

**Recurso 19/2013.
Resolución 30/2013.**

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 25 de marzo de 2013

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **D. FRANCISCO MEDINA GARCIA DE VEAS** contra la resolución, de 15 de enero de 2013, de la Gerente Provincial en Cádiz del Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos por la que se adjudican, entre otros, el lote 18 del contrato denominado “Servicio de transporte escolar en los centros docentes públicos de la provincia de Cádiz dependientes de la Consejería de Educación” (Expte. 00070/ISE/2012/CA), este Tribunal, en el día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 25 de septiembre de 2012, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de la licitación promovida por la Gerencia Provincial en Cádiz del Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos, relativa al contrato denominado “Servicio de transporte escolar en los centros docentes públicos de la provincia de Cádiz dependientes de la Consejería de Educación”. Asimismo, el citado anuncio se publicó el 6 de octubre de 2012 en el Boletín Oficial del Estado número 241, y el 25 de septiembre de 2012, en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.

El valor estimado del contrato asciende a 5.744.093,29 euros.

SEGUNDO. Se presentaron proposiciones en el procedimiento de adjudicación un total de 48 proposiciones, entre ellas la del recurrente.

En la sesión de la mesa de contratación de 9 de noviembre de 2012, se procedió al examen y calificación de la documentación contenida en los sobres núm. 1, acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, y en la sesión de la citada mesa de 15 de noviembre de 2012, tras analizar las subsanaciones de dicha documentación presentadas por los licitadores, se procedió a comunicar en acto público las empresas admitidas a la licitación y a la apertura de los sobres núm. 2 que contenían la *“Oferta económica y documentación relativa a criterios de adjudicación ponderables automáticamente”*.

TERCERO. EL 19 de noviembre de 2012, se comunicó mediante fax a la entidad AUTOREGAN S.A. que su oferta al lote 18 estaba incurso en presunción de desproporción o anormalidad, otorgándole plazo para que justificara la misma.

En el informe técnico emitido el 11 de diciembre de 2012 se consideró que la empresa en cuestión justificaba la anormalidad de la propuesta.

La mesa de contratación, en sesión de 17 de diciembre de 2012, elevó propuesta de adjudicación del lote 18 a la empresa AUTOREGAN S.A.

CUARTO. El 15 de enero de 2013, el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del contrato, la cual fue publicada al día siguiente en el perfil de contratante. Asimismo, el 24 de enero de 2013 se dictó resolución rectificativa de la anterior al haberse advertido error de hecho. Esta última se publicó en el perfil de contratante el 25 de enero de 2013.

QUINTO. El 22 de enero de 2013, D. Francisco Medina García de Veas solicitó vista del expediente para la formulación de recurso especial en materia de contratación a la Gerencia Provincial en Cádiz del Ente Público de Infraestructuras y Servicios Educativos.



La vista del expediente tuvo lugar el 25 de enero de 2013.

SEXTO. El 1 de febrero de 2013 tuvo entrada en el registro del órgano de contratación recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. Francisco Medina García de Veas contra la resolución de adjudicación del lote 18 del contrato.

El órgano de contratación remitió a este Tribunal el citado recurso, junto al informe respecto al mismo el 6 de febrero de 2013.

SÉPTIMO. La Secretaría del Tribunal, mediante oficio de 7 de febrero de 2013, requirió al órgano de contratación el expediente de contratación junto con el listado de los licitadores en el procedimiento de adjudicación con indicación de los datos precisos para notificaciones.

El día 8 de febrero de 2013, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal la documentación solicitada al órgano de contratación.

OCTAVO. La Secretaría del Tribunal, mediante oficio de 20 de febrero de 2013, dio traslado del recurso a los interesados concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado en plazo D. Adolfo Sañudo Pajuelo y la empresa AUTOREGANS.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de



Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Ostenta legitimación el recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitador en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, es susceptible de recurso en esta vía.

El acto impugnado es la resolución de adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, ostentando el Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos la condición de poder adjudicador. Por tanto, es procedente el recurso especial contra la citada resolución.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP establece que *“el procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.”*

Asimismo, el artículo 44.3 del TRLCSP dispone que *“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”*

En el expediente de contratación consta que la resolución de adjudicación fue publicada en el perfil de contratante el 16 de enero de 2013, por lo que habiéndose presentado el escrito de recurso en el Registro del órgano de contratación el día 1 de febrero, el mismo se ha presentado dentro del plazo legal.

QUINTO. Procede, pues, analizar ahora la cuestión de fondo suscitada. El recurso se sustenta en los siguientes argumentos:



1. El vehículo propuesto por la adjudicataria AUTOREGAN S.A. para la ruta CA0088 correspondiente al lote 18, esto es el vehículo 3153 FMK, se encuentra adscrito a otra ruta adjudicada a la misma empresa correspondiente al expediente 00035/ISE/2010/CA. Por tanto, se incumple el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que impiden que los vehículos ofertados puedan ser sustituidos por otros, salvo supuestos excepcionales y en las condiciones que indica el pliego de prescripciones técnicas.

2. No pueden aceptarse las medidas de ahorro indicadas por la adjudicataria para justificar la desproporción o anormalidad en que incurre su oferta, por lo que no puede estimarse justificada la baja de dicha empresa que está incurso en temeridad.

3. Por último alega indefensión porque no ha tenido vista del expediente en cuanto a la documentación relativa al Anexo VII.

El órgano de contratación, en el informe sobre el recurso, manifiesta lo siguiente:

“Que según consta en el acta de comparecencia firmada por el representante de la empresa recurrente en el día 25 de enero de 2013, se ha dado cumplida respuesta a la vista del expediente de contratación atendiendo a la solicitud del día 22 de enero de 2013, registro núm. 333, dando vista del expediente de contratación completo, sin que conste a esta Administración petición expresa del documento que refieren en su recurso, esto es, Anexo VII- compromiso de medios personales; no obstante, solicitaron conocer las matrículas de los vehículos propuestos por la adjudicataria, dándole vista del acta núm. 3 de la mesa de contratación y del tablón de anuncios publicado en la página web del ISE Andalucía el 19 de noviembre de 2012, en el que constan los vehículos propuestos por los licitadores, así como su fecha de matriculación. No obstante, se ha de señalar que los conductores propuestos por los adjudicatarios no son valorados por la mesa de contratación, ya que no conforman criterio de valoración y adjudicación, aunque sí condición técnica en la ejecución del

contrato".

Asimismo, en el procedimiento de recurso ha presentado alegaciones la entidad AUTOREGAN S.A., que resultó adjudicataria del lote 18, exponiendo lo siguiente:

- El vehículo 3153 FMK está adscrito a un servicio de transporte escolar en el expediente 00035/ISE/2010/CA ruta CA099, que realiza un servicio con un horario compatible al de la ruta correspondiente al lote 18. Por otro lado, alega que se cumplió con lo exigido en el punto número 10.4 del PCAP que recoge la posibilidad de ofertar los mismos vehículos y/o conductores para diferentes lotes, sólo limitado a que no se podrá resultar adjudicatario de lotes que en su conjunto requieran un número de conductores y/o vehículos superior al que realmente se oferta, y en el momento de la adjudicación del expediente 00035/ISE/2010/CA dicha empresa ofertó vehículos suficientes para todos los servicios, pero además el 15 de junio de 2012, se presentó escrito ante la Gerencia Provincial del Ente Público, en el que se comunicaba la puesta a disposición de ocho vehículos más para la prestación de los servicios del expediente referenciado.

- En cuanto a la falta de justificación de la baja temeraria o desproporcionada de su oferta, indica que las medidas de ahorro que señaló como justificante están basadas en un estudio pormenorizado de costes, así como variables fundamentales de costes de la empresa, y el recurrente no aporta nada nuevo sino que se limita a rebatir el informe técnico emitido respecto a la justificación de su oferta.

Expuestas las argumentaciones de las partes, procede entrar en el análisis de los distintos motivos del recurso.

SEXTO.- El primer motivo va referido a que el vehículo propuesto por la adjudicataria AUTOREGAN S.A. para la ruta CA0088 correspondiente al lote 18, esto es el vehículo 3153 FMK, se encuentra adscrito a otra ruta adjudicada a la misma empresa correspondiente al expediente 00035/ISE/2010/CA y que por



tanto incumple el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) y el de prescripciones técnicas (en adelante PPT) que impiden que los vehículos ofertados puedan ser sustituidos por otros, salvo supuestos excepcionales y en las condiciones que indica el PPT.

En este sentido, la cláusula 10.4 del PCAP in fine dispone que *“cuando un licitador ofreciera los mismos conductores y/o vehículos para diferentes lotes, la adjudicación estará limitada a que la propuesta del licitador contenga al menos igual número de conductores y vehículos distintos que el previsto en la licitación, es decir, no podrá ser adjudicatario de lotes que en su conjunto requieren un número de conductores/ vehículos superior de los que oferta”*.

La empresa AUTORENGAN, S.A. presentó oferta a los lotes 3, 4, 18, 19, 21, 23, 24, 46, 53 y 59, y en su oferta de medios materiales realizada de acuerdo con el modelo del Anexo XI del PCAP, ofertó vehículos independientes para cada uno de los lotes a los que licita.

El vehículo 3153 FMK que adscribió a la ruta correspondiente al lote 18, no estaba adscrito a ninguno de los lotes a los que ofertó y, por tanto, no se incumple lo establecido en el PCAP. Cuestión distinta es que dicho vehículo preste servicio también respecto a otra ruta que fue objeto de un contrato distinto, en concreto, el correspondiente al expediente 00035/ISE/2010/CA; ello no supone un incumplimiento del PCAP ni del PPT. Este último dispone en su cláusula 3.1 que *“no se podrán proponer vehículos adscritos a servicios de transporte regular de viajeros de uso general, que no puedan realizar el servicio de uso especial sin menoscabo del servicio de uso general con arreglo a sus respectivos calendarios, horarios y expediciones”*. De lo que resulta, a sensu contrario, que se puede proponer para un lote determinado un vehículo adscrito a otro servicio de uso especial siempre que sean compatibles ambos servicios con arreglo a calendarios, horarios y expediciones.

En concreto el vehículo 3153 FMK presta el servicio correspondiente a la ruta CA0099 del expediente 00035/ISE/2010/CA hasta el Instituto de Enseñanza

Secundaria Almunia de Jerez de la Frontera, con un horario compatible con la ruta del lote 18 del que resulta adjudicatario, que corresponde al Colegio de Enseñanza Infantil y Primaria La Ina.

SEPTIMO. En segundo lugar, alega el recurrente que no pueden aceptarse las medidas de ahorro indicadas por la adjudicataria para justificar la desproporción o anormalidad en que incurre su oferta, por lo que no puede estimarse justificada la baja de dicha empresa que está incurso en temeridad.

El artículo 152.3 del TRLCSP dispone que *“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 técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado. En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente”*.

La oferta presentada por la empresa AUTORENGAN, S.A. al lote 18 estaba incurso en temeridad y por ello se dio audiencia a la misma para que justificara su oferta y posteriormente fue valorada por los técnicos entendiéndose que quedaba justificada la baja ofertada. Así, en el informe técnico de 11 de diciembre de 2012 consta respecto a la citada empresa lo siguiente:

“Justifica su oferta económica desproporcionada alegando los siguientes argumentos:

- 1. Adjunta información sobre variables fundamentales de costes de la empresa, con desglose de partidas. En este detalle indica acuerdos con el personal de una reducción del 20% de salarios, reducción del coste del seguro por acuerdo con la correduría Artai y Axa seguros, acuerdo con el proveedor de gasoil de un descuento del 7,8%, acuerdo con empresa de neumáticos con un descuento del 41,30%, desglosa ahorro en partida de reparaciones y conservación (instalaciones propias, compras centralizadas, personal*

- cualificado y economías de escala).*
- 2. Adjuntan por cada lote ofertado estructura de costes completa muy detallada, con beneficios positivos.*
 - 3. Adjunta declaración de la empresa Transportes Garrucho, S.A. dedicada a la venta de combustible que representa un ahorro en esta partida en torno al 8-10%.*
 - 4. Adjunta copia de certificado con la Correduría de Seguros Artai especificando el precio de cada prima.*
 - 5. Adjunta certificado de la empresa Autodisco Sur, S.A. con precios acordados de neumáticos medida 295/80R22.5 de marca Bridgestone.*
 - 6. Adjunta copia de certificado del representante legal de los trabajadores de la empresa con los acuerdos de la bajada salarial hasta el 30 de junio de 2014 de un 20 % en todos los conceptos.*

A la vista de la documentación aportada y el desglose de gastos, AUTOREGAN, S.A. justifica la viabilidad de la oferta propuesta consiguiendo un beneficio industrial estimado positivo en todos los lotes a los que se presenta durante el curso lectivo de 175 días. A juicio de esta comisión técnica queda sobradamente acreditada la baja y por tanto asegurado el equilibrio económico y financiero de esta propuesta.”

El recurrente alega que la reducción en el precio de compra de los neumáticos y del combustible no pueden ser considerados como una medida excepcional de ahorro ni como una condición excepcionalmente favorable, ya que son reducciones de costes habituales que todas las empresas del sector pueden obtener.

Por otro lado, también se indica en el recurso que la reducción en un 20% de los salarios de los trabajadores de la empresa adjudicataria no puede ser admitida como justificación de la baja puesto que cualquier bajada de la retribución salarial de los empleados por debajo de los mínimos que señala el Convenio Colectivo de Transportes Regulares y Discrecionales de Viajeros de la Provincia de Cádiz (publicado en el BOP de Cádiz nº 54 de 22 de marzo de 2011), sería ilegal y no puede ser aceptada.



Respecto a esto último hay que indicar que de acuerdo con la cláusula 17 del PCAP *“el personal adscrito a los trabajos dependerá exclusivamente del contratista, el cual tendrá todos los derechos y deberes inherentes a su calidad de empresario respecto del mismo, siendo el Ente Público de Infraestructuras y Servicios Educativos ajeno a las relaciones laborales que por tal motivo se generen”*. Por tanto, la reducción de los costes salariales como medida de ahorro es una carga que asume el contratista y, por otro lado, dicha medida fue una más de las que señaló la adjudicataria para justificar la baja en su oferta económica y todas ellas fueron valoradas en su conjunto positivamente en el citado informe técnico. Al respecto se ha de indicar que rige el principio de discrecionalidad técnica a la hora de valorar la suficiencia de la justificación aportada por las empresas cuyas ofertas están incursas en presunción de anormalidad o desproporción. En este sentido, la reciente Resolución 42/2013, de 23 de enero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, cuyo criterio comparte plenamente este Tribunal, manifiesta lo siguiente: *“En este punto debemos partir de una constatación fundamental, cual es la discrecionalidad técnica con que cuenta la Mesa de contratación (y, en última instancia, el Órgano de contratación) a la hora de valorar la suficiencia de la justificación aportada por las empresas cuyas ofertas se encuentran incursas en “valores anormales o desproporcionados”. En efecto, la valoración acerca de la posibilidad de cumplimiento del contrato por parte de la empresa que se encuentra en “baja temeraria”, con base en la justificación presentada por la empresa y en los informes técnicos recabados al efecto, constituye una manifestación particular de la denominada “discrecionalidad técnica” de la Administración, debiendo aplicarse la doctrina jurisprudencial elaborada, con carácter general, en relación con la posibilidad de revisión jurisdiccional de los actos administrativos dictados en ejercicio de las potestades discrecionales y, en particular, en relación con la actuación de la Mesa de contratación en un expediente concreto al formar su criterio acerca de la viabilidad de una proposición que incluye valores desproporcionados o anormales, lo que necesariamente se encuentra vinculado a la formulación de un juicio de valor al respecto.*

En este sentido debe apuntarse que, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y como ha tenido ocasión este Tribunal en distintas Resoluciones de señalar, sólo en aquéllos casos en que la valoración efectuada por la Mesa de contratación deriva del error, la arbitrariedad o el defecto procedimental cabría entrar en su revisión, sin que se trate, a la hora de apreciar la posible existencia de error en la valoración, de realizar un análisis profundo de las argumentaciones técnicas aducidas por las partes, sino más exactamente, y tal como la jurisprudencia ha puesto de manifiesto, de valorar si en la aplicación del criterio se ha producido un error material o de hecho que resulte patente de tal forma que pueda ser apreciado sin necesidad de efectuar razonamientos complejos.”

A la vista de lo expuesto, este Tribunal considera que el informe sobre las bajas anormales analiza los argumentos y documentos aportados por la empresa adjudicataria respecto a su oferta en el lote 18, explica con suficiente grado de detalle las razones por las que considera justificada la anormalidad de la propuesta y establece como conclusión que queda sobradamente acreditada la baja y, por tanto, asegurado el equilibrio económico y financiero de la propuesta.

OCTAVO. Por último alega el recurrente que le fue negada la vista del expediente en lo relativo al Anexo VII, produciendo quebranto insubsanable de la tramitación del procedimiento e indefensión.

Ya se ha indicado en los antecedentes que el recurrente solicitó vista del expediente y ésta se produjo el 25 de enero de 2013, sin que conste, según el órgano de contratación, que solicitara expresamente ver el Anexo VII referido al compromiso de medios personales; no obstante, solicitó conocer la matrículas de los vehículos propuestos por la adjudicataria, dándole vista del acta número 3 de la mesa de contratación y del tablón de anuncios publicado en la página web de ISE Andalucía el 19 de noviembre de 2012 en el que constan los vehículos propuestos por los licitadores y su fecha de matriculación.

La relación de los conductores que se adscriben al servicio y la fecha y tipo de



permiso de conducir, que es lo que se relaciona en el Anexo VII, no consta que no estuviera incluida en el expediente del que se dio vista al recurrente el 25 de enero de 2013; por otro lado, no solicitó el recurrente expresamente tal documento y por último, el desconocimiento de dicho extremo no le impidió interponer su recurso en base a las alegaciones expuestas, entre las que no hay ninguna referencia a los medios personales que oferta la adjudicataria. Asimismo, dichos medios personales no constituyen un criterio de valoración de las ofertas, por lo que carece de un interés el adjudicatario que pudiera generar indefensión a efectos de formalizar su recurso.

En este sentido, **el Tribunal Constitucional** mantiene (Sentencias 210/99 y 26/99, entre otras) que la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, tras la infracción de una norma, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa y que dicha indefensión ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa.”

Es por ello que no puede estimarse la nulidad de la resolución de adjudicación por generar indefensión al recurrente para la interposición del recurso el no haberle dado vista de un anexo de la oferta de la adjudicataria, pues no solicitó expresamente tal documento y se le proporcionaron todos los que solicitó, sin que ello le impidiera ejercer su derecho de defensa interponiendo el recurso.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, **este Tribunal**

RESUELVE

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **D. FRANCISCO MEDINA GARCIA DE VEAS** contra la resolución, de 15 de enero de 2013, de la Gerente Provincial en Cádiz del Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos por la que se adjudica el lote 18 del contrato denominado “Servicio de transporte escolar en

los centros docentes públicos de la provincia de Cádiz dependientes de la Consejería de Educación”.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento prevista en el artículo 45 del TRLCSP.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su 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.

LA PRESIDENTA

