



Recurso nº 185/2011

Resolución nº 214/2011

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

En Madrid, a 14 de septiembre de 2011.

VISTA la reclamación interpuesta por Don L.M.V.G, en representación de RAINBOW COMUNICACIONES, S.L. contra la adjudicación del expediente 2011/00191 titulado “Servicio de Información y Asistencia Telefónica a Clientes y Canales de Distribución de RENFE-Operadora”, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. RENFE-Operadora convocó mediante anuncio publicado en su página web el día 11 de mayo de 2011 licitación para adjudicar por procedimiento abierto el servicio citado.

Tras la pertinente tramitación, RENFE adjudica el contrato y notifica a la reclamante la no adjudicación del contrato el día 27 de julio.

La reclamante estima que dicha resolución no es ajustada a derecho, por lo que decide interponer, previo su anuncio de fecha 10 de agosto de 2011, reclamación que se verifica mediante escrito con fecha de entrada en el registro general de este Tribunal el 12 de agosto, por el que solicitaba de este Tribunal que anulase la resolución reclamada.

El Tribunal recibe con fecha de 19 de agosto de 2010 el correspondiente expediente y el informe del órgano de contratación.

Segundo. La Secretaría del Tribunal dio traslado de la reclamación a las otras empresas que habían participado en la licitación, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen,

formulándolas la empresa adjudicataria SERTEL mediante escrito presentado el 28 de agosto, solicitando la desestimación de la reclamación interpuesta.

Tercero. Con fecha 17 de agosto de 2010, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 105.3 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, hasta la resolución de la reclamación presentada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Legitimación.

El artículo 102 de la Ley 31/2007 establece que podrá interponer la correspondiente reclamación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de reclamación. No cabe duda de que en el presente caso se trata de un licitador no adjudicatario del contrato y, por tanto, la legitimación es indiscutible.

Segundo. Plazo.

Según el artículo 104 de la Ley 31/2007 el procedimiento se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles, a contar desde el siguiente al de la publicación en su caso de la licitación del contrato en el "Diario Oficial de la Unión Europea" cuando se interponga contra dicha licitación, desde que se anuncie en el perfil de contratante del órgano de contratación o desde que los licitadores tengan conocimiento de la infracción que se denuncia. En el presente caso, la recurrente recibe la notificación de la no adjudicación del contrato el día 27 de julio. La reclamación se interpone el día 12 de agosto por lo que se encuentra dentro del plazo señalado.

Tercero. Competencia.

De conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, corresponde la competencia para resolver la presente reclamación al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Cuarto. Actividad objeto de la reclamación.

Se trata en este punto de determinar si la reclamación ha sido interpuesta contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 310 de la Ley de Contratos del Sector Público, resultan susceptibles de reclamación en esta vía. Recordemos que estamos en presencia de un procedimiento en el que la resolución objeto de la reclamación es la adjudicación del contrato. Es éste un acto de los comprendidos en el artículo 310 y, por tanto, el acto es reclamable por esta vía.

FONDO DE LA CUESTIÓN.

Primero. La presente reclamación se interpone al amparo de lo dispuesto en el artículo 101 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. Las cuestiones que se plantean en esta reclamación son: la falta de motivación de la notificación de la resolución de adjudicación y que la oferta económica de la adjudicataria es anormal o desproporcionada.

Segundo. En cuanto a la primera de las pretensiones formuladas, el informe del órgano de contratación expone en contra que debe considerarse suficiente la referencia a la valoración numérica de cada una de las ofertas en cada uno de los lotes adjudicados, y que esa información se completa con la mención de si los licitadores han sido o no adjudicatarios del contrato. Afirma que la adjudicación se realizó a la oferta económicamente más ventajosa y no a la que hizo la oferta más baja, no siendo ambos conceptos equivalentes. Por último afirma que se ha cumplido con el artículo 20 de la Ley de Sectores Especiales que obliga a no divulgar la información facilitada por los operadores económicos que éstos hayan designado como confidencial.

Tercero. El artículo 84 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, ordena a las entidades contratantes que informen a los operadores económicos participantes, en el menor plazo posible, de las decisiones tomadas en relación con la adjudicación del contrato, con la celebración de un acuerdo marco o con la admisión a un sistema dinámico de adquisición, incluidos los motivos por los que hayan decidido no adjudicar un contrato para el que se haya efectuado una convocatoria de licitación, o volver a iniciar el

procedimiento, no celebrar un acuerdo marco o no aplicar un sistema dinámico de adquisición. Esta información se facilitará por escrito en caso de que así se solicite a las entidades contratantes.

Añade en su párrafo tercero que las entidades contratantes comunicarán, a todo candidato o licitador descartado, en un plazo que no podrá en ningún caso sobrepasar los quince días a partir de la recepción de una solicitud, por escrito, los motivos del rechazo de su candidatura o de su oferta, incluidos los motivos de su decisión de no equivalencia o de su decisión, que las obras, suministros o servicios no se ajustan a las prescripciones de rendimiento o a las exigencias funcionales requeridas y, con respecto a todo contratista que haya efectuado una oferta admisible, las características y ventajas relativas de la oferta seleccionada, así como el nombre del adjudicatario o las partes en el acuerdo marco.

No obstante, las entidades contratantes podrán decidir no dar a conocer determinada información relativa a la adjudicación del contrato cuando su divulgación dificulte la aplicación de la Ley, sea contraria al interés público, perjudique los intereses comerciales legítimos de determinadas empresas, públicas o privadas, incluidos los de la empresa a la que se haya adjudicado el contrato, la celebración de un acuerdo marco o la admisión a un sistema dinámico de adquisición o pueda falsear la competencia.

Cuarto. Teniendo en cuenta esta norma, para resolver la presente reclamación hay que partir de una consideración previa cual es que la adjudicación del contrato está sujeta en todo caso a los principios de publicidad, transparencia y motivación. Estos principios se manifiestan, por un lado, en la exigencia de dar a conocer a través de los medios especificados en la Ley las licitaciones convocadas, y por lo que aquí interesa, en la publicación de las adjudicaciones y en la notificación a los licitadores de los motivos que han llevado a preferir una oferta y descartar las restantes.

Aunque las previsiones en este sentido de la Ley 31/2007 no son idénticas a las que se contienen en el artículo 135.4 de la Ley de Contratos del Sector Público, en el que se hace una relación concreta de los aspectos que debe comprender en todo caso la notificación con el fin de permitir al licitador excluido o al candidato descartado interponer la reclamación de manera lo suficientemente fundada, esto no quiere decir que la entidad

contratante pueda cumplir con limitarse a notificar las puntuaciones obtenidas en su valoración discrecional de las ofertas.

Es criterio de este Tribunal que para que la notificación del acuerdo de adjudicación pueda considerarse válida no basta con reseñar la simple indicación en ella de la puntuación obtenida por los licitadores. El acto de adjudicación se entenderá motivado de forma adecuada, si al menos contiene la información que permita al licitador interponer la reclamación en forma suficientemente fundada. De lo contrario se le estaría privando de los elementos necesarios para configurar una reclamación eficaz y útil, generándole una indefensión y provocando reclamaciones indebidamente.

Por ello, teniendo en cuenta que del análisis de la notificación efectuada se desprende que ésta no contenía más elementos de juicio que los referentes a la puntuación de los licitadores, en absoluto puede considerarse que esto sea suficiente para entender que la notificación aportaba a su destinatario los elementos de juicio necesarios para que éste pudiera evaluar la posibilidad de interponer reclamación y fundarla debidamente.

En definitiva, procede afirmar que el órgano de contratación no ha cumplido los requisitos de notificación previstos en el artículo 84 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, y por tanto, resulta evidente que la entidad contratante no ha cumplido con el requisito de motivación en la notificación de la adjudicación.

Quinto. Por todas estas razones procede estimar esta pretensión

Sexto. No obstante lo anterior, procede analizar la alegación del carácter anormal o desproporcionado de la oferta económica del adjudicatario.

Al respecto, conviene recordar que las normas del derecho de la Unión Europea relativas a la contratación pública vienen poniendo marcadamente el acento en la necesidad de abrir las licitaciones al mayor número de empresas posible (Directiva 2004/17/CE). Por ello, se consagran como principios básicos de la contratación pública los de libre concurrencia, no discriminación y transparencia. Consecuente con ello el legislador español ha diseñado un sistema legal relativo a los procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales a través de la Ley 31/2007, de 30 de octubre que abre las licitaciones al mayor número de empresas. El

artículo 19 de la misma dispone que *“los contratos que se adjudiquen en virtud de la presente Ley se ajustarán a los principios de no discriminación, de reconocimiento mutuo, de proporcionalidad, de igualdad de trato, así como al principio de transparencia”*.

El principio de transparencia, por otra parte, exige que la adjudicación de los contratos se haga a favor de aquella empresa que hubiera presentado la oferta económicamente más ventajosa. Ello se traduce en que la oferta ganadora debe ser aquella que contenga el precio más bajo, o que valorando conjuntamente los aspectos técnicos y económicos obtenga la mayor puntuación (arts. 60 y 61 de la Ley 31/2007).

Sin embargo, este principio tiene una excepción: la posibilidad de considerar que la oferta es anormalmente baja o desproporcionada, es decir que contiene valores económicos inferiores a lo razonable o que los diferentes elementos que la integran carecen de la adecuada congruencia entre sí. Sin embargo esta excepción no puede considerarse ilimitada. Por el contrario, la ley obliga a la entidad contratante a dar audiencia a los licitadores que hubieran presentado las mencionadas ofertas para poder determinar si, a pesar de su carácter anormalmente bajo o desproporcionado, pueden cumplirse y a fijar con carácter objetivo cuáles son los parámetros que deben servir para considerar a la oferta incurso en la situación de anormalidad o desproporción.

En presente caso la entidad contratante no consideró anormal o desproporcionada la oferta de la adjudicataria, no abriendo un período de audiencia al respecto, por lo que queda por resolver la cuestión de si la oferta que se encontraba incurso en la situación de ser anormalmente baja o desproporcionada debe ser rechazada, una vez analizadas las justificaciones aportadas por la recurrente.

Ante todo debe indicarse, que la apreciación hecha por la entidad contratante del contenido de las ofertas responde a una valoración de elementos técnicos que en buena medida pueden ser apreciados en función de parámetros o de criterios cuyo control jurídico es limitado. Aún así, es evidente que hay aspectos que, aún siendo difíciles de controlar jurídicamente por venir determinado por la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, pueden y deben ser controlados en esta instancia. Tal es el caso de que en una oferta determinada puedan aparecer síntomas evidentes de desproporción que

impidan, sin necesidad de entrar en la apreciación de criterios puramente técnicos, la ejecución de contrato en tales condiciones.

Sin embargo, aún admitiendo como debemos admitir este razonamiento, es evidente que en el supuesto a que hace referencia la presente reclamación, la empresa reclamante no ha puesto de manifiesto ningún elemento de juicio que permita a este Tribunal entender que la oferta no podrá ser cumplida exactamente en sus términos.

En efecto, la argumentación de la reclamante se basa en la suposición de que el precio ofertado por la adjudicataria no alcanza a cubrir los costes mínimos, partiendo de la justificación de sus propios costes, pero sin tomar en consideración el resto de los componentes de la oferta que pueden compensar la baja ofertada en este punto.

Interesa aquí destacar que la mera circunstancia de que un convenio colectivo establezca una determinada retribución mínima para la actividad de que se trate no es motivo suficiente para determinar la imposibilidad de cumplimiento del contrato, toda vez que del análisis conjunto del resto de los elementos que componen la oferta puede derivarse exactamente lo contrario.

Por ello, puesto que la reclamante no ha puesto de manifiesto en su escrito de interposición de la reclamación más que elementos parciales de la oferta que contienen precios que, a su juicio, implican retribuciones inferiores a las mínimas previstas en el convenio colectivo del sector que no pueden ser consideradas como determinantes a efectos de declarar imposible el cumplimiento del contrato en tales condiciones, no puede ser atendida, en cuanto a este extremo, su reclamación.

Séptimo. Por último, debe indicarse en relación con la petición subsidiaria de indemnización de los daños derivados de la adjudicación a SERTEL, S.A., para el caso en que no proceda que se le adjudique el contrato, que no procede estimar esta pretensión, ya que sólo si se produce una infracción legal en el expediente de contratación y siempre que resulten acreditados los daños producidos cabrá la indemnización de los mismos al amparo del artículo 106 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, circunstancia que no se produce en el presente supuesto al no acreditarse una infracción del procedimiento que haya producido daño al reclamante, y sin que, además,

la mera adjudicación del contrato a otro licitador genere responsabilidad alguna por parte de la entidad contratante.

Octavo. La consecuencia de la estimación de la presente reclamación es que debe declararse nula la notificación de la resolución recurrida, acordándose la retroacción de las actuaciones hasta el momento en que debió notificarse motivadamente la adjudicación definitiva del contrato, sin perjuicio de que una vez acordada dicha adjudicación, el recurrente pueda interponer reclamación contra la misma si concurrieran motivos para ello.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar parcialmente la reclamación interpuesta por Don L.M.V.G, en representación de RAINBOW COMUNICACIONES, S.L., contra la adjudicación del expediente 2011-00191 titulado "Servicio de Información y Asistencia Telefónica a Clientes y Canales de Distribución de RENFE-Operadora, declarando nula la notificación de la resolución recurrida y ordenando la retroacción de las actuaciones hasta el momento en que debió notificarse motivadamente la adjudicación del contrato.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento concedida por este Tribunal, con fecha 1 de diciembre de 2010, al amparo de lo establecido en el artículo 106.4 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 106.5 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre.

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