



**Recurso nº 096/2012**

**Resolución nº 119/2012**

## RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 23 de mayo de 2012.

**VISTA** la reclamación interpuesta por D. J.G.Z., en representación de ORONA, SOCIEDAD COOPERATIVA (en lo sucesivo ORONA), contra la adjudicación por AENA Aeropuertos S.A. del contrato de servicios para el mantenimiento de elementos de transporte mecánico del aeropuerto de Alicante (expediente ALC 651/11), este Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.** AENA Aeropuertos S.A. (en adelante, AENA) convocó, mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado y en el Diario Oficial de la Unión Europea los días 14 y 25 de octubre de 2011 respectivamente, licitación para contratar, por el procedimiento abierto, los servicios para el mantenimiento de elementos de transporte mecánico del aeropuerto de Alicante, con un importe de 506.000 euros (IVA excluido). A la licitación de referencia presentó oferta la sociedad reclamante.

**Segundo.** La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en 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. La adjudicación se acordó por el Consejo de Administración de AENA el 27 de marzo de 2012, conforme a la propuesta realizada por la mesa de contratación, a favor de FAIN ASCENSORES, por un importe de 283.360 euros. La adjudicación se publicó en el perfil del contratante el pasado día 16 de abril.

**Tercero.** Contra la referida adjudicación del contrato, la representación de ORONA interpuso reclamación en el registro de este Tribunal el día 3 de mayo de 2012. Solicita que se revoque la adjudicación y se ordene la retroacción de actuaciones al momento

procedimental oportuno. La interposición de la reclamación fue anunciada a AENA el 26 de abril de 2012.

El 9 de mayo tiene entrada en el registro de este Tribunal el expediente remitido por AENA junto a su informe.

**Séptimo.** Por la Secretaría del Tribunal, el 10 de mayo de 2012, se procedió a notificar la interposición de la reclamación a todos los licitadores para que pudieran formular alegaciones, sin que ninguno de ellos haya absuelto el citado trámite.

**Octavo.** El 9 de mayo este Tribunal acordó el mantenimiento de la suspensión automática producida con base en el artículo 104.6 de la ley 31/2007, de 30 de octubre.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** La competencia para resolver la presente reclamación corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 101.1 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, en relación con el 41.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP, en lo sucesivo), habida cuenta de que AENA Aeropuertos tiene la condición de empresa pública estatal que desarrolla actividades de gestión aeroportuaria de las contempladas en el artículo 12 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre y el expediente a que se refiere la reclamación es un contrato de servicios incluido en el ámbito de la Ley citada, por la categoría (servicios de mantenimiento: artículo 15.1 y Anexo II A de la Ley 31/2007, de 30 de octubre) y el importe (superior a 400.000 euros: artículo 16.a).

**Segundo.** La empresa ORONA concurrió a la licitación y no resultó adjudicataria. Debe entenderse pues que tiene la legitimación requerida por el artículo 102 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre

**Tercero.** Se han cumplido los requisitos de plazo para el anuncio e interposición de la reclamación, previstos en el artículo 104 de la Ley citada.

**Cuarto.** Las cuestiones de fondo planteadas por la reclamante se concretan en: 1) considerar que su oferta se encuentra insuficientemente valorada, y 2) que la oferta

seleccionada incurre en un supuesto de "oferta anormalmente baja" que debiera haber justificado, de acuerdo con lo establecido en el pliego de cláusulas particulares.

- 1) Lo que considera insuficiente valoración de su oferta se refiere a dos aspectos:
  - a) Los tiempos de respuesta para la atención de averías, porque, aunque éstos *"sí han sido convenientemente detallados.., lo cierto es que no han sido objeto de puntuación"*. Incluso el propio informe de valoración de las ofertas indica para la de la reclamante en su apartado 5.1 relativo a la mejora en el mantenimiento correctivo, *"2.- Mejora de tiempo de respuesta: tiempo de intervención inmediato, inferior a los 10 min. Y tiempo medio de asistencia inferior a los 20 min."*
  - b) Las cartas de compromiso con los fabricantes para asegurar el suministro de repuestos. Se le otorgan sólo 2 puntos (sobre un máximo de 5 puntos), cuando con las cartas aportadas, se cubre más del 80% de los aparatos y los más relevantes, al estar ubicados en la nueva terminal de pasajeros.
- 2) En su reclamación incluye, asimismo, alegaciones en el sentido de que la oferta de la empresa adjudicataria se presume anormalmente baja ya que excede del porcentaje establecido en el pliego, por lo que, de acuerdo con éste, se debió dar al adjudicatario *"trámite de audiencia para presentar las justificaciones oportunas en relación con el precio ofertado en los términos establecidos en el artículo 82 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre"* y valorar si con esas justificaciones se considera viable la oferta. Entiende que *"en la medida en que no se haya efectuado en el expediente de contratación justificación suficiente al efecto..., procedería revocar la adjudicación"*.

**Quinto.** Por su parte, el informe de AENA señala que:

- 1) La reclamante cuestiona el informe de valoración de las ofertas en base a las previsiones de los Pliegos que rigen el expediente, pero no señala infracción alguna de las normas contenidas en la propia Ley 31/2007, de 30 de octubre. Adjunta informe técnico explicativo de los aspectos cuestionados donde resalta que.

- a) la oferta de ORONA, *“se refiere a tiempos medios y/o aproximados de respuesta, en lugar de tiempos máximos de respuesta como especifica el PPT”*.
- b) aporta dos cartas de compromiso. Si se compara con las aportadas por otras empresas, la valoración se considera adecuada, *“ya que el expediente trata del mantenimiento de elementos de distintas marcas, no sólo de dos de ellas.”*
- 2) La oferta adjudicataria no tiene carácter de anormalmente baja. Así lo consideró la mesa de contratación que, en la sesión del 22 de marzo de 2012, *“acordó no considerar dicha oferta como anormalmente baja, según lo establecido en el apartado 3.d) del Anexo A del Pliego de Cláusulas Particulares, en consonancia con la situación económica y de reducción de gastos, dado que la puntuación técnica de la empresa adjudicataria (74,50) difiere sólo en 2 puntos de la mejor puntuación técnica obtenida (76,50)”*.

**Sexto.** Como este Tribunal ha reiterado en múltiples ocasiones -entre las más recientes, resoluciones 33/2012 y 93/2012- a los criterios evaluables en función de juicios de valor les es de aplicación la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada *discrecionalidad técnica* de la Administración. De acuerdo con ella, lo que se valora mediante la aplicación de criterios estrictamente técnicos este Tribunal no lo puede corregir con criterios jurídicos, salvo que al efectuar la valoración se haya incurrido en defectos de procedimiento, ésta contenga errores o se haya producido aplicación arbitraria de los criterios de valoración establecidos en los pliegos.

En el caso presente, la reclamante no aduce la existencia de defectos de procedimiento, por lo que debemos centrar el análisis en la existencia de posibles errores o supuestos de arbitrariedad.

Respecto de los errores la jurisprudencia ha puesto de manifiesto y hemos señalado en otras resoluciones que éstos deben haberse producido de forma patente que pueda ser apreciada sin necesidad de efectuar razonamientos complejos o de carácter técnico. La reclamante, a tal efecto, alega que la entidad contratante al valorar a través de sus servicios técnicos, ha puesto de manifiesto que la oferta presentada no contiene una referencia a los tiempos máximos de respuesta, pues en su propuesta se limita a hablar

de tiempos medios, que, con carácter general, cifra en diez minutos. Por el contrario, ORONA señala en su escrito de interposición que en los apartados de su oferta identificados como Plan de mantenimiento, Procedimiento de ejecución del servicio y Plan de Aseguramiento de la calidad se contienen expresas referencias a ello. Esta alegación se refiere a una cuestión puramente fáctica consistente en si la oferta contiene o no la referencia exigida a los tiempos máximos de respuesta, por lo que el Tribunal puede entrar a conocer de la misma.

A este fin, el pliego de prescripciones técnicas establece en su Anexo V que los tiempos de respuesta máximos deben ser quince minutos en los casos de emergencia (*“Emergencia: tanto rescate de personas como averías de ascensores incluidos en los recorridos de pasajeros que no tengan alternativo en el mismo núcleo de comunicaciones”*), una hora en los casos de urgencia (*“Urgencia. Ascensores en recorridos de pasajeros y ascensores en recorridos de trabajadores que tengan alternativo en el mismo núcleo de comunicaciones”*) y veinticuatro horas para los casos rutinarios (el resto de los casos).

La oferta técnica de la reclamante en el apartado 2.3 contiene la información relativa a los tiempos de respuesta describiendo el modo en que funciona el servicio y acompañando un gráfico en el que se indica que el tiempo medio de respuesta es con carácter general de diez minutos sin especificar si este plazo es de aplicación, además de a los casos de emergencia, a los de urgencia y a los rutinarios, aun cuando la reclamante parece dar a entender que el plazo está referido a todos los casos. Así las cosas es evidente que la oferta técnica presentada no responde a las exigencias del pliego de prescripciones técnicas, pues tal como la entidad contratante indica en su informe, en el pliego no se habla de tiempos medios sino de tiempos máximos, y si el garantizar un tiempo medio de respuesta de diez minutos implica que frecuentemente éste sea inferior a lo previsto en el pliego de prescripciones técnicas no excluye que implícitamente se admite la posibilidad de que se rebase. Tal cosa no ocurrirá normalmente respecto del tiempo de respuesta para los casos rutinarios, por ser el máximo exigido mucho mayor de diez minutos, pero ciertamente sí para aquellos casos que el pliego califica como de emergencia o de urgencia (aunque en este último supuesto al ser el tiempo máximo exigido de una hora podrían ser menos frecuentes los casos previstos de incumplimiento).

Al margen de ello, hay que tener en cuenta que el pliego pretende con esta exigencia que los licitadores indiquen en sus ofertas unos tiempos máximos en los que se comprometen a responder ante una posible avería o necesidad de mantenimiento, y esto no puede considerarse indicado en el apartado de la oferta técnica que analizamos. De ella sólo cabe deducir que la reclamante hace una consideración general sobre el modo de funcionamiento de sus servicios en lo relativo a la gestión de los avisos de posibles averías detectadas y cuál es el tiempo medio que tarda en responder a ellos pero no cabe entender que asuma el compromiso de hacerlo en un plazo concreto. Desde este punto de vista, ciertamente la mención de los tiempos contenida en este apartado de la oferta no cumple los requisitos exigidos por el pliego de prescripciones técnicas (Anexo V).

Corresponde ahora, analizar si en el resto de los apartados de la oferta en que se contienen referencias al mismo existe un compromiso claro al respecto.

En tal sentido, debemos descartar antes que nada la mención que a los tiempos de respuesta se hace en el apartado correspondiente al Plan de aseguramiento de la calidad pues en ella se vuelve a hablar exclusivamente de tiempos medios de respuesta. Por el contrario en el apartado de la oferta relativo al Procedimiento de ejecución del servicio, tal como indica en su escrito de interposición la reclamante, se dice que la atención de los avisos de averías y emergencias se cubre durante las veinticuatro horas del día, con una cobertura permanente y con *“garantía de intervención inmediata con tiempos inferiores a 10 minutos sin diferenciar entre: rescate de personas, averías de ascensores incluidos en los recorridos de pasajeros que no tengan alternativo en el mismo núcleo de comunicaciones, puesta fuera de servicio de las instalaciones averiadas, señalización de la instalación fuera de servicio”*.

De lo anteriormente transcrito se desprende que para los supuestos de emergencia, la oferta contiene un compromiso de intervención en menos de diez minutos. Sin embargo, este compromiso queda desvirtuado, no solo por el hecho de que inmediatamente a continuación se hable de *“tiempos medios de asistencia inferiores a diez minutos”*, con lo que cabe dudar de si se asume o no el compromiso de intervención en menos de quince minutos, sino porque además con referencia a los tiempos de asistencia ante urgencias o averías rutinarias se dice también que *“serán tiempos medios de asistencia inferiores a*

20 minutos”, lo que excluye claramente el compromiso de atender estos avisos siempre en un tiempo inferior a los especificados en el pliego de prescripciones técnicas.

Así las cosas, no cabe sino reconocer la razón que asiste a la entidad contratante al considerar que la oferta incumple lo exigido por el pliego al no contener un compromiso no cuestionable de mantener un tiempo de respuesta en todo caso inferior al previsto. En consecuencia, no cabe hablar de error en la apreciación de este criterio de valoración.

En cuanto a la posible arbitrariedad, tal como hemos tenido ocasión de señalar con reiteración, es preciso que sea comprobable mediante análisis de carácter jurídico, sin valorar los aspectos técnicos que, como hemos dicho, quedan fuera del ámbito jurídico controlable por este Tribunal.

A este respecto, la reclamante considera que la valoración del criterio correspondiente a las cartas de compromiso de los fabricantes que garanticen el suministro de repuestos y componentes incurre en arbitrariedad pues no se ha efectuado con criterios de racionalidad al habersele otorgado sólo dos puntos de un máximo de cinco. A su juicio, puesto que las cartas de compromiso presentadas cubren el ochenta por ciento de la provisión de repuestos, este criterio debería habersele valorado con, al menos, cuatro puntos que representan a su vez el ochenta por ciento de la puntuación máxima prevista.

Tal argumentación no puede prosperar. El Tribunal no puede entrar a valorar las razones técnicas que han podido motivar que por los órganos encargados de ello se le haya atribuido la puntuación antes indicada en este punto de la oferta técnica, toda vez que el hecho de garantizar el ochenta por ciento de los repuestos y componentes no necesariamente debe ser reflejado en idéntica proporción en la puntuación otorgada. Bien es cierto que hemos mantenido en alguna resolución la relación directa entre racionalidad y proporcionalidad en el cumplimiento de los máximos posibles correspondientes a cada criterio y el nivel alcanzado por la oferta de cada licitador. Sin embargo ello no es posible en el caso presente toda vez que ni todos los elementos de cuyo mantenimiento se trata deben ser considerados de forma homogénea ni tampoco puede serlo el tiempo de uso de cada uno de ellos ni la importancia relativa con respecto de la función que deben cumplir. Es evidente que ésta es cuestión que debe apreciar el órgano técnico

competente en razón del tipo de servicio que cada uno de ellos preste, de su situación y de las demás características que deban tenerse en cuenta al respecto.

Procede, por tanto, que el Tribunal se abstenga de entrar en la crítica de la valoración en este punto por ser cuestión en la que resulta plenamente aplicable la doctrina de la discrecionalidad técnica administrativa que antes expusimos.

**Séptimo.** El último motivo de impugnación articulado por la reclamante se refiere a la anormalidad o desproporción de la oferta de la adjudicataria. En concreto, entiende que *“según el criterio establecido en el propio pliego de cláusulas particulares del contrato, la oferta seleccionada incurre en un supuesto de ‘oferta anormalmente baja por razón de su importe’. Y por tanto en la medida en que no se haya efectuado en el expediente justificación suficiente al efecto (circunstancia de la que mi representada no ha sido informada), procedería revocar la adjudicación del contrato”*.

Analizados los datos de la oferta adjudicataria resulta que en efecto, según las reglas establecidas en el apartado 3.d), del Anexo A del pliego de cláusulas particulares estaría incurso en presunción de anormalidad por su bajo importe.

En tal caso, la mesa de contratación, antes de poder rechazarla estaría obligada a pedir la justificación pertinente según se desprende del artículo 82.1 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre: *“Si las ofertas resultasen anormalmente bajas en relación con la prestación que se ha de ejecutar, la entidad contratante, antes de poder rechazarlas, pedirá por escrito a quienes hubieran presentado dichas ofertas las precisiones que juzgue oportunas...”*.

Sin embargo, el argumento de la reclamante, en el sentido de que procedería, previa anulación de la adjudicación, retrotraer las actuaciones al momento en que dejó de tenerse en cuenta el carácter anormalmente bajo de la oferta adjudicataria a fin de que se justifique por la empresa que la formuló la viabilidad de la misma, parte de la base de que la entidad contratante está obligada en todo caso a considerar que la oferta es anormalmente baja o desproporcionada siempre que incurra en los supuestos o reúna los requisitos especificados para ello en el pliego de cláusulas particulares. En tales casos, según sostiene la reclamante, la entidad contratante debiera haber solicitado informe a la



adjudicataria en relación con la viabilidad de la oferta y haberla aceptado o no en función de que a la vista de éste entendiera que la oferta se puede cumplir o no en los términos ofertados.

Tal punto de partida, sin embargo, no es compartido por este Tribunal. Por el contrario, la adjudicación debe hacerse, a tenor de lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre tomando en consideración el precio más bajo solamente o la oferta económicamente más ventajosa. La utilización de una de estas formas de adjudicación es obligatoria en todos los casos tal como se deduce de lo dispuesto en el artículo 83.1: *“La entidad contratante a la vista de la valoración de las ofertas y en función del criterio de adjudicación empleado comunicará motivadamente al licitador que hubiere formulado la oferta de precio más bajo o aquella que resulte ser la oferta económicamente más ventajosa, la adjudicación del contrato”*.

Sólo una excepción admite la Ley al principio que consagran estos preceptos, el supuesto, racionalmente exigible, de que no fuera posible ejecutar el contrato en los términos de la oferta más baja o de la económicamente más ventajosa, precisamente por su carácter anormalmente bajo o desproporcionado. Esta circunstancia pone de manifiesto que si bien es razonable la excepción al principio de que la adjudicación debe hacerse a la oferta que sea más ventajosa para la entidad contratante cuando de los términos de aquélla resulte imposible la ejecución del contrato, esta posibilidad no es más que una excepción del principio general y, como tal, debe ser interpretada restrictivamente.

Ello significa que la facultad de excluir una oferta que resulte ser la más ventajosa o la de mejor precio, cuando se pueda considerar que es anormalmente baja o desproporcionada, exige un previo razonamiento por parte de la entidad contratante que le permita dudar de la viabilidad de la misma, entendida ésta en el sentido de que el contrato pueda ser ejecutado en tales términos. De no ser así, es decir de no aparecer motivos que a juicio de la entidad contratante justifiquen la exclusión de la oferta no es preciso iniciar el procedimiento previsto en el artículo 82 ya mencionado.

Esta afirmación no debe ser interpretada, sin embargo, como una declaración de discrecionalidad en cuanto a la apreciación de si la oferta es o no anormalmente baja o

desproporcionada, sino como una exclusión del automatismo de la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 82. Está claro que en ningún caso se trata de dejar al arbitrio de la entidad contratante la posibilidad de no considerar la aplicación de lo previsto en el citado artículo, sino más bien de la exigencia de un razonamiento previo que justifique la iniciación del mismo.

Así las cosas, debemos entender que si bien no acierta la reclamante al exigir la tramitación del procedimiento en cuestión, en todo caso tampoco la hace AENA al exponer como razón suficiente para ello la situación económica y de reducción de gastos. El argumento válido para hacerlo habría sido que el contrato sí podía ser cumplido en los términos derivados de la oferta.

No lo ha argumentado así AENA, aunque tampoco la reclamante que se limita a exigir la iniciación del procedimiento del artículo 82 de forma automática. Ello no obstante, y puesto que la oferta de la mercantil adjudicataria no ha sido conocida por la reclamante por la negativa de AENA a ponérsela de manifiesto, es evidente que tampoco ha podido argumentar nada en esa línea. Ello evidentemente le ha causado indefensión, por lo que procede estimar parcialmente la reclamación y anular la notificación de la adjudicación a fin de realizar una nueva en la que se contengan los argumentos que motivaron la no iniciación de los trámites para la declaración de que la oferta de la adjudicataria se encontraba en situación de anormalmente baja o desproporcionada y se permita conocer los pormenores de ésta que sirven de fundamento a esta decisión.

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 D. J.G.Z., en representación de ORONA, SOCIEDAD COOPERATIVA, contra la adjudicación por AENA Aeropuertos S.A. del contrato de servicios para el mantenimiento de elementos de transporte mecánico del aeropuerto de Alicante, declarando la nulidad del acto de notificación efectuado que deberá ser realizado de nuevo en los términos que resultan del Fundamento de Derecho Séptimo de esta resolución.

**Segundo.** Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 104.6 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, al amparo de lo dispuesto en el artículo 106.4 de la citada ley.

**Tercero.** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del 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 reclamación 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.