



Recurso nº 832/2013

Resolución nº609/2013

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

En Madrid, a 4 de diciembre de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D.M.R.C., en representación de la compañía COMERCIAL DE PROTECCIÓN CONTRA INCENDIOS, S.A. (en lo sucesivo, CPI o la recurrente), contra el acuerdo de la Junta de Contratación del Ministerio de Fomento por el que se excluye su oferta en la licitación convocada para contratar el servicio de *“Mantenimiento de las instalaciones de equipos contra incendios en la sede central del Ministerio de Fomento y otros edificios del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente y Comisión Nacional del Sector Postal”* (expediente 13B42), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Junta de Contratación del Ministerio de Fomento (en adelante, la Junta o el órgano de contratación) convocó, mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Estado, en el BOE y en el DOUE los días 1, 5 y 6 de agosto de 2013, respectivamente, licitación por procedimiento abierto para contratar los servicios de mantenimiento de las instalaciones contra incendios en los edificios indicados. El presupuesto de licitación correspondiente a la duración inicial del contrato (sin IVA) asciende a 81.683,42 €. El valor estimado se cifra en 166.650,38 euros. A la licitación referida presentó oferta la recurrente.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley de Contratos del Sector Público -cuyo texto refundido (TRLCSF en adelante) fue aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre-, así como en las normas de desarrollo en materia de contratación: Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, y Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas

(RGLCAP) aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. El contrato, de la categoría 1 del Anexo II del TRLCSP, está sujeto a regulación armonizada.

Tercero. En la valoración de los criterios no evaluables mediante fórmulas, a la oferta presentada por CPI se le asigna la máxima puntuación (28 puntos). Para otorgar esa puntuación se tiene en cuenta, entre otras consideraciones, que en el *Programa de mantenimiento*, la oferta de CPI *“Incluye la implantación de un sistema de gestión del mantenimiento mediante programas informáticos”* y respecto al *Plan de control de calidad*, que *“Incluye el control de asistencia y presencia de los trabajadores mediante la aplicación de sistemas de control informáticos”*.

Posteriormente, el 9 de octubre, tras la apertura de las ofertas económicas se constata que la de CPI, por importe de 49.010 €, presenta valores desproporcionados, pues, de acuerdo con la cláusula 14 del Pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), es inferior en más del 10% a la media aritmética de las ocho ofertas admitidas. Lo mismo sucede con otras dos ofertas. El mismo día, el Secretario de la Junta notifica a CPI que debe remitir *“información justificativa de que su proposición puede ser cumplida a satisfacción de la Administración”*.

Cuarto. El escrito de información requerido lo presentó CPI en el plazo habilitado. Entre los argumentos para justificar su oferta, además del compromiso de ejecución del servicio en los términos definidos en los pliegos, detalla los costes de personal, materiales y equipos e imputa además un 13% de gastos generales y un 6% de beneficio industrial, hasta totalizar la cuantía de la oferta presentada. Señala además que *“la experiencia contraída, tras realizar los mismos trabajos referenciados durante más de 8 años en el Ministerio de Fomento, nos permite poseer un conocimiento que consideramos muy ventajoso,...”*. Por último, hace referencia a la implantación de una *“novedosa”* aplicación informática, a la que han hecho mención en la oferta técnica presentada que genera un *“ahorro muy considerable”* en gastos de administración y gestión.

Quinto. La Junta requirió informe de la *Oficialía Mayor* que, *“de acuerdo con el contenido del artículo 152.3 del TRLCSP”*, procedió a evaluar la justificación aportada por CPI. En su informe considera que: i) en cuanto al procedimiento de ejecución, en el estudio de costes *“no se mencionan los generados por la atención de averías 24 horas”*; ii) respecto a las soluciones técnicas de utilización de aplicaciones informáticas de control y gestión,

considera también que *“no se menciona una solución técnica que establezca una diferencia respecto al resto de los licitadores”* y iii) sobre la condición favorable que aporta el conocimiento de la instalación, entiende que *“ser el adjudicatario del contrato en los últimos años no debe considerarse una condición excepcionalmente favorable para ejecutar la prestación”*. Concluye, por ello, que *“se informa desfavorablemente la justificación realizada”* por CPI. En el mismo informe se rechazan también las justificaciones de las otras dos proposiciones incursas en presunción de temeridad..

Sexto. El 23 de octubre, la Junta de Contratación acordó, una vez analizado el informe de la Oficialía Mayor, excluir las ofertas que presentaban valores anormales o desproporcionados. El mismo día se le notificó a CPI el acuerdo de exclusión.

A la vista de las puntuaciones obtenidas por las restantes empresas, la Junta acuerda adjudicar el contrato a la empresa FERMALUX, S.L., por un importe de 54.300 €, por ser la oferta más ventajosa para la Administración.

El acuerdo de adjudicación se adopta el 11 de noviembre, se publica en la Plataforma de Contratación en la misma fecha y se notifica a la recurrente al día siguiente.

Séptimo. El 31 de octubre se recibe en el registro del Mº de Fomento un escrito de CPI de respuesta a su exclusión, en el que reitera que su oferta *“es la apropiada para garantizar el servicio objeto del contrato”* y argumenta sobre su capacitación para ello por su relación directa con la seguridad de los edificios (conocimiento de las zonas restringidas; participación en simulacros; conocimiento de los sistemas de detección).

Aunque el escrito no se califica como recurso, la Junta, en sesión de 13 de noviembre, acordó tratarlo como recurso especial en materia de contratación, por referirse a la exclusión del licitador. En consecuencia, remitió el 14 de noviembre a este Tribunal copia del expediente de contratación acompañado de su informe. Considera en éste que el escrito de CPI, no aporta nuevos elementos justificativos de su oferta y *“ninguno de esos elementos se ve apoyado con la cuantificación de su coste que acredite la justificación que pretende apoyar. Por otro lado, si los costes inicialmente justificados ya conformaban la oferta presentada, estos nuevos elementos, aún sin cuantificar, deberían haber conducido a un menor precio de la oferta. No parece, por tanto, que hayan sido determinantes de la baja”*. El informe afirma que las alegaciones de CPI se basan en el

hecho de haber trabajado en el Ministerio, pero esos argumentos *“no pueden admitirse como justificación puesto que la experiencia no es argumento viable, de otro modo, la empresa que logra un contrato con la Administración tendría una ventaja de por vida frente a otros licitadores. Se atentaría, por tanto, contra el principio de concurrencia”*.

Octavo. El 19 de noviembre de 2013, la Secretaría del Tribunal, dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones, sin que ninguno de ellos haya evacuado este trámite.

Noveno. En fecha 27 de noviembre de 2013 el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El escrito de CPI se presenta como respuesta a su exclusión del procedimiento por no haber justificado su oferta, incurso en presunción de temeridad. Al amparo de lo dispuesto en el artículo 110.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, -de conformidad con el cual *“el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”*- procede calificar el citado escrito como recurso especial en materia de contratación, tal como propone el órgano de contratación, por cuanto se interpone contra el acuerdo de exclusión en la licitación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, acto susceptible de recurso especial, conforme al artículo 40 del TRLCSP.

La competencia para resolver corresponde a este Tribunal de conformidad con el artículo 41.1 de dicha norma.

Segundo. La empresa CPI concurrió a la licitación y fue excluida, por lo que está legitimada para recurrir, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP. Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del citado texto legal.

Tercero. No es objeto de controversia que la oferta económica de la recurrente se encuentra, de acuerdo con el PCAP, en presunción de temeridad al ser un 15,5% más baja que la oferta media de las ocho admitidas y establecer la cláusula 14 del PCAP que:

“Para determinar las ofertas con valores anormales o desproporcionados, se aplicarán los siguientes criterios:... 3. Cuando concurren tres o más licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas...”

Cuarto. La cuestión de fondo a dilucidar es si, a la vista del informe justificativo presentado por la recurrente y del informe técnico de la Oficialía Mayor, está fundada la conclusión de la Junta de que la oferta de CPI *“no puede ser cumplida”* como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados (art. 152.4 del TRLCSP).

En cuanto al procedimiento seguido, el artículo 152 del TRLCSP en los apartados 3 y 4 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,... En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente...”

4. Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior, estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la proposición económicamente más ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas...”

Como hemos señalado en diversas resoluciones (como referencia reciente, en la Resolución 303/2013, de 17 de julio, relativa también a una licitación de la Junta de Contratación del Ministerio de Fomento), para conjugar el interés general en la contratación pública con la garantía de los principios de libre concurrencia, no discriminación y transparencia que presiden su tramitación, la finalidad de la Ley es que se siga un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas anormales o desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad. Por

ello, el acuerdo del órgano de contratación de exclusión de esas ofertas requiere de una resolución *“reforzada”*, que rebata las justificaciones aducidas por el licitador.

En el presente caso, el acuerdo de exclusión se limita a declarar que, *“considerando la justificación efectuada por el licitador y el informe técnico del servicio correspondiente de la Oficialía Mayor”*, la Junta estima que la oferta de CPI *“no puede ser cumplida”*. Puesto que dicho informe técnico ni se acompaña a la notificación, ni se resume en el acuerdo, hemos de concluir que éste carece de motivación suficiente que le permita al licitador formular recurso suficientemente fundado.

No obstante, en el recurso planteado no se objeta esa falta de motivación, sino que CPI se limita a ampliar las razones que justifican su oferta. Ahora bien, como ya señalamos en la Resolución 303/2013 citada *“a la hora de justificar el acuerdo de exclusión, hay que considerar la información facilitada en su momento y no la aportada posteriormente”*. La nueva información no puede ser tenida en cuenta por el Tribunal porque, por un lado, el trámite de justificación de ofertas está cerrado; y por otro, porque su función *“es exclusivamente revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad sin que sea, en consecuencia, competencia del mismo determinar la validez de la oferta,... con motivo de la nueva información aportada”*.

De acuerdo con ello, en este caso, como en la Resolución que se cita, la cuestión de fondo es si la justificación inicial de CPI era o no suficiente, y si los argumentos del informe de la Oficialía Mayor, que hizo suyos la Junta, bastan para desechar la oferta y evidenciar la conveniencia de un interés público que justifica su exclusión.

Las manifestaciones de CPI para justificar su oferta se han resumido en el antecedente cuarto. Las más relevantes se refieren a:

- El detalle de los costes estimados, que le permiten un margen del 6% de beneficio industrial.
- La implantación de una aplicación informática, que le permite un ahorro considerable en gastos.
- La experiencia durante más de 8 años de gestión del servicio que le permite un ventajoso conocimiento del mismo.

Por su parte, el informe técnico rebate esas manifestaciones, con los argumentos resumidos también en el antecedente quinto:

- Entre los costes considerados no se mencionan los generados por la atención de averías en horario permanente.
- La utilización de aplicaciones informáticas, no implica una solución técnica diferente del resto de los licitadores.
- El hecho de haber prestado el servicio en los últimos años no debe considerarse una condición excepcionalmente favorable para ejecutar la prestación.

Lo que se le requirió a CPI es *“información justificativa de que su proposición puede ser cumplida a satisfacción de la Administración”*. Pero lo que el informe técnico y el acuerdo de la Junta, que lo hace suyo, parecen requerir es una justificación más detallada de los costes estimados y rechaza que un mejor conocimiento del servicio por haberlo prestado en los últimos años pueda considerarse como *“condición excepcionalmente favorable para ejecutar la prestación”*.

La exclusión ha venido determinada, no tanto porque se dude de que la oferta pudiera ser cumplida, cuanto porque no se detallaron suficientemente los costes, no se consideró relevante la aplicación informática a utilizar y porque, como indica la Junta en su informe y hemos transcrito en el antecedente séptimo, el mejor conocimiento del servicio *“no es argumento viable, de otro modo la empresa que logra un contrato con la Administración tendría una ventaja de por vida frente a otros licitadores. Se atentaría, por tanto, contra el principio de concurrencia”*.

Pues bien, en la consideración de este Tribunal, como ya señalábamos en la Resolución 303/2013 a la que hemos hecho referencia, la *“información justificativa”*, en los términos en que está pensada en la Ley, debe entenderse como la que justifique ante el órgano de contratación que, con la valoración de la oferta formulada, se puede cumplir la proposición, en este caso particular por el *procedimiento de ejecución y soluciones técnicas adoptadas* (la utilización de una aplicación informática específica) y las *condiciones excepcionalmente favorables de que disponga* (la experiencia de ocho años

de gestión del mismo contrato). Con este criterio, las manifestaciones del citado informe técnico y del acuerdo de exclusión no contradicen las justificaciones de la recurrente:

- Respecto a la valoración de la oferta, el detalle de los costes indicados por CPI ofrece un margen suficiente (13% de gastos generales) para obviar el que no se hayan explicitado los correspondientes al *servicio de atención de averías 24 horas/365 días*.
- La referencia a que la aplicación informática a utilizar no implica una solución diferenciada con el resto de los licitadores es contraria al hecho de que, en la valoración técnica de CPI, como se indica en el antecedente tercero, se haya considerado esa aplicación como elemento diferencial para otorgarle la máxima puntuación en los criterios de *Programa de mantenimiento y Plan de control de calidad*.
- La referencia a los 8 años de gestión del mismo contrato que ahora se licita no requiere de datos numéricos para apreciar que esa experiencia les permite medir mejor los riesgos y ajustar los costes. El considerar que tal experiencia supone una condición ventajosa para justificar la oferta económica, no significa que se atente por ello contra el principio de la libre concurrencia; lo que se valora es la oferta económica, no la experiencia. Al ser anormalmente baja la oferta, allí donde un mejor conocimiento del servicio permita un mejor ajuste de los costes, la experiencia se puede tener en consideración como elemento justificativo de la oferta, obviamente no como criterio a valorar.

Como hemos señalado en numerosas resoluciones, *“la finalidad de la legislación de contratos es que se siga un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas con valores anormales o desproporcionados se puedan rechazar 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 este caso, como en el de la Resolución 303/2013 reiteradamente citada, se han cumplido formalmente todos los requisitos exigidos legalmente, pero, tal como se ha expuesto más arriba, una vez examinadas las justificaciones de la recurrente, este Tribunal entiende que los argumentos expresados en el informe técnico, en el que se

fundamenta la resolución de exclusión, no contradicen esas justificaciones ni evidencian que su proposición no podrá ser cumplida por lo que hay que concluir que no está fundamentada la exclusión de CPI del procedimiento de licitación.

La anulación de la exclusión de CPI, debe extenderse al acuerdo de adjudicación subsiguiente, adoptado con posterioridad a la interposición del recurso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D.M.R.C., en representación de la compañía COMERCIAL DE PROTECCIÓN CONTRA INCENDIOS, S.A., contra el acuerdo de la Junta de Contratación del Ministerio de Fomento por el que se excluye su oferta en la licitación convocada para contratar el *“Mantenimiento de las instalaciones de equipos contra incendios en la sede central del Ministerio de Fomento y otros edificios del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente y Comisión Nacional del Sector Postal”*, anular dicha exclusión, así como el subsiguiente acuerdo de adjudicación y ordenar la retroacción de las actuaciones hasta el momento de valoración de las ofertas económicas, que debe incluir también la de la recurrente.

Segundo. Levantar la suspensión del expediente de contratación según lo establecido en el artículo 47.4 del TRLCSP.

Tercero. 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 al de 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.