Recurso nº 455/2013
Resolución nº 375/2013

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 11 de septiembre de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D. F.R.D.L.F. y D. J.L.G.M., en representación de GENERA QUATRO, S.L., contra la exclusión de su oferta en la licitación, convocada por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, para la contratación del servicio de mantenimiento integral de las instalaciones del Museo Arqueológico Nacional (expediente 130002-J), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Junta de Contratación del Ministerio de Cultura (en adelante la Junta o el órgano de contratación) convocó, mediante anuncios publicados en la Plataforma de Contratación del Estado, en el DOUE y en el BOE los días 25 y 28 de febrero y 1 de marzo, respectivamente, licitación para contratar, por procedimiento abierto, servicio de mantenimiento integral de las instalaciones del Museo Arqueológico Nacional. El valor estimado del contrato es de 270.000 euros.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con lo establecido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP en adelante), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, así como con lo previsto en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. El contrato es de la categoría 1 del anexo II del TRLCSP y, dado su valor estimado, está sujeto a regulación armonizada.

Tercero. El apartado 12 del "Cuadro-resumen" del Pliego de cláusulas administrativas (PCAP), establece como criterio para apreciar que una proposición presenta valores anormales o desproporcionados que la oferta económica sea inferior *"en más de 15 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas económicas presentadas. De concurrir estas circunstancias se realizarán las actuaciones previstas en el TRLCSP, si su práctica resulta relevante para la adjudicación del procedimiento"*.

Cuarto. Tras la apertura de las ofertas económicas, se requirió a los tres licitadores cuya oferta era inferior en más de un 15% a la media aritmética de las ofertas admitidas, para que presentaran la oportuna justificación. En el caso de GENERA QUATRO su oferta fue de 159.253,10 €, un 19,8 % por debajo de la media.

La recurrente presentó en el plazo habilitado la justificación solicitada, en la que exponía y detallaba los costes laborales y otros costes de explotación, e indicaba que la diferencia entre el precio ofertado y esos costes "*supone un 7,32% sobre dicho precio, importe que se dedicará a beneficios o a cubrir imprevistos*". Añadía también que:

"GENERA CUATRO, S.L. realizará el mantenimiento de la totalidad de las instalaciones con sus medios humanos propios y dentro de las horas previstas, tal y como se indica en la planificación adjuntada en nuestra propuesta técnica, y con las subcontratas necesarias que se han plasmado o las que pudieran necesitarse para solucionar averías, sin sobrepasar los límites de subcontratación establecidos.

Para lo anterior, GENERA CUATRO, S.L. está debidamente cualificada por el Ministerio de Industria u otros organismos habilitantes, para realizar los diferentes mantenimientos según la tipología de instalación, los documentos acreditativos de esta cualificación se adjuntaron en la documentación administrativa y técnica del concurso, presentada en nuestra propuesta administrativa y técnica."

A la vista de la documentación presentada, el informe técnico del órgano tramitador, recabado por la Junta de Contratación concluye que GENERA QUATRO no justifica de forma adecuada y suficiente el valor económico de su oferta dado que la empresa "*para la justificación de su oferta:*

- *establece un total de 52 horas a la semana para cada uno de los oficiales de 1ª, dato que no es correcto, por cuanto que las jornadas establecidas en el apartado 8.2 del PPT son en realidad 54 horas a la semana...*

- *no aporta justificación del coste de la prestación establecida en el punto 8.4 del PPT «Servicio de atención 24 horas».*

- *presenta un cuadro para justificar los costes de subcontratación, aportando el dato de 2.850 €anuales, cantidad que se considera inadecuada teniendo en cuenta los precios de mercado.*

- *no presenta estimación económica de una serie de instalaciones que se consideran vitales..., como son el mantenimiento de ascensores, el sistema de alimentación ininterrumpida (SAI), pararrayos, puertas automáticas, legionela, cuarto de baja tensión ni revisión anual de calderas y enfriadoras.*

Finalmente, resulta necesario destacar que la empresa establece en su informe que obtendrá un beneficio de un 7,32%, que se dedicará a beneficios o a cubrir gastos imprevistos, de lo que cabe desprender que la empresa no ha justificado debidamente los valores de su oferta y que obtendrá del margen del 7,32% el resto de costes que no ha previsto convenientemente, hecho que no puede admitirse por ser improcedente."

En la reunión de la Junta de 17 de julio se acuerda la exclusión de las tres ofertas en presunción de temeridad, entre ellas la de GENERA QUATRO, "*por informe desfavorable emitido por el Órgano tramitador sobre la justificación de la baja anormal o desproporcionada*". En la misma sesión se acuerda considerar como oferta más ventajosa la presentada por EMTE SERVICE, S.A. El acuerdo se publicó en la Plataforma de Contratación el 2 de agosto. Así mismo, el acuerdo de exclusión se le notificó a la recurrente el 5 de agosto de 2013.

Quinto. Contra dichos acuerdos, el 16 de agosto se presentó escrito de interposición de recurso especial, previamente anunciado al órgano de contratación. Considera la recurrente que, sobre los motivos aducidos en el informe técnico*: "i) la diferencia de horas a la semana de los oficiales de primera... es irrelevante y, en cualquier caso, la desviación económica por operario a la que pudiera dar lugar se vería compensada con*

el 7,32% de margen... ii) sí se establece el coste del citado servicio (atención 24 horas) *en la justificación presentada... iii) no requiere la subcontratación de determinados trabajos pues se encuentra habilitada para su implementación por Industria -tales como ascensores, SAI, pararrayos, mantenimiento anti-legionela, baja tensión, calderas y enfriadoras, etcétera...".* Por último considera que el prever un margen del 7,32% para beneficios e imprevistos "*lejos de considerarse como un fallo en la oferta económica, debería apreciarse como una muestra de rigor y seriedad del licitador que, consciente de que existen circunstancias absolutamente imprevisibles durante la vida y ejecución de un contrato, se compromete voluntariamente a destinar parte de sus beneficios a cubrir los gastos que tales circunstancias generen".*

Solicita que se anule su exclusión y el consiguiente acuerdo de adjudicación, se acepte su proposición y se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a la adopción del acuerdo de la adjudicación.

Sexto. El expediente administrativo, junto al correspondiente informe de la Junta de Contratación, se recibió en el Tribunal el 21 de agosto. Sobre las alegaciones de la empresa recurrente, el informe señala que: *"a) la empresa justifica un total de 52 horas a la semana... este dato ni se ajusta al pliego... , ni a la propia oferta técnica que en su momento presentó la empresa.... b) el servicio de atención 24 horas... debería incluir otros costes asociados a la prestación del mismo que no se reflejan en la justificación, tales como salarios o gastos de desplazamiento... c) al presentar únicamente acreditaciones como empresa instaladora/mantenedora/reparadora expedidas por la Generalitat Valenciana, no presenta acreditación de tal condición para la Comunidad de Madrid, por lo que para poder ejecutar el servicio tendría que acudir a la subcontratación...".* En cuanto al margen del 7,32%, el informe de la Junta concluye que "*pone de manifiesto que la empresa no ha practicado los cálculos de los costes del servicio partida por partida, sino que ha estimado una cotización aproximada, considerándose que no quedaría suficientemente garantizada la viabilidad del servicio y que el objeto del contrato pueda ejecutarse a satisfacción de la Administración".*

Séptimo. El 28 de agosto de 2013, el Tribunal acordó mantener la suspensión del procedimiento de contratación, producida de conformidad con lo establecido en el artículo art. 45 del TRLCSP. El 4 de septiembre, la Secretaría del Tribunal dio traslado del

recurso a los licitadores que habían presentado oferta para que pudieran formular alegaciones, sin que ninguno de ellos haya evacuado este trámite.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Se recurre la exclusión y la adjudicación consiguiente en la licitación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, actos susceptibles de recurso especial en materia de contratación de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP. La competencia para resolver corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41.3 de dicha norma.

Segundo Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP. La legitimación activa de la empresa recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 42 del TRLCSP, por cuanto concurrió a una licitación de la que fue excluida.

Tercero. La cuestión de fondo a resolver en el recurso formulado, es si la justificación aportada por GENERA QUATRO fue insuficiente y, por tanto, su exclusión es correcta.

Respecto a la justificación de la viabilidad de las ofertas económicas la doctrina del Tribunal (resumida en la Resolución 142/2013, de 10 de abril) determina que:

"1.- Por influencia del Derecho Comunitario, la regla general del Derecho español es la de adjudicación del contrato a favor de la oferta económicamente más ventajosa, estableciéndose como excepción a dicha regla general que la adjudicación pueda no recaer a favor de la proposición que reúna tal característica cuando ésta incurra en valores anormales o desproporcionados.

2.- El hecho de que una oferta incluya valores anormales o desproporcionados no implica su exclusión automática de la licitación, sino la necesidad de conferir trámite de audiencia al contratista para que justifique la viabilidad económica de la proposición, y de recabar los asesoramientos técnicos procedentes.

3.- La decisión sobre la justificación de la viabilidad de las ofertas incursas en valores anormales o desproporcionados corresponde al órgano de contratación, atendiendo a los

elementos de la proposición y a las concretas circunstancias de la empresa licitadora, y valorando las alegaciones del contratista y los informes técnicos emitidos, ninguno de los cuales tienen carácter vinculante".

Como en el caso que se cita, examinaremos a continuación las actuaciones seguidas tanto en el procedimiento como en cuanto al juicio de viabilidad de las ofertas presuntamente temerarias.

En cuanto al procedimiento se han seguido estrictamente las previsiones del TRLCSP -al que se remite el apartado 12 del "Cuadro-resumen" del PCAP-, cuyo artículo 152.3 establece:

"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 técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado.

En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente...".

Respecto a la justificación de la oferta y el informe técnico que la rechaza, han quedado resumidos en el antecedente cuarto y se consideran en los fundamentos siguientes.

Cuarto. A GENERA QUATRO se le requirió que, de acuerdo con el artículo 152.3 transcrito, informara "*sobre el sentido de su oferta, justificando claramente las causas que hacen posible la misma, con el fin de poder valorar su conveniencia*". Frente a esta petición, la recurrente presentó una detallada justificación de los costes previstos, que quedarían un 7,32% por debajo de su oferta, con lo que estimaba que tendría ese margen para dedicar a beneficios o cubrir imprevistos.

La exclusión viene determinada porque se considera que, en esa justificación, se ha incurrido en errores (las horas de los oficiales de 1ª), no se computan todos los costes de alguna de las rúbricas (servicio de atención 24 horas) o son insuficientes (subcontrataciones) porque no se acepta que las acreditaciones de la Generalitat Valenciana permitan realizar determinados trabajos con medios propios en la Comunidad de Madrid. Por último, la referencia al margen del 7,32% se considera que, antes que un margen en los cálculos presentados, pone de manifiesto que éstos no se han hecho partida a partida, sino de manera global, lo que no garantiza la viabilidad del servicio.

Pues bien, como hemos manifestado en otras resoluciones sobre casos similares, en la consideración de este Tribunal, la "*información justificativa",* debe entenderse como información que justifique ante el órgano de contratación que se puede cumplir la proposición, en particular, en este caso, en cuanto a las "*condiciones excepcionalmente favorables de que disponga"*.

De acuerdo con la justificación y la oferta presentada, en el caso de la recurrente tales condiciones se entienden referidas a que mantiene "*otros servicios similares de mantenimiento integral, en Madrid y en otras ubicaciones... y dispone de los suficientes medios humanos y materiales para afrontar con garantía el servicio*", se refiere, en particular, al hecho de que dispone de las habilitaciones requeridas para realizar con personal propio determinados trabajos.

Quinto. El hecho de que en la justificación de la oferta se hayan computado 52 horas/semana de cada oficial de 1ª, en lugar de las 54 que requiere el PPT y que ofrece la empresa, supondrá un mayor coste respecto al calculado de apenas un 1,5%. Tampoco parece relevante el que no haya un cálculo individualizado del servicio de atención de 24 horas, o que sólo se haya tenido en cuenta el coste del teléfono móvil de guardia. Lo cierto es que la oferta de la empresa se ajusta a lo requerido en el PPT en cuanto a jornada de presencia y servicio de atención de 24 horas. El que en el detalle de los cálculos de coste para justificar su proposición, pueda haber errores en un margen tan pequeño como el indicado, no resulta relevante para considerar que no justifica su oferta.

Sexto. En cuanto a la limitación territorial de las habilitaciones y su incidencia en el coste de la subcontratación, es incorrecta la afirmación del informe de la Junta de Contratación de que, al ser la D. G. de Industria, Energía y Minas de la Comunidad de Madrid el órgano competente para emitir estos carnés en su territorio*, "debe entenderse que la empresa recurrente, al presentar únicamente acreditaciones como empresa instaladora/mantenedora/reparadora expedidas por la Generalitat Valenciana, no presenta acreditación de tal condición para la Comunidad de Madrid, por lo que para poder ejecutar el servicio tendría que acudir a la subcontratación".*

Por el contrario*,* de acuerdo con el artículo 7.3 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio "*el otorgamiento de una autorización permitirá al prestador acceder a la actividad de servicios y ejercerla en la totalidad del territorio español, incluso mediante el establecimiento de sucursales"*. De acuerdo con ello, debe entenderse que las certificaciones de empresa instaladora/mantenedora son válidas para el ejercicio de la actividad en todo el territorio español. Así se deduce de las normas de adaptación y desarrollo de la indicada Ley (Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la primera; Real Decreto 560/2010, de 7 de mayo, por el que se modifican diversas normas reglamentarias en materia de seguridad industrial). Como se indica en la propia página web de la D.G. de Industria, Energía y Minas de la Comunidad de Madrid -Buscador de empresas instaladoras y mantenedoras-, "*aquellas empresas procedentes de otras comunidades autónomas que hayan presentado la documentación correspondiente en su comunidad de origen están igualmente habilitadas para actuar en la Comunidad de Madrid, aunque no figuren inscritos en su registro".*

Séptimo. Por último, la referencia negativa del informe técnico a que el disponer de un margen del 7,32% evidencia que no ha previsto convenientemente sus costes, carece de sentido. Como argumenta la recurrente, más bien debiera considerarse como una muestra de seriedad del licitador que, en todo caso, absorbe suficientemente los posibles errores.

Como señalamos antes, la finalidad de la legislación de contratos es que se siga un procedimiento contradictorio para comprobar la viabilidad de las ofertas con valores

anormales o desproporcionados. No se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo.

De acuerdo con lo señalado en los fundamentos anteriores, hemos de concluir que, una vez examinadas las justificaciones de la recurrente, este Tribunal entiende que los argumentos expresados en el informe técnico y en la resolución de exclusión, no contradicen esas justificaciones, ni evidencian que la proposición por ella presentada no pueda ser cumplida, por lo que se debe entender que su exclusión no está fundamentada y, por tanto, estimar el recurso.

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. F.R.D.L.F. y D. J.L.G.M., en representación de GENERA QUATRO, S.L., contra la exclusión de su oferta y la posterior adjudicación en la licitación convocada por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, para la contratación del servicio de mantenimiento integral de las instalaciones del Museo Arqueológico Nacional y, en consecuencia, anular ambos acuerdos y ordenar la retroacción de las actuaciones hasta el momento de valoración de las ofertas económicas, que debe incluir también la de la recurrente.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento de contratación producida de conformidad con lo establecido en el artículo art. 45 del TRLCSP.

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 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.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.