



Recursos nº 920/2014

Resolución nº 888/2014

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

En Madrid, a 28 de noviembre de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D. L.A.D.E., en representación de EULEN, S.A. (en adelante, EULEN o la recurrente), contra la adjudicación del contrato para "*Sustitución de calderas de gasóleo de calefacción y agua caliente sanitaria por calderas de condensación a gas en el Canal de Experiencias Hidrodinámicas del Pardo*" (expediente 14085), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Dirección del Canal de Experiencias Hidrodinámicas de El Pardo (en lo sucesivo, el CEHIPAR o el órgano de contratación) convocó, mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE el 1 de agosto y en el BOE el 5 de agosto de 2014, licitación para contratar la sustitución de calderas de calefacción y agua caliente sanitaria. El valor estimado del contrato se cifra en 250.000 €. Presentaron oferta seis empresas, entre ellas 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- y las normas de desarrollo en materia de contratación. El contrato de suministro, dado su valor estimado, está sujeto a regulación armonizada.

Tercero. En el apartado 1 de la cláusula 13 del Pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) se establece la fórmula para puntuar la oferta económica (hasta 70 puntos). En el apartado 2 de la misma cláusula se indica que:

“2 Se aplicará con carácter previo a la determinación de la puntuación económica, un umbral por debajo del cual se considera que las proposiciones no puedan ser cumplidas como consecuencia de ser desproporcionadas o temerarias, de acuerdo con el siguiente criterio:

- a) Ofertas económicas que sean inferiores en más de 15 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas económicas presentadas.*
- b) De concurrir estas circunstancias, se realizarán las actuaciones previstas en el TRLCSP,..”.*

En el apartado 3 de la cláusula 13 del PCAP se relacionan los criterios de valoración no evaluables mediante fórmulas matemáticas y la puntuación máxima asignada a los mismos (servicio postventa, hasta 15 puntos; solución técnica, hasta 10 puntos y plan de trabajo, hasta 5 puntos)

Por su parte, la cláusula 15 del PCAP relativa al modelo de proposición, indica que *“se harán constar las condiciones en las que se ofrece realizar la prestación, de acuerdo con los criterios de valoración de ofertas señalados en la cláusula 13”*. Y en la cláusula 17 de documentación a presentar, tras detallar la que se ha de incluir en el sobre 1 (documentación administrativa) para el sobre 2 indica:

“Proposición económica en sobre 2

Proposición ajustada al modelo de la cláusula 15.

Documentación acreditativa de las circunstancias a tener en cuenta en la valoración de los criterios expresados en la cláusula 13”.

Cuarto. El 1 de octubre, se constituyó la Mesa de contratación y se procedió a la apertura del sobre 2 y la lectura de las ofertas presentadas. A continuación *“se valora la oferta técnica y posteriormente la económica...”*. La mayor puntuación (93 puntos) corresponde a la oferta de la UTE ROYMON, S.A.–CLIMAPORT CALEFACCIÓN CLIMATIZACIÓN, S.L. (en adelante, ROYMON o la adjudicataria) con una puntuación de 23 puntos en la oferta técnica y 70 en la económica. La empresa recurrente quedó en segundo lugar con 74,7 puntos (16 en la oferta técnica y 58,7 en la económica).

La oferta de ROYMON (162.475 €), resultó un 19,73% por debajo de la media de las ofertas, por lo que la Mesa acordó solicitar la justificación oportuna. Así lo hizo la adjudicataria que se refirió, entre otros factores, a los menores gastos de instalación derivados de que las calderas disponen de regulación interna y a que dispone de maquinaria pesada propia que le permite una mayor rapidez de instalación, sin necesidad

de subcontratar. Una vez estudiada la justificación presentada, la oferta se consideró aceptable por parte del vocal técnico de la Mesa (Jefe de Ensayos no Convencionales), según informe que consta en el expediente.

El acuerdo de adjudicación se adoptó el 29 de octubre y se notificó a los licitadores el mismo día.

Quinto. El 6 de noviembre se presentó en el CEHIPAR escrito de EULEN, anunciado previamente, de interposición de recurso especial contra el indicado acuerdo de adjudicación. Considera que la oferta de la adjudicataria *“está inmersa en valores anormales o desproporcionados, ya que no respeta el umbral establecido en los pliegos y sobrepasa las 15 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas económicas presentadas”*.

Considera también que de acuerdo con la redacción literal del PCAP, en el sobre 2 se incluye no sólo la oferta técnica sino también la económica, por lo que *“al ser abierto en unidad de acto, el órgano de Contratación va a tener constancia primeramente de la oferta económica de los candidatos, evaluable mediante la aplicación de fórmulas matemáticas. Este conocimiento será anterior al correspondiente a las partidas que integran los criterios NO evaluables mediante fórmulas, de modo que el juicio de valor a aplicar por parte del Órgano de Contratación podrá verse afectado por la propia oferta económica de cada licitador, quebrantando el principio de no discriminación e igualdad de trato”*.

Solicita que se excluya *“a la adjudicataria por estar inmersa su oferta en valores anormales o desproporcionados, o subsidiariamente se anule esta contratación en virtud de la infracción del principio de igualdad de trato y no discriminación”*.

Sexto. El expediente administrativo, junto a informe del órgano de contratación, se recibió en el Tribunal el 18 de noviembre. Considera éste que con la proposición de ROYMON se siguió el procedimiento establecido con las ofertas en presunción de temeridad: *“se pidió la justificación de la oferta presuntamente temeraria; se solicitó el asesoramiento técnico del área correspondiente y, a la vista de todo ello, se consideró que la oferta podía ser cumplida satisfactoriamente,...”*.

Respecto a la solicitud de anulación, sostiene el CEHIPAR que, en este expediente, el que la valoración de los criterios técnicos se haya hecho una vez conocida la propuesta económica, no ha supuesto una apreciación arbitraria o discriminatoria de los primeros, ni se ha incurrido en error material al efectuar la valoración.

Considera por último el órgano de contratación que a la vista de la “escasa consistencia” de los argumentos expuestos por la recurrente, *“y tomando en consideración los perjuicios que para el órgano de contratación ha supuesto la paralización del procedimiento de contratación, se solicita que se estudie la posibilidad de la imposición de una multa de 1.000 euros a la empresa recurrente”*.

Séptimo. El 18 de noviembre la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los licitadores para que pudieran formular alegaciones, habiéndose evacuado el trámite por ROYMON.

La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Se recurre la adjudicación en la licitación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, acto susceptible de recurso especial en materia de contratación de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP. La competencia para resolver corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41 de dicha norma.

Segundo. Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP. La legitimación activa de la recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 42 del TRLCSP, por cuanto concurrió a la licitación cuya adjudicación impugna.

Tercero. La primera cuestión a discernir en el presente recurso consiste en determinar si el acuerdo de adjudicación es ajustado a derecho pues la recurrente sostiene que la

proposición de ROYMON debía excluirse al quedar su oferta económica por debajo del umbral de temeridad definido en el PCAP.

No es objeto de controversia que la oferta de la adjudicataria se encontraba en presunción de temeridad, de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 13.2 del PCAP, transcrita en el antecedente tercero.

Respecto al procedimiento seguido para la adopción del acuerdo el artículo 152 del TRLCSP, 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 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...”

En el presente caso, advertida la anormalidad o desproporción de la oferta presentada por ROYMON se siguió el procedimiento fijado en el artículo 152 mencionado. Se le concedió trámite de audiencia para que la justificase y, a la vista de la documentación presentada, el servicio correspondiente informó que consideraba viable la oferta.

Como hemos señalado 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 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. Como también señala la nueva Directiva sobre contratación pública (Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero), en su artículo 69.3, *“El poder adjudicador evaluará la información proporcionada consultando al licitador. Solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos...”*

En este caso, aunque la desproporción de la oferta de ROYMON es significativa (casi un 20% por debajo de la media), los argumentos aducidos en su justificación, resumidos en

el antecedente cuarto, fueron considerados suficientes en el informe técnico emitido al respecto. Nada hay que objetar por tanto a la decisión del órgano de contratación de considerar que la oferta puede ser cumplida, por lo que la petición de la recurrente de que se excluya debe ser desestimada.

Cuarto. En cuanto a la petición subsidiaria de anulación del procedimiento, las cláusulas 15 y 17 del PCAP hacen que se presenten en el mismo sobre la oferta económica y la oferta técnica relativa a los criterios que no se valoran mediante fórmula.

El artículo 150.2 del TRLCSP dispone que:

“La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada”.

Y el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público, establece a estos efectos en los artículos 26 y 27 que:

(Artículo 26) *“La documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos”*

(Artículo 27) *“1. A estos efectos, la apertura de tales documentaciones se llevara a cabo en un acto de carácter público,...*

2. En este acto sólo se abrirá el sobre correspondiente a los criterios no cuantificables automáticamente entregándose al órgano encargado de su valoración la documentación contenida en el mismo; asimismo, se dejará constancia documental de todo lo actuado”.

Aunque, de acuerdo con el acta de la Mesa de contratación, la evaluación de las ofertas económicas se realizó tras efectuar la de los criterios técnicos no cuantificables automáticamente, es cierto, como alega la recurrente, que al incluir en el sobre 2 tanto la oferta económica como la técnica, no se cumple el rigor procesal del citado artículo 150.2, por lo que el juicio de valor a aplicar en los criterios que no se valoran mediante fórmula puede verse afectado por la propia oferta económica de cada licitador, quebrantando el principio de no discriminación e Igualdad de trato.

Como hemos indicado en otras resoluciones (como referencia, en la Resolución 132/2011, de 4 de mayo), lo que el mencionado artículo 26 del Real Decreto 817/2009, se propone, según su propia declaración, *“es evitar que el conocimiento del resultado de valorar los criterios dependientes de la aplicación de fórmulas pueda influir en la valoración de los restantes criterios”*.

Nos encontramos por tanto en un supuesto de pliegos contrarios a la Ley que no fueron impugnados por las licitadoras en el momento oportuno. Las previsiones indicadas del TRLCSP y del Real Decreto 817/2009, tienen por objeto evitar que pudiera infringirse el principio de igualdad de trato y no discriminación, ante el conocimiento anticipado de la oferta económica que pudiera influir en la valoración de los criterios de apreciación subjetiva.

Pero en el presente supuesto, no se aprecia que el conocimiento previo de la oferta económica haya incidido en la valoración de los criterios subjetivos. Tal incidencia se apreciaría si a una mejor oferta económica se le valorara con menor puntuación técnica para evitar que resultara adjudicataria. O, por el contrario, si se le asignara una puntuación técnica mínima, pero suficiente para garantizar que resultaba adjudicataria.

Pues bien, la puntuación de las ofertas de la recurrente y la adjudicataria y el rango de puntuación de las restantes, fue el siguiente:

EMPRESA	Puntuación oferta económica	Valoración técnica	PUNTUACIÓN TOTAL
ROYMON	70,00	23,00	93,00
EULEN	58,70	16,00	74,70
Resto de ofertas (rango de puntuación)	de 53,24 a 44,39	de 23,00 a 13,00	de 67,64 A 57,39

Si la valoración técnica de la oferta de ROYMON hubiera sido la más baja de las otorgadas (13 puntos) su puntuación total sería aún de 83 puntos; la oferta de EULEN, aunque se hubiera puntuado con el máximo otorgado (23 puntos) sólo totalizaría 81,70 puntos, todavía por debajo de la adjudicataria.

Por tanto, en este caso, la puntuación de las ofertas económicas, obtenida mediante la fórmula prevista en el PCAP, es de tal magnitud que la diferencia entre la correspondiente a la adjudicataria y cualquiera de las restantes ofertas, compensa sobradamente cualquier puntuación aceptable en la valoración de la oferta técnica.

Hay que concluir por todo ello que, en este caso, las cláusulas 15 y 17 del PCAP, aunque contrarias a lo dispuesto en el Real Decreto 817/2009, no fueron impugnadas en su momento y en su aplicación no se han infringido los principios de no discriminación e igualdad de trato.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. L.A.D.E., en representación de EULEN, S.A. contra la adjudicación del contrato para *“Sustitución de calderas de gasóleo de calefacción y agua caliente sanitaria por calderas de condensación a gas en el Canal de Experiencias Hidrodinámicas del Pardo”*.

Segundo. Levantar la suspensión del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 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 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.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.