

Recurso nº 781/2014 C. Valenciana 101/2014

Resolución nº 808/2014

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

En Madrid, a 31 de octubre de 2014

VISTA la reclamación interpuesta por D. M.M.M. y D. D.L.F., en representación de THALES ESPAÑA GRP., S.A. y ELECTROSISTEMAS BACH, S.A., respectivamente, contra resolución de adjudicación del contrato *“Redacción del proyecto y ejecución de las obras de señalización, energía y comunicaciones para la línea 9 de FGV en Alicante”*, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por medio de anuncio publicado en el DOUE en fecha 19 de abril de 2014, así como en el Diario Oficial de la Comunidad Valenciana de 29 de abril de 2014 la entidad Ferrocarriles de la Generalidad Valenciana (FGV) licitó el contrato de *“Redacción del proyecto y ejecución de las obras de señalización, energía y comunicaciones para la línea 9 de FGV en Alicante”*. El plazo de duración del contrato se estableció en 30 meses, su valor estimado en 8.303.698,60 euros y la contratación se debía ajustar a la tramitación ordinaria y procedimiento abierto. El contrato se encuentra sujeto a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre los procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

Segundo. Previamente a tales anuncios habían sido aprobados los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas. A la vista de la reclamación y alegaciones debe destacarse del citado PCAP:

2.9. Ofertas con valores anormales o desproporcionados.

“...Si una oferta económica resulta incurso en presunción de anormalidad por su bajo importe en relación con la prestación, la Mesa de Contratación recabará la información

necesaria para que pueda estar en disposición de determinar si efectivamente la oferta resulta anormalmente baja en relación con la prestación y por ello debe ser rechazada, o, sí por el contrario, la citada oferta no resulta anormalmente baja, y por ello debe ser tomada en consideración para adjudicar el contrato. Para ello, la Mesa de Contratación solicitará al licitador, por escrito, las precisiones que considere oportunas sobre la composición de la citada oferta económica y sus justificaciones. El Licitador dispondrá de un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, a contar desde la fecha en que reciba la solicitud, para presentar sus justificaciones también por escrito.

Si transcurrido este plazo la Mesa de Contratación no hubiera recibido dichas justificaciones, se considerará que la proposición no podrá ser cumplida y, por tanto, la empresa que la haya realizado quedará excluida del procedimiento de selección.

Si, por el contrario, se recibieran en plazo las citadas justificaciones, la Mesa de Contratación solicitará los informes técnicos pertinentes para que pueda decidir, o bien la aceptación de la oferta contando con ella a todos los efectos para resolver lo que proceda en relación con la adjudicación del contrato, o bien, el rechazo de dicha oferta. El mencionado posible rechazo, en ningún caso tendrá efectos sobre los cálculos ya realizados del valor de la baja de referencia, o baja media.

Admitidas las justificaciones por La Mesa de Contratación, se procederá a evaluar las ofertas económicas de todos los licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas (hayan estado o no incursas inicialmente en presunción de anormalidad por su bajo importe).

En cuanto a las proposiciones formuladas por distintas empresas pertenecientes a un mismo grupo se estará a lo dispuesto en el artículo 86 del RGLCSP.”

Tercero. Solicitaron participar en el proceso de selección siete licitadores, de los que tres quedaron excluidos por considerar la mesa de contratación en la apertura de ofertas técnicas que su eran proposiciones inaceptables al no alcanzar la puntuación mínima requerida en el pliego. Posteriormente, se procedió a la apertura del sobre de oferta económica de las cuatro empresas restantes, entre las que figuraban la reclamante y la adjudicataria, entre otras.

A la vista de las ofertas, la mesa de contratación, en aplicación de la cláusula 2.9 del PCAP parcialmente transcrita, apreció que la oferta económica de UTE Enclavamientos y Señalización Ferroviaria ENYSE, S.A.-Sociedad Ibérica de Construcciones Eléctricas, S.A. incurría en valores anormales o desproporcionados, al suponer una baja del 20,1% respecto del importe de licitación y superior al umbral de temeridad definido en la cláusula citada que se cifró en 19,41%.

La mesa de contratación dirigió comunicación a la citada UTE el día 23 de junio de 2014 para que *“pudiera presentar las alegaciones que estimase oportuno y conveniente para la sustentación de la referida oferta y poder así comprobar su viabilidad”*. El día 25 de junio de 2014 la UTE ENYCE-SICE presentó un informe con la justificación requerida.

La mesa de contratación solicitó, a su vista, el informe técnico pertinente, el cual fue evacuado en fecha 8 de julio de 2014, cuya conclusión fue *“se ha justificado correctamente un 27,48% (414.953,09C) del total de la baja económica presentada, quedando un 72,52% (1.095.278,33C) de la misma no justificada o justificada de forma incorrecta. Por tanto, se considera que la UTE ENYSE-SICE no ha justificado suficientemente la baja económica ofertada ...”*.

La mesa de contratación, en sesión celebrada el día 25 de julio de 2014, analizó el informe técnico sobre la justificación. En dicha sesión, según refleja el acta, la mesa concluye no compartir el criterio del informe técnico con base en los siguientes argumentos: a) la innecesariedad de la justificación sobre la totalidad de la oferta, sino solo sobre el porcentaje de ésta que excede del umbral de temeridad, lo cual se realiza por la empresa y acepta en el informe técnico; b) el informe técnico alcanza la conclusión de no considerar justificada la baja, sin entrar a valorar si la oferta puede ser cumplida; c) el requerimiento efectuado a la UTE fue en términos genéricos, y consdiera que debe seguirse el criterio de la resolución de este tribunal del recurso 489/2014; d) las desproporciones se muestran pequeñas y de estrecho margen con la mercantil reclamante; e) el informe técnico no tiene en cuenta argumentos de la justificación por falta de acreditación, cuando su conocimiento es notorio y debe constar en FGV; f) el informe justificativo ofrece un incremento unilateral de la fianza que no es objeto de valoración por el informe técnico. Todo lo expuesto llevó a la mesa a requerir al técnico

para que tenga por admitida la oferta presentada por la UTE ENYSE-SICE, para la valoración global de las ofertas.

Cuarto. Consecuencia de todo ello, la mesa de contratación, nuevamente reunida en sesión de 30 de julio siguiente, a la vista del nuevo informe técnico de valoración global emitido con la premisa indicada, formuló la propuesta de adjudicación a la UTE ENYSE-SICE, ya que *“...ya que a pesar de resultar incurso en presunción de anormalidad por su bajo importe en relación con la prestación, la justificación de dicha anormalidad ha sido admitida por esta mesa de contratación encargada de su evaluación y su proposición técnica se ajusta a lo establecido en los pliegos de condiciones técnicas y administrativas que rigen la licitación, por lo que es la oferta económicamente más ventajosa para los intereses de FGV”*.

Quinto. Disconforme con dicha resolución de adjudicación, la UTE THALES-ELECTRANS, previo anuncio, formula reclamación en la que, resumidamente, alega las siguientes razones en fundamentación de su reclamación: a) imposibilidad de acceder al informe justificativo de la oferta de la adjudicataria; b) falta de justificación de la baja económica ofertada por la adjudicataria. Si se solicitó informe técnico es porque era necesario y la cuestión compleja. Falta de aportación de pruebas; c) contradicción -en los términos del informe técnico de valoración- entre la oferta y la justificación de la oferta; d) arbitrariedad del acuerdo de la mesa de contratación de 25 julio de 2014: valoración de elementos comunes a todas las ofertas; e) Errónea puntuación de la oferta técnica de la adjudicataria: dependencia de la tecnología de otras empresas e imposibilidad de cumplir el plazo.

Sexto. El órgano de contratación ha emitido el oportuno informe. En él reitera, fundamentalmente, los argumentos esgrimidos en el acuerdo adoptado por la mesa el 25 de julio de 2014, y, además, que el informe justificativo de la oferta económica emitido por la adjudicataria fue calificado de documentación confidencial.

Séptimo. La adjudicataria, UTE ENYSE-SICE, ha formulado alegaciones. En ellas expone, resumidamente: a) que ha justificado la viabilidad de la su oferta; b) que ofreció explicaciones solo de algunas partidas por el escaso tiempo concedido para efectuar las alegaciones de 2 días; c) que el diferencial entre su oferta y la de las restantes licitadores -singularmente respecto de la reclamante- es escaso, con una excepción; d) que la

decisión de la mesa se encuentra amparada en la doctrina de la discrecionalidad técnica; e) respecto de la valoración de la oferta técnica, también realiza alegaciones, como que la dependencia de otras empresas es del 12% y que la situación podría ser contraria al principio de libertad de competencia.

Octavo. La Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió mantener la medida cautelar de suspensión del procedimiento de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La presente reclamación se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP), en relación con el artículo 101 de la Ley 31/2007 sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y el Convenio de colaboración con la Comunidad Autónoma de Valencia sobre atribución de competencia de recursos contractuales, publicado en el BOE de 17 de abril de 2013.

Segundo. De conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la ley 31/2007, en relación con el artículo 40.1 del TRLCSPP por tratarse de un proceso de licitación convocado por una entidad que ostenta la condición de poder adjudicador y ser un contrato de proyecto y obra sujeto a la Ley 31/2007, este Tribunal tiene competencia para resolver la reclamación.

Tercero. Los acuerdos de adjudicación constituyen actos cuya revisión corresponde al Tribunal conforme establece el artículo 40.2 TRLCSPP en relación con el artículo 101 Ley 31/2007.

Cuarto. Los miembros de la UTE reclamante, en cuanto licitadores en quienes concurre la condición de siguientes en el número de orden de la adjudicación, se encuentran legitimados, conforme al artículo 102 de la Ley 31/2007.

Quinto. La mesa de contratación no ha permitido acceso al reclamante al documento de justificación de la baja emitido por UTE ENYSE-SICE por considerar que es complementario de los documentos de oferta declarados confidenciales por la misma.

El informe justificativo emitido por la licitadora contiene una declaración de confidencialidad en todas sus páginas, razón por la que se encuentra amparado por el artículo 20 de la Ley 31/2007. El reclamante ha tenido acceso al acta de la mesa de contratación de 25 de julio y al informe técnico de apreciación de la suficiencia de las justificaciones ofrecidas, razón por la que se considera que ha recibido información suficiente que permite fundar la reclamación que ha interpuesto.

Sexto. El informe del órgano de contratación expone que la solución adoptada por la mesa tiende a atemperarse a los criterios sostenidos por este tribunal, en especial, a la resolución 524/2014, en reclamación contra acuerdo, precisamente, de FGV. En dicha resolución-recogiendo criterios sustentados en otras (Resolución 303/2013), se señala: *“a) 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(...); b) que la “información justificativa”, en los términos en que está pensada en la Ley, debe entenderse referida a las precisiones que recabe el órgano de contratación(...); c) ya hemos reiterado en numerosas resoluciones que 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. Y obviamente, tales argumentos o justificaciones deberán ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta (...).”*

Pues bien, en el presente caso, resulta que la justificación requerida por el órgano de contratación no fue detallada, sino limitada a que *“pudiera presentar las alegaciones que estimase oportuno y conveniente para la sustentación de la referida oferta y poder así comprobar su viabilidad”*. Según informa el UTE ENYSE-SICE, le fue otorgado un plazo de solo dos días para evacuar la justificación de viabilidad (extremo no que consta en el expediente remitido). Es decir, se le hizo un requerimiento genérico que no centraba la cuestión en precisiones, partidas o aspectos concretos.

Lo decisivo es determinar si los valores anormales o desproporcionados impiden la viabilidad del contrato. La mesa de contratación, para realizar el juicio de viabilidad parte del escaso margen con que se supera el umbral por la UTE ENYSE-SICE, 0,69%, lo que le lleva a poner en cautela precisamente el punto en el que se centra el informe técnico: el análisis de la justificación aportada respecto de la oferta económica. En relación con esta cuestión, esto es, a la justificación de por qué se aparta del criterio del informe técnico, considera la mesa de contratación que se ha justificado la cantidad de la oferta que cubre el 0,69%, así como que el informe técnico no valora alegaciones justificativas de la empresa, de general conocimiento específico para FGV, que le permiten reducir costes (pertenencia al grupo ACS, presencia de personal cualificado en las cercanías y almacenes y delegación en Alicante, así como trabajar con proveedores habituales). La mesa, y por ende, la resolución de adjudicación estima que los argumentos esgrimidos por la UTE deben ser considerados de forma interrelacionada y en contando con la baja proporción en que la oferta incurre en valores anormales. Además, toma en consideración, como elemento de cierre, la oferta unilateral realizada de incrementar la garantía del contrato.

De acuerdo con lo dicho, no pueden ser atendidas las alegaciones de la reclamación en este punto, pues la falta de justificación de la oferta económica invocada como motivo fundamental, ha de ser reconducida a estos argumentos y, además, lo relevante es la viabilidad del contrato. La mesa de contratación en su propuesta -y sobre todo, en el acta de 25 de julio de 2014 no está realizando una valoración de las ofertas sino apreciando la viabilidad de la oferta valorada, y por ello puede formar su juicio con elementos o datos que concurren también en otras ofertas.

El Tribunal entiende que la resolución de adjudicación, formulada en estos términos, y en lo que se refiere al carácter anormal o desproporcionado de la oferta no es arbitraria y se ajusta al principio de proporcionalidad y, en consecuencia, debe ser confirmada.

Séptimo. Sostiene, finalmente, la reclamación, que la valoración técnica otorgada a la UTE ENYSE-SICE es errónea, argumentando, en esencia, la dependencia de terceros para determinadas prestaciones y la imposibilidad de cumplimiento de los plazos ofertados a consecuencia de ello. En definitiva, señala la reclamante, si las empresas reclamantes han ofertado determinado plazo y la adjudicataria ha ofrecido un plazo

menor, necesitando la tecnología de las primeras, está en realidad ofreciendo un plazo imposible.

Esta conclusión, sin embargo, no resulta evidente para el informe técnico, que toma en consideración no solo la valoración como “muy buena 10” del plazo ofertado por la UTE ENYSE-SICE, sino la previsión de subcontrataciones en los mismos términos, tomando en consideración las cartas de compromiso, en las que no hay restricciones o condicionamientos temporales como los que refiere el reclamante. Por tanto, la cuestión queda circunscrita a una valoración de orden técnico debiendo el Tribunal remitirse al juicio técnico realizado por el órgano de contratación, sin que, por otra parte, las afirmaciones realizadas en la reclamación pongan de manifiesto errores palmarios en dicha valoración técnica.

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 formulada por D. M.M.M. y D. D.L.F., en representación de THALES ESPAÑA GRP., S.A. y ELECTROSISTEMAS BACH, S.A., respectivamente, contra resolución de adjudicación del contrato “*Redacción del proyecto y ejecución de las obras de señalización, energía y comunicaciones para la línea 9 de FGV en Alicante*”, por entender la misma ajustada a derecho.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 106 de la Ley 31/2007.

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 la Comunidad Valenciana, 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 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.