



Recurso nº 1157/2016

Resolución nº 74/2017

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

En Madrid, a 20 de enero de 2017.

VISTO el recurso formulado por D. L.T.T., en nombre y representación de TECNOLOGÍAS PLEXUS, S.L. (en adelante PLEXUS), contra el acuerdo adoptado por el Presidente de la Autoridad Portuaria de Ferrol-San Cibrao de 2 de noviembre de 2016 por el que se adjudica el contrato para prestar el "*Servicio de explotación integral de las infraestructuras informáticas, telemáticas y de seguridad en el Puerto de Ferrol (2016-2018)*" (Expediente nº P-1444) a la mercantil ASAC TELECOMUNICACIONES, S.L. (en adelante ASAC), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Por acuerdo de 22 de abril de 2016, el Presidente de la Autoridad Portuaria de Ferrol-San Cibrao acordó el inicio del procedimiento de contratación para el "*Servicio de explotación integral de las infraestructuras informáticas, telemáticas y de seguridad en el Puerto de Ferrol (2016-2018)*" (Expediente nº P-1444). El anuncio de licitación del citado procedimiento se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 25 de mayo de 2016 y en el BOE el 2 de junio del mismo año.

Segundo. El procedimiento de contratación se rigió por lo dispuesto en la Orden FOM/4003/2008, de 22 de julio, por la que se aprueban las normas y reglas generales de los procedimientos de contratación de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias.

Tercero. El 6 de julio de 2016 se procedió a la apertura del sobre A relativo a la documentación administrativa, con el resultado que obra en el expediente. Tras la apertura del sobre B, relativo a la oferta evaluable con arreglo a juicios de valor, el 11 de agosto de 2016 la comisión técnica nombrada al efecto emitió informe de valoración de las ofertas presentadas, informe que fue aprobado por la mesa de contratación en

reunión de 19 de agosto de 2016 con el resultado que obra en el expediente. Una vez abierto el sobre C, correspondiente a la oferta económica en esa misma fecha, se procede al análisis de los criterios evaluables mediante fórmula.

Cuarto. Analizados tales criterios, el 2 de septiembre de 2016 se comunica a PLEXUS que su oferta se encuentra en situación de presunción de temeridad, requiriendo para que se aporte la justificación al efecto, requerimiento que es cumplido oportunamente el 7 de septiembre de 2016. El 12 de septiembre la misma comisión técnica valora la justificación aportada, considerando que la misma es insuficiente.

Quinto. A la vista del informe emitido por la comisión técnica, la mesa de contratación acuerda proponer la adjudicación al licitador que había resultado clasificado en segundo lugar, es decir, ASAC. Una vez aportada la documentación requerida, el órgano de contratación acordó la adjudicación a favor de dicha empresa el día 2 de noviembre de 2016, notificándose el acuerdo el 7 de noviembre del mismo año.

Sexto. El 24 de noviembre de 2016 PLEXUS presenta escrito en papel ante el registro del órgano de contratación por el que se interpone recurso especial para ante este Tribunal, teniendo entrada el recurso, junto con el resto del expediente, el 9 de diciembre de 2016. A continuación se dio traslado del mismo al resto de licitadores, concediendo un plazo de cinco días hábiles para que fueran formuladas alegaciones, habiendo presentado las mismas ASAC mediante escrito que tuvo entrada en este Tribunal el 21 de diciembre de 2016.

Séptimo. El procedimiento se encuentra suspendido por aplicación de lo dispuesto en el artículo 104.6 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (LCSE).

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que debe analizar en primer término su propia competencia, a la vista de las alegaciones formuladas por el órgano de contratación en su informe.

Tal y como se señala en la cláusula segunda del PCAP, el presente procedimiento se rigió por lo dispuesto en la Orden FOM/4003/2008, de 22 de julio, por la que se aprueban las normas y reglas generales de los procedimientos de contratación de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias. La Regla 1 de dicha Orden señala:

“1. El régimen jurídico de los contratos de obras, suministros y servicios que celebren Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias, que estén comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, será el establecido por esta Ley, siéndoles de aplicación de forma supletoria las presentes Instrucciones.

2. Los contratos de obras, suministros y servicios, excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, que se celebren en estos sectores, se regirán por las disposiciones pertinentes de la Ley de Contratos del Sector Público sin que les sean aplicables, en ningún caso, las normas reguladoras de los contratos sujetos a regulación armonizada, así como por estas instrucciones.

Se aplicarán las normas de regulación armonizada a los contratos que celebren los entes portuarios para fines distintos del desarrollo de las actividades correspondientes al sector de los puertos marítimos. En estos supuestos, cuando el importe de los contratos no alcance los umbrales de la regulación armonizada se aplicarán las presentes Instrucciones.

3. Los contratos celebrados al amparo de la presente Orden tendrán la consideración de contratos privados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley de Contratos del Sector Público.”

Según el órgano de contratación, en el presente caso nos encontramos ante un contrato celebrado por un ente portuario para un fin relacionado con el desarrollo de la actividad correspondiente al sector de puertos marítimos, pero excluidos del ámbito de aplicación de la LCSE por ser su valor estimado inferior a los valores establecidos en el artículo 16

de la misma ley, teniendo en cuenta la actualización de la cuantía establecida en el mismo por Orden HAP/2846/2015, de 29 de diciembre.

Efectivamente, en el anuncio de licitación publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público se hizo constar un valor estimado de 220.000 euros. Sin embargo, a la vista del pliego de cláusulas administrativas se observa que en el cálculo de ese valor estimado no se han tenido en cuenta las dos prórrogas previstas de conformidad con el apartado 7 del Cuadro de Características que acompaña al citado pliego.

Pues bien, para el cálculo del valor estimado debe estarse a lo dispuesto en el artículo 17.1 de la LCSE, según el cual: *“El cálculo del valor estimado de un contrato se basará en el importe total a pagar, excluido el IVA, estimado por la entidad contratante. Dicho cálculo tendrá en cuenta el importe total estimado, incluido cualquier tipo de opción y las eventuales prórrogas del contrato.”*

Por lo tanto, el escrito de interposición de recurso, debe calificarse como reclamación en los procedimientos de adjudicación, prevista en el capítulo I del Título VII de la LCSE (arts. 101 y siguientes), por cuanto nos encontramos ante un contrato cuyo valor estimado es de 440.000 euros, una vez tenidas en cuenta todas las eventuales prórrogas previstas, encuadrado en la categoría 7 del anexo IIA de la citada Ley, lo que determina la plena aplicación de la LCSE y por tanto la competencia de este Tribunal para conocer del recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101 de la LCSE y el 41.1 y 5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

Segundo. El recurso se interpone frente a un acto recurrible, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101 de la LCSE y el artículo 40.2 c) TRLCSP, al tratarse del acto de adjudicación del contrato.

Tercero. El recurso está interpuesto por persona legitimada para la presentación, pues fue el licitador que quedó clasificado en primer lugar, no habiéndose propuesto la adjudicación a su favor por considerarse no justificada la oferta presentada, incurso en presunción de temeridad, por lo que la eventual estimación del recurso podría dar lugar a la adjudicación a su favor.

En cuanto a la forma de presentación, señala el adjudicatario ASAC en sus alegaciones que el recurso presentado resulta inadmisibile, a la vista de lo dispuesto en el Real Decreto 814/2015. El artículo 18 de dicho Real Decreto señala:

“El recurso especial en materia de contratación y las cuestiones de nulidad al amparo del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público solo podrá presentarse en el registro del órgano de contratación o en el del órgano administrativo competente para resolverlos. La reclamación del artículo 101 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre y las cuestiones de nulidad al amparo de la Ley citada solo podrán presentarse en el registro del órgano administrativo competente para resolverlas.

La presentación en las oficinas de correos o en cualquier registro administrativo distinto de los mencionados en el apartado anterior no interrumpirá el plazo de presentación. En tales casos, el recurso, la reclamación o la cuestión de nulidad se entenderán interpuestos el día en que entren en el registro del órgano de contratación o en el del órgano administrativo competente para resolverlo, según proceda.

No obstante, cuando en el mismo día de la presentación se remita al órgano administrativo competente para resolverlo o al órgano de contratación en su caso copia del escrito en formato electrónico, se considerará como fecha de entrada del mismo, la que corresponda a la recepción de la mencionada copia.”

Por su parte, el artículo 38 del mismo Real Decreto señala:

“1. La tramitación de los escritos de interposición de recurso, las alegaciones de los interesados y demás escritos a presentar al Tribunal, así como las comunicaciones y notificaciones a realizar en el procedimiento, la remisión del expediente, así como la consulta del estado de tramitación de la resolución y cualesquiera otros trámites necesarios para el desarrollo del procedimiento se realizarán por vía electrónica.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, se admitirá la tramitación en soporte papel del procedimiento, para aquellos supuestos en que los interesados justifiquen ante el Tribunal su imposibilidad de acceso a la tramitación electrónica del mismo.”

Pues bien, nada ha alegado el interesado sobre la imposibilidad de acceso a la tramitación electrónica del procedimiento, por lo que ha de concluirse que la presentación del recurso efectuada en soporte papel el día 24 de noviembre de 2016 ante el órgano de contratación no resulta admisible, debiendo considerarse como fecha de presentación del recurso la de entrada en el registro electrónico de este Tribunal el día 9 de diciembre de 2016.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que en este caso la notificación del acuerdo de adjudicación no daba cuenta del lugar, plazo, forma y órgano competente para la presentación del recurso especial de revisión, infringiendo así lo dispuesto en el artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aplicable a este procedimiento por motivos temporales, a la vista de la disposición transitoria primera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común. Por tanto, en aplicación del apartado tercero del mismo precepto, ha de entenderse formulado el recurso en plazo y, por tanto, admitirse a trámite.

Cuarto. El interesado centra sus alegaciones en considerar que el informe emitido por los servicios técnicos y en virtud del cual se decidió la exclusión de la empresa por no haber justificado la oferta incurso en presunción de temeridad adolece de falta de motivación, y en particular en relación con el mismo señala:

- a) Que no ha tenido en cuenta las características de la empresa licitadora.
- b) Que incurre en arbitrariedad, puesto que no valora de forma correcta toda la documentación aportada y, particular, en relación con:
 - a. Justificación del coste-hora de trabajo. En relación con esta cuestión señala el recurrente que en el propio informe se reconoce que se encuentran dentro de los límites del convenio colectivo, pero “por debajo de precios de mercado”, lo que no resulta una afirmación totalmente carente de motivación o acreditación.
 - b. Desglose económico de servicios. En particular, en relación con los costes del centro de atención a usuarios en modalidad 24x7 el informe no ha tenido en cuenta que el recurrente va a compartir el centro con otros clientes, lo que

reduce significativamente los costes, tal y como se acreditaba en la documentación adjunta.

- c. Servicio de soporte “in situ”. Los argumentos utilizados por el informe técnico para considerar no justificada la oferta se basan, bien en hipótesis no contrastadas, como entender que los trabajadores deberán desplazarse desde Vigo, por el hecho de que la empresa tenga en esa ciudad su sede social, bien en argumentos carentes de toda acreditación, como considerar que el “coste asignado a los vehículos es inferior al real”, sin mayores consideraciones.
- d. Medios técnicos. El informe se limita a considerar que en los “gastos generales” no debieron incluirse los medios técnicos, pero en todo caso no existe ni en el pliego ni en el resto de la documentación forma de imputarlos a ninguna otra partida.

Quinto. El órgano de contratación formula su informe, invocando en primer término la falta de competencia de este Tribunal, cuestión a la que se ha dado ya cumplida respuesta en el fundamento jurídico segundo. En cuanto al fondo del asunto señala:

- a) Falta de motivación de la justificación aportada.
- b) Las circunstancias alegadas por PLEXUS no le diferencian del resto de empresas, aspecto éste que no puede ser suficiente para considerar justificada su oferta.
- c) En cuanto al informe técnico, se reafirma en las consideraciones efectuadas en el mismo, al entender que de las mismas se deduce claramente la falta de justificación de la propuesta, debido a la escasa o nula justificación de los aspectos económicos vinculados con los aspectos técnicos, señalando lo siguiente:
 - a. Justificación del coste-hora de trabajo. El órgano de contratación recoge en su informe una tabla publicada en la página web de la consultora Vitae Consultores, (empresa especializada en la contratación de recursos humanos TI), que refiere los precios de mercado en función de la titulación y experiencia requerida y que distan mucho de los ofrecidos por PLEXUS.
 - b. Desglose económicos de servicios. No están justificados, sino que solo se declaran, no aportándose documentos que acrediten el coste. Tampoco se

justifica el número de incidencias que se ha tenido en cuenta para calcular la ocupación del servicio.

c. Servicio de soporte “in situ”. Diferencia el órgano de contratación en su informe entre:

- Coste de la dieta. En el recurso la empresa incluye justificación que no se aportó con la documentación y de la que deriva además un coste superior al que se declaró en la justificación; además no se tienen en cuenta las dietas a abonar en caso de trabajos nocturnos, teniendo en cuenta que se trata de un servicio 24x7.
- Coste del servicio subcontratado. Se aporta únicamente la oferta de la empresa a la que subcontratarán los trabajos, sin ningún otro tipo de cálculo o justificación que permita valorar los trabajos a efectuar.
- Coste de los vehículos. El coste reflejado por el recurrente (38 euros/hora) dista enormemente de las cifras que derivan del mercado y además se ha tenido en cuenta un total de 1825 kilómetros por vehículo al año, cuando en el periodo 2015-2016 se han efectuado un total de 6124 kilómetros, por lo que claramente no se han calculado los costes de forma correcta.

d. Servicio de gestión ambiental. Una vez más se aporta únicamente la empresa a subcontratar, pero sin detallar qué servicios concretos son los que se están subcontratando y que aparecen recogidos en la oferta.

d) En definitiva, teniendo en cuenta el porcentaje de baja, que dista 7,95 puntos de la siguiente oferta más baja, la justificación que se ofrece se basa en simples declaraciones sin justificar las cifras en base a experiencias concretas de la empresa en trabajos efectuados con anterioridad, contabilidad interna de la empresa o referencias actualizadas que se manejen dentro del sector.

En cuanto al escrito del adjudicatario, además de invocar la inadmisibilidad del escrito derivado de la presentación en papel del recurso, a la que se ha dado respuesta con

anterioridad, efectúa alegaciones que vienen a reafirmar lo ya argumentado por el órgano de contratación.

Sexto. En cuanto se refiere a la presunción de anormalidad o desproporción de las ofertas, hemos de recordar aquí nuestra doctrina construida sobre el artículo 152 del TRLCSP pero trasladable, *mutatis mutandi*, al artículo 82 de la LCSE que rige en este procedimiento de licitación.

La doctrina de este Tribunal sobre el alcance y objeto de ese resultado es constante y unánime en el sentido de señalar que el hecho de que una oferta se encuentre en presunción de anormalidad constituye un mero indicio, que en ningún caso puede dar lugar a la exclusión automática de la oferta, sino que necesariamente y en todo caso, debe el órgano de contratación iniciar un procedimiento contradictorio, dando audiencia al licitador cuya oferta esté incurso en dicha presunción, para que pueda justificar la viabilidad y seriedad de la misma y solo si a la vista de dicha justificación, se llega a la conclusión de que la oferta es inviable, cabe la exclusión del mismo (Acuerdo TACP Aragón nº 42/2012).

En cuanto al contenido y alcance de ese procedimiento contradictorio, también se ha dicho por este Tribunal, que debe estar dirigido exclusivamente a despejar las posibles dudas que pudiera haber al respecto, sin que sea necesario que por parte del licitador se proceda al desglose de la oferta económica, ni a una acreditación exhaustiva de los distintos componentes de la misma, sino que basta con que ofrezca al órgano de contratación argumentos que permitan explicar la viabilidad y seriedad de la oferta. A la vista de dicha documentación, el rechazo de la oferta exige de una resolución “reforzada” que desmonte las justificaciones del licitador. Por el contrario, cuando de lo que se trata es de admitir la justificación presentada por el licitador, no es necesario que se contenga una motivación exhaustiva (Resolución nº 637/2015).

Es también doctrina de este Tribunal, que la exhaustividad de la justificación aportada por el licitador habrá de ser tanto mayor cuanto mayor sea la baja en que haya incurrido la oferta, por relación con el resto de ofertas presentadas. Y del mismo modo, a menor



porcentaje de baja, menor grado de exhaustividad en la justificación que se ofrezca (Resolución nº 559/2014 y nº 662/2014).

Partiendo de lo anterior, ha de iniciarse el análisis de las distintas alegaciones formuladas:

Séptimo. Tal y como ya se ha señalado en el punto anterior, este Tribunal ha mantenido una sólida doctrina en relación con el objeto y alcance del procedimiento contradictorio contenido en la ley respecto de la justificación de las ofertas anormales o desproporcionadas. Como se ha dicho, no se trata tanto de acreditar exhaustivamente la viabilidad de la oferta, como de ofrecer motivos y razones por los que el licitador se encuentra en condiciones de efectuar una oferta más ventajosa que los demás.

Ahora bien, para rebatir los argumentos utilizados por la licitadora, tampoco es necesario que el órgano de contratación acredite de forma exhaustiva la inviabilidad de la oferta, sino que basta con una explicación “reforzada” que desmonte las explicaciones dadas por la licitadora, explicación que habrá de ser tanto más exhaustiva cuanto menos desproporcionada sea la oferta presentada por el licitador.

Señalar, en todo caso, que tanto la justificación de la oferta como las explicaciones del órgano de contratación deben ser las ofrecidas durante el procedimiento de licitación, no siendo aceptable que se utilice el recurso de revisión para presentar nueva documentación que justifique la oferta, pero tampoco cabe en el informe del órgano de contratación se incluyan nuevos argumentos o pruebas que refuten la justificación ya aportada y que no se plasmaron en la resolución reforzada que dio lugar a la exclusión, salvo que se trate de ahondar en los ya esgrimidos en el curso del procedimiento.

Y desde esta perspectiva, a juicio de este Tribunal, las explicaciones dadas por el órgano de contratación para desestimar la justificación de la recurrente y excluirla del proceso de licitación no son suficientes. El informe de la comisión técnica basa su exclusión en los diversos aspectos de la oferta que considera que no están suficientemente justificados, utilizando expresiones como que los sueldos “se encuentran por debajo de los sueldos de mercado”, sin dar ninguna explicación adicional sobre los mismos, a pesar de que reconoce que los sueldos ofrecidos por la empresa se encuentran dentro “del mismo

orden de magnitud" que los plasmados en las diferentes tablas del convenio, o señalando que los costes "parecen inferiores a los de mercado". Además, en relación el centro de atención a usuarios en modalidad 24x7, el órgano de contratación no tuvo en cuenta que el licitador pretende utilizarlo de forma compartida con otros clientes, lo que, indudablemente, incide notablemente en los costes derivados del mismo.

Hay que señalar además que el órgano de contratación reconoce que otros muchos aspectos de la oferta estaban suficientemente justificados, sin dar una estimación económica del impacto que sobre el total de la oferta tendrían los aspectos que considera que no están suficientemente justificados, por lo que resulta imposible conocer cómo afectan a la evaluación global de la oferta y su viabilidad, que es al fin y al cabo de lo que se trata.

Debe tenerse en cuenta que los pliegos establecieron un umbral relativamente bajo para la fijación de la presunción de temeridad (4 puntos de la media de las ofertas), estando la oferta de la adjudicataria 6,75 puntos respecto de la baja de referencia, lo que no se considera excesivo, motivo por el cual el rechazo de la oferta debía estar especialmente justificado en este caso.

Todo lo cual, debe llevar a la estimación del recurso y la consiguiente anulación del acuerdo de adjudicación.

Octavo. La anulación del recurso debe dar lugar en este caso a la retroacción del procedimiento al momento de valoración de las ofertas evaluables mediante fórmulas a efectos de que sea tenida en cuenta la oferta presentada por PLEXUS, elaborando una nueva propuesta a la vista del resultado y continuando el procedimiento por sus trámites.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Estimar el recurso formulado por D. L.T.T., en nombre y representación de TECNOLOGÍAS PLEXUS, S.L., contra el acuerdo adoptado por el Presidente de la Autoridad Portuaria de Ferrol-San Cibrao de 2 de noviembre de 2016 por el que se adjudica el contrato para prestar el “*Servicio de explotación integral de las infraestructuras informáticas, telemáticas y de seguridad en el Puerto de Ferrol (2016-2018)*” (Expediente nº P-1444) a la mercantil ASAC TELECOMUNICACIONES, S.L., anulando el acuerdo de adjudicación.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de conformidad con el artículo 106.4 de la LCSE.

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 106.5 de la LCSE.

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 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