



Recurso nº 489/2014 C.A. Valenciana 067/2014

Resolución nº 524/2014

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 11 de julio de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.M.N.M y D. M.T.G., en representación de la empresa SCHINDLER, S.A. (en lo sucesivo, SCHINDLER o la recurrente), contra la exclusión de su oferta y la adjudicación del contrato de prestación del *“Servicio de mantenimiento y conservación, integral a todo riesgo, de aparatos de elevación: ascensores y escaleras mecánicas en las instalaciones de FGV en Alicante”* (expediente 13/001), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La entidad Ferrocarrils de la Generalitat Valenciana (en adelante, FGV o el órgano de contratación) convocó, mediante anuncio publicado en el perfil de contratante y en el Diari Oficial de la Comunitat Valenciana el día 7 de junio de 2013, licitación por procedimiento abierto para contratar el mantenimiento de aparatos de elevación en las instalaciones de FGV en Alicante. El presupuesto de licitación para los cuatro años de duración del contrato, asciende a 240.480 € (IVA excluido), de los que 216.480 € corresponden al mantenimiento integral a todo riesgo y el resto a materiales y horas extras (cantidad fija de 24.000 €). A la licitación referida se presentaron y fueron admitidas cinco ofertas, entre ellas la de SCHINDLER.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley de Contratos del Sector Público -cuyo texto refundido (TRLCSPP en adelante) fue aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre-, así como en las normas de desarrollo en materia de contratación.

Tercero. En la valoración de los criterios no evaluables mediante fórmulas, a la oferta presentada por SCHINDLER se le asignó la puntuación más elevada (48,66 puntos, sobre un máximo de 50). Tras la apertura de las ofertas económicas el 2 de julio de 2013, se constata que su proposición, por importe de 137.880 € para el mantenimiento integral, presenta valores desproporcionados. Supone una baja del 36,31%, superior a la baja media (32,13%) y al umbral de temeridad definido en la cláusula 2.9 del Pliego de cláusulas administrativas (PCAP) para el caso de que haya cinco o más ofertas, que se cifra en el 33,11%. Otra de las ofertas (baja del 62,31%) superaba holgadamente ese umbral. A ambas se les requirió para que pudieran *“presentar las alegaciones que estimen oportunas y convenientes para la sustentación de la referida oferta y poder así comprobar su viabilidad”*.

Cuarto. El 22 de julio de 2013, en el plazo habilitado, SCHINDLER presentó un informe con la justificación requerida. Hace referencia en el mismo a la dimensión, organización y experiencia de la empresa. Como aspectos específicos, se refiere, entre otros, a:

- Actualmente tiene adjudicado el mantenimiento de las instalaciones de FGV objeto de licitación. Justifica la oferta económica a partir del coste unitario anual por escalera mecánica o ascensor y unos gastos generales y beneficio industrial que cifra respectivamente en un 12% y un 6% del total de la oferta.
- Su implantación en la C. Valenciana y la dimensión de su sucursal de Alicante. Su conocimiento de las instalaciones y el disponer de una estructura organizativa específica para FGV. El sistema de mantenimiento propio, que le permite minimizar el tiempo de mantenimiento correctivo y los desplazamientos y la disponibilidad de repuestos originales.

Quinto. El informe técnico de 24 de marzo de 2014, tras resumir la justificación de SCHINDLER, se limita a señalar que *“la viabilidad de su oferta NO ha quedado convenientemente acreditada por:*

- 1. No desglosa los costes directos e indirectos objeto de esta oferta, por lo que no se ha podido evaluar la justificación de la baja anormal.*
- 2. No justifica los gastos generales. Comete un error en el cálculo del porcentaje de gastos generales y beneficio industrial, los aplica sobre el coste total anual*

(incluido los gastos generales y el beneficio industrial) y no sobre la suma de costes anuales (excluido los gastos generales y el beneficio industrial). Es por ello que, referido a la suma de costes, ha aplicado un 14,63% de gastos generales y un 7,32% de beneficio industrial”.

Concluye que la oferta “**no ha quedado económicamente justificada**, no pudiendo afirmar si la oferta puede ser cumplida por el importe indicado”.

En la Mesa de contratación de 29 de mayo de 2014 se constata la validez del informe anterior, por lo que las dos ofertas con valores desproporcionados “*quedan excluidas de la licitación por no quedar económicamente justificadas sus ofertas*”. Se propone la adjudicación en favor de la empresa THYSSENKRUPP ELEVADORES, S.L. (en adelante, la adjudicataria), cuya oferta (144.998 €) resultaba la más ventajosa de las tres admitidas finalmente.

Sexto. El 2 de junio de 2014, la Presidenta del Consejo de Administración de FGV resolvió la adjudicación del contrato de acuerdo con la propuesta de la Mesa de contratación. El acuerdo se comunicó a la recurrente el 10 de junio, con indicación del nombre y la puntuación obtenida por la adjudicataria. Se le comunica también que “*al no quedar económicamente justificada su oferta, según se establece en el punto 2.9 del pliego de cláusulas administrativas no ha sido tomada en consideración para la determinación de la oferta más ventajosa, quedando por ello excluida de la licitación*”. Tras el anuncio de interposición del recurso por parte de SCHINDLER, se le comunican también las consideraciones del informe técnico emitido sobre su justificación, transcritas en el antecedente quinto.

Séptimo. El 20 de junio de 2014 se presenta ante el órgano de contratación el escrito de SCHINDLER de interposición de recurso especial. Solicita que se deje sin efecto la adjudicación, se admita su oferta y se retrotraigan las actuaciones al momento de la evaluación de las ofertas económicas, en la que se debe incluir la suya. Considera que:

- La notificación del acuerdo de adjudicación carece de la debida motivación, “*que permita a mi representada impugnar dicha decisión con el conocimiento pleno de los motivos que llevaron a la mesa de contratación a puntuar de esa manera*”.

- La explicación de su exclusión, “*contraviene el espíritu y la interpretación de las normas*” que regulan las bajas anormales y no se ajusta a los parámetros de objetividad exigidos. La exclusión impide a FGV beneficiarse del ahorro que supone su oferta.

Octavo. El 23 de junio se recibió en este Tribunal copia del expediente de contratación. El 27 de junio se recibió el preceptivo informe del órgano de contratación, que reitera los argumentos por los que no se dio conformidad a la justificación de SCHINDLER.

Noveno. El 30 de junio de 2014, la Secretaría del Tribunal, dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones, con el resultado que obra en el expediente del litigio.

El 4 de julio de 2014 el la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió mantener la suspensión del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Se recurre la adjudicación de un contrato de servicios de valor estimado superior a 207.000 euros, acto susceptible de recurso especial en materia de contratación de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP. La competencia para resolver corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41.3 de dicha norma y en el Convenio suscrito al efecto con la Generalitat Valenciana, publicado en el BOE de 17 de abril de 2013.

Segundo. La mercantil SCHINDLER concurrió a la licitación y fue excluida, por lo que está legitimada para recurrir, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP. Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del citado texto legal.

Tercero. La alegación de la recurrente sobre la falta de motivación en la notificación del acuerdo de adjudicación, considera que no se han cumplido los requerimientos del artículo 151.4 del TRLCSP de que tal notificación contenga “*las características y ventajas*”

de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas". Pero siendo cierto que la notificación se limita a especificar la puntuación obtenida por el adjudicatario, no lo es menos que esa falta de información es irrelevante a los efectos de que la recurrente pueda interponer recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación.

En efecto, en este caso, la puntuación técnica de la adjudicataria fue ligeramente inferior a la de SCHINDLER y si su puntuación total resultó más elevada se debe exclusivamente a que la oferta de la recurrente quedó excluida *"al no quedar económicamente justificada"*. Por tanto, la motivación relevante en este caso debe referirse, como señala también el apartado 4 del citado artículo 151 a que la notificación deba contener: *"b) 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"*.

Puesto que la notificación se limita a indicar que SCHINDLER ha sido excluida por no justificar su oferta económica es obvio que la recurrente *"no disponía de la información suficiente para poder interponer fundadamente el oportuno recurso"* contra su exclusión, por lo que mal puede entenderse que se le haya comunicado *de forma motivada* el resultado de la adjudicación acordada.

Pero esta falta de motivación debe entenderse subsanada con la entrega posterior de las consideraciones expresadas en el informe técnico sobre la justificación de la oferta. En tanto que la recurrente ha tenido acceso a esas apreciaciones, hemos de concluir que ha conocido los motivos en que se ha basado su exclusión y dispuesto de información suficiente para permitirle formular recurso suficientemente fundado.

Cuarto. No es objeto de controversia que la oferta económica de la recurrente se encuentra en presunción de temeridad de acuerdo con el PCAP, tal como se indicó en el antecedente tercero. No obstante, hemos de dejar constancia de la escasa diferencia entre la media de las bajas (32,13%) y el umbral de temeridad definido en el PCAP, que resulta apenas 1 punto porcentual por encima. En un mercado como el de los servicios profesionales, afectado por los cambios en las condiciones de trabajo derivados de la reforma laboral sería razonable que el umbral de temeridad se definiera con una mayor amplitud respecto a la media de las ofertas.

Puesto que, en todo caso, la baja de la oferta de la recurrente está por encima del umbral definido en el pliego, la cuestión de fondo a dilucidar es si, a la vista de la justificación presentada y del informe emitido sobre la misma por el Departamento Técnico de FGV, está razonada la conclusión de éste de que la oferta *“no ha quedado económicamente justificada”* y fundamentada la decisión de excluirla.

Quinto. La cláusula 2.9 del PCAP, determina el procedimiento a seguir con las ofertas presuntamente anormales o desproporcionadas, en términos similares a lo dispuesto en el artículo 152 del TRLCSP, el cual establece que:

“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,.... En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente...”

4. 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...”

Como hemos señalado en diversas resoluciones (como referencia en la nº 303/2013, de 17 de julio), para conjugar el interés general en la contratación pública con la garantía de los principios de libre concurrencia, no discriminación y transparencia que presiden su tramitación, la finalidad de la Ley es que se siga un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas anormales o desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad. Por ello, el acuerdo del órgano de contratación de exclusión de esas ofertas requiere de una resolución *“reforzada”*, que rebata las justificaciones aducidas por el licitador.

Las manifestaciones SCHINDLER para justificar su oferta se han resumido en el antecedente cuarto. Las más relevantes se refieren a:

- El conocimiento de las instalaciones al ser la actual adjudicataria del contrato.
- La reducción de costes operativos al disponer de una estructura organizativa específica para FGV, una implantación importante en la Comunidad Valenciana y unos sistemas que le permiten minimizar el tiempo de mantenimiento correctivo y los desplazamientos.

Por su parte, el informe técnico no rebate esas manifestaciones, sino que manifiesta que no se acredita la viabilidad de la oferta porque no se desglosan los costes y hay un error en el cálculo del porcentaje de gastos generales y beneficio industrial.

Lo que se requirió a la recurrente es que presentara *“las alegaciones que estimen oportunas y convenientes para la sustentación de la referida oferta y poder así comprobar su viabilidad”*. El informe técnico no niega que la oferta sea viable, sino que no lo ha podido comprobar porque no se desglosan los costes de manera suficiente y es erróneo el cálculo de los gastos indirectos. Si se informa negativamente, no es tanto porque se dude de que la oferta pueda ser cumplida, sino porque no se proporcionan datos con el detalle suficiente para demostrarlo. Así lo evidencia la conclusión de que la oferta *“no ha quedado económicamente justificada, no pudiendo afirmar si la oferta puede ser cumplida por el importe indicado”*.

Pero, como explícitamente establece el artículo 152 del TRLCSP, sólo es posible excluir una oferta que contenga un valor anormal cuando, a la vista de la justificación aportada y los informes sobre la misma, se estime que *“la oferta no puede ser cumplida”*. O, como expresa también el artículo 69.3 de la nueva Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, sólo se podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos.

Como hemos manifestado en otras resoluciones (entre ellas, en la citada Resolución 303/2013), la *“información justificativa”*, en los términos en que está pensada en la Ley, debe entenderse referida a las precisiones que recabe el órgano de contratación. En este caso, la Mesa de contratación no formuló en su solicitud de justificación ninguna petición particular de precisiones sobre la composición de la oferta. La recurrente, por su parte, detalló los factores favorables considerados en el *procedimiento de ejecución y*

soluciones técnicas adoptadas (la utilización de una metodología propia más eficiente) y las *condiciones excepcionalmente favorables* de que dispone (el ser la actual adjudicataria y fabricante de 19 de los 22 equipos afectados).

Frente a estas manifestaciones, el razonamiento del informe técnico no va encaminado a verificar si la justificación aportada explica satisfactoriamente el nivel del precio propuesto, sino a comprobar si se demuestra de manera suficiente y detallada ese nivel de precios. No se cuestionan las justificaciones de la recurrente, sino que el informe se limita a señalar que no se detallan los costes y que el porcentaje imputable de gastos generales y beneficio debió hacerse sobre los costes directos y no como parte del coste total. Esta segunda cuestión es irrelevante y tanto da que los gastos generales se estimen en el 12% del coste total (como indica la recurrente) o resulten el 14,63% del coste anual directo (excluidos gastos generales y beneficios).

Respecto al detalle o desglose de costes, ya hemos reiterado en numerosas resoluciones que 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. Y obviamente, tales argumentos o justificaciones deberán ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta. En este caso, la desproporción es pequeña (de hecho, la oferta de la recurrente, apenas resulta un 4,9% más baja que la propuesta como adjudicataria) y los argumentos justificativos debieron ser tenidos en consideración. El hecho de que no se hayan desglosado los costes para poder evaluar la justificación, no es argumento suficiente para rechazarla.

En particular, la posición de SCHINDLER como actual prestadora del servicio supone una condición favorable para justificar la oferta económica. Como hemos indicado en diversas resoluciones (entre otras recientes, en la nº 380/2014, de 19 de mayo) tal consideración no significa que se atente contra el principio de la libre competencia; lo que se valora es la oferta económica, no el mejor conocimiento por estar prestando el servicio. Al ser anormalmente baja la oferta, allí donde un mejor conocimiento permita un mejor ajuste de los costes, el estar prestando el servicio se puede tener en consideración como elemento justificativo de la oferta, obviamente no como criterio a valoración.

Tampoco las justificaciones de la recurrente relativas a su implantación, experiencia, organización y métodos de trabajo y soluciones técnicas, han sido objeto de consideración alguna en el informe técnico.

Tal como queda expuesto, una vez examinadas las justificaciones de la recurrente, este Tribunal entiende que los argumentos expresados en el informe en el que se basa la exclusión no contradicen esas justificaciones ni evidencian que la proposición no pueda ser cumplida, por lo que hay que concluir que no está fundamentada la exclusión de SCHINDLER del procedimiento de licitación. La anulación de la misma, debe extenderse al acuerdo de adjudicación subsiguiente.

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. J.M.N.M y D. M.T.G., en representación de la empresa SCHINDLER, S.A., contra la exclusión de su oferta y la adjudicación del contrato de prestación del *“Servicio de mantenimiento y conservación, integral a todo riesgo, de aparatos de elevación: ascensores y escaleras mecánicas en las instalaciones de FGV en Alicante”*, anular la resolución impugnada y ordenar la retroacción de las actuaciones hasta el momento de valoración de las ofertas económicas, que debe incluir también la presentada por la recurrente.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento producida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 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 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.