



Recurso nº 262/2013

Resolución nº 234/2013

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

En Madrid, a 20 de junio de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D. I.L.A. en representación de NOVALTI, S.A., contra la clasificación de las ofertas admitidas a la fase de negociación del procedimiento para la contratación de la “Fabricación y suministro de mesas de posicionamiento para los cuadrupolos de las intersecciones del XFEL- Europeo”, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Con base en lo dispuesto en los artículos 169, 176 y 178 del TRLCSP, el Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas (CIEMAT), Organismo Público de Investigación adscrito al Ministerio de Economía y Competitividad, convocó a diversas empresas para participar en un procedimiento negociado para la contratación de la “Fabricación y suministro de mesas de posicionamiento para los cuadrupolos de las intersecciones del XFEL- Europeo”, entre ellas a la ahora recurrente.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP en adelante), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y en las disposiciones que lo desarrollan.

Tercero. Con fecha 20 de mayo de 2013, el órgano de contratación informó a las cuatro empresas admitidas a la fase de negociación, del resultado de la misma y del orden en que fueron clasificadas sus ofertas. En el escrito remitido a las empresas se indicaba, además, el importe ofertado por cada una, y se señalaba que HIGH TECHNOLOGY SOLUTIONS, S.L. era la seleccionada por considerarse la más ventajosa económicamente, de conformidad con las cláusulas de la licitación de referencia.

Cuarto. El día 3 de junio de 2013 tuvo entrada en el registro del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, escrito de la empresa NOVALTI, S.A. en el que alega deficiencias legales en el procedimiento seguido por el CIEMAT, por no haber requerido a la empresa clasificada en primer lugar, la justificación de su proposición económica que considera incurso en presunción de temeridad.

Quinto. Con fecha 7 de junio, el CIEMAT emite el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP y lo remite al Tribunal, junto con el expediente de contratación.

Sexto. La Secretaría del Tribunal, con fecha 11 de junio de 2013, 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 este trámite la empresa HIGH TECHNOLOGY SOLUTIONS, S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se califica por la recurrente como especial en materia de contratación, interponiéndose ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de conformidad con lo previsto en el artículo 44.3 del TRLCSP, siendo competente este Tribunal para resolverlo a tenor de lo establecido en el artículo 41.1 del mismo texto legal.

Segundo. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de una empresa que ha participado en el proceso de concurrencia, por lo que sus derechos e intereses legítimos se encuentran afectados por el acto recurrido.

Tercero. La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2.b) del TRLCSP, al no haber transcurrido más de 15 días hábiles entre la fecha en que se tuvo conocimiento del acto impugnado y la de presentación del recurso. El acto de clasificación de las ofertas, que es el que dice impugnar la recurrente, fue comunicado a las empresas el 20 de mayo y el escrito de recurso se recibió el 3 de junio, dentro, por tanto, del plazo legalmente establecido al efecto.

Cuarto. El recurso se refiere a un contrato de suministro cuyo presupuesto de licitación asciende a 1.100.000 euros, IVA excluido, estando sujeto a regulación armonizada. Desde este punto de vista, el contrato sería, pues, susceptible de ser impugnado mediante recurso especial en materia de contratación de conformidad con lo que dispone el artículo 40.1.a) del TRLCSP.

Pero el citado artículo exige, además, que el acto impugnado sea alguno de los comprendidos en su apartado 2, que literalmente reza lo siguiente:

“2. Podrán ser objeto del recurso los siguientes actos:

a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.

c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

Sin embargo, no serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 105 a 107, sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos, tanto si acuerdan como si no la resolución y la celebración de nueva licitación”.

El acto que dice impugnar la recurrente es una comunicación firmada por el jefe del servicio de gestión de expedientes de contratación y remitida el 20 de mayo a todas las empresas participantes en la licitación para informarles del orden en que han quedado

clasificadas sus ofertas tras la fase de negociación, en la que se señala que a la que figura en primer lugar, considerada la económicamente más ventajosa, se le requerirá el aporte de la documentación que se establece en el artículo 151.2 del TRLCSP, como requisito previo a la adjudicación.

Este Tribunal ha tenido ocasión de manifestarse sobre la admisión de recursos interpuestos contra actos de trámite en reiteradas ocasiones, valga por todas la Resolución 113/2013, de 21 de marzo, en la que, en un caso similar al que ahora analizamos señalaba:

“El artículo 40.2.b del TRLCSP admite la posibilidad de que los actos de trámite sean objeto de recurso especial en materia de contratación en los casos en que: 1) decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación; 2) determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento; o 3) produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Este precepto añade que se consideran actos de trámite que impiden la continuación del procedimiento, los actos de la Mesa de contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores”.

Pues bien, como allí sucedía, en el caso que nos ocupa no concurre ninguna de las circunstancias descritas, es decir, el acto impugnado no decide directa ni indirectamente la adjudicación del contrato (que tiene lugar en un momento procedimental posterior); no impide la continuación del procedimiento (pues la oferta de la recurrente aún no ha sido descartada, pudiendo llegar a ser adjudicataria); y no produce indefensión ni perjuicio irreparable de derechos o intereses legítimos (pues el licitador podría, si lo estima oportuno, impugnar la adjudicación cuando ésta tenga lugar).

En consecuencia, este Tribunal entiende que procede declarar la inadmisión del presente recurso contra la comunicación del orden en que han sido clasificadas las ofertas, al no interponerse frente a un acto que sea susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Quinto. Pero expuesto cuanto antecede, conviene señalar que, aún en el caso de que el recurso se hubiera interpuesto contra la Resolución de adjudicación que, según indica el

órgano de contratación, se ha producido ya en favor de la empresa clasificada en primer lugar por orden de puntuación, el recurso debería ser desestimado.

Así, de la lectura del informe del órgano de contratación se deduce que, una vez culminada la fase de negociación y el resto de trámites exigidos dentro del procedimiento negociado por la normativa vigente y por los pliegos que rigen la presente licitación, el CIEMAT recabó de la empresa clasificada en primer lugar, la documentación a que se refiere el artículo 151.2 del TRLCSP, recibida la cual, ha procedido a dictar la oportuna Resolución de adjudicación a favor de dicha empresa.

Por otra parte, el único motivo esgrimido por la recurrente para impugnar la actuación del órgano de contratación se refiere al supuesto incumplimiento por parte de éste, de la actuación que, en su opinión, debió llevar a cabo conforme a lo estipulado en el artículo 152 del TRLCSP y recogido en la cláusula X.6 del pliego, referido a las Ofertas con valores anormales o desproporcionados.

El citado artículo 152 establece lo siguiente:

“1. Cuando el único criterio valorable de forma objetiva a considerar para la adjudicación del contrato sea el de su precio, el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas podrá apreciarse de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente, por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado.

2. Cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, podrá expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, podrán indicarse en el pliego los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales.

3. 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.

..../”

En cuanto al pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la presente licitación, señala que los aspectos económicos y técnicos de negociación con las empresas se circunscriben al precio (apartado 16 del cuadro de características). Ya en el pliego propiamente dicho, la cláusula X.3 recoge las previsiones contenidas en el artículo 151 del TRLCSP en el sentido de que la Mesa de contratación clasificará por orden decreciente las ofertas que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales conforme a dicho precepto legal, indicando que se considerarán como tales aquéllas cuyo porcentaje de baja exceda de 10 unidades porcentuales de la media aritmética de las ofertas presentadas. Y la cláusula X.6 determina la forma de actuar del servicio de contratación a lo largo del proceso de negociación, e indica que en la presente licitación únicamente se negociará sobre el precio y la negociación se llevará a cabo en una única fase. Y se concluye que los vocales técnicos emitirán informe sobre las ofertas que definitivamente formulen las empresas participantes tras la fase de negociación.

Termina la cláusula X.6 con la siguiente anotación: “En relación con las ofertas con valores desproporcionados o anormales, se estará a lo dispuesto en la cláusula X.3 del presente pliego y en el artículo 152 del TRLCSP”.

Pues bien, como puede verse, el Cuadro de características que regula específicamente la contratación objeto del presente recurso, únicamente determina que en esta licitación sólo habrá negociación sobre el precio y que éste será el único criterio de valoración de las ofertas, si bien lo hace por referencia a la cláusula X.6 del pliego propiamente dicho

en la que describe brevemente cómo se llevará a cabo el procedimiento de negociación y termina señalando que, respecto a las ofertas anormales o desproporcionadas, se estará a lo dispuesto en el artículo 152 del TRLCSP.

En el caso que nos ocupa, habida cuenta de que el único criterio de adjudicación era el precio y que participaron en la licitación cuatro empresas, resultarían incursas en presunción de anormalidad o desproporción aquellas ofertas que resultasen inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 85 del RGLCSP y recogido, a su vez, en la cláusula X.3 del pliego de cláusulas administrativas particulares.

Pues bien, este Tribunal considera que el órgano de contratación ha actuado conforme a Derecho en cuanto al tratamiento de la oferta definitiva de la empresa que ha resultado adjudicataria y que, conforme a lo expuesto hasta aquí, estaría incurso en presunción de anormalidad o desproporción por representar una baja superior en más de 10 puntos porcentuales a la baja media de todas las admitidas a licitación. Y ello por un doble motivo:

En primer lugar, porque para el presente contrato en ningún apartado del pliego se determina taxativamente que los servicios de contratación estén obligados a llevar a cabo actuación alguna respecto a las ofertas con bajas de precio que, en principio, pudieran superar los parámetros de presunta anormalidad. Y en tales condiciones, tratándose de un procedimiento negociado en el que precisamente el elemento de negociación entre el órgano de contratación y los licitadores es el precio, el Tribunal entiende que si el órgano de contratación que había estudiado las proposiciones de los licitadores y aclarado con ellos cualquier duda sobre las mismas, tras haber negociado con ellos sobre el precio no consideraba inviable la oferta de la adjudicataria, no era necesario llevar a cabo la solicitud de justificación y el posterior informe a que se refiere el artículo 151.2 del TRLCSP.

Para el caso concreto que nos ocupa debe ser acogida dicha interpretación del artículo 152 del TRLCSP por entender que, cuando el citado precepto se refiere en su apartado 3 al procedimiento a seguir para asegurar la viabilidad de las ofertas, señala expresamente que ello tendrá lugar *“Cuando se identifique una proposición **que pueda ser***

considerada desproporcionada o anormal,...". Nada obsta, en opinión del Tribunal, a que el órgano de contratación pueda no haber considerado siquiera la posibilidad de que la oferta de la adjudicataria pudiera ser inviable y, por tanto, tener que rechazarla, por lo que podría, sin más, haber continuado el procedimiento sin tramitación adicional alguna. Y considera el Tribunal que esta forma de actuar se acomoda plenamente a los preceptos de la Directiva comunitaria sobre la materia que delimitan el procedimiento que debe seguirse **antes de poder rechazar** una oferta que pudiera contener valores presuntamente anormales o desproporcionados (artículo 55 Directiva 2004/18/CE). Si en el caso que nos ocupa el órgano de contratación no se había planteado la eventualidad de rechazar la oferta de la adjudicataria, no tendría necesidad de solicitarle justificación de su oferta.

Resulta importante en este punto insistir en que la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, de Coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, configura el procedimiento que debe seguirse cuando se considere que una oferta es anormalmente baja con relación a la prestación que se contrata, como un derecho del licitador que la presentó, al que se otorga la posibilidad de justificar que, con el precio ofertado, va a poder ejecutar correctamente el objeto del contrato. En tal sentido, el artículo 55 de la citada Directiva dispone que:

"1. Si, respecto de un contrato determinado, alguna oferta se considera anormalmente baja con relación a la prestación, antes de rechazar dicha oferta, el poder adjudicador solicitará por escrito las precisiones que considere oportunas sobre la composición de la oferta.

Dichas precisiones podrán referirse a:

- a) el ahorro que permita*
- b)*

2. El poder adjudicador consultará al licitador y verificará dicha composición teniendo en cuenta las justificaciones aportadas.

....”.

El apartado 3 del artículo 152 de nuestro TRLCSP no hace más que transponer el citado precepto comunitario, con una redacción prácticamente idéntica; recordemos: “3. *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.....*”

En ambos casos, tanto la norma comunitaria como la de nuestra Ley de Contratos, contemplan el citado procedimiento de actuación respecto a los licitadores que hubieran presentado una oferta con valores presuntamente anormales o desproporcionados, como una posible excepción al criterio general de adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa regulado en el artículo 53 de la Directiva y en el 150 del TRLCSP. Así, el criterio general es la obligación del órgano de contratación de adjudicar el contrato al licitador que presente la oferta más ventajosa económicamente atendiendo a los criterios de adjudicación definidos en los pliegos. Y únicamente se admite que no se aplique tal criterio general, cuando la oferta mejor clasificada contuviese valores que pudiesen considerarse anormalmente bajos e hiciesen sospechar al órgano de contratación que pudiera no ejecutarse correctamente el objeto del contrato.

En tales condiciones, la citada normativa de contratación admite que pudiera no adjudicarse el contrato a la oferta económicamente más ventajosa, pero para que el órgano de contratación pueda actuar de tal forma, le exige que, antes de rechazar dicha oferta, conceda audiencia al titular que la hubiera presentado para que justifique su valoración y precise las condiciones de la misma; en última instancia, para que aporte datos al órgano de contratación que le permitan despejar dudas sobre la viabilidad de tal

oferta. Y, únicamente, después de estudiar las explicaciones y los datos aportados por la empresa, podría rechazar la oferta de ésta si considera que no podrá ser cumplida en los términos requeridos por los pliegos.

Como puede apreciarse, por tanto, el procedimiento descrito está configurado como un derecho del licitador que ofrece una baja importante sobre el precio de licitación, cuyo cumplimiento podrá exigir éste del órgano de contratación. Pero difícilmente cabe aceptar que otro licitador impugne una adjudicación alegando que el órgano de contratación no ha cumplimentado tal procedimiento, como es el caso que nos ocupa. Cuestión distinta sería que el fundamento de la impugnación fuese la inviabilidad de la oferta incurso en valores anormales o desproporcionados y el recurrente aportase motivos fundados para tal impugnación. En tal caso, sí que cabría reclamar del órgano de contratación que justificase su apreciación de viabilidad de la oferta poniendo en marcha, en su caso, el mecanismo descrito en el artículo 152.3 TRLCSP antes reproducido.

Pero como se ha indicado antes, no es ésta la situación en que nos encontramos. La recurrente únicamente alega que el órgano de contratación no ha recabado la justificación del licitador cuya oferta contenía valores presuntamente desproporcionados, ni ha redactado el oportuno informe sobre la documentación justificativa de dicha oferta. Y todo ello sin tener en cuenta, como señalábamos antes, que estamos ante un procedimiento negociado con el precio como único criterio de adjudicación.

En síntesis, entiende este Tribunal que, en un caso como el que nos ocupa en el que, como consta en el expediente, el órgano de contratación ha venido negociando durante el procedimiento de adjudicación con cada una de las empresas invitadas a participar en la licitación, podría perfectamente tener constancia, a través de las negociaciones llevadas a cabo, de la viabilidad de la oferta mejor puntuada, sin llegar a considerarla anormal o desproporcionada y, por tanto, no sería imprescindible efectuar los trámites a que se refiere el artículo 152.3 (petición de justificación e informe técnico), especialmente si el órgano de contratación no se plantea la opción de excluir a la empresa.

Sexto. Pero es que, además de lo expuesto en el punto anterior, en el caso que nos ocupa el órgano de contratación sí que requirió a la empresa que había obtenido la mejor

puntuación, para que justificase la viabilidad de su última oferta económica y que ésta cubría todos y cada uno de los requisitos técnicos del pliego correspondiente, habiéndose verificado el mecanismo establecido en el artículo 152.3 TRLCSP antes descrito.

En el expediente remitido al Tribunal consta un escrito del órgano de contratación, fechado el 16 de mayo de 2013 y dirigido a HIGH TECHNOLOGY SOLUTIONS, S.L., en el que se le solicitaba información adicional para justificar su oferta, habida cuenta de que se encontraba incurso en presunción de anormalidad o desproporción conforme a lo dispuesto en los artículos de la normativa de contratación citados anteriormente.

Figura también en el expediente remitido al Tribunal la contestación de la empresa, fechada el 17 de mayo de 2013, en la que respondía a las cuestiones formuladas por el órgano de contratación. Y con base en tales documentos, el Responsable del proyecto formuló la propuesta definitiva de adjudicación del contrato a la empresa clasificada en primera posición.

Habiéndose cumplido, pues, todos los trámites que el TRLCSP exige para llevar a cabo la adjudicación de un contrato por procedimiento negociado, incluso los contenidos en el artículo 152.3 del citado texto legal, entiende el Tribunal que, de no estar el recurso inmerso en causa de inadmisión, procedería que el mismo fuera desestimado.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por NOVALTI, S.A. contra la clasificación de las ofertas admitidas a la fase de negociación del procedimiento para la contratación de la “Fabricación y suministro de mesas de posicionamiento para los cuadrupolos de las intersecciones del XFEL- Europeo”, por tratarse de un acto de trámite no susceptible de recurso especial en materia de contratación.

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 de la Audiencia Nacional, 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 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.