



Recurso nº 223/2012

Resolución nº 236/2012

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

En Madrid, a 31 de octubre de 2012.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.M.N.M. y D. A.B.G .en representación de la mercantil SCHINDLER, contra la resolución del órgano de contratación de Mutua Universal de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº 10, en adelante MUGENAT, notificada en fecha 16 de octubre de 2012, de adjudicación del servicio de mantenimiento de aparatos de elevación en los centros de MUGENAT, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. MUGENAT, mediante anuncio publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea con fecha 24 de abril de 2012 y en la Plataforma de Contratación del Estado el 23 de ese mismo mes, convocó licitación para la adjudicación del contrato del servicio de mantenimiento de los aparatos de elevación en los centros de MUGENAT.

Segundo. La licitación se llevó a cabo por procedimiento abierto con tramitación ordinaria, de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), 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 aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que conserva parcialmente su vigencia en cuanto no se oponga al nuevo texto y en tanto no se aprueben nueva normas reglamentarias.

Tercero. La mesa de contratación, en fecha 13 de junio de 2012 se reunió para la apertura pública del sobre 2 que contiene la oferta técnica.

Posteriormente, en fecha 29 de junio de 2012, se procedió a la apertura pública del sobre nº 3 que contiene la oferta económica de los licitadores, conociéndose en ese momento la puntuación técnica de cada uno de los licitadores tal y como consta en el expediente remitido a este Tribunal, y se acordó la exclusión de la empresa ORONAS SOCIEDAD COOPERATIVA, por no haber obtenido la puntuación mínima exigible en la oferta técnica para su adjudicación.

En la cuantificación de las ofertas presentadas, en aplicación de la fórmula indicada en el apartado 10.5.1 del Pliego de condiciones particulares, la oferta económica presentada por SCHINDLER, S.A. resultó ser presuntamente desproporcionada según lo indicado en el apartado 10.2 del Pliego. En fecha 29 de junio de 2012, se le requirió al licitador para que en el plazo de 5 días hábiles contados desde el siguiente a la recepción del requerimiento, aportara justificación sobre la valoración de su oferta y aclaración sobre las condiciones de la misma.

En fecha 6 de julio de 2012 se reciben las alegaciones requeridas a SCHINDLER, S.A., en las cuales justifica el motivo de la oferta económica desproporcionada.

Cuarto. El Órgano de contratación, en fecha 7 de agosto de 2012, procedió a la notificación del acuerdo de adjudicación a los licitadores, atendiendo a lo estipulado en el artículo 151.4 del TRLCSP, conteniendo la misma los extremos siguientes:

- Empresa adjudicataria e importe de adjudicación.
- Indicación de las razones por las que ZARDOYA OTIS, S.A. ha resultado adjudicataria frente al resto de licitadores *“La empresa ZARDOYA OTIS, S.A. ha presentado una oferta que cumple con los requisitos exigidos en los Pliegos de condiciones particulares y prescripciones técnicas en cuanto a los servicios solicitados, siendo la empresa que ha obtenido una mayor puntuación en el apartado de “Memoria sobre la prestación del servicio”, criterio de mayor puntuación en la valoración técnica, destacando en dicho apartado el planteamiento que realiza en el programa de mantenimiento y la documentación técnica propuesta, sí como las propuestas de valor añadido en la gestión del servicio”.*

- Licitadores excluidos y causas, así como la existencia de ofertas rechazadas por ser anormalmente bajas.
- Tabla resumen de la valoración asignada para los distintos criterios a todas y cada una de las empresas que han sido objeto de valoración para los dos lotes.

En fecha 16 de agosto de 2012, se comunicó al Órgano de contratación el anuncio de recurso, y en fecha 22 de agosto de 2012 se presentó recurso especial en materia de contratación por parte de la empresa licitadora SCHINDLER, S.A. contra la adjudicación del expediente 0126/2012 a la empresa ZARZOYA OTIS, S.A., motivo por el cual se procedió a la suspensión de la tramitación del expediente.

El 10 de septiembre de 2012, este Tribunal dio traslado de la Resolución nº 186/2012 relativa al recurso interpuesto, en la que se estimaba parcialmente el mismo, y se acordaba que Mutua anulase el acuerdo de adjudicación de fecha 7 de agosto de 2012, ordenando la retroacción de las actuaciones a fin de que pudiera dictarse nuevo acuerdo de adjudicación en el que se informase motivadamente a la recurrente de las causas de su exclusión.

Quinto. El 20 de septiembre de 2012 se procedió a la nueva notificación del acuerdo de adjudicación a los licitadores atendiendo a lo estipulado en el artículo 151.4 del TRLCSP, con el siguiente tenor:

- Empresa adjudicataria e importe de adjudicación.
- Indicación de las razones por las que ZARZOYA OTIS, S.A. ha resultado adjudicataria frente al resto de licitadores *“La empresa ZARZOYA OTIS, S.A. ha presentado una oferta que cumple con los requisitos exigidos en los Pliegos de condiciones particulares y prescripciones técnicas en cuanto a los servicios solicitados, siendo la empresa que ha obtenido una mayor puntuación en el apartado de “Memoria sobre la prestación del servicio”, criterio de mayor puntuación en la valoración técnica, destacando en dicho apartado el planteamiento que realiza en el programa de mantenimiento y la documentación técnica propuesta, sí como las propuestas de valor añadido en la gestión del servicio”*

- Licitadores excluidos y causas, así como la existencia de ofertas rechazadas por ser anormalmente bajas; en el caso que nos ocupa, es decir, en cuanto a la oferta económica presentada por la empresa SCHINDLER, S.A., una vez analizadas las alegaciones que la empresa efectuó en fecha 6 de julio de 2012, la mesa consideró en su informe técnico de fecha 20 de julio de 2012, no aceptar la citada oferta económica al entender que existe una incertidumbre en relación a la posibilidad de ejecutar el contrato sin contrariedades y teniendo en cuenta que el objetivo de la contratación del servicio es garantizar la seguridad en la utilización de los equipos y el mantenimiento de los mismos en óptimas condiciones de operatividad, por el motivo siguiente:
- *La oferta económica presentada supone una reducción del precio de licitación de un 49%, siendo la media de reducción económica del resto de licitadores, un 23%.*
 - *La estimación de costes presentada prevé un margen muy ajustado del 6% anual (1.755,64 euros), que podría comprometer la adecuada prestación de servicios considerando que:*
 - *En la estimación de costes realizada, no se observa incluido el coste derivado de las inspecciones periódicas que deben realizarse por parte de los organismos oficiales competente (OCA's), según se plantea en el apartado 3.11 del pliego de prescripciones técnicas.*
 - *Destacar que el coste medio unitario por ascensor de las inspecciones a realizar asciende a 200 euros bienales, considerando que son 20 ascensores, supone un aumento de coste anual planteado por valor de 2.000 euros.*
 - *No queda asegurado en los costes planteados, la posibilidad económica de absorber situaciones derivadas de imprevistos técnicos que puedan surgir durante la vigencia del contrato.*
 - *La argumentación de reducción de costes que plantea SCHINDLER, S.A., tiene una base fundamentalmente técnica (optimización de tiempos, tareas, metodologías de trabajo y sistemas de comunicación). Los aspectos*

técnicos son objeto de valoración en el sobre 2, el valor de la oferta técnica presentada por SCHINDLER, S.A. es de 23.10 puntos, 3.75 puntos por debajo de la valoración técnica de mayor puntuación por lo que no observamos que la metodología técnica de trabajo de SCHINDLER, S.A. pueda ser considerada excepcional respecto al resto de licitadores que se presentan.

Sexto. El día 15 de octubre de 2012, la hoy recurrente formuló ante el órgano de contratación, de conformidad con lo previsto en el artículo 44.1 del TRLCSP, anuncio previo a la interposición del recurso especial en materia contractual, recurso que interpuso mediante escrito que tuvo entrada en este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales el 16 de octubre.

Séptimo. El 16 de octubre se recibe en el Tribunal el expediente de contratación acompañado del informe del órgano de contratación. El día 17 de octubre, la Secretaría 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 las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que ninguno de ellos haya evacuado el trámite conferido.

Octavo. Interpuesto el recurso, con fecha 18 de octubre de 2012 este Tribunal dictó resolución por la que se acordaba el mantenimiento de la suspensión del procedimiento de contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en los artículos 45 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 41.1 del TRLCSP.

Segundo. El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, toda vez que la mercantil recurrente concurrió a la licitación, y no resultó adjudicataria, y es, por ende, titular de un derecho o interés legítimo que puede verse afectado por la resolución de adjudicación recurrida, en los términos exigidos por el artículo 42 del TRLCSP.

Tercero. El acto recurrido es la adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada por el procedimiento abierto y siguiendo la tramitación ordinaria.

Se trata, por tanto, de un acto susceptible de recurso especial, de acuerdo con lo establecido en los apartados 1.a) y 2.b) y c) del artículo 40 del TRLCSP, en relación con el artículo 16.1.b) del mismo texto legal.

Cuarto. En la interposición del recurso se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP.

Quinto. Los motivos de impugnación planteados por la entidad recurrente aparecen referidos a la exclusión de su oferta, argumentando infracción de los artículos 151.4 y 152.3 del TRLCSP, por falta de motivación del acuerdo de exclusión, y ausencia de justificación del carácter anormal o desproporcionado de la oferta, respectivamente.

En cuanto a la primera cuestión planteada, relativa a la determinación de si la notificación de exclusión del procedimiento está suficientemente motivada, o por el contrario es insuficiente produciendo indefensión a la recurrente, el Tribunal mantiene en numerosas resoluciones que la notificación del acto de adjudicación ha de estar motivada de forma adecuada, pues de lo contrario se le estaría privando al licitador notificado de los elementos necesarios para la interposición de un recurso eficaz y útil, produciéndole por ello indefensión. Para estimar que la notificación se halla adecuadamente motivada, al menos ha de contener la información que permita al licitador interponer recurso en forma suficientemente fundado.

Pues bien, el acto impugnado se dictó en cumplimiento de la Resolución nº 186/2012 dictada por este Tribunal que estimó parcialmente el recurso, y acordó la retroacción de las actuaciones, y que se dictase un nuevo acuerdo de adjudicación.

El nuevo acuerdo de 26 de septiembre de 2012, ahora recurrido, ha sido extractado en el antecedente de hecho número 5º, y subsana las deficiencias apreciadas en el anterior.

Como es sabido la motivación de los actos administrativos es una garantía propia de los mismos, que en caso de ser contravenida generaría indefensión al administrado. Para que no se produzca su vulneración, se entiende motivado el acto... *“si al menos contiene*

la información que permita al licitador interponer recurso en forma suficientemente fundado. De lo contrario se le estaría privando de los elementos necesarios para configurar un recurso eficaz y útil, produciéndole indefensión y provocando recursos indebidamente...”, como ha sentado este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su resolución del recurso nº 260/2011. Y añade en dicha resolución: “... con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta”.

Sentado lo anterior, podemos concluir que la resolución que ahora se impugna contiene la información que permite al licitador interponer recurso en forma; y en segundo lugar, contiene las razones por las que no se ha admitido su oferta, por lo que no se le produce indefensión. En el acto impugnado se transmiten al licitador los motivos de su exclusión, de manera suficiente e incluso pormenorizada, de modo que el recurrente los conoce. Añadiremos, como ya se hizo en la resolución del recurso 260/2011, que *“no precisa de un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente, así como su extensión de suficiente amplitud para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto para poder defender sus derechos e intereses...”*.

De lo expuesto resulta que el acto administrativo impugnado resulta suficientemente motivado, debiendo desestimarse en este punto la pretensión de la recurrente.

Sexto. En cuanto al segundo de los motivos aducido en el escrito de impugnación, relativo a la falta de justificación por la entidad contratante del carácter desproporcionado de la oferta, debe señalarse que cuando una proposición esté incurso en presunción de temeridad, el órgano de contratación ha de cumplir con lo dispuesto al respecto en el artículo 152 del TRLCSP, en particular con el requisito de solicitar asesoramiento técnico del servicio correspondiente, como así se ha hecho en el presente caso, sin embargo, el TRLCSP no exige que en la notificación del acuerdo de exclusión se haga referencia al informe técnico con base en el cual se haya tomado la decisión, sino como se expuso en el fundamento de derecho anterior, basta con indicar las razones por las que no se ha admitido su oferta. En cualquier caso, se analizará si el acuerdo de exclusión se tomó respetando la regulación aplicable.

En primer término recordar que, de acuerdo con el artículo 190 del TRLCSP, en la adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada por los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas, como es el caso, no son de aplicación las normas establecidas, en los apartados 1 y 2 del artículo 152 sobre criterios para apreciar el carácter anormal o desproporcionado de las ofertas, no obstante en el pliego de cláusulas administrativas particulares se previó expresamente los criterios para considerar desproporcionada o temeraria una oferta económica, lo que sin duda alguna constituye una garantía de objetividad e imparcialidad.

En efecto, el apartado 10.2 del pliego de condiciones particulares reconoce que *“se entenderá que una oferta (de entre todas las “n” ofertas admitidas) es presuntamente anormal o desproporcionada cuando su porcentaje de baja respecto del presupuesto base de licitación sea superior al 20 % y además el porcentaje de baja respecto a la media aritmética de las ofertas admitidas sea superior al 10 %”*.

Por su parte, el artículo 152 TRLCSP en el apartado 3 establece que *“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 técnica 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”*.

Pues bien, en el expediente administrativo consta un informe técnico de valoración, de 20 de julio de 2012, en el que se analizaron las alegaciones de la recurrente para justificar la cuantía de la baja sobre el precio de licitación en su proposición económica, las cuales se fundaban principalmente en el estudio de costes y el ahorro que implicaba la política de mantenimiento correctivo y preventivo propuesta por la mercantil.

Llegados a este punto, hemos de traer a colación lo fijado en el artículo 152.4 del TRLCSP, cuando dispone que *“si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior, estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la proposición económicamente más ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 2 del artículo anterior”*.

En este sentido, dado que la finalidad de la regulación de la legislación de contratos es que se siga un procedimiento contradictorio con objeto de evitar que las ofertas anormales o desproporcionadas puedan ser rechazadas sin comprobar previamente la posibilidad de su cumplimiento, debe afirmarse que oído el licitador y examinadas sus alegaciones mediante informe suficiente y adecuadamente motivado, no ha adolecido el procedimiento que concluye con la adjudicación de vicio alguno.

En efecto, y como se expondrá más adelante, la apreciación de valores anormales o desproporcionados no opera como un criterio automático de exclusión, sino que exige de la evacuación del trámite previsto en el artículo 152.4 TRLCSP. De esta suerte, dicha valoración se configura formalmente como un proceso dentro del procedimiento de contratación, que debe garantizar el principio de contradicción.

El reconocimiento de tal principio exige de una resolución “reforzada” por parte del órgano de contratación, que desmonte las argumentaciones y justificaciones aducidas por el licitador para la sostenibilidad de su oferta, que deberán referirse en particular: al ahorro, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables para efectuar la prestación, la originalidad de su propuesta, el respeto a la protección del empleo y otras condiciones de trabajo, y en su caso, a la posibles obtención de ayudas.

La regulación actual de la apreciación de valores anormales o desproporcionados trata de conjugar, de una parte el interés general a que subviene la contratación pública, y de otra la garantía a los principios de libre concurrencia, no discriminación y transparencia que presiden su tramitación.

Diversas resoluciones de este mismo Tribunal (así Resoluciones nº 30/2012 o 222/2011) han señalado que *“si bien el interés general o interés público ha sido durante décadas el principal elemento conformador de los principios que inspiraban la legislación de la contratación pública española, sin embargo, la influencia del derecho de la Unión Europea ha producido un cambio radical en esta circunstancia, pasando a situar como centro en torno al cual gravitan los principios que inspiran dicha legislación, los de libre competencia, no discriminación y transparencia, principios que quedan garantizados mediante la exigencia de que la adjudicación se haga a la oferta económicamente más ventajosa, considerándose como tal aquella que reúna las mejores condiciones, tanto desde el punto de vista técnico como económico”*.

Por ello, cuando se entienda que haya elementos en la oferta que la hacen incongruente, desproporcionada o anormalmente baja, se puede proceder a la exclusión del procedimiento de licitación, cuando se estime que no puede ser cumplida.

Séptimo. En suma, en el presente caso, teniendo en cuenta las alegaciones presentadas y los informes emitidos, este Tribunal considera, en el aspecto formal o procedimental, que se ha seguido correctamente el trámite contradictorio legalmente establecido para comprobar la posibilidad de cumplimiento de la ofertas que incluyan valores anormales o desproporcionados, por lo que ningún reparo puede formularse al procedimiento de adjudicación.

En lo que respecta a la suficiencia de los argumentos esgrimidos para la exclusión, considera que se responde de manera concreta y concisa, razonando de forma suficiente y motivada las circunstancias y argumentos para la reducción de costes económicos, evidenciando la conveniencia de un interés público que justifica la exclusión de la oferta del recurrente.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar, por los argumentos contenidos en los fundamentos de esta resolución, el recurso interpuesto por D. J.M.N.M. y D. A.B.G. en representación de la mercantil SCHINDLER, contra la resolución del órgano de contratación de MUGENAT, notificada en fecha 16 de octubre de 2012, de adjudicación del servicio de mantenimiento de aparatos de elevación en los centros de Mutua Universal Mugenat, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº 10.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 45 del TRLCSP, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.4 de la citada Ley.

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