

Barcelona, 4 de novembre de 2016

Resolució núm.: 173/2016

Vist el recurs interposat pel senyor J.V.M. en nom i representació de l'empresa TERRES DE L'EBRE TAXI, SL, contra l'adjudicació del contracte de serveis de transport escolar col·lectiu a la comarca del Baix Ebre en vehicles de menys de 9 places (expedient TRANSTX16), a data d'avui, aquest Tribunal ha adoptat la Resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER. En data 7 de setembre de 2016 la comissió de govern del Consell Comarcal del Baix Ebre va adjudicar el lots 1 i 2 a l'empresa JAIME CARRERA, SA i els lots 3, 4, 5, 6, 7 a favor de l'empresa TERRES DE L'EBRE TAXI, SL (TDE TAXI, SL). La notificació de l'adjudicació del contracte es va practicar el 8 de setembre de 2016.

SEGON. En data 22 de setembre de 2016 l'empresa TDE TAXI, SL va presentar davant el registre del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic recurs especial en matèria de contractació contra l'adjudicació del contracte. Aquesta empresa, que s'havia presentat al conjunt de rutes previstes en el contracte, al·lega que els anuncis de licitació expressament estableixen que aquest contracte no estava dividit en lots, que hi havia una contradicció entre els plecs i els anuncis i que en tot cas, la decisió del consell comarcal d'adjudicar diferents lots li perjudica atès que aquesta empresa havia presentat l'oferta més beneficiosa.

I sol·licita declarar nul tot el procediment de licitació: els plecs i l'anunci de licitació.

TERCER. El procediment de resolució de recurs s'ha tramitat d'acord amb el que disposen els articles 46 del Text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre (en endavant, TRLCSP) i 22 del Decret 221/2013, de 3 de setembre, pel qual es regula el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic i s'aprova la seva organització i el seu funcionament, així com els preceptes concordants del Reial decret 814/2015, d'11 de setembre, pel qual s'aprova el Reglament dels procediments especials de revisió de decisions en matèria contractual (en endavant,

RD 814/2015).

L'entrada de l'expedient complet va tenir lloc en aquest Tribunal en data 11 d'octubre de 2016.

QUART. En data 11 d'octubre de 2016, el Tribunal va donar trasllat de la interposició del recurs contra els plecs a la resta d'interessats en el procediment, atorgant-los un termini de cinc dies hàbils per formular les al·legacions que consideressin convenients. En data 18 d'octubre de 2016, l'empresa JAIME CARRERA, SA va presentar escrit contra el recurs presentat per TDE TAXI, SL.

FONAMENTS JURÍDICS

PRIMER. El Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (en endavant, el Tribunal) resulta competent per resoldre els recursos especials en matèria de contractació de conformitat amb l'article 41.3 del TRLCSP, la disposició addicional quarta de la Llei 7/2011, de 27 de juliol, de mesures fiscals i financeres de la Generalitat de Catalunya, i el Decret 221/2013, de 3 de setembre, pel qual es regula el Tribunal i s'aprova la seva organització i el seu funcionament.

SEGON. El contracte de serveis objecte d'anàlisi de valor estimat 456.630,24 euros és susceptible del recurs especial en matèria de contractació d'acord amb l'article 40.1 del TRLCSP.

TERCER. L'acte impugnat amb el recurs és l'adjudicació del contracte, que és un dels actes objecte del recurs especial en matèria de contractació d'acord amb l'article 40.2 c) del TRLCSP.

QUART. El recurs ha estat presentat per persona legitimada ja que la decisió de l'òrgan de contractació sobre la divisió en lots li perjudica com argumenta en el recurs i també ha quedat acreditada la seva representació per actuar en aquest procediment de recurs,

d'acord amb els articles 42 i 44.4 del TRLCSP i 16 del Decret 221/2013, de 3 de setembre.

CINQUÈ. El recurs ha estat presentat en temps i en forma, ja que compleix amb els requisits establerts a l'article 44.4 del TRLCSP.

SISÈ. La recurrent centra el recurs especial en matèria de contractació sobre la base de la incongruència entre l'anunci de licitació -on s'especificava que el contracte no estava dividit en lots- i els plecs, de manera que sosté que s'hauria d'haver adjudicat a la recurrent. Al·lega que la no divisió en lots no exclou que el contracte estigués format per 7 rutes diferents, i que fins al moment, el consell comarcal no havia dividit el contracte en lots.

Per a la correcta resolució d'aquest assumpte, cal analitzar diferents aspectes dels documents que consten en l'expedient de licitació.

Per una banda, en els anuncis de licitació constava expressament la no divisió en lots del contracte: Diari Oficial de la Unió Europea de 3 de juny de 2016, punt II.1 8; Boletín Oficial del Estado de 3 de juny de 2016, punt 2c; Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya de 14 de juny de 2016, punt 2c); i en el Butlletí Oficial de la Província de Barcelona de 17 de juny de 2016 punt 2 c).

Per l'altra, de la lectura dels plecs consten les referències als 7 lots: clàusula 2.1, clàusula 5 B). 1; clàusula 8.1, clàusula 17.4, model 1.

Ateses les coses, en data 26 de juliol de 2016 la Mesa de contractació en el moment de procedir a la proposta de classificació d'ofertes, es va adonar d'aquesta incoherència entre els anuncis i els plecs i va considerar que no es podia excloure el licitador pel fet que l'administració hagi incorregut en l'errada derivada de la discrepància entre els anuncis i els plecs:

En l'acta d'obertura es fa constar que les ofertes s'havien de presentar com a un sol lot. No obstant això, la Mesa de contractació procedeix a l'avaluació de la documentació i a la lectura detallada del plec de clàusules i considera que, tot i que en els anuncis es feia constar que la licitació s'havia de produir com un sol lot, de la lectura del plec no es després clarament aquesta circumstància.

La Mesa de contractació considera que, d'acord amb l'article 145.1 del TRLCSP que disposa que les proposicions dels interessats s'han d'ajustar al que preveu el plec de clàusules administratives particulars, i la seva presentació suposa l'acceptació incondicionada per l'empresari del contingut de la totalitat d'aquestes clàusules o condicions, sense excepció o reserva, no es pot excloure el licitador pel fet que l'administració hagi incorregut en l'errada derivada de la discrepància entre els anuncis i els plecs.

Al respecte, la recurrent manifesta que no va impugnar aquell acte de classificació de les ofertes tota vegada que no era susceptible de recurs especial en matèria de contractació.

Com a conseqüència d'aquesta decisió del consell comarcal que la recurrent considera parcial, TDE TAXI afirma que la seva oferta era la més rentable en el cas que s'adjudiqués totes les rutes:

A la vista del preu de licitació, TDE TAXI es va presentar amb el convenciment que dues rutes (la primera i la segona) són rentables i que la resta (cinc rutes) no són rentables. Les rutes rentables coincideixen amb les que s'ha presentat i adjudicat a JAIME CARRERA.

S'adjunta com a **document nº 4** Excel on hi consten els càlculs efectuats per TDE TAXI (amb la sol·licitud que sigui tractat com a confidencial atès que són dades que determinen el preu que es pot oferir en una licitació).

Com es pot comprovar, en la primera i la segona ruta hi ha guanys perquè els costos són inferiors. No obstant, el cost d'efectuar la resta de rutes és superior al preu de licitació. Aquestes dades ens duen a concloure que aquesta licitació és rentable si s'adjudiquen totes les rutes atès que el benefici de les dues primeres rutes compensa les pèrdues de la resta de rutes.

Com a conseqüència de la decisió del Consell Comarcal a TDE TAXI se li han adjudicat les rutes no rentables.

En coherència amb tot l'anterior TDE TAXI no pretén l'exclusió de JAIME CARRERA sinó que pretén l'anul·lació de la presenta licitació, és a dir, dels plecs i dels anuncis de la present licitació i la seva posterior re-redacció.

Ateses totes aquestes circumstàncies, afirma que s'ha vulnerat el principi de transparència ja que no s'ha facilitat la mateixa informació en els anuncis i en els plecs, tot i que la referència als lots es podia interpretar com a tals o com a rutes, i sol·licita que s'anul·li tot el procediment de licitació retrotraient les actuacions al moment de la redacció del plec i la publicació dels anuncis.

SETÈ. A la vista de tot el que s'ha exposat en el fonament anterior queda palesa la contradicció entre els plecs i els anuncis.

L'òrgan de contractació en l'informe emès de conformitat amb l'article 46 del TRLCSP sosté que si bé la voluntat de l'òrgan de contractació era licitar el contracte com una sola unitat, sense divisió de lots –el que justificaria com a correctes els anuncis de publicació- reconeix que no es va reflectir correctament en el document regulador de la licitació, el plec de clàusules i, conscient de la discrepància entre l'anunci i els plecs, la Mesa de contractació va proposar l'aplicació de la prevalença del plec sobre l'anunci de licitació.

Al respecte, aquest Tribunal considera no ajustada a dret la decisió presa per la Mesa de contractació atès que vulnera els principis de contractació pública: principi d'igualtat, principi de transparència, principi de bona administració. Una errada de tal magnitud havia d'haver estat depurada en aquell moment i no arrossegar-la fins al moment de l'adjudicació adoptant aquest solució salomònica. En aquest sentit, en la Sentència de 16 de setembre de 2013 -aplicable amb caràcter general a qualsevol procediment de licitació pública el Tribunal de Justícia de la Unió Europea va afirmar respecte als principis d'igualtat i de transparència que:

«66 El principio de igualdad de trato entre licitadores, que no es más que una expresión específica del principio de igualdad de trato (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458, 03, Rec. p. I-8585, apartados 46 y 48, y la jurisprudencia allí citada; sentencia del Tribunal General de 12 de marzo de 2008, European Service Network/Comisión, T-332, 03, no publicada en la Recopilación, apartado 72) y que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496, 99 P, Rec. p. I-3801, apartado 110). De este modo, la entidad adjudicadora está obligada a respetar, en cada fase del procedimiento de licitación, el principio de igualdad de trato de los licitadores (sentencia del Tribunal General de 17 de

diciembre de 1998, Embassy Limousines & Services/Parlamento, T-203, 96, Rec. p. II- 4239, apartado 85), y éstos deben encontrarse en igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que éstas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 2008, Michaniki, C-213, 07, Rec. p. I-9999, apartado 45, y de 17 de febrero de 2011, Comisión/Chipre, C-251, 09, no publicada en la Recopilación, apartado 39, y la jurisprudencia allí citada).

67 Por otra parte, el principio de igualdad de trato implica, en particular, una obligación de transparencia para permitir a la entidad adjudicadora garantizar su respeto (véanse las sentencias Lombardini y Mantovani, citada en el apartado 64 supra, apartado 38, y Comisión/Chipre, citada en el apartado 66 supra, apartado 38, y la jurisprudencia allí citada). El principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad de trato, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora (sentencias Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111) y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase la sentencia Parking Brixen, citada en el apartado 66 supra, apartado 49, y la jurisprudencia allí citada). Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar que efectivamente las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata (sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111). Por último, los principios de igualdad de trato y de transparencia constituyen la base de las Directivas referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. En el deber que incumbe a las entidades adjudicadoras de garantizar la observancia de dichos principios reside la propia esencia de estas Directivas (véase la sentencia Michaniki, citada en el apartado 66 supra, apartado 45, y la jurisprudencia allí citada)»(el subratllat és nostre).

I, respecte al principi de bona administració, el Tribunal General en la Sentència 28 de juny de 2016 (T-652/14) va assenyalar que:

“57- En cuanto al principio de buena administración, procede recordar de inmediato que, en virtud del artículo 41 de la Carta, toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. A este respecto, la jurisprudencia ha precisado que el mencionado principio

obliga a la administració a examinar cuidadosa e imparcialmente todos los datos pertinentes del asunto, a recabar todos los datos de hecho y de Derecho necesarios para el ejercicio de su facultad de apreciación y a garantizar el correcto desarrollo y la eficacia de los procedimientos tramitados por ella (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de diciembre de 2012, Brookfield New Zealand y Elaris/OCVV y Schniga, C-534/10 P, EU:C:2012:813, apartado 51)”.

VUITÈ. Dit això, respecte a la voluntat de l'òrgan de contractació de no fraccionar el contracte cal dir que però no queden reflectides ni en els plecs ni en un informe les principals raons d'aquesta opció de no fraccionar el contracte tal i com prescriu la Directiva 2014/24/UE. En efecte, partint de l'efecte directe que sobre aquesta licitació té la Directiva 2014/24/UE –a partir del 18 d'abril de 2016- i que amb aquesta directiva s'estableix un canvi de plantejament en la regulació de la divisió dels contractes públics en lots amb la finalitat d'adaptar la contractació pública a les necessitats de les PIME (Considerant 78 de l'Exposició de Motius), animant als poders adjudicadors, d'acord amb el document de treball dels serveis de la Comissió de 25 de juny de 2008 titulat “*Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PIME a los contratos públicos*”, a dividir els grans contractes en lots, de forma que es faciliti la participació de las PYME. Així l'article 46 de la Directiva gaudeix d'efecte directe de manera que la regla general és la divisió però es deixa l'opció a l'òrgan de contractació la no divisió justificant les raons que justifiquen aquesta unitat del contracte. Corroborà la llibertat que es reconeix als poders adjudicadors, la redacció del Considerant 78 de la directiva: “*La magnitud y el contenido de los lotes deben ser determinados libremente por el poder adjudicador, el cual, de acuerdo con las normas pertinentes en materia de cálculo del valor estimado de la contratación, debe estar autorizado a adjudicar algunos de los lotes sin aplicar los procedimientos previstos en la presente Directiva. El poder adjudicador debe estar obligado a estudiar la conveniencia de dividir los contratos en lotes, sin dejar de gozar de la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial. Cuando el poder adjudicador decida que no sería conveniente dividir el contrato en lotes, el informe específico o los pliegos de la contratación deben incluir una indicación de las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador. Estas razones podrían ser, por ejemplo, el hecho de que el poder adjudicador considere que dicha división podría conllevar el riesgo de restringir la competencia, o hacer la ejecución del contrato excesivamente difícil u onerosa desde el punto de vista técnico, o que la necesidad de coordinar a los diferentes contratistas para los diversos lotes podría conllevar gravemente el riesgo de socavar la ejecución adecuada del contrato.*” (el subratllat és nostre).

En aquest sentit, si bé el Consell Comarcal del Baix Ebre afirma que la voluntat era la no-divisió, el cert és que no consta en els plecs ni consta cap informe específic al que es refereix l'article 84 de la Directiva que justifiqui les raons que motivarien aquesta decisió de la no-divisió. En aquest sentit el Tribunal Administrativo de Central de Recursos Públics en la Resolució número 530/2016 de 8 de juliol va declarar: *“En todo caso, debe señalarse que el artículo 46 no impone al órgano de contratación la división en lotes, sino únicamente que se indiquen las razones por las que no se ha efectuado la división cuando resulte posible y que dichas razones consten en el expediente de contratación. Así se deduce claramente de su apartado 1, que otorga a los poderes adjudicadores un amplio margen para decidir si dividen o no el contrato en lotes y el tamaño de los mismos: “Los poderes adjudicadores podrán optar por adjudicar un contrato en forma de lotes separados, y podrán decidir el tamaño y el objeto de dichos lotes. Excepto en el caso de los contratos cuya división resulte obligatoria en virtud del apartado 4 del presente artículo, los poderes adjudicadores indicarán las principales razones por las cuales han decidido no subdividir en lotes. Dicha decisión se incluirá en los pliegos de la contratación o en el informe específico al que se refiere el artículo 84.”* (el subratllat és nostre).

Per tant, seguint la tesi del consell comarcal de donar prevalença al plecs, que s'emmarcaria dins de la regla general de divisió del contracte, en tant els anuncis no van reflectir aquesta previsió, produint obscuritat i incoherència respecte als plecs –que permetien les dues interpretacions: contracte amb objecte únic amb 7 rutes o entendre cada ruta com a lot i per tant 7 lots- i vulnerant els principis de contractació pública, aquest Tribunal considera que cal retrotraure les actuacions al moment de l'aprovació dels plecs i la publicació de l'anunci de licitació per tal que s'adeqüin a la normativa aplicable i hagi coherència en la voluntat del consell comarcal (Resolució 183/2014) amb les consideracions exposades anteriorment.

D'acord amb l'exposat, vistos els preceptes legals d'aplicació, reunits en sessió i per unanimitat, aquest Tribunal

HA ACORDAT

1.- Estimar el recurs interposat pel senyor J.V.M. en nom i representació de l'empresa TAXI, SL, contra l'adjudicació del contracte de serveis de transport escolar col·lectiu a la comarca del Baix Ebre en vehicles de menys de 9 places (expedient TRANSTX16) en el sentit exposat en els fonaments de dret.

2.- Aixecar la suspensió automàtica de l'adjudicació prevista en l'article 45 del TRLCSP, a l'empara del que disposa l'article 47.4 del mateix cos legal.

3.- Declarar que no s'aprecia la concurrència de mala fe o temeritat en la interposició del recurs, per la qual cosa no escau la imposició de la sanció prevista en l'article 47.5 del TRLCSP.

4.- Notificar aquesta Resolució a totes les parts.

Aquesta Resolució posa fi a la via administrativa i és directament executiva sense perjudici que es pugui interposar recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en el termini de dos mesos, a comptar des de l'endemà de la recepció d'aquesta notificació, de conformitat amb el disposat en els articles 10.1 k) i 46.1 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, i l'article 49 del TRLCSP, en els termes establerts en l'article 21.3 de la Llei 29/1998: "En els recursos contra les decisions adoptades pels òrgans administratius als quals correspon resoldre els recursos especials i les reclamacions en matèria de contractació a què es refereix la legislació de contractes del sector públic, els esmentats òrgans no tindran la consideració de part demandada, i sí que en tindran les persones o administracions afavorides per l'acte objecte del recurs, o que es personin en tal concepte, d'acord amb el que disposa l'article 49".

El president