

AL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES.-

LUIS ROMERO PÉREZ, mayor de edad, con D.N.I. nº 19.818.446-J, en su condición de administrador único de **FULTON SERVICIOS INTEGRALES, S.A.**, con CIF A-97152094 (en adelante también FULTON SI) y domicilio a efectos de notificaciones en la Ronda de Auguste y Louis Lumière número 3, de 46980-Paterna (Valencia), en virtud de escritura de poder otorgada ante el notario de Valencia, D. Alfonso Pascual de Miguel, en fecha 5 de octubre de 2011, con el número 1.727 de su protocolo cuya copia se acompaña como **documento número 1**, ante el Tribunal comparece y como mejor proceda en Derecho, **DICE:**

I.- Que con fecha 12 de marzo de 2018, se ha notificado a mi representada el acuerdo de adjudicación del Servicio de Mantenimiento Integral de los Edificios adscritos a la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública , incluyendo su gestión y el suministro de repuestos para reparaciones, dictado en el expediente nº 352/2017 por el Director General de Recursos Humanos y Económicos, en esa misma fecha, en el que se acuerda la adjudicación de los distintos Lotes que conforman el citado procedimiento de licitación.

II.- Que no considerando ajustado a Derecho el citado acuerdo de adjudicación, el compareciente, en la representación en que interviene, interpone contra el mismo el **RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN**, previsto en el artículo 40 y siguientes del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante RDL 3/2011) fundado en la argumentación que se contiene en los siguientes

HECHOS

Primero.- En fecha 2 de agosto de 2017 se publicó en el DOUE la licitación del procedimiento de contratación para el Servicio de Mantenimiento Integral de los Edificios adscritos a la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública , incluyendo su gestión y el suministro de repuestos para reparaciones, estableciendo el día 11 de septiembre de 2017 a las 14 horas como fecha límite para la presentación de ofertas.

Segundo.- Que no obstante lo anterior, en fecha 1 de septiembre de 2017, por ese Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante también TACRC) se adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento, con ocasión del recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil VARESER 96, S.L. contra el contenido de los pliegos.

El citado recurso finalizó mediante la Resolución nº 938/2017 dictada por ese TACRC en fecha 19 de octubre de 2017, que desestimaba el recurso y levantaba la suspensión del procedimiento, procediéndose a desestimar el recurso y levantar la medida cautelar.

Tercero.- Mi representada presentó la correspondiente oferta para cada uno de los 18 lotes objeto de licitación.

Cuarto.- Después de presentadas las ofertas, en fecha 7 de noviembre de 2017, por parte del Órgano de Contratación, se remitió a todas las licitadoras correo electrónico en el que se les requería la siguiente documentación:

“- Deberán aportar una declaración indicando el orden de preferencia para la adjudicación de los lotes.

- Declaración responsable sobre pertenencia a grupo de sociedades.

- Certificado acreditativo para manipulación de gases fluorados.”

Quinto.- En fecha 6 de noviembre de 2017, tras la apertura de los sobres que recogían las distintas ofertas, se detectó por la mesa de contratación que varias de las ofertas incurrieron en baja desproporcionada, conforme a lo dispuesto en el apartado 10.2 del anexo de características del Pliego y, según lo previsto en el citado anexo y en el artículo 152.3 del RDL 3/2011, se emplazó a dichas licitadoras a fin de que procediesen a justificar la viabilidad de su oferta.

Sexto.- Las licitadoras que así lo estimaron, presentaron informe justificativo de su oferta y en fecha 18 de diciembre de 2017, el Jefe de Servicio de Coordinación y Planificación de Suministros y Servicios Generales, emitió informe al respecto, cuya copia se acompaña al presente escrito como **documento número 2.**

Como posteriormente se detallará, el citado informe constata el incumplimiento de los Pliegos por parte de varias de las licitadoras incursas en temeridad. No obstante, concluye que el resultado económico de tales incumplimientos puede ser compensado por las partidas de gastos generales y beneficio industrial que se prevén en las mismas ofertas.

Séptimo.- En fecha 20 de diciembre de 2017 se reunió la Mesa de Contratación y, con base en el antedicho informe, tras excluir a varias de las licitadoras en algunos de los lotes, acordó proponer la adjudicación de los distintos lotes en función de la puntuación obtenida y la preferencia de adjudicación manifestada en los casos en que alguna de ellas resultase la más ventajosa en más de tres Lotes.

Con posterioridad se advirtió que con la reasignación del Lote 10 a Genera Quatro, S.L., esta resultaba adjudicataria de más de tres lotes, por lo que dicha propuesta se modificó sustituyendo a Genera Quatro, S.L. por la UTE Mantenimiento y Montajes Industriales, S.A. y Movilfrío, S.L. como adjudicataria del Lote 10, quedando así la propuesta de adjudicación:

Lote	Empresa
1	Cofel España S.A.
2	Vareser 96 S.L.
3	Ute Genera Quatro S.L. -- José Alapont S.L.
4	Eiffage Energía S.L.U
5	Eiffage Energía S.L.U
6	Moncobra S.A.
7	Ute Genera Quatro S.L. -- José Alapont S.L.
8	Cofel España S.A.
9	Vareser 96 S.L.
10	Mantenimiento y Montajes Industriales S.A. Movilfrío S.L.
11	UTE Antas SGN
12	Genera Quatro S.L.
13	Cofel España S.A.
14	UTE Antas SGN
15	UTE Antas SGN
16	Moncobra S.A.
17	Eiffage Energía S.L.U
18	Yomee Energy Services S.L.

Octavo.- Finalmente, en fecha 12 de marzo de 2018, el Órgano de Contratación hizo suya la propuesta de la Mesa, dictando la correspondiente resolución de adjudicación de los 18 lotes.

A los anteriores hechos resultan de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Acto recurrible. Siguiendo las indicaciones de la resolución recurrida, la presente reclamación se interpone, como ha quedado dicho, contra el acuerdo de adjudicación del servicio del Servicio de Mantenimiento Integral de los Edificios

adscritos a la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública , incluyendo su gestión y el suministro de repuestos para reparaciones, acto contemplado por el artículo 44 del RDL 3/2011.

SEGUNDO.- Competencia. Resulta competente ese Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 del RDL 3/2011.

TERCERO.- Legitimación. Se interpone por persona legítima de conformidad con lo dispuesto en el art. 42 del RDL 3/2011, en cuanto FULTON SERVICIOS INTEGRALES, S.A. presentó oferta como licitador en el referido procedimiento de contratación dentro del plazo concedido al efecto, y sus derechos e intereses legítimos se ven perjudicados o pueden resultar afectados por la adjudicación del servicio a otra licitadora.

Asimismo, debe destacarse que esta parte ha presentado el correspondiente escrito anunciando la interposición del presente recurso, dentro del plazo previsto en el artículo 44 TRLCSP, cuya copia se acompaña al presente escrito como **documento número 3** .

CUARTO.- Motivos de Fondo.

4.1.- Nulidad del procedimiento de Licitación

El apartado 2.1 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante también PCAP), enumera y describe los distintos lotes que componen el objeto del contrato determinando que las Licitadoras podrán presentar ofertas a uno o varios de ellos, aunque sólo podrán resultar adjudicatarias de un máximo de tres lotes, tanto si se presentan de forma individual como si lo hacen en UTE con otra empresa.

Y para los casos en los que alguna licitadora resultase adjudicataria de más de los tres lotes permitidos, recoge el siguiente orden de adjudicación:

“- Lotes en los que solo hubiera una única empresa licitadora válidamente admitida, dicho lote será adjudicado a dicha empresa, sin que opere la limitación en el número de lotes adjudicados.

- Lotes en los que haya concurrencia de empresas, será adjudicataria de aquellos, con el máximo de tres, en los que hubiera obtenido más puntuación en los siguientes apartados:

Orden	Criterio
1	A.2.
2	A.3.
3	A.1.

Siendo esta la regulación prevista para la adjudicación de los distintos lotes, como se ha expuesto en el hecho cuarto anterior, mediante correo electrónico remitido a las licitadoras en fecha 31/10/2017 se solicitó *“una declaración indicando el orden de preferencia para la adjudicación de los lotes”*. Dicho requerimiento vino motivado por que el Órgano de Contratación intuía que todas las licitadoras que no eran excluidas obtendrían la máxima puntuación en los criterios A.2 (oferta personal adicional) y A.3 (franquicia) y, si a su vez, eran las adjudicatarias del lote, era porque habrían obtenido además la máxima puntuación en el criterio A.1 (oferta económica), de forma que en todos los lotes que resultaba adjudicataria una determinada licitadora lo era con la máxima puntuación, resultando imposible determinar qué tres lotes se le adjudicaban conforme al orden previsto en el apartado 2.1 del Anexo I del PCAP anteriormente enunciado.

Por su parte, el orden de preferencia en la adjudicación de los distintos lotes para el caso de empate, aparece regulado en el apartado 6 del PCAP que, tras establecer distintas preferencias en función de la contratación de personas con minusvalía o de ejecución de planes de igualdad, establece en su apartado 6.6.5. lo siguiente:

“Finalmente y en caso de que aplicados los criterios de preferencia en la adjudicación de los párrafos precedentes, persista el empate, se acudirá al procedimiento del sorteo para solventar la situación de empate. Mediante resolución del Órgano de Contratación se concretará el sistema de sorteo. Dicha resolución se notificará a todos los licitadores y se publicará en el perfil del contratante”.

Sin embargo, en las distintas propuestas de adjudicación a las que se ha hecho referencia en los hechos séptimo y octavo, se optó por adjudicar conforme a las preferencias expresadas por cada una de las licitadoras, de forma, que lo que en su momento se calificó como requerimiento de subsanación lo que verdaderamente constituyó fue una modificación de los criterios de adjudicación de los lotes para el caso de concurrencia, esto es, una modificación de los Pliegos ya que en ninguno de sus apartados se establecía dicho reparto en función de las preferencias de cada licitadora.

El artículo 75.2 del RD 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, simplemente RD 1098/2001) establece que: *“Cualquier aclaración o rectificación de los anuncios de contratos serán a cargo del Órgano de Contratación y se hará pública en igual forma que estos, debiendo computarse, en su caso, a partir del nuevo anuncio, el plazo establecido para la presentación de proposiciones.”*.

Así pues, únicamente resultará admisible una modificación del pliego si se acoge al tenor literal de este precepto, debiéndose analizar si en el supuesto que nos ocupa acaece tal acogimiento o no.

La rectificación de errores materiales, aritméticos o de hecho estaba prevista en el art. 105.2 de la Ley 30/1992, que hoy tiene su reflejo en artículo 109.2 de la Ley 39/2015 y que dispone lo siguiente: *“Las Administraciones públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos”*.

Dicho precepto ha sido acotado por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo restringiéndolo a *“aquellos casos cuya corrección no implica un juicio valorativo, ni exige operaciones de calificación jurídica, por evidenciarse el error directamente, al deducirse con plena certeza del propio texto de la resolución, sin necesidad de hipótesis o deducciones”*, o bien *“meras equivocaciones elementales, que se aprecian de forma clara, patente, manifiesta y ostensible, evidenciándose por sí solos, sin que sea preciso acudir a ulteriores razonamientos, ni a operaciones valorativas o aclaratorias sobre normas jurídicas”*.

En dicho sentido, su Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 7ª, de 1 de octubre de 2012, establece los siguientes requisitos para que se pueda apreciar la existencia del error material que aquél precepto autoriza a rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de parte:

- a) Que se trate de *“simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos”*.
- b) Que el error *“se aprecie teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierte”*.
- c) Que *“el error sea patente y claro, sin necesidad de acudir a interpretaciones de normas jurídicas aplicables”*.

d) Que *"no se proceda de oficio a la revisión de actos administrativos firmes y consentidos"*.

e) Que *"no se produzca una alteración fundamental en el sentido del acto (pues no existe error material cuando su apreciación implique un juicio valorativo o exija una operación de calificación jurídica)"*.

f) Que *"no padezca la subsistencia del acto administrativo es decir, que no genere la anulación o revocación del mismo, en cuanto creador de derechos subjetivos, produciéndose uno nuevo sobre bases diferentes y sin las debidas garantías para el afectado, pues el acto administrativo rectificador ha de mostrar idéntico contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio que el acto rectificado, sin que pueda la Administración, so pretexto de su potestad rectificatoria de oficio, encubrir una auténtica revisión"*, que requiere un procedimiento específico previsto en los arts. 102 y ss. de la Ley 30/1992 .

g) Finalmente, se viene exigiendo *"que se aplique con un hondo criterio restrictivo (...)"*.

Pues bien, a la vista de la citada doctrina, procede analizar si en el caso que nos ocupa se dan o no los requisitos exigidos para avalar la modificación de los Pliegos que supuso el hecho de establecer un orden voluntario para la adjudicación de los totes en caso de sobrepasar el límite de 3 y, como ha expresado ese Tribunal en distintas ocasiones (Resolución 281/215, entre otras) *"la rectificación de errores no es el medio idóneo, apto y natural para eliminar un supuesto problema interpretativo de los pliegos, según el Órgano de Contratación, pues la sola apreciación del supuesto dilema en la interpretación y su intento de corrección ya supondría la aplicación de un juicio valorativo y una calificación jurídica que sobrepasarían el ámbito propio de la simple rectificación de un error."*

Si el Órgano de Contratación advirtió que había cometido un error al establecer un orden de adjudicación, lo que debía haber hecho es haber subsanado ese error volviendo a publicar los Pliegos con expresión de dicha facultad de elección por la licitadora con la oferta más ventajosa en más de tres lotes, pero no, vía requerimiento a las licitadoras y una vez presentadas y conocidas las ofertas, adoptar dicho novedoso criterio. Y ello, porque la adopción de este nuevo criterio de reparto podía haber influido en las licitadoras a la hora de confeccionar su oferta, haciéndola más competitiva en uno u otro lote, en función de la elección de asignación para el caso de resultar la más ventajosa en un número de lotes superior a tres o, sabiendo que posteriormente podrá elegir, licitando a más lotes de los que lo hizo.

Descartado el supuesto de rectificación cabe analizar si nos encontramos ante un supuesto de aclaración, lo cual ha de descartarse igualmente, pues las cláusulas que regulan el orden de adjudicación en caso de resultar adjudicataria de más de tres lotes son claras y precisas y en ningún apartado del Pliego se establece el criterio de libre elección por la licitadora ni expresa ni tácitamente, por el contrario, lo que existía era un vacío normativo para el evidente supuesto de que las licitadoras que ofertaban la oferta más ventajosas en varios lotes obtendrían la máxima puntuación en esos lotes.

A mayor abundamiento y en contra de lo actuado por el Órgano de Contratación, el apartado 6.6.5 del PCAP alude al sorteo como medio para determinar la adjudicación de lotes en caso de empate, por lo que, en todo caso habría que haber acudido a dicho mecanismo y no haber innovado otro distinto una vez precluido el plazo para la presentación de ofertas.

Por otra parte, el artículo 1 del RD 3/2011 establece que: *“La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.”*

Por ello, a la vista del empate que impedía aplicar el orden de adjudicación establecido en el apartado 2.1 del anexo I al PCAP, el Órgano de Contratación debería haber acordado conforme al principio inspirador de búsqueda de la oferta económicamente más ventajosa y haber asignado la adjudicación de los lotes en los casos en que una licitadora resultara adjudicataria de más de 3, en función de la fórmula más ventajosa para la administración, esto es, mediante la combinación de adjudicación de lotes que resultase económicamente más ventajosa para la Administración y no para la adjudicataria, que parece ser que era lo que en principio se buscaba, si bien, con una fórmula que resultó ineficaz.

No obstante todo lo anterior, aun cuando pudiera considerarse que la actuación del Órgano de Contratación supuso una revisión, rectificación o aclaración de los Pliegos, ésta hubiera resultado igualmente improcedente, pues no habría respetado los cauces legalmente previstos, a saber:

a) el cauce de la rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos previsto, con carácter general, en el artículo 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 75 del RGCAP;

b) el cauce de la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho previsto en el artículo 102 de la LRJPAC;

c) y el cauce de la declaración de lesividad y posterior anulación ante la Jurisdicción Contencioso- Administrativa de los actos anulables previsto en el artículo 103 de la LRJPAC. Fuera de los casos de errores materiales, de hecho o aritméticos, no está el Órgano de Contratación habilitado para modificar unilateralmente las cláusulas de los pliegos aprobados por el mismo, con la sola excepción de que la cláusula en cuestión fuera nula de pleno derecho o anulable, en cuyo caso habría de seguirse el procedimiento establecido al efecto.

Como corolario a lo anteriormente expuesto, hemos de concluir que la actuación del Órgano de Contratación supuso una modificación de los Pliegos contraria al principio de inalterabilidad de los pliegos que se refleja en los artículos 115, 116 y 142 del TRLCSP y, aun en el caso de que pudiera ampararse en alguno de los supuestos previstos en el artículo 109.2 de la Ley 39/2015 o 75 del RD 1098/2001, debería haber seguido los cauces legalmente previstos, por lo que deviene en nulo ex artículo 47.1.e o en su defecto, ex artículo 48, ambos de la Ley 39/2015.

4.2.-Nulidad del acuerdo por vulneración de lo dispuesto en el artículo 152.4 del RDL 3/2011 en relación con el apartado 10.2 del anexo I del PCAP.

Según lo expuesto en el hecho quinto anterior, tras la apertura de las distintas ofertas presentadas, se procedió a analizar cuáles de ellas se encontraban incursas en desproporción o anormalidad, siendo requeridas las correspondientes licitadoras a fin de que justificasen la viabilidad de su oferta.

Tras presentar, las licitadoras que así lo estimaron conveniente, la correspondiente justificación, los servicios técnicos del Órgano de Contratación, concretamente el Jefe de Servicio de Coordinación y Planificación de Suministros y Servicios Generales, emitió un informe fechado el día 18 de diciembre de 2017 (documento 2 adjunto). Dicho informe toma como base el apartado 10.2 del anexo I del PCAP titulado “Límites para apreciar ofertas desproporcionadas o anormales”, que recoge los elementos a tomar en consideración para la determinación de la justificación o no de una oferta incursa en desproporción o anormalidad y, por tanto, toma como

referencia los distintos elementos del citado apartado 10.2 para analizar la justificación de cada una de esas ofertas.

Sin embargo, como a continuación se detallará, las conclusiones de dicho informe entran en obvia contradicción con el citado apartado y vulneran el propio PPTP, haciendo incurrir a la resolución recurrida en falta de transparencia y desigualdad entre las licitadoras que han formulado su oferta conforme al Pliego y las que no, en contra de lo preceptuado por el artículo 139 del RDL 3/2011.

La referida vulneración del Pliego afectaría a gran parte de las adjudicaciones y, dependiendo de circunstancias tales como posibles renunciaciones, desistimientos o exclusiones durante el propio trámite de firma del contrato, podrían derivar en que mi representada resultase la verdadera adjudicataria de varios lotes, lo que de por sí avala su legitimación respecto a la presente alegación. No obstante, en el caso del Lote 7, la presente alegación fundamenta su adjudicación directa, por ello, si bien el mismo alegato se podría extrapolar a otros lotes en los que alguna licitadora incurrió en desproporción o anormalidad, el presente recurso se centrará en el Lote 7, en concordancia con la doctrina sobre legitimación activa de dicho TACRC.

En relación al citado Lote 7, obtuvieron mayor puntuación que FULTON SI las licitadoras nº 29 (UTE Antas, S.G.N.), la nº 4 (UTE Genera Quatro, S.L. – José Alapont, S.L.), la nº 13 (Eiffage Energía, S.L.) y la nº 22 (Cofely España, S.A.), incursas todas ellas en desproporción o anormalidad.

Comienza el informe técnico expresando los preceptos que ha tenido en cuenta a la hora de emitir su informe y, en dicho sentido, hace alusión al apartado 10.2 del anexo I del PCAP, que determina lo siguiente:

“a) Respecto a la justificación de la oferta:

*El precio de la oferta deberá justificarse en base a criterios objetivos y **concretamente a los tenidos en cuenta para la valoración de los precios de licitación de la prestación por parte del Servicio de Coordinación y Planificación de Suministros y Servicios Generales**, indicando para su consideración los importes concretos por unidades, detallando los elementos y dispositivos implicados.”*

Como consecuencia de tal previsión, el informe continúa enunciando el artículo 87 del RD 3/2011 y el contenido de la memoria del expediente, destacándose al respecto, el punto 6 de los costes considerados necesarios para la correcta prestación del servicio, donde se prevé un 10% para gastos generales y un 6% para beneficio industrial (página 14 del informe).

Sobre dicha base, el punto 3 del informe analiza la información facilitada por las licitadoras para justificar su oferta. Concretamente en el apartado 3.1 analiza la justificación respecto al precio de la mano de obra a emplear en el servicio, en el apartado 3.2 respecto al material a suministrar para el mantenimiento correctivo y en el apartado 3.3 respecto al resto de conceptos, debiéndose poner de relieve por lo que al Lote 7 se refiere, lo siguiente:

3.1 Horas de personal a acreditar y costes conforme a convenio

Tras valorar el coste de las distintas categorías profesionales a adscribir al contrato, una tabla proyecta dicho coste sobre los recursos requeridos en cada lote y lo compara con el coste expresado por cada licitadora en su informe justificativo, concluyendo en la tabla 3.1.3 (página 19 del informe) el porcentaje de desviación entre ambos (el requerido para cumplir con el contrato y el expresado por las licitadoras).

En relación al Lote 7, la licitadora nº 22 (Cofely España, S.A.) ya se descartó al inicio del informe (página 12 del informe), habida cuenta de que no presentó justificación a su oferta para dicho lote.

El resto de licitadoras obtienen la siguiente desviación porcentual respecto al coste presupuestado:

- Licitadora nº 4 (UTE Genera Quatro, S.L. – José Alapont, S.L.)	2,77%
- Licitadora nº 13 (Eiffage Energía, S.L.)	0,89%
- Licitadora nº 29 (UTE Antas, S.G.N.)	- 4,54%

Entre las conclusiones del informe se indica que: *“las ofertas con valores negativos se consideran que no han justificado adecuadamente los costes mínimos de este apartado”*.

3.2 Material para el mantenimiento correctivo

El informe utiliza el mismo sistema y tras comparar el importe ofertado por cada licitadora para este apartado y el importe presupuestado en la licitación, llega a la tabla 3.2.3 (página 21 del informe) que arroja los siguientes desvíos porcentuales para las tres licitadoras que todavía no habían sido previamente excluidas:

- Licitadora nº 4 (UTE Genera Quatro, S.L. – José Alapont, S.L.)	-6,23%
- Licitadora nº 13 (Eiffage Energía, S.L.)	-1,48%

- Licitadora nº 29 (UTE Antas, S.G.N.) -11,34%

Al igual que en el apartado 3.1, entre las conclusiones del informe, en este apartado se expresa que: *“las ofertas con valores negativos se consideran que no han justificado adecuadamente los costes mínimos de este apartado”*. No obstante, en este caso, el importe a suministrar se configura como una obligación del Pliego y el hecho de no alcanzar ese importe en la oferta, no supone que ésta no se haya justificado, sino que dicha oferta incumple el Pliego y debe ser excluida por ello.

3.4 Detalle en concepto de gastos generales y beneficio industrial

Por último, el informe recoge en la tabla 3.4.1 (página 23 del informe) el porcentaje ofertado por cada licitadora en concepto de gastos generales y beneficio industrial, que para las anteriores licitadoras es el siguiente:

.- Licitadora nº 4 (UTE Genera Quatro, S.L. – José Alapont, S.L.)	7,05%
.- Licitadora nº 13 (Eiffage Energía, S.L.)	8,62%
.- Licitadora nº 29 (UTE Antas, S.G.N.)	11,47%

Pues bien, a diferencia del sistema utilizado en los anteriores puntos 3.2 y 3.3, en este punto 3.4 relativo a los gastos generales y al beneficio industrial no se realiza la preceptiva comparativa con el porcentaje de gastos generales y beneficio industrial que preveía la memoria (10% y 6% respectivamente) que, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 10.2 del anexo I del PCAP debía haberse tomado en consideración, y que de haberse valorado arrojaría los siguientes porcentajes de desviación:

.- Licitadora nº 4 (UTE Genera Quatro, S.L. – José Alapont, S.L.)	-8,95%
.- Licitadora nº 13 (Eiffage Energía, S.L.)	-7,38%
.- Licitadora nº 29 (UTE Antas, S.G.N.)	-4,53%

Encontramos así una evidente incongruencia en el informe y una obvia vulneración de lo dispuesto en los Pliegos, que hubiera determinado que, al igual que se concluyó en los anteriores apartados relativos al coste de personal y suministro de materiales para el mantenimiento correctivo, las licitadoras que hubieran incurrido en valores porcentuales negativos se considerase que no habían justificado su oferta.

Por el contrario, el informe técnico, desviándose del método utilizado anteriormente y del contenido del Pliego, concluye lo siguiente:

“CONCLUSIÓN

Dado que las empresas, independientemente de la oferta presentada, están obligadas al cumplimiento del PPTP y del PCAP en su totalidad durante la prestación del contrato y asumiendo que la Administración, no solamente velará por su cumplimiento sino que además lo exigirá mediante la aplicación de las deducciones y penalidades que al efecto se establecen, se considera que, llegado el caso, el balance de riesgo se podría establecer entre los GG y el BI con el resto de conceptos (tabla 3.4.1 – tabla 3.2.3 – tabla 3.1.3)

Los únicos datos con costes objetivos son los de personal y el 20% del importe de la oferta que debe reservarse para supuestos de correctivo. Daremos por correctos los costes del resto de conceptos a concretar, dado que no han sido justificados con el suficiente nivel de detalle, y supondremos que la única posibilidad de compensar las desviaciones en los costes estimados por la empresa, respecto a los costes que entendemos que son exigibles, es mediante la compensación en las desviaciones con sus gastos generales y Beneficio Industrial.”

Es decir, imputa los importes contemplados en las partidas de gastos generales y beneficio industrial a los déficits detectados en las partidas para mano de obra directa y suministro de materiales, lo que resulta totalmente improcedente por los siguientes motivos:

- El hecho de contemplar un coste de suministro de materiales para el mantenimiento correctivo, inferior al exigido en el Pliego, ya comporta un incumplimiento del mismo por parte de las licitadoras que debería haber determinado su exclusión.
- Como se ha indicado anteriormente y el propio informe reconoce, el Pliego establece que la justificación de las ofertas incursas en anormalidad o desproporción debía analizarse con base en criterios objetivos y concretamente a los tenidos en cuenta para la valoración de los precios de licitación.
- Entre los criterios objetivos tenidos en cuenta para la valoración del precio de licitación la memoria recogía expresamente un 10% para gastos generales y un 6% para beneficio industrial.
- Asimismo, el propio apartado 10.2 del anexo I al PCAP contempla los gastos generales como concepto a valorar para determinar la justificación o no de la oferta.

- El hecho de aplicar las partidas de gastos generales y beneficio industrial a las partidas de coste de obra y suministro de materiales, supone no tener en cuenta dicha partida a la hora de analizar la justificación de la oferta, contraviniendo el apartado 10.2 del anexo I del PCAP.

- Los Gastos Generales son definidos por la doctrina como el término contable que se refiere a todos los gastos del negocio en curso no incluidos o relacionados con la actividad productiva y han sido identificados con los costes indirectos a los que distintos preceptos de la normativa de contratación pública se refieren. Es decir, constituyen precisamente los gastos distintos a los costes directos (en este caso mano de obra directa y materiales del servicio), por lo que resulta completamente inadmisibles que estas partidas de la oferta puedan imputarse a costes que son completamente distintos, ya que unos y otros existen y serán necesarios para la prestación del servicio.

- Al no valorarse la partida relativa a los gastos generales y beneficio industrial se incurre en un evidente incumplimiento del Pliego, pero más grave aún, resulta utilizar una partida que se debía valorar por sí misma, para justificar el déficit de otras partidas, lo que supone un doble incumplimiento del Pliego.

- La vulneración de los preceptos del Pliego que establecen los conceptos a tener en cuenta para valorar la justificación de las ofertas supone una clara trasgresión de los principios de igualdad y transparencia ya que ha supuesto una ventaja para las licitadoras incursas en desproporción o anomalía que confeccionaron su oferta sin sujeción a dichos preceptos, mientras que otras licitadoras como es el caso de FULTON SI al confeccionar su oferta con sujeción a lo requerido en el Pliego para entenderla justificada en el caso de incurrir en desproporción o anomalía, contemplaron todos esos conceptos resultando así menos competitivas.

Las anteriores consideraciones resultan igualmente aplicables a la conclusión del penúltimo párrafo del informe, donde afirma lo siguiente:

“Las incertidumbres generadas por la insuficiente justificación de los conceptos de subcontratación de equipos singulares, sistemas de control energético y de actividad, etc.... podrán ser absorbidas en caso de incumplimiento por el 5% de la garantía constituida al efecto.”

Dicha conclusión deja sin efecto la naturaleza jurídica de la garantía definitiva, ya que dicha garantía no está prevista para compensar el déficit presupuestario de las ofertas sino para responder de consecuencias **imprevistas** además de los daños y perjuicios, así como de las posibles penalidades que pudieran derivarse del propio

incumplimiento o los vicios o defectos ocultos en los bienes y servicios suministrados (artículo 100 del RDL 3/2011).

Lo expresado anteriormente cobra mayor relevancia si atendemos al propio informe (último párrafo página 24) al reconocer lo siguiente:

“Por el tipo de contrato del que se trata y las posibles consecuencias que su incumplimiento podría ocasionar, se concluye que un balance negativo, más allá del límite de posible incertidumbre de esta valoración coincidente y cubierta con la garantía constituida al efecto implica la imposibilidad de ejecución del mismo para las empresas licitadoras sin asumir un riesgo descubierto para la administración”

No se entiende que, puesta de manifiesto la importancia del servicio objeto de licitación, se considere justificada una oferta que incumple el Pliego y que no contempla los costes mínimamente necesarios para la prestación del servicio a contratar, imputando a dicho déficit otras partidas que son propias de la oferta y que tienen un destino distinto.

Ese Tribunal ha fijado las condiciones para fiscalizar la facultad discrecional de la Administración a la hora de valorar la justificación de las ofertas en distintas resoluciones sirviendo de ejemplo la Resolución nº 42/2013, de 23 de enero, razona en su Fundamento de Derecho Octavo en los siguientes términos:

“En este punto debemos partir de una constatación fundamental, cual es la discrecionalidad técnica con que cuenta la Mesa de contratación (y, en última instancia, el Órgano de Contratación) a la hora de valorar la suficiencia de la justificación aportada por las empresas cuyas ofertas se encuentran incursas en “valores anormales o desproporcionados”. En efecto, la valoración acerca de la posibilidad de cumplimiento del contrato por parte de la empresa que se encuentra en “baja temeraria”, con base en la justificación presentada por la empresa y en los informes técnicos recabados al efecto, constituye una manifestación particular de la denominada “discrecionalidad técnica” de la Administración, debiendo aplicarse la doctrina jurisprudencial elaborada, con carácter general, en relación con la posibilidad de revisión jurisdiccional de los actos administrativos dictados en ejercicio de las potestades discrecionales y, en particular, en relación con la actuación de la Mesa de contratación en un expediente concreto al formar su criterio acerca de la viabilidad de una proposición que incluye valores desproporcionados o anormales, lo que necesariamente se encuentra vinculado a la formulación de un juicio de valor al respecto.

En este sentido debe apuntarse que, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y como ha tenido ocasión este Tribunal en distintas Resoluciones de señalar, sólo en aquellos casos en que la valoración efectuada por la Mesa de contratación deriva del error, la arbitrariedad o el defecto procedimental cabría entrar en su revisión, sin que se trate, a la hora de apreciar la posible existencia de error en la valoración, de realizar “un análisis profundo de las argumentaciones técnicas aducidas por las partes sino más exactamente y tal como la jurisprudencia ha puesto de manifiesto, de valorar si en la aplicación del criterio de adjudicación se ha producido un error material o de hecho que resulte patente de tal forma que pueda ser apreciado sin necesidad de efectuar razonamientos complejos”

A la vista de dicha doctrina, en el presente supuesto, resulta procedente la revisión de la citada facultad discrecional por cuanto es evidente el error del informe técnico al cambiar de criterio a la hora de analizar las distintas partidas de la oferta y al imputar los importes contemplados en unas partidas de la oferta a otras, dejando así sin efecto esas partidas que en este caso serían los gastos generales y beneficio industrial.

Por otro lado, dicha facultad discrecional no puede ir en contra del Pliego, como ocurre en el presente caso, cuando el Órgano de Contratación, obvia lo previsto en el apartado 10.2 del anexo I del PCAP, al entender justificada una oferta que no cumple con los importes requeridos en el apartado 9 del anexo I del PCAP para el suministro de materiales, y al imputar la garantía definitiva a la subsanación de dichos incumplimientos en lugar de a las responsabilidades establecidas en el artículo 100 del RDL 3/2011 y en el apartado 7.2 del PCAP.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, las licitadoras nº 4 (UTE Genera Quatro, S.L. – José Alapont, S.L.) y nº 13 (Eiffage Energía, S.L.), deberán ser excluidas del Lote nº 7, por incumplir el Pliego o subsidiariamente por no haber justificado la viabilidad de su oferta, resultando así adjudicataria de dicho Lote nº 7, FULTON SERVICIOS INTEGRALES, S.A..

Por lo expuesto,

SUPLICA AL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES que tenga por presentado este escrito junto con la documentación que lo acompaña, se sirva admitirlo a trámite y por interpuesto **RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN**, previsto en el artículo 40 y siguientes del RDL 3/2011, interpuesto contra el acuerdo de adjudicación del Servicio de Mantenimiento Integral de los Edificios adscritos a la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública , incluyendo su gestión y el suministro de

repuestos para reparaciones, dictado en el expediente nº 352/2017 por el Director General de Recursos Humanos y Económicos, en fecha 12 de marzo de 2018, y atendiendo a su fundamentación jurídica acuerde de forma subsidiaria:

1º) La nulidad del procedimiento retrotrayendo las actuaciones a una nueva publicación de los Pliegos en los que se contemple el criterio de adjudicación a licitadoras en el caso de que hayan sido las más ventajosas en más de tres lotes, reiniciándose así el plazo para presentar ofertas.

2º) La revocación del acto recurrido sustituyéndolo por un nuevo acuerdo en el que se disponga la exclusión del Lote nº 7, de las licitadoras nº 4 (UTE Genera Quatro, S.L. – José Alapont, S.L.) y nº 13 (Eiffage Energía, S.L.), por incumplir el Pliego o subsidiariamente por no haber justificado la viabilidad de su oferta, adjudicándose dicho Lote nº 7, FULTON SERVICIOS INTEGRALES, S.A..

En Valencia a veintisiete de marzo de dos mil dieciocho.

OTROSÍ DIGO PRIMERO que interesa a mi representada la suspensión del procedimiento de licitación del meritado servicio, habida cuenta de que la no suspensión podría suponer ineficiencias en el servicios así como elevados costes para la Administración Contratante, en el caso de que el acto recurrido y, en su consecuencia, los derivados de éste se anulasen, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 del RDL 3/2011

SUPLICA AL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES que acuerde la medida cautelar consistente en la suspensión del procedimiento de licitación en cuya sede se ha dictado el acto recurrido.

Lugar y fecha “ut supra”