



Recurso nº 625/2017 C.A. Región de Murcia 78/2017

Resolución nº 782/2017

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

En Madrid, a 15 de septiembre de 2017

VISTO el recurso interpuesto por D. L. A. T. en representación de COMSA SERVICE FACILITY MANAGEMENT, S.A.U., contra la resolución de 6 de junio de 2017 por la que el Instituto Murciano de Acción Social (IMAS) considera insuficientemente justificada y explicada la baja ofrecida por la empresa recurrente quedando excluida y adjudicando a la empresa GARCIGAS INSTALACIONES S.L. el contrato de *“Mantenimiento de las Instalaciones de calefacción, climatización y agua caliente sanitaria y vapor en diversos centros del IMAS”* (2017.69 SE-SU) adjudicado por procedimiento abierto ordinario y con un presupuesto estimado de 318.917,28 €, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Previo informe de su necesidad, el Director gerente del IMAS acordó con fecha 19/12/2016 iniciar el procedimiento de contratación el contrato de *“Mantenimiento de las Instalaciones de calefacción, climatización y agua caliente sanitaria y vapor en diversos centros del IMAS”* (2017.69 SE-SU) a adjudicar por procedimiento abierto ordinario y con un presupuesto estimado de 318.917,28 €. También se aprobó simultáneamente el Pliego de Prescripciones Técnicas.

Segundo. La licitación fue anunciada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 23/02/2017, en el Boletín Oficial del Estado del 9 de marzo de 2017 y en el Perfil del contratante de la Región de Murcia el 23 de febrero de 2017.



Tercero. Dentro del plazo establecido para la presentación de ofertas comparecieron las 19 empresas (8 presentado su documentación físicamente y 11 anunciado su intención de hacerlo por fax enviado en plazo). Entre ellas se encontraba la recurrente.

Cuarto. La Mesa de contratación constituida en su sesión de 6 de abril de 2017 procedió a la apertura y examen de la documentación contenida en el sobre “A” (Anexo II, declaración responsable del licitador o, alternativamente, los Anexos V y VI).

Quinto. La Mesa se reunió el día 10 de abril de 2017 y, tras comprobar que la documentación del Sobre A de todos los licitadores era correcta, procedió a la apertura del sobre B”, que contenía las ofertas económicas.

Sexto. La empresa recurrente presentó una oferta con importe global de 149.917,45 € (IVA excluido) para el conjunto de las tres anualidades (2017-2019) a la que se refiere el contrato.

La oferta de una empresa fue rechazada por error manifiesto en el importe.

Con las restantes ofertas se procedió a examinar si existía algún valor anormal en las ofertas económicas presentadas, dado que el umbral mínimo calculado conforme a la normativa arrojaba la cifra de 152.788,10 €.

La Mesa, en consecuencia, consideró que la oferta realizada por COMSA incurría en valores anormales conforme al art 85 del RD 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Séptimo. A la vista de lo anterior, e invitado por la Administración a justificar su oferta, la empresa recurrente presentó ante la administración contratante un informe de fecha 12 de abril de 2017 (Doc. 18 del expediente) con el que considera justificada la viabilidad de la oferta presentada y se ratifica en la misma.

Expone que ha realizado un estudio de carga de trabajo para calcular el nº de operarios que se necesitan (2 oficiales de 1º a dedicación completa) y que como factores



favorables que disminuyen los costes concurren la experiencia en servicios similares, la existencia de una implantación a nivel nacional, la asistencia de apoyo que prestan los departamentos generales centrales de la empresa y la gestión centralizada de las compras de material que permite obtener descuentos importantes de los suministradores.

Octavo. El funcionario Ingeniero Técnico Industrial de la Oficina Técnica del IMAS examina la justificación en informe de 19 de abril de 2017, concluyendo que, en su opinión, está insuficientemente justificado el importe de la baja e insuficientemente explicadas las condiciones ofertadas (Documento 19 del expediente). En concreto, en lo que se refiere a la presunta rebaja en suministros de proveedores, se expone que los descuentos comerciales que se citan no se sustentan en prueba alguna.

Noveno. En reunión de fecha 5/5/2017 la Mesa de contratación examina tanto la justificación presentada por la empresa recurrente como el informe técnico. Por ello proponen rechazar la oferta económica presentada por COMSA, considerar valorables las 16 ofertas no afectadas de defectos y requerir la presentación documental oportuna, previa a proponer la adjudicación a la empresa GARCIGAS INSTALACIONES S.L., que es la económicamente más provechosa de todas ellas.

Tal dicha comprobación, se propone la adjudicación por la Mesa en su reunión de 12 de mayo de 2017.

Décimo. Mediante Resolución de la Directora Gerente del IMAS de fecha 6 de junio de 2017 (Documento 22 del expediente administrativo) se realiza la adjudicación del contrato.

Undécimo. El día 26 de junio de 2017 tuvo entrada el escrito de interposición del presente recurso y su anuncio ante el órgano administrativo que dictó el acto recurrido.

Duodécimo. En fecha 4 de julio de 2017 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que convinieran a su derecho, sin que ninguno de ellos haya evacuado el trámite conferido.



Decimotercero. El 13 de julio de 2017 la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió mantener la suspensión del procedimiento de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Competencia del Tribunal

De acuerdo con el art. 41.1 de Ley de Contratos del Sector Público, aprobada por Real Decreto Legislativo 3/3011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP) y el Convenio de colaboración con la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia sobre atribución de competencia de recursos contractuales suscrito el 4 de octubre de 2012 entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia este Tribunal es competente para conocer del Recurso Especial en Materia de Contratación, interpuesto por la parte recurrente.

Segundo. Legitimación

De acuerdo con el Art.42 del TRLCSP la entidad recurrente, en cuanto licitadora, se encuentra legitimada activamente para la interposición de este recurso.

Tercero. Acto recurrible

Los acuerdos de exclusión de licitadores son susceptibles de este recurso especial de conformidad con lo que dispone el art 40 apartado 2.b) en relación con el art 40.1 del TRLCSP.

Cuarto. Forma y plazo

El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo legalmente establecido en el art 44.2 TRLCSP, sin que quepa inadmitirlo por esta causa.

Quinto. Fondo del asunto

➤ **Argumentos de las partes**

- **De la empresa recurrente**

La recurrente considera que el acuerdo de exclusión recurrido no se encontraría suficientemente motivado. Cita en su favor el art 151.4 TR-LCSP según el cual deben incluirse en el acto las razones por las cuales no se ha admitido su oferta, de una manera que le permita disponer de la información necesaria que le facilite interponer un recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación.

Según su criterio, la motivación debería insertarse en el propio acto, no remitirla a un informe técnico.

Pero, en todo caso, el informe técnico que funda una exclusión debería ser, en su opinión, más razonado, con cita de nuestra Resolución 832/2014, de 7 de noviembre de 2014. Critica en concreto que el informe ponga de relieve que no se han acreditado documentalmente las rebajas de proveedores, por cuanto ello excedería de las competencias del técnico valorador.

Por comparación, entiende que su justificación de la oferta es muy detallada, siendo la más provechosa económicamente para la Administración (43,12 % de baja). En su opinión, el contenido de la justificación no debería ser tan amplio como para fundar exhaustivamente la oferta presentada, con cita de nuestra Resolución 86/2016, de 5 de febrero.

Por ello, concluye que la decisión ha sido arbitraria y solicita la nulidad de pleno derecho por aplicación de los arts 151.4 TR-LCSP y 54.1.f de la Ley 30/1992 LRJAP-PAC, puestos en conexión con el art 32.a) TR-LCSP y 62.1.a) de la Ley 30/92 LRJAP-PAC.

- **De la Administración recurrida**

El IMAS opone que el expediente administrativo ha estado a disposición de la recurrente en todo momento y que la resolución recurrida, que se funda en el informe técnico, le ha sido debidamente notificada.

➤ **Apreciación del Tribunal**

El asunto se circunscribe a determinar si la resolución recurrida, que excluye la oferta del recurrente por no considerarla fundada, está o no suficientemente motivada, conforme exige el art 151.4 TR-LCSP.

Dado que se han presentado 19 ofertas, presentadas por empresas de diferentes tamaños (desde locales a nacionales o incluso multinacionales) el cálculo efectuado conforme a lo que establece el art 85 del RG-LCAP, que dispone que:

“Artículo 85. Criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en las subastas.

(...)

Se considerarán, en principio, desproporcionadas o temerarias las ofertas que se encuentren en los siguientes supuestos:

3. Cuando concurren tres licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales.”

Ya proporciona una idea de los límites en torno a los cuales hayan de concentrarse las límites razonables de viabilidad económico-financiera del contrato.

Distinto es el supuesto en que haya un pequeño número de ofertas del caso en el que hay –como sucede ahora- un gran número. En este último puede decirse que hay una concurrencia tal que la banda que oscila el en entorno del 10% alrededor del precio medio –presentada por empresas que operan en el mismo entorno económico- da una idea de las ofertas que están justificadas y no incurrir en “dumping”. Para asegurar que la fórmula de cálculo no es objeto de manipulación interesada la propia norma



reglamentaria introduce un factor de corrección que evite una posible manipulación (se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media.).

Por lo tanto, en los casos en que un gran número de empresas presenta oferta la norma aplicable ya arroja un fuerte indicio de cuáles de las ofertas a la baja pueden estar injustificadas y posiblemente incurren en temeridad.

En este caso se añade la circunstancia de que a juicio del técnico de la Administración, un funcionario con cualificación profesional de ingeniero Técnico Industrial, la justificación adicional ofrecida por la empresa recurrente se limita a alegaciones genéricas carentes de una prueba concreta sobre su incidencia en la baja ofrecida. Esto se pone de relieve especialmente en relación con los posibles descuentos de suministros por volumen de pedido, que podría fácilmente acreditarse documentalmente por la empresa afectada.

No hallamos ante un criterio técnico de profesional competente de la Administración demandada que, como hemos examinado, no es ni inmotivado ni arbitrario.

Así, en nuestra Resolución nº 52/2015 decíamos que *“en esta tesitura, como ya ha señalado este Tribunal en su Resolución nº 177/2014 de fecha 28 de febrero de 2014 «...para decidir y resolver el recurso, al tratarse de una cuestión puramente técnica, el contenido del Informe técnico evacuado en el seno del procedimiento, y que posteriormente sirve de base al órgano resolutorio, la solución a esa cuestión se tiene que decidir de acuerdo con criterios técnicos, que no pueden ser otros que los contenidos en el Informe técnico, y en cuya materia por razones obvias, al no estar ante una cuestión propiamente jurídica, ya afecte a normas de competencia o de procedimiento, este Tribunal no tiene competencia material para decidir con un criterio propio, que no sea el ofrecido por el órgano técnico ya citado. Sin que en el contenido del Informe técnico, y a la postre, en la resolución recurrida, se aprecie error material, ni arbitrariedad o discriminación.”*

Adicionalmente debe tenerse en cuenta que la recurrente no aporta un informe técnico alternativo ni solicita el recibimiento a prueba del presente recurso.



No es relevante para fundar una pretendida nulidad, tampoco, que la resolución administrativa recurrida se remite en cuestiones de motivación extensa al informe del funcionario técnico, un acto del procedimiento.

Nos hallamos ante un supuesto de motivación *in aliunde*, respecto de la cual ya hemos explicado en nuestra reciente resolución 614/2017, de 7 de julio que:

“Pues bien, puede afirmarse que el acuerdo de exclusión no ofrece en sí mismo información suficiente a efectos de comprobar su validez, pero la citada resolución asume como motivación el contenido de los informes técnicos y jurídicos con los que se adjunta y se notifica a la recurrente, por lo que se ha evitado la indefensión real y material, especialmente en cuanto se ha dado acceso a los citados informes. Estamos pues ante una motivación denominada doctrinalmente “motivación in aliunde” consistente en fundamentar el sentido de un acto administrativo sobre informes o documentos técnicos que obran en el expediente administrativo. Su fundamento legal se encuentra en el artículo 88.6 Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, conforme al cual: “5. La aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma.” El Tribunal Supremo considera igualmente válida esta forma de motivación, y así cabe citar la STS de 11 de febrero de 2011 (recurso nº 161/2009): “Siguiendo con la exigencias propias de la motivación, debemos añadir que la motivación puede contenerse en el propio acto, o bien puede realizarse por referencia a informes o dictámenes, ex artículo 89.5 de la Ley 30/1992, cuando se incorporen al texto de la misma. Ahora bien, esta exigencia de la incorporación de los informes, contenida en el mentado artículo 89.5 “in fine”, ha sido matizada por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo -Sentencias de 21 de noviembre de 2005, 12 de julio de 2004, 7 de julio de 2003, 16 de abril de 2001, 14 de marzo de 2000 y 31 de julio de 1990- en el sentido de considerar que si tales informes constan en el expediente administrativo y el destinatario ha tenido cumplido acceso al mismo, la motivación mediante esta técnica “in aliunde” satisface las exigencias de la motivación, pues permite el conocimiento por el receptor del acto de la justificación de lo decidido por la Administración”.



De acuerdo con la Resolución de este Tribunal nº 79/2016 "... ya hemos entendido en repetidas ocasiones que cuando el licitador ha tenido acceso al expediente de contratación y, en particular, a los documentos en que obran las razones de la valoración, no es posible presumir la inexistencia de dicho conocimiento ni por tanto estimar que se ha producido indefensión", lo que reitera la Resolución 70/2015 según la cual "es doctrina también reiterada de este Tribunal que la insuficiencia de motivación de una resolución puede quedar subsanada por cualquier informe que conste en el expediente y al que tenga acceso el recurrente ya que lo principal de la exigencia de la motivación en los acuerdos de exclusión y adjudicación señalados en el artículo 151.4 TRLCSP es que los licitadores puedan ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva e impugnar con conocimiento de causa una resolución en materia contractual que les perjudica, sin que en ningún caso por desconocimiento de los motivos que justifican aquella, pueda provocársele indefensión".

Por todo lo expuesto anteriormente, la recurrente no ha sufrido indefensión alguna pues no se ha visto privado del conocimiento de los elementos necesarios para configurar un recurso o reclamación eficaz, como lo demuestra el extenso razonamiento del recurrente así como la documentación que acompaña en su recurso".

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. T. en representación de COMSA SERVICE FACILITY MANAGEMENT, S.A.U., contra la resolución de 6 de junio de 2017 por la que el Instituto Murciano de Acción Social (IMAS) considera insuficientemente justificada y explicada la baja ofrecida por la empresa recurrente quedando excluida y adjudicando a la empresa GARCIGAS INSTALACIONES S.L. el contrato de *"Mantenimiento de las Instalaciones de calefacción, climatización y agua caliente sanitaria y vapor en diversos centros del IMAS"* (2017.69 SE-SU) adjudicado por procedimiento abierto ordinario.



Segundo. Mantener la suspensión del procedimiento de contratación, hasta la resolución del Recurso 655/2017.

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