



Recurso nº 666/2014

Resolución nº 716/2014

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

En Madrid, a 26 de septiembre de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.J.M.CH., obrando en nombre y representación de QUATRIPOLE INGENIERIA, S.L., contra resolución de 29 de julio de 2014 del General Jefe de la Jefatura de Asuntos Económicos del Mando de Apoyo Logístico del Ejército de Tierra, por la que se adjudica el Acuerdo Marco objeto del expediente 2/0911/14/31/00 (AM-0031/14-B) de contratación de servicios de Apoyo al Mantenimiento de vehículos BMR/VEC, y contra la precedente resolución de 17 de julio de 2014 del mismo órgano por la que se clasifican las proposiciones presentadas el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La orden de inicio de este expediente de contratación fue dictada con fecha de 24 de febrero de 2014 por un valor estimado de 2.479.338,84 €.

Segundo. Mediante resolución de fecha 13 de marzo de 2014 el órgano de contratación, previos los informes favorables de la Asesoría Jurídica del Cuartel General del Ejército y de la intervención del Mando de Apoyo Logístico del Ejército, aprueba el expediente de contratación, los Pliegos de Cláusulas administrativas Particulares (en adelante PCAP) y de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT), el procedimiento y la forma de contratación por procedimiento abierto.

Tercero. Con fecha 19 de abril de 2014 se procede a publicar en el BOE el anuncio de licitación del expediente.

Cuarto. Mediante resolución de fecha 29 de julio de 2014 el órgano de contratación, previo el informe favorable de la intervención del Mando de Apoyo Logístico del Ejército, se adjudica el expediente.

Quinto. El recurso fue anunciado el día 19 de agosto de 2014 y fue interpuesto ante el Registro de este Tribunal el día 20 de agosto de 2014.

Sexto. El 28 de agosto de 2014, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones, habiendo ejercitado este derecho la UTE SAPA OPERACIONES S.L.-CASLI S.A. y STAR DEFENCE LOGISTICS & ENGINEERING, S.L.

Séptimo. El 5 de septiembre de 2014, 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. Argumentos de las partes

1.- Del recurrente

El recurrente formula las siguientes alegaciones para instar la anulación de la resolución por la que se adjudica el contrato:

1) El contrato tendría por objeto, fundamentalmente, el mantenimiento ordinario de los vehículos, que se estima en 1196 horas de trabajo para cada vehículo a 34.628 € por vehículo con el fin de efectuar las tareas que se definen en la cláusula 4 del PCAP. Adicionalmente se contemplaría el suministro de repuestos y componentes y la realización de trabajos de mantenimiento y prestaciones especiales que se acordaran en su caso, de surgir su necesidad.

En la cláusula 7 del PCAP se otorgaría un punto por cada rebaja del 1% del precio de partida en la primera de las prestaciones, 0,5 puntos por cada 1% de descuento lineal entero sobre el precio de salida de las operaciones de mantenimiento extraordinario y 0,3% por cada 1% de descuento lineal entero sobre el precio de salida del suministro de repuestos.

El peso de cada una de las puntuaciones así obtenidas en la puntuación final es del 80% para la primera de las prestaciones, el 15% para la segunda y el 5% para la tercera.

Según la tesis de la recurrente el precio ofertado por la adjudicataria para la primera de las prestaciones (baja del 86% sobre el precio de salida) supondría una baja desproporcionada o anormal pues, si se tiene en cuenta las horas de trabajo exigidas, el precio a pagar por hora de trabajo (4,04 €/hora) sería inferior al salario mínimo a pagar a los operarios que lo efectuaran, que cifra entre 4,70 y 6,25 €/hora según el método empleado en su cálculo (con cotizaciones a la seguridad social de la empresa excluidas o incluidas respectivamente).

Sugiere que el precio/hora ofertado por el adjudicatario para la prestación principal contrasta con el precio hora ofrecido para la segunda de las prestaciones (30-37,5 €/hora), lo cual entiende injustificado pues se trata de servicios de mantenimiento similares.

Esto último le hace sospechar que la baja excesiva en el precio de la primera prestación se realizar con el fin de obtener la adjudicación del contrato, de manera que una vez adjudicado se realizará una contratación excesiva de mantenimiento extraordinario que le permita obtener beneficio.

Cita a este respecto el art 87 TR-LCSP como precepto infringido, pues el precio indicado por el PCAP ha de entenderse coincidente con el precio normal de mercado de las prestaciones.

2) Estima que la adjudicataria incumple un requisito esencial de la oferta, que se recoge en la cláusula 11.c.3) del PCAP, cuyo tenor literal es el siguiente:

“3. Un compromiso escrito de los medios materiales y humanos que se comprometen a ser empleados en la ejecución del contrato, cuya suficiencia, para la ejecución satisfactoria del contrato, se valorará por la Administración (Ejército de Tierra) indicando el nombre y la cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación, lo cual tendrá la consideración de obligación de carácter esencial ...”

Considera que, con los parámetros ofrecidos por el adjudicatario, necesitaría 105 trabajadores realizando jornada ordinaria de trabajo, mientras que en la relación de trabajadores sólo ha consignado 20 trabajadores.

3) Por último, estima que la adjudicataria ha actuado concertadamente con otra licitadora (UTE VT-SDLE) para evitar que su oferta incurriera en baja temeraria y, por lo tanto, ser excluida de la licitación conforme a lo dispuesto en el art 145.3 en relación al art 1, ambos del TR-LCSP.

Los indicios de esta presunta actuación en fraude de ley serían que:

-La adjudicataria ha concurrido con la excluida en varios procedimientos de contratación similares, lo cual constituiría un indicio de la existencia de concertación para la consecución de intereses comunes.

-La empresa excluida podría beneficiarse proporcionando suministros a la adjudicataria que luego, a su vez, ésta última vendería a la Administración en la ejecución de este contrato.

-La baja temeraria efectuada para el precio de la prestación principal efectuada por la empresa excluida (baja del 96% del precio de salida) tendría como único objeto que no fuera posible matemáticamente excluir por temeraria la baja realizada para la parte de la prestación principal por la empresa que a la postre resultó adjudicataria (86%).

2. De la Administración

La Administración formula las siguientes observaciones:

1) Para el criterio de adjudicación A, lo que se requiere de los licitadores es que hagan una oferta para la ejecución de un conjunto de tareas de mantenimiento correctivo. El precio de mercado de las tareas predefinidas para fijar el precio de salida del contrato se calcula sobre la base del número máximo de horas de realización de estas tareas, multiplicado por el precio máximo en que el mercado puede ofrecer dichas tareas. Pero esto no excluye que los licitadores realicen la prestación con mayor productividad, de manera que necesiten emplear menos horas de trabajo y que las efectúen con menores costes fijos (suministros, costes financieros,...) y variables (salario/hora,...).

La argumentación de la recurrente parte de considerar que es obligatorio prestar el número de hora máximo calculado, lo cual no es cierto. Lo único que se exige es que se realicen las tareas de mantenimiento programado que se detallan en los pliegos.

2) Para el criterio de adjudicación B, mientras el adjudicatario ofrece unos precios/hora de 30 €/hora y 37,5 €/hora (según el mantenimiento extraordinario tenga lugar en el PCMASA o en las UCOs, respectivamente), la recurrente ofrecía unos precios por hora de 0,80 €/hora y 1 €/hora. Esto supondría que habría ofrecido, siguiendo sus tesis, un precio muy por debajo del salario mínimo/hora.

3) En cuanto a la eventual colusión, no existe ninguna prueba de su existencia.

3. De los licitadores aludidos

3.1. Del adjudicatario: UTE SAPA OPERACIONES S.L.-CASLI S.A.

1) La Cláusula 2 del PCAP considera que el contrato que se saca a licitación es uno mixto de servicios (Servicios 70%/Suministro 30%).

Por lo tanto, en primer lugar, la prestación consistente en el aprovisionamiento de suministros no tendría el carácter meramente residual que defiende el recurrente.

El mantenimiento correctivo no debería identificarse con el criterio de valoración A. De acuerdo con el contrato, el concepto de “mantenimiento correctivo” incluye tanto las tareas a incluir en el criterio de valoración A (tareas previamente listadas) como en el

criterio de valoración B (tareas cuya necesidad se aprecia sobrevenidamente). En este sentido cita el Anexo I del PPT con relación al punto 2.1.1. de mismo PPT en los cuales se incluirían en el mantenimiento correctivo no programado previamente los fallos sobrevenidos en los sistemas, equipos o componentes de los vehículos y las posibles actualizaciones y modernizaciones de aquellos que resultaran obsoletos. El “mantenimiento correctivo” sería un concepto genérico que incluiría –como tarea habitual– tanto el previamente programado como el que no es susceptible de serlo. No cabría distinguir, como hace la recurrente, entre un mantenimiento “ordinario” que se valoraría por el criterio A y un mantenimiento “extraordinario” que se regiría por el criterio de valoración B.

Prueba de que esto es lo que sucede sería que en el criterio A existe tan sólo un 12% de diferencia de rebaja entre las ofertas clasificadas entre las cinco mejores de todos los licitadores (incluida en dicha comparación la ofrecida por la recurrente). Por el contrario, sería patente que la recurrente había hecho la mayor baja en el Criterio B (98%) con un diferencia notable (18%) con la siguiente.

Por otra parte, reseña que cumple en su integridad con sus obligaciones laborales, con salarios superiores a los mínimos de su sector.

2) En cuanto al cumplimiento de la Cláusula 11.c) 3 del PCAP, señala que ha ofrecido un listado de más de 60 trabajadores –no de 20 como afirma la recurrente–.

Añade que no puede partirse a la hora de realizar cálculos de una anualidad fija del contrato pues, de acuerdo con la Cláusula 2.d. del PCAP la anualidad que finalmente sea aplicable “(...) vendrá determinado por las necesidades operativas y por las disponibilidades económicas del Ejército para cada ejercicio presupuestario”.

Tampoco podría la recurrente, sin tener en cuenta la cualificación y los medios a disposición de los técnicos empleados, calcular a ciencia cierta la carga de trabajo anual que dichos técnicos podrían desarrollar.

Por ello, considera que no ha incurrido en valores anormales ni desproporcionados en su oferta, invocando los artículos 34 de la LCSPDS, 152 del TR-LCSP y 85 RCAP.

3) En cuanto a la existencia de una actuación colusoria con otra adjudicataria excluida por baja temeraria, considera que se formulan calumnias e injurias contra la misma, al atribuírsele un comportamiento tipificado como delito.

En primer lugar, pone de relieve que no podía conocer a priori el precio que ofertarían todos los competidores que concurrieron a la licitación, para inducir una baja temeraria en su favor. No sabiendo previamente estos datos es difícil defender que se haya pretendido un fraude de ley en la aplicación del art 85 RCAP.

En segundo término, la recurrente ha conformado con una de las empresas de la UTE adjudicataria hasta 9 UTEs para diversos proyectos, y 2 en conjunto con otra de las licitadoras (EXPAL), por lo que es paradójico que en base a las mismas circunstancias hable de colusión con otra UTE licitadora en este concreto procedimiento de contratación.

Por otra parte, habría resultado igualmente adjudicataria si la UTE excluida no hubiera presentado una oferta.

Por último, pone de relieve que es paradójico que la recurrente hable de bajas temerarias cuando ha ofrecido bajas del 98% para dos de los criterios (B y C) y considere que la colusión se centra en el aprovisionamiento de suministros cuando –siguiendo sus propias argumentaciones- estos tendrían una importancia marginal en la globalidad del contrato.

3.2. Del licitador excluido: STAR DEFENCE LOGISTICS & ENGINEERING S.L. (SDLE S.L.)

Considera que las manifestaciones del recurrente pueden ser constitutivas de infracción penal y se reserva las acciones oportunas.

Denuncia su falsedad por falta de pruebas, por la existencia previa de UTEs de la recurrente junto con una de las empresas conformadoras de la UTE adjudicataria, que su oferta era viable aunque el órgano de contratación finalmente no resultó convencido de las alegaciones formuladas al efecto y que respetó el margen de discrecionalidad de la que goza la mesa de contratación.

Por otra parte, la relación jurídica de la Administración contratante con el adjudicatario es ajena e independiente a las relaciones laborales de este último con sus trabajadores, con cita de las resoluciones 257/2012, 499/2013 y 512/2014 de este Tribunal.

Segundo. Competencia del Tribunal

Este Tribunal es competente para conocer del recurso interpuesto de conformidad con el art. 41.3 TR-LCSP.

Los acuerdos de adjudicación son susceptibles de este recurso especial de conformidad con lo que dispone el art 40 apartados 2.c) en relación al art 40.1.a) (Contratos sometidos a regulación armonizada) del TR-LCSP.

Tercero. Legitimación activa

En el caso que ahora se examina nos encontramos ante uno de los licitadores, por lo que goza de legitimación activa para interponer el recurso.

Según el art 42 TR-LCSP: *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*.

Cuarto. Requisitos de actividad: anuncio del recurso y plazo de interposición.

1.- Anuncio del recurso

El recurso fue anunciado el día 19 de agosto de 2014, tal y como exige el art 44 apartado 1 y 4.e) del TR-LCSP.

2.- Plazo de presentación

De acuerdo con el art 44.2 TR-LSCP: *“2. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a*

partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el art. 151.4.”

Los actos recurridos fueron notificados a la recurrente el día 29 de julio de 2014.

En consecuencia, el plazo de quince días hábiles concluía el día 20 de agosto de 2014.

El recurso tuvo entrada en el registro de este Tribunal el día 20 de agosto de 2014, conforme a lo que establece el art 44.3 TR-LCSP¹.

Por lo tanto, el recurso fue interpuesto dentro del plazo legalmente establecido, sin que quepa inadmitirlo por esta causa.

Quinto. Examen del fondo del asunto

5.1. Sobre la presunta infracción del art 87 TR-LCSP, en relación a las ofertas anormales o desproporcionadas. Inexistencia.

El precepto cuya infracción cita el recurrente es el siguiente:

“Artículo 87. Precio

1. En los contratos del sector público, la retribución del contratista consistirá en un precio cierto que deberá expresarse en euros, sin perjuicio de que su pago pueda hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones en los casos en que ésta u otras Leyes así lo prevean. Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados.(...)”

Sugiere la recurrente que la oferta de la adjudicataria habría incurrido en valores anormales o desproporcionados, por las razones detalladas ut supra.

¹ “(...) 3. 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.”

Al ser el precio el único criterio que se tiene en cuenta para esta adjudicación, de acuerdo con la cláusula 7ª del PCAP, es de aplicación el artículo 152.1 del TR-LCSP cuando dispone que:

“Artículo 152. Ofertas con valores anormales o desproporcionados

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.”

El artículo 85 del RCAP recoge los criterios objetivos de aplicación de esta disposición legal cuando señala que:

“Artículo 85 Criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en las subastas

Se considerarán, en principio, desproporcionadas o temerarias las ofertas que se encuentren en los siguientes supuestos:

(...)

4. Cuando concurren cuatro o más licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía.

5. Excepcionalmente, y atendiendo al objeto del contrato y circunstancias del mercado, el órgano de contratación podrá motivadamente reducir en un tercio en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares los porcentajes establecidos en los apartados anteriores.

6. Para la valoración de la ofertas como desproporcionadas, la mesa de contratación podrá considerar la relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada.”

En el caso examinado, aplicando estos criterios objetivos, la oferta de la adjudicataria no puede ser considerada temeraria.

Debe tenerse en cuenta que la recurrente formuló ofertas muy inferiores a las de la adjudicataria en los criterios B y C de adjudicación, y que en el criterio A tampoco el diferencial porcentual fue muy alto (10%), de manera que en la ponderación total final la diferencia que separó ambas ofertas fue de tan sólo un 2,28 %. No parece muy congruente sostener que la oferta de la adjudicataria fue anormal o desproporcionada cuando, en su conjunto, la de la recurrente tampoco ha recibido una valoración conjunta tan dispar con aquella.

Es claro que los precios ofrecidos vinculan a la adjudicataria, quien deberá ejecutar el contrato con estricta sujeción al PPT, en cuyo anexo I se aclaran las operaciones de mantenimiento correctivo que deben ejecutarse dentro de las tareas cuyo precio se valora conforme al criterio A y las que han de regirse por los precios unitarios que se valoran en el criterio B.

No puede prejuzgarse que vaya a haber en el futuro tareas que deban hacerse en base a lo valorado en el criterio A pero que, sin embargo, vayan a ejecutarse conforme a lo que se valora en el criterio B. Esto constituiría una grave irregularidad en la ejecución del contrato que conllevaría las consecuencias legales oportunas, de producirse en el futuro.

5.2. Cumplimiento del compromiso escrito de medios humanos, con arreglo a la cláusula 11.c.3) PCAP.

En segundo lugar, tal y como se ha desarrollado anteriormente, no son 20 sino más de 60 los operarios que la empresa adjudicataria ofrece para la realización de los trabajos.

La cláusula del PCAP reseñada atribuye a la Administración la valoración técnica de la suficiencia de esos medios personales. Esta discrecionalidad técnica de la Administración no ha sido enervada por la recurrente mediante la oportuna prueba.

Como acertadamente señala la adjudicataria, los cálculos de la recurrente no tienen en cuenta la cualificación concreta de los técnicos ofertados ni los medios materiales auxiliares con los que contarán, circunstancias ambas que inciden de manera relevante en su productividad. Por otra parte la recurrente parte, para efectuar sus cálculos teóricos, de una cantidad en concepto de anualidad del contrato que no tiene en cuenta las cautelas que se incluyen en la cláusula 2.d9 del PCAP (determinación final por las necesidades operativas y las disponibilidades presupuestarias para cada ejercicio presupuestario).

5.3. Sobre la presunta conducta colusoria

La recurrente defiende que puede haberse producido un acuerdo colusorio entre la licitadora excluida y la adjudicataria para impedir que se aplique a ésta última lo dispuesto en el art 85 RCAP sobre bajas desproporcionadas o temerarias.

Esta presunta colusión debe probarse.

Si bien es cierto que las actividades colusorias pueden estar acompañadas de una dificultad probatoria, que aconseje acudir a la prueba de presunciones, máxime cuando pretendidamente se alega la posible concurrencia de fraude de ley (artículo 6.4 del Código Civil, pudiéndose perseguir en este caso la inaplicación indebida del art 87.1 y 152.1 TR-LCSP y el art 85 RCAP) es necesario que se prueben hechos de los que, según un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, se derive el que desea probarse.

En este caso se alude a la existencia de anteriores UTEs en contratos similares que unieron los intereses de la adjudicataria y el licitador excluido. Pero, como rectamente señalas estas últimas en sus alegaciones, lo mismo sucedió con la recurrente y esas mismas empresas en contratos de la misma naturaleza.

Demás, es cierto que la adjudicataria no podía conocer a priori cual sería el precio que ofrecerían en cada criterio los demás licitadores, de manera que aunque se hubiera

concertado con la excluida no le habría sido materialmente posible manipular aritméticamente la adjudicación final.

Por ello, esta alegación de la recurrente tampoco debe estimarse.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación.

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

Primero. Desestimar íntegramente el recurso interpuesto por D. J.J.M.CH., obrando en nombre y representación de QUATRIPOLE INGENIERIA, S.L., contra resolución de 29 de julio de 2014 del General Jefe de la Jefatura de Asuntos Económicos del Mando de Apoyo Logístico del Ejército de Tierra, por la que se adjudica el Acuerdo Marco objeto del expediente 2/0911/14/31/00 (AM-0031/14-B) de contratación de servicios de Apoyo al Mantenimiento de vehículos BMR/VEC, y contra la precedente resolución de 17 de julio de 2014 del mismo órgano por la que se clasifican las proposiciones presentadas.

Segundo. Levantar la suspensión del expediente de contratación que fue acordada el pasado día 5 de septiembre de 2014, conforme a lo establecido en los artículos 45 en relación al art 47.4 TR-LCSP.

Tercero. Declarar que no 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 TR-LCSP.

Esta resolución es definitiva en 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 de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1. f) y

4601 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.