



Recurso nº 745/2016

Resolución nº 748/2016

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 23 de septiembre de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por D. J. L. C. R., en representación de la empresa EULEN, S.A. (en adelante EULEN o la recurrente), contra la exclusión de su oferta en la licitación del contrato del "*Servicio de mantenimiento de los aparatos elevadores instalados en sede central, CEI, Sala de Exposiciones Arquería, C/ Zurbano y C/ Fruela, del Mº de Fomento, en Madrid*" (expediente: 011622FE0063), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Junta de Contratación de la Subsecretaría de Fomento (en lo sucesivo, la Junta o el órgano de contratación), convocó, mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 20 de abril de 2016 y en el BOE y en el DOUE el 23 de abril, licitación para contratar, por procedimiento abierto, el servicio de mantenimiento de los aparatos elevadores instalados en diversas sedes del Ministerio, en Madrid. El valor estimado del contrato se cifra en 546.008,40 euros. El presupuesto de licitación (sin IVA) para los dos años de duración inicial del contrato es de 273.004,20 euros. Se presentaron tres ofertas, entre ellas la de la recurrente.

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 las normas de desarrollo en materia de contratación. 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 de acuerdo con lo establecido en el artículo 16.1.a) del TRLCSP.

Tercero. La cláusula 14 del Pliego de cláusulas administrativas (PCAP) establece que, cuando concurren tres o más licitadores, se considerarán con valores anormales o



desproporcionados las ofertas *“que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas”*.

Cuarto. Tras los trámites oportunos, se constató que la oferta económica de EULEN (196.906,27 €) incurría en presunción de temeridad, al resultar un 11,7% por debajo de la media de las tres ofertas presentadas. Se le dio trámite de audiencia para que justificara la oferta y precisara 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 excepcionalmente favorables de que disponga...”*.

Por parte de EULEN se presentó la justificación en el plazo requerido. En la misma, hace referencia a que *“posee un amplio conocimiento de las instalaciones y el funcionamiento de los edificios en los que se encuentran, dado que actualmente somos la empresa mantenedora del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente que se encuentra al lado y cuyas instalaciones y funcionamiento del servicio son muy parecidas”*. Justifica el precio ofertado por la reducción de costes derivada de su implantación en Madrid, su dimensión empresarial, la mínima subcontratación, y por disponer de un departamento centralizado de compras.

Detalla el coste de los servicios. Respecto al coste de personal, especifica los salarios considerados, la plantilla y la dedicación del personal tanto de estructura de la empresa, como permanente en el Ministerio. En cuanto al coste de recursos materiales detalla también las partidas consideradas (herramientas, vehículos, repuestos...); manifiesta que *“ha tenido en cuenta una partida en base a nuestra experiencia de más de 10 años, para Materiales de Correctivo y sustitución de piezas sujetas a desgaste incluidas en el pliego”*. Indica también que dispone de un *“stock de repuestos multimarca para la ejecución del mantenimiento Correctivo, no generadores de coste alguno por cuanto ya se encuentran plenamente amortizados”*.

Quinto. El informe sobre la justificación de EULEN, emitido por la Oficialía Mayor, considera que los argumentos de EULEN para justificar la baja no implican diferencia alguna con el resto de licitadores, que también disponen de estructuras e implantación firmemente establecidas, por lo que *“las diferencias en precio de compras de suministros y recambios NO pueden ser significativas, y por tanto el ahorro en esas partidas debe proceder de la utilización de un ratio contrato/materiales poco garantista”*.



Respecto al detalle de costes del servicio, señala que: “I. Las condiciones salariales de los oficiales de 1ª que atenderán el contrato son las del convenio del metal,... un **35%** menos que los de las empresas del sector con convenio propio. II. El porcentaje de materiales en relación al total del contrato es de un **15%**, mientras que las proyecciones realizadas en base a la experiencia para la elaboración de los pliegos estimaban un porcentaje del **38,4%**. III. No se ha hecho una estimación o reserva para rotaciones o imprevistos,.... IV. No existe mención sobre los costes de atención a los edificios distintos de la Sede Central...”.

De acuerdo con lo indicado el informe considera que “la cantidad licitada no proporciona la seguridad necesaria para la correcta ejecución del contrato, ya que:

- Las diferencias salariales, de operarios muy especializados... con respecto a las condiciones generales del sector, NO parece garantizar la adecuación de los operarios a lo exigido, ni en conocimientos, experiencia, ni la necesaria continuidad en el puesto de trabajo.
- El argumento empleado de la prestación del servicio en el edificio del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medioambiente, para justificar el conocimiento de nuestras instalaciones es inadmisibile, ya que las pautas de utilización, condiciones generales de mantenimiento y los propios equipos son diferentes, por lo que valorar un porcentaje acusadamente bajo de materiales y repuestos, es excesivamente arriesgado.
- No se valoran recursos, para cubrir posibles incidencias imprevistas o averías gruesas propias de equipos sometidos a un uso pesado.
- No se contemplan los costes de la atención a los aparatos elevadores de los edificios distintos a la Sede Central.

El 13 de julio, la Junta de Contratación, a la vista de la justificación y del informe de la Oficialía Mayor, acordó la exclusión de EULEN, “por no justificar con garantías suficientes la viabilidad de su oferta”, y la adjudicación a la empresa THYSENKRUPP ELEVADORES, S.L.U. (en lo sucesivo THYSENKRUPP, o la adjudicataria). Ambos acuerdos se notificaron a EULEN el 20 de julio; consta su recepción (acuse de recibo) el 22 de julio.

Sexto. Contra el indicado acuerdo de exclusión, EULEN ha presentado en el registro electrónico del Tribunal, el 9 de agosto de 2016 y previo anuncio a la Junta, escrito de



interposición de recurso especial. Considera que el informe en que se basa su exclusión *“no fundamenta en modo alguno el motivo por el cual rechaza la justificación esgrimida por EULEN, S.A., si bien hace referencia a argumentos genéricos con expresiones que indican posibilidad pero no certeza en lo que se afirma... (en) el principal argumento, que es el de los salarios de los trabajadores, se utiliza la expresión “no parece”, de una inconcreción sorprendente. El Órgano de Contratación no puede excluir a ningún licitador en base a apreciaciones basadas en opiniones y no en fundamentos empíricos, que tienen como base la realidad y la experiencia”*. Sostiene que EULEN justificó debidamente su oferta y describió de manera pormenorizada los costes del servicio *“cumpliendo con ello el detalle exigible para considerar debidamente justificada la realización de la prestación a ese precio”*. Solicita que se revoque el acuerdo de exclusión y se admita su oferta.

Séptimo. El expediente administrativo junto al informe sobre el recurso, se recibió en el Tribunal el 17 de agosto. El informe señala que la recurrente *“tuvo acceso al informe técnico... que razona detalladamente los motivos por los que se considera que no está acreditada la viabilidad de su oferta y que responde de forma singularizada a las razones esgrimidas por la empresa para justificar su baja desproporcionada”*. Sobre la alusión en el recurso a las expresiones *que indican posibilidad pero no certeza* en ese informe, considera que lo que la ley impone al órgano de contratación es *“que valore, estime o considere si la oferta puede ser cumplida,... la garantía de la correcta prestación del servicio por la oferta temeraria sólo podría, en buena lógica, acreditarse indubitadamente en el transcurso de la ejecución,... pero es obligación tanto del órgano técnico como del órgano de contratación acercarse a la convicción de que pueda llevarse a cabo, convicción que a la luz de los argumentos de la justificación de la baja, no se alcanza”*.

Considera la Junta que en el recurso nada se alega sobre las conclusiones del informe en que se fundamentó la exclusión, por lo que entiende que EULEN *“en el procedimiento contradictorio, ha admitido una buena parte de las razones del órgano de contratación para excluir su oferta”*.

Octavo. El 25 de agosto el Tribunal acordó la suspensión provisional del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.



El mismo día, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones. Así lo ha hecho la adjudicataria, para solicitar la desestimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Se recurre la adjudicación 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 de dicha norma.

Segundo. La legitimación activa de la empresa recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 42 del TRLCSP, por cuanto concurrió a la licitación que impugna y, de prosperar su recurso, podría resultar adjudicataria.

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

Cuarto. La primera cuestión a dilucidar es si el acuerdo de exclusión se ha adoptado 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 económica de la recurrente resultaba desproporcionada de acuerdo con los parámetros de la cláusula 14 del PCAP, transcrita en el antecedente tercero, y se le pidió justificación, que se presentó en el plazo habilitado. El técnico del órgano gestor (Oficialía Mayor) que elaboró el oportuno informe, hecho suyo por la mesa de contratación, concluyó que la oferta *“no proporciona la seguridad necesaria para la correcta ejecución del contrato”*.

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.

La cuestión de fondo a considerar es si la justificación de su oferta por parte de la recurrente era o no suficiente, y si los argumentos del informe técnico en que se basa el acuerdo de adjudicación, evidencian la conveniencia de un interés público que justifica la exclusión.

Quinto. Lo que se requirió a EULEN es que justificara y precisara las condiciones de su oferta, en particular en lo que se refiere a los aspectos que se indican en el artículo 152.3 del TRLCSP. El informe técnico explicita de manera detallada los motivos de rechazo de la justificación presentada. Se basan en que los argumentos que se aportan son genéricos y aplicables a todos los licitadores; en que el salario de los oficiales de 1ª, es o inferior al de otras empresas del sector, por lo que teme una falta de *“adecuación de los operarios a lo exigido”*; en que carece de fundamento pretender que se conocen las instalaciones por prestar servicios análogos en edificios de otro ministerio, que nada tienen que ver con los que son el objeto de licitación; en que es arriesgado valorar en un porcentaje de solo el 15% los materiales y repuestos, habida cuenta de posibles incidencias y averías importantes y en que no se hace mención a los costes de mantenimiento de ascensores en los edificios distintos a la sede central, incluidos en el contrato.

En este caso, el razonamiento del informe técnico no va encaminado tanto a verificar si el detalle de costes aportado explica satisfactoriamente el nivel del precio propuesto, sino a verificar si las cuantías estimadas por EULEN son o no muy inferiores a las consideradas



para cifrar el precio de licitación y si en la justificación se han tenido en cuenta todos los servicios a prestar, por mínimo que sea su impacto en el coste global.

Tal argumentación resulta arbitraria, por cuanto de aplicarse los criterios y valoraciones expresados en la misma, habría que considerar también como de imposible cumplimiento la oferta adjudicataria y casi cualquier oferta que implicara una baja significativa sobre el presupuesto de licitación. En efecto, la oferta de EULEN supone una baja de casi el 28 % respecto al precio de licitación, aunque sólo un 11,7 % respecto a la media de las tres ofertas presentadas, y un 20,2 % respecto a la adjudicataria. Pero de aplicar las pautas seguidas en el informe, habría que concluir que el coste de personal de los oficiales de 1ª, debería ser en torno a un 35% más elevado para tener una cierta garantía de idoneidad y que el importe de materiales debería ser más del doble de la cifra consignada por EULEN. Es decir que el coste del servicio no puede ser inferior a 250.000 € (sin incluir gastos generales ni beneficio): los casi 178.000 € de la oferta de EULEN (coste directo) más 49.000 € de incremento en el coste de personal de los oficiales de 1ª, más los 23.000 € en que se cifran las omisiones relativas a materiales en su justificación (fundamentalmente para imprevistos y atención a edificios distintos de la sede central del Ministerio de Fomento). Pero con tal coste mínimo, habría que tachar como de imposible cumplimiento todas las ofertas, incluso la de la adjudicataria, cuya oferta (246.840,00 €), era la más elevada de las tres presentadas.

Respecto a los motivos considerados en el informe técnico para rechazar la oferta de CLECE, consideramos que:

- El que los salarios considerados en la justificación del coste de los servicios, sean los del convenio colectivo del metal y no los de empresas con convenio propio, no puede tacharse como falta de idoneidad de los operarios. La cláusula 5.d) del PCAP, relativa al compromiso de adscripción de medios, establece que el licitador *“deberá aportar declaración responsable, en la que se comprometa a adscribir a la ejecución del contrato los siguientes medios:*
 - *Dos oficiales con experiencia suficiente por haber realizado tareas de mantenimiento al menos durante dos años y conocimientos de electromecánica, electrónica e hidráulica...”*.



Es decir, la idoneidad de los oficiales debe verificarse al comprobar el compromiso de adscripción de medios, no a partir del salario considerado.

- La referencia del escrito de justificación al *“amplio conocimiento de las instalaciones y el funcionamiento de los edificios en los que se encuentran, dado que actualmente somos la empresa mantenedora del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente que se encuentra al lado y cuyas instalaciones y funcionamiento del servicio son muy parecidas”*, es una referencia marginal en el escrito de justificación, y aunque la expresión *“amplio conocimiento”*, sea notoriamente exagerada, tiene algún fundamento si se refiere al edificio de la Pza. de S. Juan de la Cruz, 10, también en el complejo de los *Nuevos Ministerios*.
- En la valoración de materiales, EULEN detalló los elementos considerados para estimar el coste (stock de repuestos ya amortizados de otros contratos, acuerdos con proveedores). Debe entenderse que la posibilidad de haber infravalorado el coste de materiales como consecuencia de mayores incidencias o averías gruesas, es una circunstancia propia del riesgo empresarial, que haría disminuir el beneficio esperado, pero no resulta un elemento determinante para adoptar una medida tan drástica como la exclusión de la licitación.
- El hecho de que en la justificación no se haya hecho referencia a los aparatos elevadores de los edificios distintos a la Sede Central, no significa que su coste no se haya tenido en cuenta, ni que se vaya a incumplir lo exigido en el PPT. Por lo demás, en la justificación se indica que, además de los dos Oficiales de 1ª con presencia en la sede central, se incluye el coste de otro Oficial 1ª *“durante 8h como **Ampliación de medios Humanos**, para mantenimiento preventivo y reparación de averías en los correspondientes aparatos elevadores”*.

Una vez examinadas las justificaciones de EULEN sobre su oferta económica, este Tribunal entiende que el informe del órgano gestor, hecho suyo por la Junta de Contratación de la Subsecretaría de Fomento para excluirla, no argumenta de manera suficiente la convicción de que la proposición de la recurrente no pueda ser cumplida satisfactoriamente.

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. L. C. R., en representación de la empresa EULEN, S.A., contra la exclusión de su oferta en la licitación del contrato del “*Servicio de mantenimiento de los aparatos elevadores instalados en sede central, CEI, Sala de Exposiciones Arquería, C/ Zurbano y C/ Fruela, del Mº de Fomento, en Madrid*” y ordenar la retroacción de las actuaciones hasta el momento de valoración de las ofertas económicas, entre las que se deberá incluir también la presentada por 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 de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de 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.