



Recurso nº 303/2015 C.A. Valenciana 60/2015

Resolución nº 374/2015

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

En Madrid, a 24 de abril de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D. F.B.M. en representación de la entidad THYSSENKRUPP ELEVADORES, S.L. (en adelante, THYSSENKRUPP) contra la propuesta de adjudicación en la licitación para contratar el *"Servicio de mantenimiento de los ascensores, escaleras mecánicas y plataformas elevadoras pertenecientes al Excmo. Ayuntamiento de Alicante"* (expediente 23/2014), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Ayuntamiento de Alicante (en lo sucesivo, el Ayuntamiento o el órgano de contratación), convocó mediante anuncio publicado en el DOUE, en el Boletín Oficial de la Provincia y en el BOE, los días 21 de noviembre, 11 y 15 de diciembre de 2014, respectivamente, licitación para contratar por procedimiento abierto el servicio de mantenimiento de ascensores, escaleras mecánicas y plataformas elevadoras. El valor estimado del contrato se cifra en 713.867,66 euros. El presupuesto de licitación (IVA excluido) es de 475.911,76 euros para los cuatro años de duración del contrato. Fueron admitidas seis empresas, entre ellas la que recurre.

Segundo. La licitación se lleva a cabo de conformidad con lo establecido en la Ley de Contratos del Sector Público –cuyo texto refundido (TRLCSP en adelante) se aprobó por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre-, así como en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. El contrato se



encuadra en la categoría 1 del Anexo II del TRLCSP y, dado su valor estimado, está sujeto a regulación armonizada.

Tercero. Los criterios de valoración se establecen en la cláusula específica 18ª del Pliego de cláusulas administrativas (PCAP), en la que se establece: *“Se admitirán proposiciones a la baja y se considerará oferta desproporcionada o temeraria, aquellas cuya oferta supere de manera proporcional un 10% a la baja, respecto a la media aritmética de las ofertas presentada por todos los licitadores”*. Se puntúan de forma automática las ofertas económicas (hasta 58 puntos) y las mejoras de inversiones (10 puntos) y, mediante juicio de valor, los criterios técnicos relativos al estudio previo (hasta 11 puntos); las medidas de ahorro energético (15 puntos) y el software de consulta (6 puntos).

Cuarto. Tras los trámites oportunos, en la sesión de la mesa de contratación celebrada el 4 de febrero de 2015, previa lectura a la puntuación de cada oferta en los criterios dependientes de un juicio de valor, se procedió a la apertura de sobres y lectura de las ofertas económicas presentadas. Tras examinar éstas, se apreció que la oferta de MONTES TALLÓN, S.A., incurría en presunción de temeridad al situarse con una baja del 21% respecto a la media de las seis ofertas presentadas, por lo que se le requirió para que justificara la valoración de su oferta.

Así lo hizo en el plazo habilitado; en la justificación se refirió a las condiciones excepcionalmente favorables derivadas de su implantación y medios disponibles en la provincia de Alicante e indica también que ha reducido el beneficio en su oferta para mantener a sus empleados. Concluye con la valoración de los costes mensuales estimados en su oferta por los distintos servicios a prestar: revisión periódica, atención de avisos de averías, mejoras ofertadas, etc. En el informe del Departamento Técnico de Recursos Propios del Ayuntamiento, a la vista de la justificación aportada se considera que: *“Una vez examinado el documento, el técnico que suscribe propone admitir la justificación, y por tanto, la oferta en la baremación del concurso de criterios”*.

En el mismo informe se propone la clasificación de las ofertas de acuerdo con los criterios de valoración establecidos en el PCAP. La oferta de MONTES TALLÓN, S.A. se clasifica en primer lugar con 81,58 puntos (58 de la oferta económica; 10 por mejoras y 13,58 en la



oferta técnica). La oferta de la recurrente, actual prestadora del servicio, queda clasificada en cuarto lugar con 60,39 puntos (22,38 en la oferta económica; 10 por mejoras y 28,02 en la oferta técnica). El acuerdo de clasificación se publicó en el perfil de contratante el 2 de marzo de 2015, acompañado del informe técnico a que se ha hecho referencia.

Tras la aprobación de la clasificación de ofertas, el 18 de marzo la mesa de contratación propuso la adjudicación del contrato en favor de MONTES TALLÓN.

Quinto. Mediante escrito presentado el 20 de marzo en el registro del Ayuntamiento, anunciado el mismo día, THYSENKRUPP ha interpuesto recurso especial en materia de contratación contra lo que considera como acuerdo de adjudicación, de fecha 3 de marzo, en favor de MONTES TALLÓN. Alega que:

- En la licitación *“participa Montes Tallón, S.A. (la adjudicataria) y Zardoya Otis S.A., cuando ambas empresas forman parte del mismo Grupo de Empresas, siendo la primera participada por la segunda en un 52% de su capital social,... a su vez adoptan decisiones de forma coordinada en las licitaciones en las que participan ambas empresas, como es el caso que nos ocupa”*.
- En el cálculo de la oferta media para determinar la presunción de temeridad se consideraron todas las propuestas realizadas, cuando debió excluirse la de ZARDOYA OTIS. Entiende que ello *“incide directamente en la presente adjudicación, por cuanto se ha prescindido del procedimiento establecido... la baja de la propuesta de la adjudicataria asciende al 23% sobre la media aritmética de las propuestas, excluida la más alta de las dos empresas vinculadas, cuando el órgano de contratación ha valorado la justificación de la baja para ver si se puede cumplir o no, sobre la base de una baja inferior. Ello supone que dicho juicio de valor está viciado y no puede servir de base para la decisión adoptada. ..”*.
- No se ha motivado la aceptación de la justificación de la oferta adjudicataria. Considera que *“hay que justificar motivadamente el porqué de tal admisión, ya que de lo contrario esta parte desconoce a qué se debe atender y que debe rebatir a la hora de interponer el recurso procedente”*.



Sexto. El 1 de abril de 2015, se recibió en el Tribunal el expediente de contratación junto al informe del órgano de contratación. Considera éste que el recurso debe ser inadmitido por cuanto *“la resolución municipal recurrida es la de la clasificación de las proposiciones - acto éste de trámite- y no la adjudicación del contrato -que aún no se ha aprobado por el órgano de contratación-”*. En cuanto a las cuestiones de fondo planteadas en el recurso, el Ayuntamiento considera que:

- Las propuestas presentadas por dos personas jurídicas diferentes, no pueden tener la consideración de ofertas simultáneas, aún en el caso de que pertenezcan a un solo grupo empresarial. Señala también que *“de la documentación aportada por los dos licitadores citados en las proposiciones presentadas al procedimiento convocado por este Ayuntamiento no se desprende que las mercantiles MONTES TALLON, S.L y ZARDOYA OTIS, S.A., formasen parte del mismo grupo de empresas”*.
- El Ayuntamiento, no era conocedor del hecho de que las mercantiles indicadas formasen parte del mismo grupo de empresas, ni tampoco, a la vista de la documentación presentada por ambos licitadores, podía existir sospecha de tal circunstancia, por lo que no lo tuvo en cuenta para determinar las ofertas en presunción de temeridad.
- El informe técnico que motiva el acuerdo impugnado, se publicó, junto con el acuerdo, *“en el perfil de contratante de este Ayuntamiento, para general conocimiento de todos los licitadores. En el informe de valoración de los criterios automáticos, de fecha 13 de febrero de 2015, el Técnico Municipal... valora la justificación de la oferta realizada por la mercantil MONTES TALLON, S.A. En consonancia con ello, sí que se considera motivada la decisión adoptada por el órgano de contratación en este sentido”*.

Séptimo. El 13 de abril de 2015, la Secretaria del Tribunal por delegación del mismo resolvió denegar la solicitud de suspensión provisional del procedimiento de contratación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

El 6 de abril, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones. Así lo ha hecho la empresa ZARDOYA OTIS, S.A.



para solicitar la desestimación del recurso. Sostiene que su oferta y la de la adjudicataria son bien distintas y que la afirmación de la recurrente de que ambas empresas tienen una estrategia consciente y acordada, para distorsionar el sistema de contratación pública, es una manifestación torticera y temeraria y no aporta ninguna prueba de ello. *“Y no lo hace porque lo expuesto no se ajusta a la realidad. En efecto, Montes Tallón, S.A. es una empresa participada por Zardoya Otis, S.A. en un 52%, pero conserva plenamente su autonomía de gestión y organización, de tal suerte que compite con ésta. En efecto, se trata de una empresa familiar, constituida por la familia Montes Tallón, uno de cuyos miembros gestiona la sociedad. La participación de Zardoya Otis, S.A. sólo implica apoyo tecnológico pero en modo alguno imbricación en la gestión”*. Señala también que la administración actuó correctamente en cuanto al régimen de bajas temerarias y que el acuerdo que se impugna está motivado mediante la remisión a los informes técnicos en que se basa y que *“la existencia de una motivación se acredita por el hecho de que la recurrente ha interpuesto el recurso aduciendo todas las razones de fondo que le han convenido, evidenciando así que ha tenido conocimiento de la justificación hecha por el órgano (de) adjudicación de su actuación”*.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El recurso se refiere a un contrato de servicios de regulación armonizada. La competencia para resolver corresponde a este Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 40 y 41 del TRLCSP y en el Convenio suscrito al efecto con la Generalitat Valenciana, publicado en el BOE de 17 de abril de 2013.

Segundo. En la interposición del recurso se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP.

Tercero. El recurso se formula contra el acuerdo de clasificación de ofertas y petición de documentación al licitador clasificado en primer lugar. Se trata de un acto de trámite que no decide la adjudicación, ni determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, ni produce indefensión ni perjuicio irreparable a la empresa recurrente, por lo que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 40.2 b) del TRLCSP, no es un acto decisivo que pueda ser objeto de recurso. No obstante, en los mismos términos planteados por la recurrente se



podría interponer el recurso contra el futuro acuerdo de adjudicación, por lo que, para evitar dilaciones innecesarias y por un principio de economía procesal, en los fundamentos siguientes entraremos a considerar el fondo de las cuestiones planteadas.

Cuarto. La empresa THYSSENKRUPP concurrió a la licitación, por lo que está legitimada para recurrir de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP. No obstante, su oferta económica era la más elevada de las presentadas y, aunque su proposición técnica fue la mejor puntuada, quedó clasificada en cuarto lugar, por lo que, cualquiera que fuese la decisión respecto a las ofertas impugnadas, nunca resultaría propuesta como adjudicataria.

Por tanto, la recurrente carece del interés legítimo al que se refiere el artículo 42 del TRLCSP para recurrir la propuesta de adjudicación y su recurso, en lo que se refiere a la impugnación de las ofertas de MONTES TALLÓN y de ZARDOYA OTIS, debe ser inadmitido.

Quinto. Los apartados 3 y 4 del artículo 145 del TRLCSP, relativo a la presentación de proposiciones establecen que:

“3. Cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 147 sobre admisibilidad de variantes o mejoras... La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas.

4. En los contratos de concesión de obra pública, la presentación de proposiciones diferentes por empresas vinculadas supondrá la exclusión del procedimiento de adjudicación, a todos los efectos, de las ofertas formuladas...

En los demás contratos, la presentación de distintas proposiciones por empresas vinculadas producirá los efectos que reglamentariamente se determinen en relación con la aplicación del régimen de ofertas con valores anormales o desproporcionados previsto en el artículo 152.

Se considerarán empresas vinculadas las que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio”.

Como hemos manifestado en otras resoluciones (como referencia reciente en la Resolución 244/2015, de 13 de marzo), la presentación de proposiciones diferentes por empresas vinculadas sólo supondrá la exclusión del procedimiento de adjudicación en el caso de los contratos de concesión de obra pública. Como también indicábamos en esa Resolución, sí queda bajo el control de este Tribunal el enjuiciamiento de si resulta conculcado lo dispuesto en el artículo 145.3 del TRLCSP, sobre que cada licitador no podrá



presentar más de una proposición *“de modo que podría apreciarse, procediendo al «levantamiento del velo», si bajo la apariencia de ofertas formuladas por dos empresas distintas se encubre en realidad la presentación de dos ofertas por quien pueda considerarse, a todos los efectos, como una misma empresa”*.

Pero la recurrente no realiza análisis alguno de las ofertas impugnadas, por lo que su afirmación de que ambas empresas adoptan decisiones de forma coordinada en las licitaciones en las que participan, carece de fundamentación alguna y no aporta indicio alguno que permita apreciar la existencia de prácticas falseadoras de la libre competencia. En este caso, como en el de la Resolución que se cita, las vinculaciones entre la adjudicataria y ZARDOYA OTIS serían en todo caso las propias de empresas de un mismo grupo, situación respecto a la cual el artículo 145 del TRLCSP no considera que se trate de una misma empresa, a efectos de excluir las ofertas (con la excepción indicada del contrato de concesión de obra pública). Por tanto, no existe base para proceder a un levantamiento del velo que justifique la aplicación del artículo 145.3 ya reseñado.

Sexto. En cuanto a la apreciación de las ofertas incursas en presunción de temeridad, en el artículo 145.4 del TRLCSP, se establece que, en contratos distintos de los de concesión de obra pública *“la presentación de distintas proposiciones por empresas vinculadas producirá los efectos que reglamentariamente se determinen en relación con la aplicación del régimen de ofertas con valores anormales o desproporcionados previsto en el artículo 152”*. Y el artículo 86 del RGLCAP señala que *“cuando empresas pertenecientes a un mismo grupo,... presenten distintas proposiciones para concurrir individualmente a la adjudicación de un contrato, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, la oferta más baja, produciéndose la aplicación de los efectos derivados del procedimiento establecido para la apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, respecto de las restantes ofertas formuladas por las empresas del grupo...”*.

En este caso, no se aplicó tal previsión, por cuanto no hubo declaración alguna de pertenencia a un mismo grupo. No obstante la oferta adjudicataria resultó incurso en presunción de temeridad con los criterios establecidos en el PCAP. Su oferta resultaba,



como se indicó en los antecedentes, un 21% por debajo de la media y resultaría un 22% inferior, de haber excluido del cómputo a la oferta de ZARDOYA OTIS.

Por tanto, a los efectos de determinar si la oferta adjudicataria se encontraba en presunción de temeridad, es irrelevante que se consideren o no como empresas del mismo grupo las dos referidas.

Determinado el carácter desproporcionado de la oferta, como hemos reiterado en numerosas resoluciones, para conjugar el interés general en la contratación pública con la garantía de los principios de libre concurrencia, no discriminación y transparencia, la Ley establece un procedimiento contradictorio para evitar que tales ofertas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad. Los apartados 3 y 4 del citado artículo 152 del TRLCSP, al que se remite también la cláusula genérica 12ª del PCAP, establecen 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,...

4. Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador... 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...”

Por tanto sería contrario a lo dispuesto en el artículo transcrito, el excluir sin más trámite las ofertas con valores anormales o desproporcionados. En el supuesto impugnado la oferta de la adjudicataria resultaba desproporcionada de acuerdo con los parámetros de la cláusula 18ª del PCAP transcrita en el antecedente tercero, y se le pidió justificación de la misma, que se presentó en el plazo habilitado. La mesa de contratación solicitó el oportuno informe técnico que concluía recomendando la admisión por entender que se justificaba de manera suficiente la oferta presentada.

Por tanto, hemos de concluir que, en cuanto al procedimiento seguido respecto a las ofertas presuntamente desproporcionadas, 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 como dispone el artículo 152.3 del TRLCSP.

Séptimo. En cuanto a la fundamentación del acuerdo de clasificación, éste se remite al informe técnico, que se publicó también en el perfil de contratante en el que se resumen los argumentos de la adjudicataria para justificar su oferta y se propone su admisión. Por tanto, la alegación de la recurrente sobre la falta de motivación del acuerdo que impugna debe ser desestimada.

Sobre la justificación de la viabilidad de las ofertas económicas incursas en presunción de temeridad, la doctrina del Tribunal (resumida en la Resolución 142/2013, de 10 de abril) considera que: *“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”*. La decisión sobre la aceptación o no de *“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”*.

El informe justificativo de MONTES TALLÓN detalla las condiciones favorables que justifican su oferta económica y que se han resumido en el antecedente cuarto. El informe del servicio técnico y de la mesa de contratación que lo hace suyo manifiesta que se ha analizado la justificación, y se consideran suficientes los argumentos aportados.

Como hemos reiterado en diversas resoluciones en caso de exclusión de una oferta incurso en presunción de temeridad es exigible que se fundamenten los motivos que justifiquen tal exclusión mediante una resolución *“reforzada”*. Por el contrario, en caso de conformidad, no se requiere que se expliciten de manera exhaustiva los motivos de aceptación.

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, la mesa de contratación ha considerado, de acuerdo con el informe técnico, que los documentos aportados por el licitador explican satisfactoriamente el bajo nivel de los costes propuestos.

A la vista de todas estas manifestaciones el Tribunal entiende que se ha seguido el procedimiento establecido para verificar la viabilidad de la oferta adjudicataria y no se advierte arbitrariedad alguna en la aceptación, por parte de la mesa, de la justificación aportada por MONTES TALLÓN, por lo que debe desestimarse también la alegación de la recurrente sobre la falta de motivación y fundamentación del acuerdo de clasificación de ofertas.

Por todo lo anterior

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D. F.B.M. en representación de la entidad THYSSENKRUPP ELEVADORES, S.L. contra la propuesta de adjudicación en la licitación para contratar el "*Servicio de mantenimiento de los ascensores, escaleras mecánicas y plataformas elevadoras pertenecientes al Excmo. Ayuntamiento de Alicante*", por dirigirse contra un acto no decisivo del procedimiento de contratación.

Segundo. Declarar que no se aprecia 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 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma 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.