



Recurso nº 983/2020

Resolución nº 1267/2020

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

En Madrid, a 30 de noviembre de 2020

VISTO el recurso interpuesto por D. E. M. S., en representación de TECNOBIT S.L.U., contra la adjudicación de la licitación convocada por el Ministerio de Defensa para contratar la *“adquisición de simuladores de instrucción y adiestramiento para Pizarro VCI/C fase I Y II, expdte.1003219007100”*, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La licitación que nos ocupa se publicó el 23 de diciembre de 2019 mediante anuncios en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el 24 de diciembre de 2019 en el DOUE y el 25 de enero de 2020 en el BOE, como contrato de suministros, procedimiento negociado con publicidad, con un valor estimado de 7.933.884,30 €.

Segundo. El PCAP señala, en lo que nos interesa, en su cláusula 16:

“A los efectos de calificar las ofertas que contengan valores anormalmente bajos se estará a lo establecido en el artículo 34 de la LCSPDS y en el artículo 149 de la LCSP y se entenderá, de acuerdo con los criterios de adjudicación en lo siguiente:

- *CRITERIO PRECIO: Ofertas en las que el Precio Ofertado*
- *Concurriendo uno o dos solicitadores, sea inferior al presupuesto base de licitación en más de un 25%.*
- *Concurriendo más de dos licitadores sea inferior en más de un 15% a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha*



media la oferta de cuantía más elevada en más de 15% a dicha media, se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado”.

Tercero. Presentados 4 licitadores, y tras los trámites oportunos y en lo que nos interesa, el 07 de julio de 2020 se reunió la Mesa de contratación para la *“Evaluación y clasificación de la oferta final”*, acto en se procedió a su apertura y se solicitó (según consta en acta) al Vocal perteneciente a la Subdirección de Adquisiciones que calculase si había baja temeraria en cuanto a la oferta económica final presentada por las empresas.

El 14 de julio de 2020 se reunió la Mesa para la *“Evaluación y clasificación de la oferta final y si procede propuesta de adjudicación”*. En su informe, el Vocal de la Subdirección General de Adquisiciones indicó que ninguna de las ofertas económicas alcanza baja temeraria, y presentó informe de aplicación de la fórmula establecida en la cláusula 16 del PCAP *“Criterios de adjudicación”*.

De dicho informe resulta que las ofertas económicas fueron (importe sin IVA):

- C...: 4.892.209,29 euros
- INDRA: 4.856.404,00 euros
- S...: 5.289.256,13 euros
- TECNOBIT (UTE): 5.170.248,00 euros.

Y se hace la siguiente evaluación a efectos de baja temeraria:

EMPRESAS	C...	INDRA	S...	TECNOBIT	MEDIA ARTIMÉTICA
Importe sin IVA	4.892.209,29	4.856.404,00	5.289.256,13	5.170.248,00	5.052.029,36
	3,16%	3,87%	-4,70%	-2,34%	
Importe con IVA	5.919.573,24	5.876.248,84	6.399.999,92	6.256.000,08	6.112.955,52
	3,16%	3,87%	-4,70%	-2,34%	

De lo que se deduce, según el informante, que ninguna de ellas está incurso en baja temeraria.



Cuarto. Conforme al informe referido en el previo Antecedente, la Mesa acordó que la oferta final presentada por INDRA SISTEMAS era la que ha obtenido la mayor puntuación final, por lo que se acordó efectuar propuesta de adjudicación a su favor por importe de 4.856.404,008 €.

Si bien el 26 de agosto de 2020 el Órgano de Contratación firmó la Resolución de adjudicación (por importe neto 4.013.557,02 EUR y con IVA 4.856.404 EUR), la misma fue anulada en virtud de retroacción de actuaciones, pues la empresa adjudicataria INDRA comunicó al órgano de contratación que el importe de la adjudicación es erróneo ya que se ha tomado el importe de 4.856.404,08 € que es la oferta con IVA excluido como si fuera esa cantidad con el IVA incluido.

Comprobado el error material por el Órgano de Contratación, con fecha 02 de septiembre de 2020 se dictó la referida resolución de retroacción de actuaciones, *“al advertir errores que exceden del carácter material, de hecho o aritmético en dicha propuesta y que afectan a la posterior Resolución de Adjudicación y Compromiso del Gasto, así como al importe de la garantía definitiva”*, con objeto de subsanar los errores recogidos en la propuesta de adjudicación.

Finalmente, con fecha 03 de septiembre de 2020 se procede a la rectificación del importe de la adjudicación (importe neto, 4.856.404,00; IVA 21,00 %, 1.019.844,84; importe total, 5.876.248,8 euros), publicada el mismo día en la PCSP, y el 15 de septiembre de 2020 el órgano de contratación firma nueva resolución de adjudicación.

Quinto. El presente recurso se interpone el 23 de septiembre, alegándose:

En primer lugar, que no se ha resuelto su petición de vista del expediente, formulada ante el órgano de contratación el 9 de septiembre a los efectos de presentación de este recurso, *“manifestando que esta parte no pretende conocer las estrategias comerciales, el know how o los secretos técnicos de la adjudicataria que se encuentran amparados por el deber de confidencialidad de las ofertas, sino simplemente, verificar que la adjudicataria cumple con los requerimientos del Pliego.”*



Y, respecto del fondo, señala, a la vista de la Cl. 16 transcrita, que *“En este caso, siendo cuatro licitadores los que concurren en la mencionada licitación y resultando que la oferta económica presentada por esta parte fue de un total de 5.170.249€, existen indicios de que la oferta presentada por la entidad adjudicataria sea una oferta que contenga valores anormalmente bajos, teniendo en cuenta la notoria desviación respecto al presupuesto base de licitación y la posible media aritmética del resto de licitadores, que esta parte no ha podido conocer debido a que no ha sido atendida la solicitud de acceso al expediente.”*

Entendiendo que debía haberse procedido con arreglo al 149 LCSP.

Más adelante, añade: *“Es por ello que esta parte solicitó acceso al expediente de contratación para poder valorar el resto de las propuestas planteadas de cara a analizar la conveniencia del presente recurso especial en materia de contratación, aun siendo el órgano de contratación el encargado de establecer mecanismos adecuados de seguimiento de los parámetros de valoración de las ofertas, motivando su posible justificación.”*

Y pide nulidad de la adjudicación con retroacción al momento de la valoración, además de vista del expediente.

-El órgano de contratación, en su informe, señala respecto de la vista del expediente que no la otorgó por inadvertencia, estando dispuesto a otorgarla a petición de este Tribunal.

Respecto del fondo, reproduce los cálculos ya indicados que llevan a la consideración de que no estamos ante una oferta anormalmente baja.

Sexto. El 1 de octubre de 2020 se dio traslado del recurso al resto de licitadores para la presentación de alegaciones, sin que hayan evacuado el trámite.

Séptimo. Mediante Resolución de 9 de octubre de 2020 la secretaria del Tribunal, por delegación de éste, acordó el mantenimiento de la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación, producida automáticamente por recurrirse el acuerdo de adjudicación conforme al art 56.3 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el



artículo 57.3 del texto citado, será la presente resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 45.1 de la LCSP, y 22.1. 1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC); en relación con el art. 3.1 f) y 3.3 c) de la LCSP.

Segundo. Se recurre la adjudicación en un contrato de suministros, cuyo valor estimado excede de 100.000 euros, sometido a legislación armonizada, recurrible conforme a los artículos 44.1.b) LCSP y 2.c), y 22 del RPERMC.

Tercero. El recurso ha sido interpuesto ante este Tribunal dentro del plazo establecido al efecto en el artículo 50 de la LCSP, al no haber transcurrido los 15 días hábiles de plazo entre la fecha de la notificación del acto impugnado y la de presentación del recurso.

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, al ser el recurrente integrante de una UTE licitadora que, si procediera su recurso, podría resultar adjudicatario.

Quinto. Comencemos por señalar que, como hemos visto, el recurrente pidió acceso completo al expediente de contratación en sede administrativa, sin que se le diera justificada respuesta.

Conforme al artículo 52 de la LCSP y 16 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en la Ley.



Y conforme al art. 29.3 del Reglamento antes citado, si se hubiera desatendido la solicitud antedicha, este Tribunal, a la vista de lo alegado en el escrito de interposición y del informe del órgano de contratación, podrá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas para que proceda a completar su recurso.

Estos preceptos hay que interpretarlos en relación con la doctrina sentada por este Tribunal en cuanto al alcance y funcionalidad del trámite de vista del expediente. Así, en Resoluciones como la 649/2020, se señala que: *“Hemos de partir de la idea de que ello – la anulación del acto impugnado- solo se produce si se ha causado indefensión; y la indefensión, como vicio invalidante, ha de tener un carácter material y no meramente formal; para que la omisión de un trámite genere una indefensión con efectos anulatorios debe haber dejado al interesado en una situación en la que le haya sido imposible alegar o defenderse, y únicamente vicia de nulidad la omisión del trámite cuando el recurrente acredite que tal circunstancia, además de privarle de un elemento esencial para su defensa, haya provocado, además, una situación de indefensión material.”*

Pues bien, en este caso, el acceso no resulta necesario y su falta no causa indefensión material al recurrente, a la vista de las alegaciones expuestas en su recurso:

El mismo cuestiona únicamente en su recurso si, aplicando la Cl.16 del pliego, la oferta del adjudicatario resultaba o no anormalmente baja.

Es cierto que el recurrente no ha podido reproducir los cálculos para comprobar este extremo antes de interponer el presente recurso, pues no consta que las ofertas económicas de los demás licitadores (salvo del adjudicatario), necesarias para calcular la media aritmética referida en dicha cláusula, ni el informe referido en nuestro Antecedente tercero, le hayan sido conocidos antes de la interposición del presente recurso.

Pero también es cierto que únicamente se cuestiona la aplicación de una cláusula que contiene una fórmula aritmética; de modo que, planteado este único fundamento impugnatorio por el recurrente, este Tribunal (que sí tiene acceso a los datos necesarios, tal y como se han reproducido en nuestros Antecedentes) puede comprobar la aplicación acertada o no de dicha cláusula, sin que sea necesario para ello que se amplíen las alegaciones del recurrente a la vista de las ofertas económicas de los demás licitadores.



Por lo que, en definitiva, la vista del expediente, en este caso, no afecta a la tutela del derecho del recurrente y deviene innecesaria, como hemos señalado por ejemplo en la Resolución 867/2020, pues, como allí, *“dicho trámite no añadiría nada a su derecho de defensa”*.

También pudimos añadir, como también reflejamos en tal Resolución, que *“A esta conclusión coadyuvan los principios de celeridad y economía procedimental, que imponen evitar trámites inútiles.”*; máxime a la vista del efecto suspensivo de esta impugnación, unido a la complejidad de un trámite que exigiría una inevitable dilación para que los interesados designasen la parte confidencial de sus ofertas.

Por lo que no se otorga el trámite solicitado.

Sexto. En cuanto al fondo, si la oferta del adjudicatario resulta incurso en presunción de anormalidad, y a estos efectos, el art. 149 LCSP dispone:

“Ofertas anormalmente bajas.

1. En los casos en que el órgano de contratación presuma que una oferta resulta inviable por haber sido formulada en términos que la hacen anormalmente baja, solo podrá excluirla del procedimiento de licitación previa tramitación del procedimiento que establece este artículo.

2. La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación deberá identificar las ofertas que se encuentran incursas en presunción de anormalidad, debiendo contemplarse en los pliegos, a estos efectos, los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal.

La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación realizará la función descrita en el párrafo anterior con sujeción a los siguientes criterios:

a) Salvo que en los pliegos se estableciera otra cosa, cuando el único criterio de adjudicación sea el del precio, en defecto de previsión en aquellos se aplicarán los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente y que, en todo caso,



determinarán el umbral de anormalidad por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado, sin perjuicio de lo establecido en el apartado siguiente.

b) Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto.

...”

Por tanto, por imposición del art. 149.2, hay que estar a lo dispuesto en los pliegos; y, entre otras muchas, la Resolución 1327/2019 ha recordado que *«El Pliego no impugnado constituye ley del contrato, como se ha repetido hasta la saciedad por este Tribunal.»*, por lo que habrá de estarse a lo determinado al efecto en su clausulado.

En nuestro caso, y como se ha transcrito en el Antecedente segundo, la Cl. 16, para el caso de concurran más de dos licitadores (que es el que nos ocupa), dispone que se considera oferta incurso en presunción de anormalidad la que sea inferior en más de un 15% a la media aritmética de las ofertas presentadas, excluida para esta media la oferta de cuantía más elevada en más de 15% a dicha media.

Y, como resulta de nuestro Antecedente tercero, siendo la media de las ofertas 5.052.029,36 euros, y siendo la oferta del adjudicatario de 4.856.404,00 euros, ésta no resulta inferior en más de un 15% a dicha media.

Por lo que no resulta incurso en presunción de anormalidad, y el recurso debe ser desestimado.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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



Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. E. M. S., en representación de TECNOBIT S.L.U., contra la adjudicación de la licitación convocada por el Ministerio de Defensa para contratar la *“adquisición de simuladores de instrucción y adiestramiento para Pizarro VCI/C fase I Y II, expdte.1003219007100”*.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 58.2 de la LCSP.

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 de 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.