



Recurso nº 936/2013 C.A. Cantabria 043/2013

Resolución nº 012/2014

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 10 de enero de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D. R.G.P., en representación de la empresa TECNOLOGÍAS VIALES APLICADAS, TEVA, S.L. (en adelante TEVA o la recurrente) contra la Resolución del Consejero de Obras Públicas y Vivienda del Gobierno de Cantabria por la que se rechaza la oferta de TEVA y se adjudica el contrato de servicios de "*Vigilancia y mantenimiento de las instalaciones electrónicas de la red de carreteras autonómicas*" (expediente 4.4.24/13), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Por la Consejería de Obras Públicas y Vivienda del Gobierno de Cantabria (en adelante, la Consejería o el órgano de contratación), se convocó, mediante anuncio remitido al DOUE para su publicación, el 3 de junio y publicado en el Boletín Oficial de Cantabria el día 12 de junio de 2013, licitación para adjudicar por el procedimiento abierto el contrato del servicio de *vigilancia y mantenimiento de las instalaciones electrónicas de la red de carreteras autonómicas*, con un valor estimado de 574.825 euros y un presupuesto de licitación (sin IVA) de 287.412,50 euros

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley de Contratos del Sector Público, -cuyo texto refundido (TRLCSP en adelante), se aprobó por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre-, así como con lo

previsto en las normas de desarrollo de la misma. El contrato es de la categoría 1 del anexo II del TRLCSP y, dado su valor estimado, está sujeto a regulación armonizada.

Tercero. En el apartado O del capítulo I del Pliego de cláusulas administrativas (PCAP), se establecen los parámetros para apreciar una oferta anormalmente baja:

“Ofertas con valores anormales o desproporcionados:

Para determinar las ofertas con valores anormales o desproporcionados, se aplicarán los siguientes criterios: Una vez eliminadas las ofertas que no hayan alcanzado el umbral mínimo establecido en el criterio A en su conjunto, se calculará la oferta media con las restantes, considerándose ofertas con valores anormales o desproporcionados, de acuerdo con lo establecido en el artículo 152.2 del TRLCSP, las que sean inferiores a la oferta media menos 8 unidades porcentuales.

Las ofertas que considere no pueden ser cumplidas como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados serán eliminadas, una vez dada audiencia a los licitadores que las hayan presentado y estudiada la información suministrada por los mismos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 152.3 y 152.4 del TRLCSP.”

Cuarto. En la reunión de la mesa de contratación de 17 de septiembre, se aprobó el informe relativo a los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor (criterio A). La empresa recurrente obtuvo una puntuación total de 12 puntos. En este apartado se le atribuyó la puntuación más alta a la empresa ETRA NORTE, S.A. (17 puntos sobre un máximo de 20) y quedaron excluidos dos licitadores por no haber superado el umbral de 10 puntos establecido en el PCAP.

En sesión pública, tras la lectura de la puntuación alcanzada por los licitadores en los indicados criterios técnicos, se procedió a la apertura de los sobres con las ofertas económicas. La oferta de TEVA (sin IVA) fue de 176.701,20 €. Dicha proposición resultaba un 12,5% por debajo de la media aritmética de las cinco ofertas consideradas por lo que se le requirió para que justificase la baja.

La recurrente presentó en el plazo habilitado la justificación requerida, en la que detallaba los costes estimados de personal, vehículos, locales, repuestos y otros costes variables e indicaba que la justificación se ha realizado tomando como base, entre otros factores:

- *Facturas comerciales de los principales elementos que componen el sistema.*
- *Ofertas realizadas por los proveedores para la elaboración de la oferta del concurso incluyendo los incrementos de garantía para cubrir el período total del eventual mantenimiento.*
- *Contratos de instalaciones similares y del importe del mantenimiento posterior.*
- *Desglose costes de personal, explotación y mantenimiento predictivo y correctivo.*
- *Política de stocks para dar cumplimiento al pliego de prescripciones.*
- *Disponibilidad de medios propios, tanto recursos humanos y materiales, con capacidad ociosa en la Comunidad Autónoma de Cantabria a través de nuestra filial TEVA CANTÁBRICO, S.L.*

Quinto. A la vista de la documentación presentada, el informe técnico recabado por la mesa de contratación propone “*la no aceptación de la justificación de la baja temeraria realizada por la empresa TEVA, S.L.*”. Fundamenta esa conclusión en que:

- *La justificación de TEVA “relativa al coste de los medios humanos, coste de los medios materiales, así como el establecimiento de unos costes materiales directos para la lista de los precios unitarios establecida en el PPTP... en ningún caso suponen un hecho diferencial con respecto al resto de las empresas licitadoras no incursas en temeridad, que también pueden aducir costes en medios humanos repercutidos según convenio, o costes de medios materiales similares”. El informe técnico hace constar además “que el convenio que rige en el personal de este tipo de contratos no es tanto el de la construcción como el del metal”.*
- *Sobre la reducción de los costes variables en una “media” del 63,60% sobre el presupuesto, considera que el tarifario aportado “tampoco supone un hecho diferencial con respecto al resto de las empresas licitadoras”.*

- Considera irreal *“que una empresa ubicada en Alcalá de Henares se comprometa a realizar todas las unidades de obra civil a la empresa TEVA con más de un 50%.de baja con respecto a los precios contemplados en el pliego”* y que el coste de las unidades de señalización vertical resulte 6 veces más barato que el precio que oferta habitualmente a esta Dirección General de Obras Públicas.
- El informe técnico considera, por último, que *“los costes indicados con bajas de más del 70% en los precios de las unidades de reguladores semafóricos y cuadro de mando y maniobra no pueden ser calificados sino como de temerarios, siendo imposible el cumplimiento de un mínimo de calidad en los componentes eléctricos y electrónicos a esos precios... Estas unidades son mucho más importantes de cara al contrato y su coste debería haber sido especificado con más detalle, indicando los modelos de regulador utilizados y todos sus componentes, para poder comparar similitudes y divergencias con los modelos utilizados en la red. Nada de eso se hace”*.

La mesa de contratación hizo suyo el informe técnico y concluyó que TEVA no había justificado su oferta, por lo que propuso su exclusión y la adjudicación del contrato a la empresa ETRA NORTE, S.A. (en adelante ETRA NORTE o la adjudicataria) por importe de 201.188,74 euros (sin IVA).

Sexto. El 7 de noviembre de 2013, el órgano de contratación resuelve la exclusión de TEVA y la adjudicación del contrato en favor de ETRA NORTE, lo que se notifica a la recurrente el día 11 de noviembre. Consta su recepción por ésta (acuse de recibo) el 13 de noviembre.

Séptimo. Con fecha 7 de diciembre de 2013 se presenta en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación, previamente anunciado a la Consejería. Manifiesta la recurrente, por una parte, que el informe de valoración técnica *“otorga un trato preferente a ETRA y discriminatorio al resto de los licitadores, sin indicarlo expresamente, por el hecho de haber sido el anterior adjudicatario del mismo contrato que ahora se licita...”*.

En cuanto al informe sobre la justificación de su oferta, considera TEVA que carece de rigor dado que:

- Respecto al coste de medios humanos y otros, que no constituyen un hecho diferencial con otras ofertas *“olvida que las empresas formulan sus ofertas a licitaciones públicas con base en los costes directos implicados, los gastos generales (propios de cada organización...) y el beneficio industrial que cada oferente espere (o desee) obtener”*. El personal *“que TEVA tiene previsto adscribir a la ejecución del contrato..., y que en su mayoría está ya contratado, se rige por el convenio de la construcción; que resulta perfectamente válido para los trabajos a desarrollar dentro del contrato licitado”*
- Manifiesta así mismo que *“Ninguno de los detalles que se menciona en el Informe técnico acerca del destino de la partida de repuestos figura en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT);... En ningún punto del PPT se relacionan los fabricantes de los diferentes reguladores (300) instalados en la red de carreteras, así que, difícilmente y sin infringir el principio de igualdad, puede estimarse este argumento ya que los licitadores no han recibido ninguna información al respecto”*.
- En cuanto a las unidades de obra civil, *“parece desconocer la realidad de la situación económica del país y, en particular, la grave crisis que atraviesan la gran mayoría de empresas, extremos que condicionan y determinan que los costes -que esta parte acredita mediante prueba documental incorporada al expediente- constituyan la realidad del mercado actual”*.
- Respecto a los reguladores instalados *“lo que sí parece patente es que en el presente contrato se conculca el principio de igualdad entre licitadores ya que la mayoría, si no la práctica totalidad, de los reguladores instalados en la red de carreteras de la Comunidad Cántabra son de la empresa ETRA NORTE, S.A. (hecho notorio reconocido por el Técnico autor del Informe) que curiosamente ha resultado adjudicataria; sin embargo, esta empresa no parece haber tenido muy en cuenta el factor de coste mencionado -que aparentemente juega a su favor- ya que su oferta económica es la segunda de mayor cuantía”*.

Concluye TEVA en su recurso que *“el Informe Técnico -que hace suyo el Órgano de Contratación- no sólo no justifica suficientemente la exclusión de la oferta de “TEVA”... sino incluso los argumentos que utiliza constituyen la consagración de una absoluta*

arbitrariedad hasta el extremo de no contradecir, en modo alguno, las justificaciones que realiza TEVA, ni mucho menos, si cabe, que su proposición no puede ser cumplida. Arbitrariedad que, asimismo, resulta patente mediante el simple examen de los dos Informes Técnicos obrantes en el expediente (Informe de Valoración de la Oferta con criterios dependientes de un juicio de valor e Informe sobre la justificación de la baja temeraria) de los que se observa que no se mide con el mismo criterio la oferta de ETRA NORTE, S.A. y las del resto de los licitadores”.

Octavo. El 13 de diciembre se recibió el expediente administrativo y el correspondiente informe del órgano de contratación en el que manifiesta que el recurso es extemporáneo.

Noveno. El 26 de diciembre de 2013, el Tribunal acordó mantener la suspensión del procedimiento de contratación, producida de conformidad con lo establecido en el artículo 45 del TRLCSP.

Décimo. El 2 de enero de 2014, 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. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP y en el Convenio suscrito al efecto con la Comunidad Autónoma de Cantabria publicado en el BOE el día 13 de diciembre de 2012.

Segundo. La empresa TEVA está legitimada para recurrir de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP al haber concurrido a la licitación.

Tercero. El objeto del recurso es la exclusión en la licitación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, acto susceptible de recurso especial de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP.

Cuarto. La resolución recurrida, según se indica en el antecedente sexto, fue remitida el 11 de noviembre y consta su recepción por la recurrente el 13 de noviembre.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP:

“2. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

....

b) Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción...”

Por tanto, debe tomarse como fecha de inicio la del 13 de noviembre. El plazo de quince días hábiles finalizó, por tanto, el 30 del mismo mes, como alega el órgano de contratación en su informe.

La mera presentación del anuncio de interposición del recurso no interrumpe el plazo de caducidad. En este caso, el anuncio se presentó el 5 de diciembre y el escrito de interposición tuvo entrada en el registro del Tribunal el 7 de diciembre de 2013, por lo que debemos declarar extemporáneo el recurso.

Quinto. Declarada la inadmisión, resulta innecesario manifestarse sobre las cuestiones de fondo planteadas. No obstante, no podemos dejar de hacer referencia a un extremo que ha llamado la atención de este Tribunal –que menciona también la entidad recurrente –, relativo a la fijación del denominado “*umbral de temeridad*” en los pliegos.

Como es sabido y hemos recogido en diversas resoluciones (como referencia, en la Resolución 42/2013, de 23 de enero), en nuestra legislación en materia de contratación administrativa, en relación con las denominadas “*bajas temerarias*” cuando son varios los criterios de adjudicación, se establece que los pliegos *pueden* fijar límites que permitan apreciar que, en su caso, las proposiciones de los licitadores hayan de calificarse como “*ofertas anormales o desproporcionadas*”. La superación de tales límites no permite

excluir de modo automático tales proposiciones, sino que en estos casos es preciso dar audiencia al licitador a fin de que éste pueda justificar que, no obstante los valores de su proposición, sí puede cumplir el contrato.

No es, por tanto, el legislador, el que determina, con carácter general, cuáles son los criterios objetivos conforme a los cuales debe apreciarse en determinada licitación cuándo una oferta ha de considerarse como “*anormal o desproporcionada*”, sino que son los pliegos que rigen cada licitación los que fijan –si el órgano de contratación así lo considera oportuno- cuáles son, en su caso, dichos criterios.

En el supuesto examinado, haciendo uso de la posibilidad contemplada en el artículo 152 del TRLCSP, el cuadro de características del PCAP, en su apartado O, al que hicimos referencia en el antecedente tercero, viene a fijar el umbral, por debajo del cual las ofertas se pueden considerar como anormales, en que la oferta sea inferior “*a la oferta media menos 8 unidades porcentuales*”.

Pues bien, siendo cierto que, según se ha señalado, el legislador remite a los pliegos que rigen cada licitación la determinación de los criterios para la calificación de las ofertas como anormales o desproporcionadas, en el caso que nos ocupa, los parámetros establecidos se apartan notoriamente de los formulados en el artículo 85 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001 de 12 de octubre, cuando el precio es el único criterio de adjudicación. En tales casos, cuando concurren cuatro o más licitadores (apartado 4), se considerarán, en principio, desproporcionadas o temerarias las ofertas “*que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado...*”.

De haber aplicado estos criterios, la oferta de la recurrente habría resultado sólo un 7,65% por debajo de la media, una vez excluida de ésta la oferta de una de las empresas que superaba en más del 21% la media inicial.

Como hemos indicado en otras resoluciones (como referencia reciente, en la Resolución 620/2013, de 13 de diciembre) al establecer un umbral de temeridad tan bajo como el

formulado en el supuesto examinado, se puede llegar a desnaturalizar la propia finalidad de la figura de las “*ofertas con valores anormales o desproporcionados*”.

En efecto, si la función de dicha figura es instaurar un mecanismo para contrastar la viabilidad de las ofertas con valores extraordinariamente bajos –las “*ofertas temerarias*”–, no resulta procedente, en buena lógica, la posibilidad de extender el régimen establecido en el artículo 152 del TRLCSP a las proposiciones que se presenten en determinada licitación con un margen de baja que, de acuerdo con las reglas de la práctica comercial en el sector de que se trate, pudieran no ser tachadas como “*anormalmente bajas*” o “*temerarias*”.

Ahora bien, una vez expuesto lo anterior, hay que tener en cuenta que los pliegos constituyen la ley del contrato y debe estarse a su contenido y que la empresa recurrente no cuestiona el carácter “*desproporcionado o anormal*” de su oferta de acuerdo con lo establecido en los pliegos. Por todo ello, no cabe sino mantener que la oferta presentada por TEVA presenta valores anormales o desproporcionados, a los efectos de la aplicación de las previsiones contenidas en el artículo 152 del TRLCSP, es decir, de justificar que la ejecución del contrato resulta viable, en los términos previstos en el mismo.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir por extemporáneo el recurso interpuesto por D. R.G.P., en representación de la empresa TECNOLOGÍAS VIALES APLICADAS, TEVA, S.L. contra la Resolución del Consejero de Obras Públicas y Vivienda del Gobierno de Cantabria por la que se rechaza su oferta y se adjudica el contrato de servicios de vigilancia y mantenimiento de las instalaciones electrónicas de la red de carreteras autonómicas.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con 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 Cantabria, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.