



Recursos nº 719/2015 C.A. Región de Murcia 043/2015

Resolución nº 713/2015

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

En Madrid, a 24 de julio de 2015

VISTO el recurso interpuesto por D. L.M.C. en representación de la empresa EULEN, S.A., contra su exclusión de la licitación y la adjudicación consiguiente del contrato del “*Servicio de mantenimiento del equipamiento de electro-medicina del Área de Salud VII- Murcia Este*”(expediente CSE/1700/1100589834/14/PA), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Servicio Murciano de Salud (en lo sucesivo, el SMS o el órgano de contratación) convocó, mediante anuncio publicado en el DOUE y en el BOE el 18 y el 26 de diciembre de 2014, respectivamente, licitación para contratar, por procedimiento abierto, el servicio de mantenimiento de los equipos de electro-medicina del Área de Salud VII. El valor estimado del contrato se cifra en 537.076,36 €. El presupuesto base de licitación (sin IVA) es de 244.125,62 €. Fueron admitidas las ofertas de siete empresas, entre ellas la de EULEN S.A. (en adelante, EULEN o la recurrente).

Segundo. La licitación se llevó 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 con lo previsto en sus normas de desarrollo. El contrato de servicios se clasifica en la categoría 1 del Anexo II del TRLCSP y, dado su valor estimado, está sujeto a regulación armonizada.

Tercero. El apartado 13 del Cuadro de características del Pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) se refiere a los criterios de adjudicación que se valoran mediante fórmula (precio: hasta 51 puntos) y los relativos a la propuesta técnica (hasta 49 puntos en total). En el apartado 17 se establece que: “*Se consideran ofertas desproporcionadas o temerarias aquellas proposiciones con una baja superior al 10% del*

presupuesto de licitación”.

Tras los trámites oportunos, se procedió a la apertura de los sobres con las proposiciones económicas. Cuatro de las ofertas, entre ellas la de EULEN, se consideraron incursas en presunción de temeridad de acuerdo con el criterio indicado, por lo que se les dio trámite de audiencia para que justificaran la valoración de su oferta y precisaran las condiciones de la misma.

La oferta económica de la recurrente (205.500 €), cuya oferta técnica se había calificado con 27 puntos, era la más económica de las presentadas; suponía una baja del 15,8% sobre el presupuesto de licitación y de un 4,8% sobre la media. Las tres ofertas no incursas en presunción de temeridad tenían bajas sobre el presupuesto de licitación del 10,0% (la que luego resultó adjudicataria, cuya oferta técnica había sido la mejor valorada, con 33 puntos, tenía una baja del 9,99%). De las cuatro incursas en presunción de temeridad, dos de ellas eran con bajas del 10,002% y del 10,046%.

Por parte de EULEN se presentó, en el plazo habilitado, justificación en la que se detallaba la cuantía de los distintos componentes de su oferta, su imputación temporal y por centros y un margen sobre los costes detallados del 9%. En el caso de los costes de personal se indicaban también las categorías, el número de horas y el coste anual.

El informe del Subdirector de Gestión Económico-administrativa del Área VII consideró que *“en el documento no se presenta ninguna explicación sobre los criterios utilizados para el cálculo del valor económico de ninguno de los epígrafes. En el apartado más importante en este tipo de servicio, Recursos Humanos, que representa más del 82 por 100 del coste total, tampoco se indica explicación alguna sobre los criterios de cálculo empleados, como retribución aplicada, cotización patronal a Seguridad Social, sustitución de vacaciones, permisos ni absentismo... Como conclusión, de la documentación presentada por esta empresa no es posible deducir la viabilidad económica de la oferta formulada por la misma al no explicitarse los criterios utilizados para el cálculo económico de los apartados que componen dicha oferta”*. Consideraciones similares y conclusiones análogas se hicieron para las otras dos empresas que habían remitido justificación de su oferta.

Mediante Resolución de 1 de junio de 2015 del órgano de contratación, a propuesta de la mesa de contratación que hizo suyo el informe anterior, se acordó la exclusión de las tres ofertas que habían aportado justificación. Como motivo de la exclusión se indica que: *“No ha acreditado la viabilidad económica de su oferta, por lo que incurre en baja temeraria”*. También se excluyó la cuarta oferta que no había presentado justificación. Se acordó la



adjudicación del contrato en favor de IMTECH SPAIN, S.L. que había obtenido la puntuación total más alta (83,95 puntos) entre las tres ofertas finalmente admitidas. La Resolución se notificó a la recurrente el 2 de junio.

Cuarto. El 19 de junio de 2015, se presentó en el registro del órgano de contratación escrito de EULEN de interposición de recurso especial contra la indicada exclusión de su oferta. Considera que su oferta estaba justificada y que la resolución impugnada *“no razona ni justifica los motivos por los que considera la oferta inviable”*. Solicita que se declare su nulidad y se *“ordene al órgano de contratación que admita y valore junto con las demás ofertas la formulada por EULEN”*.

Quinto. El expediente administrativo, junto al informe del órgano de contratación, se recibió en el Tribunal el 24 de junio. En ese informe se reitera que de la documentación presentada por EULEN para justificar su oferta, no es posible deducir la viabilidad económica de la misma, al no explicitar los criterios utilizados para su cálculo. Concluye que para garantizar que *“la selección del contratista lo sea para que además del criterio de oferta más ventajosa económicamente, se pueda realizar la prestación del servicio, sin menoscabo de los derechos de los trabajadores que los prestan, entendemos que la adjudicación realizada a la empresa IMTECH SPAIN, S.L, cumple con todos los requisitos y condiciones establecidos en la licitación ahora objeto de impugnación”*.

Sexto. El 9 de julio de 2015, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones, sin que hayan sido presentadas.

Séptimo. El 13 de julio de 2015, el Tribunal acordó conceder la suspensión del expediente de contratación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Se recurre la adjudicación en la licitación de un contrato de servicios 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 41.3 de dicha norma y en el Convenio suscrito al efecto con la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, publicado en el BOE del día 21 de noviembre de 2012.

Segundo. La legitimación activa de la recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 42 del TRLCSP, por cuanto concurrió y fue excluida en la licitación que impugna.

Tercero. En la interposición del recurso se han cumplido las prescripciones de plazo establecidas en el artículo 44 del citado texto legal. Aunque el recurso no se haya anunciado previamente al SMS, es criterio reiterado por este Tribunal que tal ausencia no puede considerarse como un vicio que invalide la continuación del procedimiento.

Cuarto. La primera cuestión a dilucidar es si el acuerdo de exclusión se ha adoptado y motivado debidamente. Respecto al procedimiento seguido, 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 particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnica adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación,... 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 este caso, la oferta de la recurrente resultaba desproporcionada de acuerdo con los parámetros del citado apartado 17 del Cuadro de características del PCAP y se le pidió justificación de la misma, que se presentó en el plazo habilitado. La mesa de contratación solicitó el oportuno informe técnico cuya conclusión fue que no se había justificado adecuadamente el valor desproporcionado de la oferta, por lo que la mesa de contratación propuso, y así se acordó por el órgano de contratación, su exclusión.

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.

En cuanto a la motivación del acuerdo de exclusión, el criterio reiterado en numerosas resoluciones de este Tribunal es que la exclusión ha de estar motivada de forma adecuada, pues de lo contrario se le estaría privando al licitador de los elementos necesarios para configurar un recurso eficaz y útil. De acuerdo con el artículo 151.4 del TRLCSP:

“4. La adjudicación deberá ser motivada, se notificará a los candidatos o licitadores y, simultáneamente, se publicará en el perfil de contratante.

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

La resolución de adjudicación se limita a señalar que EULEN no ha acreditado la viabilidad de su oferta por lo que incurre en baja temeraria, sin reproducir ni hacer referencia siquiera al informe técnico sobre el que se basa la exclusión y en el que se explicitan los motivos por los que no se ha considerado suficientemente justificada.

Por tanto, el recurso debe ser estimado por falta de motivación del acuerdo notificado, por cuanto al recurrente excluido no se le facilitaron en modo alguno, *las razones por las que no se admitía su oferta.*

Puesto que el acuerdo de exclusión adoptado se basa en el informe técnico resumido en el antecedente tercero, la segunda cuestión a considerar es si la justificación de la recurrente era o no suficiente, y si los argumentos del informe técnico, que hizo suyos la mesa de contratación, evidencian la conveniencia de un interés público que justifica su exclusión del procedimiento.

Quinto. Antes de entrar a considerar la cuestión relativa a la justificación, hemos de hacer referencia a la propia determinación del “*umbral de temeridad*” en los pliegos.

Cuando el precio no es el único criterio de adjudicación, como es el caso, el propio TRLCSP (artículo 151.2) dispone que *“podrá expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados”*.

Pues bien, como hemos puesto de relieve en diversas resoluciones -como referencia, en la nº 42/2013, de 23 de enero- la determinación del *“umbral de temeridad”* con referencia al precio de licitación y no al conjunto de las ofertas admitidas, presenta varios inconvenientes, uno de los cuales, y no el menor, es el de que puede llegar a restringir la competencia, en la medida que señala con carácter previo el nivel a partir del cual la oferta se considerará, en principio, desproporcionada. En la indicada resolución hacíamos referencia a la *Guía sobre Contratación Pública y Competencia*, de la entonces Comisión Nacional de la Competencia que recomendaba evitar este tipo de mecanismos que interfieren en los incentivos a ofertar en precios. Con toda evidencia es lo que ha sucedido en esta licitación en la que cinco de las siete ofertas propusieron una baja del 10%, umbral a partir del cual una oferta se podía considerar temeraria.

Como hemos manifestado también en diversas resoluciones, al establecer un umbral de temeridad referido al presupuesto de licitación, se puede llegar a desnaturalizar la propia finalidad de la figura de las *“ofertas con valores anormales o desproporcionados”*. Si se trata de establecer un mecanismo para contrastar la viabilidad de las ofertas con valores muy bajos –las *“ofertas temerarias”*– no resulta procedente, en buena lógica, la posibilidad de extender el régimen establecido en el artículo 152 del TRLCSP a las proposiciones que se presenten con un margen de baja que, de acuerdo con las reglas de la práctica comercial en el sector de que se trate, no debieran ser tachadas como *“anormalmente bajas”* o *“temerarias”*.

Pero, como indicábamos en la resolución citada, una vez expuesto lo anterior, hay que tener en cuenta que los pliegos constituyen la ley del contrato y que no se cuestiona que la oferta adjudicataria estuviera por debajo del umbral de temeridad definido en aquellos, si bien conviene dejar constancia de la escasa entidad de la baja propuesta (apenas un 4,8% por debajo de la media de las ofertas presentadas). Por todo ello, no cabe sino mantener que a la proposición de EULEN le son de aplicación las previsiones contenidas en el artículo 152 del TRLCSP, sobre la necesidad de justificar que la ejecución del contrato resulta viable con la oferta presentada.

Sexto. En cuanto a la fundamentación de la exclusión, hemos señalado en numerosas resoluciones (entre otras, en la Resolución 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. Y ello exige de una resolución “reforzada” que desmonte las justificaciones del licitador. No se trata, por tanto, de que éste justifique exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de argumentar 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.

En este caso, la desproporción de la oferta es pequeña, máxime si se tiene en cuenta que cinco de los licitadores limitaron su oferta para evitar caer en presunción de temeridad.

Como indicamos ya en el fundamento anterior, el acuerdo de exclusión carece de motivación alguna. Por su parte, el informe técnico en que se funda ese acuerdo, se limita a consignar que no se explican los criterios de cálculo, en particular del coste de personal, por lo que *no es posible deducir la viabilidad económica de la oferta*. El informe parece pretender que se debía haber dado una justificación detallada sobre esos criterios de cálculo, pero ni siquiera cuestiona el personal, la categoría profesional y la distribución entre centros consignada en la justificación numérica.

Si se informa negativamente, no es tanto porque se dude de que la oferta pueda ser cumplida, sino porque no se proporcionan datos con el detalle suficiente para demostrarlo, aunque tampoco se le requirió información adicional sobre los criterios considerados. Ni el informe, ni la mesa de contratación que lo hizo suyo, contradicen las justificaciones del recurrente. El informe del órgano de contratación sobre el recurso presentado tampoco da más razones.

Una vez examinadas las justificaciones de la recurrente y las manifestaciones contrarias del órgano de contratación, este Tribunal entiende que las primeras son suficientes para explicar una baja como la propuesta, por lo que su oferta no debió ser excluida.

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. L.M.C. en representación de la empresa EULEN, S.A., contra su exclusión en la licitación y la adjudicación consiguiente del contrato del "*Servicio de mantenimiento del equipamiento de electro-medicina del Área de Salud VII - Murcia Este*" y ordenar la retroacción de las actuaciones hasta el momento de valoración de las ofertas económicas, entre las que se deberá incluir también la de la recurrente.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento acordada.

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 del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente al de 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.