



Recurso nº 1374/2020

Resolución nº 520/2021

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

En Madrid, a 7 de mayo de 2021

VISTO el recurso interpuesto por D. P.G.A., en representación de ONDOAN SERVICIOS, S.A.U, contra su exclusión del procedimiento, y la adjudicación del contrato de “*Servicio de mantenimiento de los edificios del ACC de la DR balear*” con expediente PMA 57/2020, convocado por ENAIRE. Dirección Región Balear. el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. En la tramitación de este recurso, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Segundo. Con fecha de 8 de octubre de 2020 la entidad pública empresarial ENAIRE Región Balear publicó en la plataforma de contratación del Sector Público el anuncio de licitación del procedimiento PMA 57/2020 “*SERVICIO DE MANTENIMIENTO DE LOS EDIFICIOS DEL ACC DE LA DR BALEAR*” mediante procedimiento abierto ordinario, con Valor Estimado del Contrato (VEC) de 281.040,00 €, I.V.A. excluido.



El presupuesto base de licitación del presente expediente asciende a 281.040,00€ (doscientos ochenta y un mil cuarenta euros) impuestos no incluidos. El importe de la partida a justificar no admite baja en la presentación de la oferta económica.

El plazo de presentación de ofertas finalizó a las 13:30 horas del 26 de octubre de 2020.

Finalizado el plazo de presentación de ofertas el 19 de junio de 2020, concurrieron a la licitación, las siguientes empresas: ELECNOR S.A. y ONDOAN SERVICIOS S.A.U. (aquí recurrente).

Tercero. Recibidas las ofertas de las empresas ONDOAN SERVICIOS, S.A.U., y ELECNOR S.A., se envió la documentación técnica a la Unidad Proponente de ENAIRE para su revisión, evaluación y emisión del correspondiente informe técnico y de solvencia, emitiéndose los correspondientes informes de valoración de la calidad técnica y de solvencia el día 7 de noviembre 2020, procediéndose a su publicación.

El día 9 de noviembre 2020, se convoca a la Mesa de Contratación para el acto público de apertura de los sobres que contienen las ofertas económicas para día 12 de noviembre 2020 a través de la aplicación de Microsoft Teams.

El día 10 de noviembre 2020 a las 09:21h, se remite vía correo electrónico y por parte de ELECNOR, S.A., solicitud de revisión de las puntuaciones recibidas en los criterios 2 y 8. Dicha reclamación se envía a la Unidad Proponente de ENAIRE para su valoración y rectificación si esta fuese procedente.

El día 11 de noviembre 2020 se emite un nuevo informe de calidad técnica rectificando las conclusiones de los criterios 2 y 8 respecto de la oferta de ELECNOR, y se proceden nuevamente a la publicación del informe modificado.

El día 12 de noviembre 2020 a las 10:00h, y a través de la aplicación TEAMS se procede a la apertura pública del sobre nº3. Confirmado con el representante de ONDAN que tiene constancia de la publicación del nuevo informe que rectifica las valoraciones para ELECNOR, sin que se realice ninguna reclamación o se exponga disconformidad al



respecto, se procede a la apertura de sobres y a la lectura de las proposiciones económicas presentadas por los licitadores conforme al Anexo I del Pliego.

Al acto de apertura pública asisten los representantes de ambos licitadores. En el momento de la lectura de las ofertas, el representante de ELECNOR solicita acercar más a la cámara el documento presentado por ONDOAN.

Finalizado el acto de apertura de las ofertas, sin que se haga comentario ni alegación alguna por parte de los presentes, se procede a la redacción y firma del Acta de Apertura de ofertas en la que se incluye una nota acerca de una irregularidad detectada respecto de la proposición económica de la empresa ONDOAN, SAU.

Con posterioridad a la finalización del Acto de apertura, se remite por ELECNOR diversos correos electrónicos al órgano de contratación, poniendo de manifiesto que los defectos e incongruencias en la oferta de ONDOAN son motivo de exclusión de conformidad con los Pliegos publicados.

Con fecha 12 de noviembre 2020, y una vez analizados los defectos observados en la Propuesta Económica de la empresa ONDOAN, la Mesa de Contratación acuerda que existe causa de exclusión con base en los pliegos que rigen la contratación, sin que proceda en este caso la solicitud de aclaraciones ni subsanación, redactándose en consecuencia la correspondiente Acta de Propuesta de Adjudicación y exclusión de la oferta de ONDOAN.

Cuarto. En fecha 4 de diciembre de 2020 ONDOAN SERVICIOS S.A.U. interpone Recurso Especial en Materia de Contratación contra dicha resolución de 12 de noviembre acordando su exclusión del procedimiento, solicitando se anule también la propuesta de adjudicación contenida en el acto de la mesa de contratación de 12 de noviembre de 2020.

Quinto. Recibido en este Tribunal el expediente, el órgano de contratación acompañó el informe a que se refiere el art. 56.2 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) y 28.4 del Reglamento de los Procedimientos Especiales de Revisión de decisiones en materia contractual y de Organización del Tribunal Central de Recursos Contractuales (RPERMC). En él, se opone al recurso, solicitando su desestimación, alegando, en síntesis,



que es la oferta presentada por el recurrente adolece de vicios no subsanables, con cita de numerosas resoluciones del TACRC. Asimismo apunta la existencia de una posible causa de nulidad en el procedimiento de licitación por no haberse publicado anuncio en el DOUE.

Sexto. En fecha 23 diciembre de 2020 la secretaria del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones. En fecha 30 de diciembre de 2020 se remitieron aquéllas por parte de ELEC NOR, solicitando la íntegra desestimación del recurso por entender, tal y como señaló en el procedimiento de licitación previamente, que la oferta contiene defectos insubsanables.

Séptimo. Interpuesto el recurso, la secretaria del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 29 de diciembre de 2020 acordando la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

A los anteriores Hechos le son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

Segundo. Se impugna una exclusión y la resolución por la que se adjudica el contrato, actos susceptibles de recurso al amparo del artículo 44 LCSP.

Asimismo, se interpone por persona legitimada. Dispone al efecto el artículo 48 de la LCSP en su primer párrafo lo siguiente: *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*. Es claro que la decisión



de excluir a un licitador de un procedimiento de contratación afecta a la esfera jurídica de derechos e intereses legítimos de la recurrente, en cuanto licitadora excluida de dicho proceso de licitación.

Tercero. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legalmente establecido al efecto en el art. 50.1 de la LCSP, habiéndose cumplido también con el resto de formalidades. Tratándose de un contrato de servicios cuyo valor estimado es de 281.040,00 €, y por tanto superior a 100.000 €, éste es susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Cuarto. Antes de examinar la cuestión de fondo controvertida debemos con carácter previo analizar la alegación que realiza ENAIRE al tiempo de remitir informe al recurso, señalando a este Tribunal la concurrencia de una causa de nulidad de pleno Derecho en el presente procedimiento, para luego, subsidiariamente, oponerse al recurso presentado y solicitar la inadmisión de una pretensión y la desestimación de las restantes.

En concreto, alega ENAIRE que se ha observado la omisión, por parte del Órgano de Contratación de Enaire - Dirección Región Balear, del preceptivo trámite de publicación del correspondiente Anuncio de Licitación en el «Diario Oficial de la Unión Europea» (DOUE), de conformidad con el artículo 78 del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales. De tal manera que indica que conforme al artículo 115.2.b) del citado Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, la falta de publicación del Anuncio de licitación en el DOUE determinaría la nulidad de pleno derecho de todo el procedimiento de contratación.

Pues bien, el Tribunal no puede estimar esta alegación, porque no es objeto del recurso interpuesto, pero sí afirmar que conforme al artículo 39.2.c) de la LCSP la falta de publicación en el DOUE, siendo necesaria, sería causa de nulidad de pleno derecho. En consecuencia, el órgano de contratación podría desistir del procedimiento.

El artículo 152 de la LCSP regula la *“Decisión de no adjudicar o celebrar el contrato y desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración”*, recogiendo lo siguiente:



2. La decisión de no adjudicar o celebrar el contrato o el desistimiento del procedimiento podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la formalización. En estos casos se compensará a los candidatos aptos para participar en la licitación o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido en la forma prevista en el anuncio o en el pliego o, en su defecto, de acuerdo con los criterios de valoración empleados para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, a través de los trámites del procedimiento administrativo común.[...].

4. El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un procedimiento de licitación.

Quinto. Pasamos a analizar en el presente apartado la alegación vertida por ENAIRE en relación con la imposibilidad de recurrir las propuestas de adjudicación, por tratarse de actos de trámite no cualificados.

Según consta en el informe al recurso, el día 13 de noviembre de 2020 se procedió a adjudicar el contrato a la empresa ELECNOR. La adjudicación es un acto recurrible conforme al artículo 44.2.c) de la LCSP, por lo que se admite el recurso contra dicho acto. El recurso indica, asimismo, que se recurre la adjudicación del contrato.

También se recurre la formalización del contrato. El órgano de contratación alega que se publicó la formalización por un error informático, pero que el contrato no ha sido formalizado.

Sexto. En relación con la exclusión de la empresa recurrente, el fondo del recurso pivota alrededor de la disconformidad de la empresa ONDOAN con dicha exclusión del procedimiento de licitación, acordada por entender *“que no se presenta la propuesta económica de conformidad con lo requerido en los Pliegos, y adolece de errores que no permiten conocer con claridad los términos reales de la oferta,”*



La empresa recurrente considera que su oferta se ajusta correctamente a los términos de la licitación, y que procedía concederle un trámite de subsanación, o aclaración.

Afirma que i) ofreció un precio de 109.500 €/año (y, por tanto, de 219.000 € para el periodo de dos años), ii) que a mayor abundamiento incluyó una tabla con el detalle del presupuesto en el que los importes máximos de licitación estaban expresados para una anualidad, iii) que se trataba de una licitación a tanto alzado, ya que la aplicación de la fórmula no se realiza sobre cada una de las partidas, sino para la totalidad del servicio, y iv) que los pliegos indican que dicho desglose no es una obligación, sino una información adicional.

El modelo de proposición económica del PCAP establecía que:

“Se incluirá en las ofertas el desglose en partidas unitarias todos y cada uno de los elementos que integran el servicio, indicando la cantidad de unidades a servir y el precio unitario de cada una de ellas. En caso de no incluir dicho desglose, se aplicará a los precios unitarios de licitación el porcentaje de baja ofertado por el licitador de acuerdo al siguiente cálculo:

IL= Importe de licitación (excluidas partidas que no admiten baja)

IO= Importe oferta (excluidas partidas que no admiten baja)

PB= Porcentaje de Baja

$PB = (IL - IO) / IL$ ”

Por tanto, el PCAP exigía incluir un desglose de las partidas unitarias de todos los elementos que integran el servicio, estableciendo que, para el caso de no incluirse dicho desglose, se aplicaría a cada precio unitario el porcentaje de baja ofertado global.

La empresa recurrente realizó un desglose de la oferta por precios unitarios, por lo que no procede aplicar la previsión alternativa prevista en el PCAP en caso de omisión.

Como se reconoce en el propio escrito de recurso, la suma de los precios unitarios ofertados por la empresa ONDOAN no arroja la cifra de 109.500 €/año, sino 140.520 €/año,



una vez realizadas correctamente las operaciones aritméticas de multiplicación. Por tanto, no se puede conocer la voluntad real del precio ofertado por la empresa recurrente: si el indicado de 109.500 €/año, o el resultante de la suma de los precios unitarios ofertados de 140.520 €/año.

Esta inconsistencia de la oferta económica no es susceptible de subsanación, porque decantarse por uno u otro precio implicaría modificar la oferta inicialmente presentada, lo que no es admisible, siendo conocidas, además, las ofertas económicas del resto de licitadores.

La exclusión acordada es, pues, conforme a Derecho, por lo que procede desestimar el recurso contra el acto de exclusión de la empresa recurrente.

Séptimo. En cuanto al recurso contra el acto de adjudicación a favor de ELECNOR, indica la empresa recurrente que este acto variaría si se estimara el recurso contra su exclusión. Como no ha sido así, procede también desestimar el recurso contra la adjudicación.

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. P.G.A., en representación de ONDOAN SERVICIOS, S.A.U, contra su exclusión del procedimiento, y la adjudicación del contrato de *“Servicio de mantenimiento de los edificios del ACC de la DR balear”* con expediente PMA 57/2020, convocado por ENAIRE. Dirección Región Balear.

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.