y que en los productos se realizan bajadas de precio de hasta el 33,94 % de la media, por lo que ambos supuestos combinados son incompatibles con un nivel de calidad aceptable. Señalan que es de aplicación el artículo 85.3 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por RD 1098/2001, de 12 de octubre.

b) Indican que, a la vista del recurso planteado y del artículo 45 del TRLCSP, se ha suspendido el expediente de contratación hasta que este Tribunal dicte una resolución.

c) Por último, sobre el momento de interposición del recurso, sostienen que *«el plazo de quince días está ampliamente sobrepasado»* y que *«no se ha presentado ante el órgano de contratación el imprescindible anuncio previo»,* tal y como dispone el artículo 44.1 TRLCSP.

Por todo lo expuesto, se solicita la inadmisión del recurso y, en caso de que se admita, su desestimación y la imposición de una multa de las previstas en el artículo 47.5 TRLCSP, por manifiesta temeridad.

NOVENO.- El Tribunal, a fin de evacuar el trámite de alegaciones, notificó con fecha 26 de mayo de 2014, la interposición del recurso al resto de licitadores, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.3 TRLCSP.

Con fecha 2 de junio de 2014, D. Antonio Duran Delgado, en representación de DURAN presenta escrito en el que se opone al recurso planteado. Señala que, aunque desconoce el detalle de la propuesta formulada por la recurrente y su justificación, se ha seguido el procedimiento establecido en el artículo 152 TRLCSP, y la adjudicación de otros procedimientos a la recurrente no excluye que en este caso la oferta haya sido considerada anormal o desproporcionada. Del tenor del recurso se deduce, a su juicio, la no viabilidad de la propuesta, en tanto que la suya es ajustada y proporcionada.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de AUTOBAR para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP.

En cuanto al sometimiento del contrato al recurso especial, en Aragón, los contratos de servicios son susceptibles de recurso especial cuando su valor estimado sea superior a 100 000 euros, (artículo 17. 2. a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón, en redacción dada por el artículo 33 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón). En el presente procedimiento, el valor estimado se ha fijado en 20 000 euros, IVA incluido, importe que corresponde al canon mínimo a pagar por los cuatro años previstos de explotación, incluidas las prorrogas, por lo que atendiendo a éste valor estimado el contrato no sería susceptible de recurso especial.

Como ha señalado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su Informe 13/2014, de 7 de mayo, relativo al valor estimado de los servicios de gestión de bares, restaurantes, barras de fiestas o similares —cuya fundamentación y conclusiones es extensiva a un contrato de vending, como el que es objeto de la licitación recurrida—, «*a efectos de publicidad, procedimientos de adjudicación, solvencia del empresario y recursos contractuales, debe computarse, para el cálculo del valor estimado del contrato, como indica la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 25/2012, de 20 de noviembre, "el valor total del negocio de cafetería objeto de explotación de acuerdo con el contrato (para lo cual puede utilizarse la estimación de ingresos a obtener de acuerdo con los precios previstos), por el período de tiempo de que es objeto, incluyendo las aportaciones que pueda hacer la*

Administración contratante en forma de asunción de gastos de funcionamiento (agua y luz) e incluyendo las modificaciones previstas de acuerdo con el pliego"». Recogiendo expresamente el informe, en afirmación compartida por este Tribunal, que *«una interpretación sistemática de los preceptos del TRLCSP nos lleva a la conclusión de que no resulta adecuada la opción del importe de ingresos por canon de explotación, ni la de cero euros, a la hora de calcular el valor estimado del contrato».*

Es decir, hay que atender al valor total del negocio objeto de explotación, en su duración máxima prevista, para la fijación del valor estimado. No se acredita en el expediente este valor total del negocio, pero atendiendo al número de máquinas expendedoras previstas (dieciséis), al plazo máximo de ejecución del contrato (cuatro años), y a los promedios anuales de venta por máquina en edificios de pública concurrencia como un Hospital (que según los datos de otras licitaciones públicas no suelen ser inferiores a 4 000 € por máquina), se concluye que el valor estimado es muy superior a los 100 000 euros señalados como umbral mínimo por la Ley, por lo que el contrato sería susceptible de recurso especial. Si bien la concreción del valor exacto hubiera merecido la realización de una pieza independiente para su determinación.

Queda así acreditado, que el recurso se ha interpuesto contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de servicios de valor estimado superior a 100 000 euros. El acto es recurrible de acuerdo con el artículo 17. 2. a) de la Ley 3/2011.

SEGUNDO.- Respecto a la interposición del recurso en plazo, tal y como tiene ya fijado este Tribunal (por todos, Acuerdo 73/2013), una de las especialidades del recurso especial, para garantizar la rápida tramitación de cara al cumplimiento de las prestaciones del contrato objeto de recurso, es que el mismo debe interponerse, cuando el acto que se recurra sea un acto de trámite, «*en el plazo de quince días hábiles contados a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción*» y presentarse, o en el Registro del órgano de contratación, o en el del órgano competente para su resolución, de conformidad con lo exigido por el artículo 44.3 TRLCSP: «*La presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso*». La fecha de entrada en cualquiera de ellos determina el cumplimiento de la obligación de presentación en plazo.

De la documentación del expediente se advierte y queda acreditado, que con fecha 21 de abril de 2014 se notificó a la recurrente el acuerdo de exclusión adoptado por el órgano de contratación. Que el recurso especial fue presentado, en una oficina de Correos de Madrid, el 8 de mayo de 2014, y tuvo entrada en el Registro del Tribunal el día 13 de mayo de 2014. Como quiera que el *dies ad quem* era el día 10 de mayo, el recurso es extemporáneo.

Se debe además tener en cuenta que la presentación del recurso en una oficina de correos, frente a la regla general de los procedimientos administrativos contenida en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), que regula

la presentación por los ciudadanos de documentos dirigidos a las Administraciones Públicas en las oficinas de Correos, no computa en este procedimiento, de carácter especial, por su propia naturaleza, debiendo estar necesariamente a la fecha de 13 de mayo de 2014, fecha de entrada en el Tribunal.

Apreciada la inadmisibilidad del recurso no procede el examen de los motivos de fondo planteados. Y así lo tiene dicho el Tribunal Supremo, que viene reiteradamente pronunciándose en el sentido de que solo puede discutirse la cuestión de fondo después de que, examinadas las causas o motivos de inadmisión opuestas, se constate la concurrencia de los requisitos de procedibilidad, como es, por ejemplo, la observancia del plazo en la interposición de los recursos administrativos.

En consecuencia, procede declarar la inadmisión del recurso presentado, por extemporaneidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.2 d) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón.

TERCERO.- Por parte del Director de Gestión y SSGG del Sector de Calatayud, en su informe al recurso, se somete a la consideración del Tribunal la imposición de una multa, por entender que existe manifiesta temeridad en el recurrente.

No obstante lo anterior, este Tribunal tiene establecido (entre otros, Acuerdo 27/2013) que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo, y actúa de mala fe quien tiene la clara voluntad de engañar al órgano competente en la resolución del recurso. No se aporta por el Hospital acreditación alguna de que pueda existir temeridad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 47.5 TRLCSP. Y no solamente no se advierte temeridad, sino que existen argumentos

para impugnar la exclusión, en tanto en cuanto no es posible apreciar una baja anormal o desproporcionada si no se contempla en los Pliegos expresamente; ni es posible aplicar el artículo 85 RGLCAP cuando existe más de un criterio de adjudicación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP, y en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

III. ACUERDA

PRIMERO.- Inadmitir el recurso especial, interpuesto por D. José Ignacio Huarte Iribarren, en representación de AUTOBAR SPAIN, S.A.U, contra la Resolución del Gerente del Sector de Zaragoza III, de 16 abril de 2014, por la que se le excluye de la licitación denominada «Explotación del servicio de distribución automática de venta de prensa, revistas, libros y similares, bebidas frías, bebidas calientes y alimentos para el sector de Calatayud», promovido por el Servicio Aragonés de Salud-Gerencia del Sector III. Hospital "Ernest Lluch" de Calatayud, por haber sido interpuesto fuera del plazo legalmente previsto.

SEGUNDO.- Notificar este Acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

TERCERO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ), en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.