



Recurso nº 225/2015

Resolución nº 314/2015

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

En Madrid, a 10 de abril de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.R.S., en representación de EMTE SERVICE, S.A.U., contra la Resolución de exclusión y adjudicación del procedimiento de contratación del "*Servicio de conducción y mantenimiento integral del Centro de Formación de la Seguridad Social 2015*", convocado por la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), con referencia nº 2015/AMFC, y con un valor estimado de 592.627,44 € (IVA excluido); el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por Resolución de 14 de agosto de 2014 del Director General de la TGSS se aprobó la iniciación del expediente 2015/AMCF para la contratación del servicio de conducción y mantenimiento integral del Centro de Formación de la Seguridad Social, dependiente de los Servicios Centrales de la TGSS. La convocatoria de este procedimiento de contratación se publicó en el DOUE el 20 de septiembre de 2014 y en el BOE nº 237 de 30 de septiembre de 2014. La fecha límite para la presentación de ofertas o solicitudes de participación quedó señalada el día 31 de octubre de 2014.

Segundo. Dentro del referido plazo presentaron ofertas las siguientes licitadoras:

- MONTAJES ELÉCTRICOS GARCÍA, S.L.
- FERROVIAL SERVICIOS, S.A.U.
- ASSISTACASA, 2005, S.L.
- TECNOCONTROL SERVICIOS, S.A.

- IMESAPI, S.A.
- EMTE SERVICE, S.A.U.
- CLECE, S.A.
- EULEN, S.A.
- ELECNOR, S.A.
- NEW TECHNOLOGIES GLOBAL SYSTEMS, S.L.
- VEOLIA SERVICIOS LECAM, S.A. (ANTES, DALKIA ENERGÍA Y SERVICIOS, S.A.U.)
- VALORIZA FACILITIES, S.A.
- FULTON SERVICIOS INTEGRALES, S.A.
- INSTALACIONES Y TRATAMIENTOS S.A. (INTRA)
- VARESER, 96, S.L.
- GENERA QUATRO, S.L.
- CONCENTRA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A.U.

Tercero. El procedimiento de contratación siguió los trámites que para los contratos de servicios contiene el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), y en las normas de desarrollo de la Ley.

Cuarto. Con fecha 20 de noviembre de 2014 se reunió la Mesa Central de Contratación de los Servicios Centrales de la TGSS para proceder a la apertura de la documentación administrativa y acordó la admisión de todas las licitadoras presentadas, si bien relacionando aquéllas con defectos subsanables, concediéndoles un plazo para la mejora de los mismos.

Quinto. El 27 de noviembre de 2014, reunida nuevamente la Mesa Central de Contratación, se procedió en acto público a la apertura de los sobres nº 2 referidos a las ofertas económicas. En el acta levantada se hace constar que la documentación presentada en fase de subsanación es la correcta, por lo que todas las licitadoras quedaron admitidas.

Sexto. Con fecha 13 de enero de 2015, constituida de nuevo la Mesa Central de Contratación, se procedió al examen de las ofertas desproporcionadas o anormales y, concluida la sesión, tras la correspondiente deliberación, los miembros de la Mesa acordaron, por unanimidad, solicitar a la Gerencia del Centro de Formación de la Seguridad Social la elaboración de un informe técnico sobre las proposiciones que fueron identificadas como bajas desproporcionadas y que afectaban a las siguientes licitadoras:

- TECNOCRONTROL SERVICIOS, S.A.
- EMTE SERVICE, S.A.U.
- DALKIA ENERGÍA Y SERVICIOS, S.A.U.
- FULTON SERVICIOS INTEGRALES, S.A.

A estas licitadoras se les dio traslado de la consideración de bajas desproporcionadas para efectuar las justificaciones de tales ofertas.

Séptimo. Con fecha 16 de enero de 2015, reunida de nuevo la Mesa Central de Contratación, se procedió al estudio de la justificación de las ofertas desproporcionadas y al informe técnico emitido por la Gerencia del Centro de Formación de la Seguridad Social. Tras el análisis de las alegaciones de las licitadoras en baja anormal, y al amparo del informe técnico de la unidad competente, la Mesa acordó, entre otras, la siguiente exclusión: *“EMTE SERVICE, S.A.U.: De acuerdo con el informe técnico emitido por la Gerencia del Centro de Formación de la Seguridad Social en la justificación presentada por EMTE SERVICE, S.A.U. se constata que no se puede atender la prestación de los servicios mínimos que conlleva la ocupación media elegida, de conformidad con el Pliego de Prescripciones Técnicas, visto los recursos humanos que propone en dicha justificación. Por tanto, los costes de personal ofertados por la empresa para atender dicha ocupación resultan muy inferiores a los que serían necesarios si se observasen las condiciones establecidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas para atender el servicio de la misma”.*

Octavo. En la misma acta de 16 de enero de 2015, la Mesa Central de Contratación propuso al órgano de contratación el orden de clasificación decreciente de las

proposiciones presentadas, atendidos los criterios de adjudicación señalados en el pliego de cláusulas administrativas particulares, con propuesta de adjudicación a favor de DALKIA ENERGÍA Y SERVICIOS, S.A.U, por un importe de 174.000.000 €.

Noveno. A la vista de tal propuesta de adjudicación, con fecha de 13 de febrero de 2015, el Director General de la TGSS acordó la adjudicación del contrato a favor de DALKIA ENERGIA Y SERVICIOS, S.A., en la actualidad bajo la denominación de VEOLIA SERVICIOS LECAM, S.A. Además, en dicha resolución se declaraba excluida, entre otras, la empresa ahora recurrente por baja desproporcionada.

Décimo. Contra dicha exclusión, el 5 de marzo de 2015, el representante de EMTE SERVICE, S.A.U., anunció, al órgano de contratación, su intención de acudir en recurso especial ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y, al día siguiente, formalizó en plazo el recurso especial ante este Tribunal e instó la adopción de medidas cautelares, en concreto, la suspensión del procedimiento de contratación.

Decimoprimer. Recibido en este Tribunal el expediente, acompañado del informe del órgano de contratación, en fecha 17 de marzo de 2015 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen. Presentó en plazo sus alegaciones la licitadora a favor de la que se elevó la propuesta de adjudicación, VEOLIA SERVICIOS LECAM, S.A. (antes, DALKIA ENERGIA Y SERVICIOS, S.A.), instando expresamente la desestimación del recurso especial.

Decimosegundo. Con fecha de 25 de marzo de 2015, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió mantener la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 45 del TRLCSP de forma que, según lo establecido en el artículo 47.4 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo, de conformidad con el artículo 41.3 del TRLCSP.

Segundo. La empresa EMTE SERVICE, S.A.U., concurrió a la licitación del procedimiento abierto para la contratación del servicio de conducción y mantenimiento integral del Centro de Formación de la Seguridad Social 2015, por lo tanto, está legitimada para recurrir el acuerdo, al abrigo del artículo 42 del TRLCSP.

Tercero. Se recurre la Resolución de exclusión de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, susceptible, por tanto, de recurso especial, de conformidad con el artículo 40.1 del TRLCSP, y lo impugnado es un acto de trámite cualificado, la exclusión del procedimiento de licitación, al amparo del artículo 40.2 b) del TRLCSP, amén de la propia adjudicación del contrato (artículo 40.2, c) del referido cuerpo legal). Además, se han cumplido todas las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP.

Cuarto. La mercantil recurrente basa su recurso en el incumplimiento por parte de la Mesa Central de Contratación del procedimiento previsto en el artículo 152.3 del TRLCSP, pues a su juicio, no conoce el motivo de la exclusión, esto es, del rechazo de su oferta. En su consideración, la oferta económica realizada está debidamente justificada, explicando que la diferencia de precios es mínima en relación con el adjudicatario, también incurso en baja desproporcionada, y haciendo una serie de alegaciones en torno a cómo cuantificó dependiendo de la dedicación, uso y horario del personal, pues, en definitiva, entiende que su proposición económica contenía ahorros significativos en costes de personal.

Amén de redundar en las bondades de su oferta económica, y en la debida y adecuada justificación de la misma, considera que el acto de exclusión carece de motivación, por lo que, en su estima, merece el juicio de arbitrario y nulo de pleno Derecho.

En virtud de tales argumentos, insta a este Tribunal a que estime el recurso declarando nula su exclusión y ordenando retrotraer las actuaciones para proceder a la adjudicación del contrato a su favor, por tratarse de la proposición económica más ventajosa.

Quinto. El órgano de contratación, en el informe emitido el 12 de marzo de 2015, suscrito por el Director General de la TGSS, solicita su desestimación por considerar que la actuación de la Mesa Central de Contratación, decidiendo la exclusión y la adjudicación a la licitadora mejor posicionada, cumple con las prescripciones impuestas por el artículo 152 del TRLCSP.

Se apoya en las exigencias del pliego de prescripciones técnicas (PPT), en cuanto a la determinación de la dedicación, uso y horario del personal, para determinar que no se puede atender la prestación de los servicios mínimos que oferta la licitadora excluida calculados sobre el 33%.

Por lo que concierne al procedimiento, esto es, al expediente contradictorio tramitado para decidir sobre las bajas desproporcionadas, afirma que, en todo momento, se ha pautado el íter exigido por el artículo 152 del TRLCSP, resultando esencial tanto la audiencia a las licitadoras afectadas, como el informe emitido por los técnicos, fruto del cual y de su motivación se dictó la Resolución de exclusión y la propuesta de adjudicación a la siguiente mejor proposición, ahora sujeta a revisión de este Tribunal.

El informe del órgano de contratación se apega con rotundidad al informe de valoración técnica sobre las ofertas desproporcionadas para concluir que la presentada por la excluida y ahora recurrente no puede llegar a cabo la ejecución del contrato en los términos fijados en el PPT.

Por consiguiente, el órgano de contratación suplica a este Tribunal que desestime el recurso presentado por la empresa EMTE SERVICE, S.A.U., al no sostenerse los motivos de impugnación.

Sexto. Expuestas las posiciones de las partes, *prima facie*, hemos de traer a colación la doctrina jalonada por este Tribunal sobre la justificación de la viabilidad de las ofertas económicas, resumida en la Resolución 142/2013, de 10 de abril¹, que determina que:

“1.- Por influencia del Derecho Comunitario, la regla general del Derecho español es la de adjudicación del contrato a favor de la oferta económicamente más ventajosa, estableciéndose como excepción a dicha regla general que la adjudicación pueda no recaer a favor de la proposición que reúna tal característica cuando ésta incurra en valores anormales o desproporcionados.

2.- 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.

*3.- La decisión sobre 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”.*

En el supuesto que ahora nos ocupa, examinaremos, a continuación, las actuaciones seguidas tanto en el procedimiento como en cuanto al juicio de viabilidad de las ofertas presuntamente anormales.

En cuanto al procedimiento, se han seguido estrictamente las previsiones del TRLCSP, cuyo artículo 152.3 establece: *“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*

¹ Citadas en la Resolución nº 679/2014.

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”.

Además, la cláusula 14.2.1 del PCAP expresa que *“Se considerará, en principio, como desproporcionado o anormal el valor de toda oferta cuyo porcentaje de baja exceda los límites fijados en el artículo 85 del RGLCAP”.*

Tal como se recoge en el antecedente sexto, ante la presunción de anormalidad, por oficio expedido por el Secretario de la Mesa Central de Contratación, se les requirió y se les concedió a las cuatro empresas incurso en baja desproporcionada el plazo de cinco días para la justificación de sus respectivas ofertas económicas.

Pues bien, las alegaciones presentadas por EMTE SERVICE, S.A.U. para la justificación de su baja fueron registradas en plazo y analizadas con precisión en el informe técnico evacuado a tal efecto, siendo ahora los argumentos de su recurso, la reproducción de aquéllas centradas en los bajos costos de personal dependiendo de los parámetros de dedicación, uso y horario de personal.

Del mismo modo, este Tribunal comprueba que, respetado el trámite de audiencia, la Mesa Central de Contratación solicitó el informe técnico, emitido el 13 de enero de 2015, en el que, bajo los parámetros de la discrecionalidad técnica, se analizan cada uno de los parámetros previstos en el artículo 152 del TRLCSP, esto es, el ahorro que permite el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionales favorables que se disponen para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto a las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar que se haya de realizar la prestación del servicio.

Pues bien, en estimación del informe técnico, una vez analizada la justificación de la baja anormal de EMTE SERVICE, S.A.U., centrada en los estudios de costes de personal sobre una ocupación del 33%, junto con el instrumental, herramientas y medios técnicos ofrecidos, así como las prestaciones adicionales ofrecidas y las condiciones favorables para la ejecución del contrato, viene a concluir su exclusión motivada por *“La justificación presentada por EMTE SERVICE, S.A.U., se constata que no se puede atender la prestación de los servicios mínimos que conlleva la ocupación media elegida, de conformidad con el Pliego de Prescripciones Técnicas, visto los recursos humanos que propone en dicha justificación. Por tanto, los costes de personal ofertados por la empresa para atender dicha ocupación resultan muy inferiores a los que serían necesarios si se observasen las condiciones establecidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas para atender el servicio de la misma”*.

Por todo ello, este Tribunal considera que se han respetado los trámites propios de un expediente contradictorio, esto es, la audiencia del contratista y el pertinente informe técnico de evaluación de las justificaciones.

Séptimo. Analizado que el procedimiento ha seguido su curso -se ha dado audiencia al licitador para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, y se ha solicitado el asesoramiento técnico del servicio correspondiente-, tal y como dispone el artículo 152.3 del TRLCSP, es preciso analizar ahora si el acuerdo de exclusión se halla debidamente motivado.

En cuanto a la notificación y motivación del acuerdo de exclusión, el criterio reiterado en numerosas Resoluciones de este Tribunal, sirva como referencia entre otras muchas la nº 33/2014, de 17 de enero, es que la exclusión ha de estar motivada de forma que permita al licitador interponer recurso en forma suficientemente fundada.

De acuerdo con el artículo 151.4 del TRLCSP:

“4. La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación.

En particular expresará los siguientes extremos:

b) Con respecto a los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta”.

Del contenido de la Resolución de exclusión, con claridad meridiana, se infiere los motivos de la exclusión de la recurrente, pues se remite al informe técnico emitido por la Gerencia del Centro de Formación de la Seguridad Social, al que ha tenido acceso como lo demuestra las alegaciones presentadas en este recurso especial.

En cuanto a la fundamentación de la exclusión, hemos señalado en numerosas Resoluciones (entre otras, recientemente en la nº 22/2015, de 9 de enero) que la Ley establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad, pues la regla general es que los contratos deben adjudicarse a la oferta más beneficiosa para la Administración, siendo la exclusión de estas ofertas la excepción respecto de dicha norma general exigiéndose por ello una Resolución “reforzada” que desmonte las justificaciones del licitador tanto más cuanto menor sea la diferencia respecto a las restantes ofertas.

Por su parte, el licitador incurso en presunción de temeridad no está obligado a justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino a demostrar su razonabilidad y a argumentar su viabilidad de modo que permita al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo; obviamente, tales argumentos o justificaciones deben ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta.

Pues bien, en el caso analizado la desproporción entre las ofertas, como señala en sus alegaciones la recurrente, no resulta excesiva pues la oferta de la adjudicataria cuya justificación se ha aceptado por el órgano de contratación supone una baja del 41,28 % sobre el valor estimado del contrato mientras que la de la recurrente es de un 45,28% con

una diferencia total de 11.795 euros, lo que ya de por sí impone una fundamentación “reforzada” del órgano de contratación para desestimar la justificación aportada por la recurrente dada la escasa diferencia entre ambas ofertas. Por otro lado, la justificación de la recurrente es prolija y minuciosa y se basa en que las estimaciones de ocupación del centro establecidas en los Pliegos son meramente orientativas habiéndose fijado en un 33% por la recurrente tras la visita y comprobación realizada en el mismo centro y que, por otra parte, no se exige claramente en los Pliegos la permanencia física de todo el personal durante los horarios señalados sino su disponibilidad acorde con la efectiva ocupación variable de dichos centros. Todo lo cual, unido a las minuciosas explicaciones relativas a las retribuciones del personal, lleva a la conclusión de que la justificación de la recurrente, si no ha sido exhaustiva y concluyente, sí ha sido suficiente para considerar viable su oferta y posible la ejecución del contrato por la misma, lo que debe conllevar la estimación del recurso interpuesto.

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. J.R.S., en representación de EMTE SERVICE, S.A.U., contra la Resolución de exclusión y adjudicación del procedimiento de contratación del “Servicio de conducción y mantenimiento integral del Centro de Formación de la Seguridad Social 2015” y anular la resolución de exclusión retrotrayéndose el procedimiento a los efectos oportunos.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con 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 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, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.