



Recurso nº 815/2013 C.A. Illes Balears 041/2013

Resolución nº 593/2013

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

En Madrid, a 4 de diciembre de 2013.

VISTA la reclamación interpuesta por D.^a M.L.D.G., en representación de ACCIONA AGUA, S.A.U. (en lo sucesivo ACCIONA o la recurrente), contra la adjudicación por la Agencia Balear del Agua y de la Calidad Ambiental del contrato de servicios de *“Explotación, mantenimiento y conservación de las instalaciones de la zona de abastecimiento de Mallorca (Sa Marineta, Sa Costera, S’Estremera, Son Pacs, Arteria de Poniente y Arteria de Marratxí)”* (expediente EX/SE/13/12), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Agencia Balear del Agua y de la Calidad Ambiental (en adelante ABAQUA o el órgano de contratación) convocó, mediante anuncio publicado en el DOUE, en el Boletín Oficial de Illes Balears y en el BOE los días 13 y 22 de agosto y 12 de septiembre de 2013, respectivamente, licitación para contratar, por el procedimiento abierto, el servicio de explotación, mantenimiento y conservación de las instalaciones de la zona de abastecimiento de agua de Mallorca, con un importe de 2.742 892,63 EUR (IVA excluido). A la licitación de referencia presentó oferta la sociedad recurrente.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en lo sucesivo LCSE), así como de acuerdo con las remisiones que en los pliegos se hacen a la Ley de Contratos del Sector Público, cuyo texto refundido (en lo sucesivo TRLCSP) fue aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Tercero. Tras la apertura de las ofertas económicas, se apreció que, de acuerdo con lo establecido en la cláusula 15.3 del pliego de bases de la licitación, la oferta de la SOCIEDAD FOMENTO AGRÍCOLA CASTELLONENSE, S.A. (en adelante FACSA o la adjudicataria) estaba incurso en presunción de temeridad pues superaba en más de 10 puntos (11,93 puntos) a la baja media cualificada. Dicha cláusula 15.3 establece:

“15.3.- La adjudicación al licitador que presente la oferta más ventajosa no procederá cuando el órgano de contratación presuma con fundamento que la proposición no podrá ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. Se considerará baja temeraria la baja mediana cualificada en más del 10 %.

En caso de una proposición considerada desproporcionada o anormal en este sentido el licitador podrá presentar las justificaciones según artículo 152 del TRLCSP. Así pues, es necesario que tenga una solución técnica original o unas condiciones excepcionalmente favorables que lo diferencien del resto de licitadores”.

Por ello, se acordó dar trámite de audiencia a FACSA para que justificara su oferta. Así lo hizo en el plazo establecido. A la vista de la justificación, el informe técnico del Jefe de Área de Construcción y Gestión de Abastecimiento y Desaladoras concluye que: *“Atendiendo las propuestas de ejecución por parte de FACSA con medios propios del servicio de gran parte de las tareas y de los medios de apoyo de que dispone, y teniendo en cuenta que la empresa FACSA ha presentado la oferta técnica mejor valorada en el concurso, lo que implica un profundo conocimiento de las instalaciones y su funcionamiento,... se considera que FACSA, con las ofertas económicas y técnicas presentadas puede prestar adecuadamente el servicio”.*

Tras los trámites oportunos, el Consejo de Administración de ABAQUA, acordó el 22 de octubre de 2013 la adjudicación, conforme a la propuesta realizada por la mesa de contratación, en favor de FACSA por un importe de 1.782.370,36 euros. La puntuación global obtenida por ésta fue de 97,25 puntos (de los cuales, 32,25 corresponden a la valoración técnica). La recurrente, clasificada en segundo lugar, obtuvo 82,35 puntos (de ellos, 31 en la puntuación técnica).

La adjudicación se publicó en el perfil del contratante el 23 de octubre y se notificó en la misma fecha a la empresa recurrente.

Cuarto. Contra la referida adjudicación, la representación de ACCIONA interpuso recurso de reposición ante ABAQUA el 4 de noviembre. Por parte de ésta se entendió que había un error en la calificación del recurso y que contra el acto de la adjudicación cabía interponer reclamación ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de acuerdo con lo previsto en el artículo 101 y siguientes de la LCSE. En virtud de lo establecido en el artículo 110.2 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), según el cual *"el error en la calificación del recurso por parte de la recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter"*, el 8 de noviembre dio traslado del recurso a este Tribunal, junto al expediente y su correspondiente informe.

Quinto. El 9 de noviembre se presenta en el registro de este Tribunal reclamación de ACCIONA que abunda en los mismos argumentos que el recurso de reposición y en la que solicita que se anule la adjudicación por entender que:

- La oferta de FACSA *"constituye una baja temeraria"* y, de acuerdo con lo establecido en los pliegos al hacer la valoración económica *"se deben excluir las ofertas que se encuentren en baja temeraria, en este caso, la oferta de FACSA"* que, según la recurrente, no debió ser puntuada.
- A la vista de *"la documentación del expediente... considera que es imposible que FACSA haya podido justificar su baja temeraria"*. Fundamenta esa afirmación en que ACCIONA tiene una dilatada experiencia en la prestación del servicio (hasta ahora ha sido la contratista del mismo) y disiente del informe justificativo de la adjudicación. En particular, destaca que en el mantenimiento, el cuadro de precios de FACSA incumple con el contenido mínimo exigido en los pliegos porque no tiene en cuenta las tareas que deben realizarse con empresas exteriores.

Concluye la recurrente que la oferta de FACSA debió ser excluida porque es la oferta *"con un mayor grado de incumplimiento del Pliego"*. Además, considera que FACSA, carece del conocimiento de las instalaciones y su funcionamiento que tienen otras licitadoras como ACCIONA, actual contratista del servicio. Señala que en el Informe de

justificación de la adjudicación no se hace referencia a ningún procedimiento, solución técnica o condición excepcionalmente favorable que permita a FACSA ahorros en la prestación del servicio. Por último, indica que no hay *"constancia alguna de que el fabricante de las máquinas cuyo mantenimiento pretende realizar FACSA permita que un tercero no especializado lo haga..."*.

Sexto. El informe remitido por ABAQUA manifiesta que:

- No se excluyó la oferta de FACSA ya que se justificó la presunta baja temeraria y *"la consideración de una determinada oferta como presuntamente anormal o desproporcionada no comporta nunca la exclusión automática de la empresa licitadora,..."*. Por ello, *"el cálculo de las puntuaciones económicas de las ofertas debe realizarse con posterioridad al análisis y valoración de la justificación de las ofertas anormales o desproporcionadas, excluyendo a las no admitidas por no haberse estimado la justificación sobre su viabilidad"*.
- En los pliegos *"no se indica en ningún momento que no se permite que el contratista pueda ejecutar directamente las actividades de mantenimiento y conservación mencionadas por ACCIONA"*. La empresa adjudicataria, en su oferta y en su informe justificativo *"manifiesta que utilizará a personal propio para la ejecución del mayor número posible de tareas de mantenimiento eléctrico y mecánico. Asimismo... ha presentado la oferta técnica mejor valorada... (y) refleja que seguirá, en todo momento, las recomendaciones establecidas por el fabricante de los equipos"*.

Respecto a las conclusiones de la reclamación, ABAQUA expone que la valoración de los criterios no evaluables mediante fórmula se hizo antes de la apertura de las ofertas económicas y la oferta técnica de FACSA *"obtuvo la mejor puntuación de acuerdo con los criterios previstos en el pliego de bases de la licitación, lo que evidencia que la oferta cumple con los requisitos establecidos en el pliego"*. Señala también que el contrato que se licita integra las instalaciones incluidas antes en dos contratos diferentes; FACSA era la empresa contratista de uno de ellos y ACCIONA del otro. El informe técnico emitido sobre la justificación de la oferta de FACSA, consideró que *"teniendo en cuenta las ofertas económicas y técnicas presentadas, puede prestar adecuadamente el servicio..."*.

Carece de sentido que los fabricantes de los equipos a mantener deban emitir informe técnico sobre la oferta de FACSA, máxime cuando esos equipos *“son propiedad de ABAQUA, y no de sus respectivos fabricantes”*.

Séptimo. El 20 de noviembre de 2013 este Tribunal acordó levantar la suspensión derivada de la interposición de la reclamación, producida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 104.6 de la LCSE.

Octavo. Por la Secretaría del Tribunal, el 25 de noviembre de 2013 se dio traslado de la reclamación interpuesta a todos los licitadores para que pudieran formular alegaciones, sin que ninguno de ellos haya evacuado este trámite.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Aunque en el pliego se clasifica el contrato con la referencia CPV 65130000-3 (explotación del suministro de agua), su objeto es el de explotación, mantenimiento y conservación de instalaciones, que tiene mejor encaje como contrato de reparación y mantenimiento (CPV 50000000-5), incluido, por tanto, en la categoría 1 del Anexo II A de la LCSE.

Se impugna la adjudicación de un contrato de servicios de los contemplados en la LCSE, acto susceptible de reclamación habida cuenta de que ABAQUA tiene la condición de entidad de derecho público del Gobierno de las Illes Balears que desarrolla actividades de promoción, construcción, explotación y mantenimiento de infraestructuras hidráulicas, -actividades incluidas en el artículo 7.1 de la LCSE- y el expediente a que se refiere la reclamación es un contrato de servicios incluido en el ámbito de la Ley citada, por la categoría (servicios de mantenimiento: artículo 15.1 y Anexo II A de la LCSE) y el importe (superior a 400.000 euros: artículo 16.a).

La competencia para resolver la presente reclamación corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 101.1 de la LCSE, en relación con el 41.5 del TRLCSP y de conformidad con lo dispuesto en el Convenio de colaboración con la Comunidad Autónoma de Illes Balears sobre atribución de competencia de recursos contractuales, publicado en el BOE de 19 de diciembre de 2012.

Segundo. Debe entenderse que, como señala el órgano de contratación en su informe, había un error en la calificación del recurso de reposición inicialmente formulado por ACCIONA y que, en virtud de lo establecido en el artículo 110.2 de la LRJ-PAC, tal error no impide su tramitación como reclamación de las previstas en el Capítulo I del Título VII de la LCSE. Hemos de concluir, por tanto, que el recurso de reposición inicial queda subsumido en la reclamación formulada por ACCIONA, objeto ambos de esta Resolución.

Tercero. La empresa ACCIONA concurrió a la licitación y no resultó adjudicataria. Debe entenderse pues que tiene la legitimación requerida por el artículo 102 de la LCSE.

Se han cumplido los requisitos de plazo para el anuncio e interposición de la reclamación, previstos en el artículo 104 de la Ley citada.

Cuarto. Las alegaciones de la recurrente respecto a la puntuación de la oferta adjudicataria en los criterios evaluables en función de juicios de valor, se limitan a afirmar que FACSA no puede haber *“presentado la oferta técnica mejor aunque la Administración recurrida así lo haya considerado, pues una mejor valoración técnica implica un profundo conocimiento de las instalaciones y su funcionamiento que FACSA no tiene frente a otras licitadoras como ACCIONA, actual contratista del servicio”*.

Tal afirmación no se fundamenta en dato alguno y, además, es incierta respecto a que sólo *“ACCIONA es la actual contratista del servicio”* pues, como señala el órgano de contratación, la licitación que se impugna integra las instalaciones incluidas antes en dos contratos de servicio diferentes, de los que FACSA era la contratista de uno de ellos y ACCIONA del otro.

Por lo demás, como este Tribunal ha reiterado en múltiples ocasiones a los criterios evaluables en función de juicios de valor les es de aplicación la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada *discrecionalidad técnica* de la Administración. De acuerdo con ella, lo que se valora mediante la aplicación de criterios estrictamente técnicos, este Tribunal no lo puede corregir con criterios jurídicos, salvo que la valoración se haya hecho con defectos de procedimiento, contenga errores o sea arbitraria.

En este caso, ni se aduce ni se advierte en el expediente la existencia de defecto procedimental, ni de errores patentes ni de arbitrariedad comprobable. El único reproche

de la reclamación se limita a señalar que FACSA incumple los pliegos porque no tiene en cuenta las tareas que deben realizarse con empresas exteriores. Lo cierto es que la cláusula 11 del Pliego de prescripciones técnicas sólo se refiere a que actividades tales como *“revisiones de instalaciones de alta tensión, instalaciones eléctricas de baja tensión, extintores, aparatos elevadores, protecciones catódicas, grupos electrógenos y sistemas contra-incendios... tendrán que ser realizadas por empresas cualificadas en aplicación de la normativa vigente de la Administración competente y a cargo del contratista”*, pero no se impide que el contratista pueda ejecutar directamente las actividades de mantenimiento y conservación que señala la recurrente (lubricación y engrases; mantenimiento electromecánico; ...).

En tales condiciones es evidente que no se puede apreciar la existencia de un error o arbitrariedad invalidante de la valoración.

Quinto. A continuación examinaremos las alegaciones de la recurrente referidas a la temeridad de la oferta de la adjudicataria.

En efecto, según las reglas establecidas en la cláusula 15.3 del pliego de bases, transcrita en el antecedente tercero, la oferta de FACSA estaba incurso en presunción de temeridad por su bajo importe. En tal caso, la mesa de contratación, antes de poder rechazarla estaría obligada a pedir la justificación pertinente. Así lo establece el artículo 82.1 de la LCSE *“Si las ofertas resultasen anormalmente bajas en relación con la prestación que se ha de ejecutar, la entidad contratante, antes de poder rechazarlas, pedirá por escrito a quienes hubieran presentado dichas ofertas las precisiones que juzgue oportunas...”*, términos casi idénticos a los del artículo 57.1 de la Directiva 2004/17/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales. Es decir, de acuerdo con lo establecido en la LCSE, la mesa puede aceptar una oferta incurso en presunción de temeridad, pero no puede rechazarla sin escuchar al licitador.

En este caso, la mesa de contratación decidió, *“de conformidad con lo establecido en el pliego de bases y en el artículo 152 del TRLCSP”*, conceder un plazo para que FACSA

presentara la oportuna justificación, *“de conformidad con el desglose de precios previsto en su oferta económica”*.

Sobre la justificación de la viabilidad de las ofertas económicas incursas en presunción de temeridad, la doctrina del Tribunal (resumida en la Resolución 142/2013, de 10 de abril) considera que: *“El hecho de que una oferta incluya valores anormales o desproporcionados no implica su exclusión automática de la licitación, sino la necesidad de conferir trámite de audiencia al contratista para que justifique la viabilidad económica de la proposición, y de recabar los asesoramientos técnicos procedentes”*. La decisión sobre la aceptación o no de *“la justificación de la viabilidad de las ofertas incursas en valores anormales o desproporcionados corresponde al órgano de contratación, atendiendo a los elementos de la proposición y a las concretas circunstancias de la empresa licitadora, y valorando las alegaciones del contratista y los informes técnicos emitidos, ninguno de los cuales tienen carácter vinculante”*.

Carece de sentido la afirmación de la recurrente de que, por el hecho de incurrir en presunción de temeridad, no debía haberse valorado la oferta económica de FACSA. Es evidente que no procede tal valoración si el órgano de contratación considera que no se ha justificado la viabilidad de la oferta. Por el contrario, si se acepta que tal oferta puede ser cumplida satisfactoriamente y, por tanto, no se declara anormal o desproporcionada, es obligado que la valore e incluya en la clasificación de ofertas. Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 151.1 del TRLCSP: *“El órgano de contratación clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas y que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales conforme a lo señalado en el artículo siguiente...”*.

En cuanto al procedimiento seguido respecto a la oferta presuntamente desproporcionada, el artículo 152.3 del TRLCSP, al que se remite la cláusula 15.3 del pliego de bases, establece que:

“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 la adjudicación que se recurre, se han seguido las pautas del TRLCSP y de los pliegos por cuanto, según consta en el expediente, se ha dado *“audiencia al licitador... para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma,...”* y se solicitó *“el asesoramiento técnico del servicio correspondiente”*.

El informe justificativo de FACSA resalta que su experiencia en la gestión de instalaciones similares está más que justificada puesto que *“ha sido gestora del Servicio de explotación y mantenimiento de la zona de Sa Marineta durante los últimos tres años, motivo el cual permite conocer con exactitud y al detalle la forma de explotación del sistema y los costes asociados al mismo”*. Resalta también como condición más favorable de FACSA *“la utilización de personal propio para la ejecución del mayor número posible de tareas de mantenimiento eléctrico y mecánico...”*.

El informe técnico, al que se ha hecho referencia en el antecedente tercero, tiene en cuenta la manifestación de FACSA de que utilizará a personal propio para la ejecución de tareas de mantenimiento eléctrico y mecánico. El informe analiza de manera pormenorizada las distintas partidas de gasto y los trabajos de mantenimiento que FACSA realizará con personal propio y subraya que la oferta técnica presentada es la *“mejor valorada en el presente concurso, destacando en la misma un amplio conocimiento de las instalaciones y su funcionamiento, lo que facilitaría el mantenimiento de las mismas por el personal propio del servicio”*.

Como hemos señalado reiteradamente en numerosas resoluciones, la finalidad de la legislación de contratos es que se siga un procedimiento contradictorio para evitar rechazar las ofertas con valores anormales o desproporcionados sin comprobar antes su viabilidad. No se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo.



En el caso que nos ocupa, se han cumplido formalmente todos los requisitos exigidos legalmente y este Tribunal entiende que los argumentos expresados en el informe justificativo de la adjudicación avalan la convicción del órgano de contratación de que la proposición presentada por FACSA pueda ser cumplida, por lo que resulta la más ventajosa económicamente y fundamenta la adjudicación en su favor.

Sexto. Las alegaciones de ACCIONA, se limitan a poner en duda la viabilidad de la oferta adjudicataria y se basan en afirmaciones que no se fundamentan (*“La oferta de FACSA resulta ser la oferta con un mayor grado de incumplimiento del Pliego”*), o son inexactas (*“las actividades de mantenimiento y conservación deben realizarse por empresas exteriores”*), o inciertas (FACSA carece de *“un profundo conocimiento de las instalaciones y su funcionamiento,... frente a otras licitadoras como ACCIONA, actual contratista del servicio”*).

La reclamación de ACCIONA debe reputarse como temeraria, puesto que se basa en argumentos faltos de consistencia y su único objetivo aparente es el de retrasar la formalización del contrato. Se aprecia un abuso del derecho al recurso que pretende con evidente mala fe usar la reclamación para otros fines, sin reparar en el daño que se causa al adjudicatario y a la entidad contratante mediante la suspensión del acto de adjudicación.

Por consiguiente, resultan de aplicación las previsiones del artículo 47.5 del TRLCSP, por lo que procede la imposición de una multa a la empresa recurrente, dada la temeridad y mala fe de la reclamación interpuesta y el perjuicio tanto para el adjudicatario como para el órgano de contratación. Al no haber ofrecido éste una cuantificación precisa del perjuicio, se fija la multa en su cuantía mínima de 1.000 euros.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar la reclamación interpuesta por D.^a M.L.D.G., en representación de ACCIONA AGUA, S.A.U., contra la adjudicación por la Agencia Balear del Agua y de la

Calidad Ambiental del contrato de servicios de explotación, mantenimiento y conservación de las instalaciones de la zona de abastecimiento de Mallorca.

Segundo. Apreciar la concurrencia de mala fe y temeridad en la interposición del recurso e imponer a ACCIONA AGUA, S.A.U. una multa de mil euros (1.000 €).

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 Illes Balears, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.