



Recurso nº 91/2018 CA Valenciana 29/2018

Resolución nº320/2018

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 03 de abril de 2018

VISTO el recurso interpuesto por. D. Luis Álvarez Torner, en representación de “COMSA SERVICE FACILITY MANAGEMENT, S.A.U”, contra el acuerdo de adjudicación del contrato de servicios de *"Mantenimiento integral de los edificios adscritos a la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública, incluyendo su gestión y el suministro de repuestos para reparaciones. Lote 4"*, Expediente 352/2017 convocado por la Dirección General de Recursos Humanos y Económicos de la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública de la Comunidad Valenciana; el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública, anunció en el DOUE de 2 de agosto de 2017, la licitación pública, a tramitar mediante procedimiento abierto, para la adjudicación del contrato arriba indicado, con un valor estimado que asciende a 92.529.163,88 euros, y cuyo objeto está dividido en 18 Lotes.

Segundo. La licitación se lleva a cabo de conformidad con los preceptos de la Ley de Contratos del Sector Público -cuyo texto refundido (TRLCSP en adelante) fue aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre- y con las demás normas de desarrollo aplicables a los poderes adjudicadores que tienen el carácter de Administración Pública.

Tercero. Abierto el plazo para presentar ofertas, una vez examinadas las ofertas económicas, la Mesa de Contratación el día 6 de noviembre de 2017 concede un plazo de diez días hábiles a las empresas licitadoras cuyas propuestas estuvieran incursas en presunción de temeridad con el fin de justificar su viabilidad. Entre las empresas a las que

se dirigió la comunicación se encuentran la empresa COMSA SERVICE FACILITY MANAGEMENT S.A.U., y EIFFAGE ENERGIA S.A.L., que debían justificar la viabilidad la oferta presentada para el lote número 4.

El día 10 de noviembre es enviada la comunicación y son recibidos los informes justificativos el día 24 del mismo mes. De dichos informes se da traslado al Servicio de Coordinación y Planificación de Suministros y Servicios Generales, a los efectos del artículo 152.3 TRLCSP. Tras dicho examen se propone por la Mesa excluir del procedimiento a las ofertas presentadas por las empresas, que figuran como Anexo I al acta, que hayan obtenido un balance negativo en los términos recogidos en el informe.

Atendida la puntuación obtenida, y a la vista del informe antes aludido, en sesión de 20 de diciembre de 2017, se acuerda proponer la adjudicación del Lote número 4 a la empresa EIFFAGE ENERGIA S.A.L. Los días 10 y 12 de enero de 2018 se dictan resolución por la que se corrige un error observado en el acta anterior en relación con las empresas propuestas como adjudicatarias de los Lotes número 10 y 12. No consta en el expediente la notificación de ninguna de las resoluciones anteriores a los licitadores.

Cuarto. El día 11 de enero de 2018 la empresa COMSA SERVICE FACILITY MANAGEMENT SAU (en adelante la recurrente), interesa el acceso a los informes justificativos de baja temeraria presentados por las mercantiles así como el informe técnico que los analiza. De acuerdo con el expediente, el 23 de enero el órgano de contratación acuerda conceder a la recurrente el acceso al expediente de contratación.

Quinto. El día 26 de enero de 2018 se anuncia por la empresa COMSA SERVICE FACILITY MANAGEMENT S.A.U la interposición del recurso especial en materia de contratación ante el órgano de contratación. El recurso es interpuesto mediante escrito con fecha de entrada de 29 de enero de 2018.

Sexto. Se ha recibido por el Tribunal el expediente administrativo, aunque no consta remitido el informe del órgano de contratación. Por la Secretaría del Tribunal se ha dado traslado del recurso interpuesto con el fin de formular alegaciones en el plazo conferido al efecto, evacuando dicho trámite la empresa FULTON SERVICIOS INTEGRALES, S.A, en fecha 22 de febrero de 2018.

Séptimo. No se ha adoptado ninguna medida cautelar en la tramitación del presente recurso especial en materia de contratación, sin perjuicio de la suspensión automática del acuerdo de adjudicación, la cual opera por ministerio de la Ley, en aplicación del artículo 45 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La presente reclamación se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y el Convenio celebrado con la Comunidad Autónoma de Valencia, publicado en el BOE de 17 de abril de 2013.

Segundo. Se recurre el acuerdo de adjudicación del procedimiento para la adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 16 del TRLCSP, y el acto recurrido es susceptible de reclamación ante este Tribunal de acuerdo con los artículos 40.1.a) y 40.2.c) del TRLCSP.

Ante la falta de acreditación en el expediente de la notificación de las resoluciones dictadas, se ha de entender por este Tribunal que se han cumplido las exigencias de la interposición en plazo del recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con el artículo 44 TRLCSP.

Tercero. La entidad reclamante ostenta legitimación de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP, que señala que *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*.

Cuarto. Entrando en el examen de las cuestiones planteadas por el fondo del recurso, entiende el recurrente que la adjudicación no es conforme a Derecho y ello porque se ha producido una exclusión tácita de su oferta. Se indica en el recurso que tanto su oferta, como la presentada por la empresa a la postre propuesta como adjudicataria del lote número 4, remitieron informes justificando su viabilidad económica, siendo la de la recurrente la que obtenía mejor puntuación al ser mayor la baja ofrecida.

Se indica en el recurso que la empresa conoce perfectamente las condiciones del servicio a prestar pues es la actual adjudicataria del contrato. También señala que a pesar de lo manifestado en las resoluciones no existe un “informe adjunto”, o bien que no es público, pues no aparece su contenido “*en ningún lugar de las Resoluciones aquí combatidas como así era obligado*”. Por ello la resolución es incongruente. No hay ninguna valoración sobre la baja temeraria, ni ningún análisis de los servicios técnicos.

Quinto. No obstante las alegaciones formuladas por la recurrente, hay que señalar que si obra en el expediente el informe emitido por los servicios técnicos sobre los informes de justificación que presentaron algunos de los licitadores que fueron requeridos para ello. Dicho informe, de 18 de diciembre, obra como Anexo I al acta de la Mesa de Contratación de 20 de diciembre de 2017 (documento 12 del expediente) y consta de 25 páginas.

En el informe se examinan los informes de justificación de las ofertas que presuntamente incurren en temeridad o son desproporcionadas, como ya se ha dicho, a partir de ciertos elementos o condiciones comunes a todos ellos, como son: las soluciones técnicas u operativas o novedosas para ejecutar el mantenimiento, la innecesariedad de subcontratación, el cumplimiento de las condiciones laborales del convenio que fuera de aplicación y las ayudas del Estado. También se analizan los costes de personal conforme a convenio, el material para el mantenimiento correctivo y el precio por el resto de conceptos.

Finalmente, se hace un estudio en detalle de concepto de gastos generales y beneficio industrial y se calcula un balance porcentual de riesgo (tabla 4). En la conclusión del informe los técnicos proponen descartar del procedimiento cualquier oferta en la que el balance porcentual de riesgo sea negativo. Examinada la tabla número cuatro se observa que la oferta presentada por la recurrente tiene un porcentaje de -5,50%, mientras que el porcentaje obtenido por la empresa adjudicataria del lote es de 0,04%.

Se ha de señalar en este punto la Resolución 919/2016, de 11 de noviembre, en cuyo fundamento de derecho noveno nos pronunciamos del siguiente modo:

“La Resolución 311/2016, 22 de abril, dictada en el seno del recurso 232/2016 sintetiza de una forma exhaustiva la doctrina de este Tribunal entorno a la justificación de las bajas desproporcionadas o temerarias, y concluye que «como ya se ha expuesto en anteriores

resoluciones de este Tribunal (por todas, Resolución 121/2012, de 23 de mayo, o 142/2013, 10 de abril), “el interés general o el 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 excepción, y precisamente para garantizar el interés general, se prevé la posibilidad de que una proposición reúna tal característica y no sea considerada sin embargo la más ventajosa, cuando en ella se entienda que hay elementos que la hacen incongruente o desproporcionada o anormalmente baja. En consecuencia, tanto el derecho de la Unión Europea (en especial la Directiva 2004/18/CE), como el español, admite la posibilidad de que la oferta más ventajosa no sirva de base para la adjudicación.

Es también doctrina reiterada de este Tribunal la que sostiene que la apreciación de que la oferta tiene valores anormales o desproporcionados no es un fin en sí misma, sino un indicio para establecer que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ello, y que, por tanto, no debe hacerse la adjudicación a quien la hubiere presentado. De acuerdo con ello, la apreciación de si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que concurren en la oferta y de las características de la propia empresa licitadora, no siendo posible su aplicación automática.

Por lo demás, “la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no corresponde al órgano de contratación sopesando las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y los informes emitidos por los servicios técnicos. Evidentemente ni las alegaciones mencionadas ni los informes tienen carácter vinculante para el órgano de contratación, que debe sopesar adecuadamente ambos y adoptar su decisión en base a ellos (Resoluciones 24/2011, de 9 de febrero, 72/2012, de 21 de marzo, o 121/2012, de 23 de mayo)”. Y se añadía en la Resolución 142/2013: “A modo de recapitulación, la doctrina

mantenida por el Tribunal determina que: 1.- Por influencia del Derecho Comunitario, la regla general del Derecho español es la de adjudicación del contrato a favor de la oferta económicamente más ventajosa, estableciéndose como excepción a dicha regla general que la adjudicación pueda no recaer a favor de la proposición que reúna tal característica cuando ésta incurra en valores anormales o desproporcionados. 2.- El hecho de que una oferta incluya valores anormales o desproporcionados no implica su exclusión automática de la licitación, sino la necesidad de conferir trámite de audiencia al contratista para que justifique la viabilidad económica de la proposición, y de recabar los asesoramientos técnicos procedentes. 3.- La decisión sobre la justificación de la viabilidad de las ofertas incursas en valores anormales o desproporcionados corresponde al órgano de contratación, atendiendo a los elementos de la proposición y a las concretas circunstancias de la empresa licitadora, y valorando las alegaciones del contratista y los informes técnicos emitidos, ninguno de los cuales tienen carácter vinculante.”

Por consiguiente, ha de entenderse que está debidamente justificada la exclusión de la oferta de la recurrente, pues los servicios técnicos en su informe concluyeron que el balance de riesgo era negativo, atendiendo a los costes generales, beneficio industrial, gastos de personal y el material para el mantenimiento correctivo.

Según el informe de fecha 18 de diciembre de 2017, la principal razón que motiva que la oferta de la recurrente se considere anormal o desproporcionada es la insuficiencia de los costes previstos para “*material para el mantenimiento correctivo*”. Según los apartados 9 y 5.1 del Anexo 1 del PCAP la estimación de este coste debía ser de un 20 % de la oferta, ya que, como dice el apartado 31.7 del mismo pliego, “*cuando se alcance el límite indicado (20%), el importe de los repuestos necesarios para el mantenimiento correctivo quedarán al margen del presente contrato, siendo la administración responsable de su adquisición, siguiendo la mercantil adjudicataria obligada a la prestación del servicio en las mismas condiciones*”.

Por tanto, el haber previsto la recurrente en su justificación un porcentaje de costes para el “*material para el mantenimiento correctivo*” de un 11,22%, en vez del 20% establecido en los pliegos, genera una insuficiente justificación de la oferta económica de la empresa recurrente, que justifica que su proposición sea considerada anormal o desproporcionada y, en consecuencia, descartada de la adjudicación del contrato.

Sexto. Para finalizar hay que hacer referencia a la omisión en la resolución de las causa de exclusión de la oferta, omisión que en palabras de la empresa recurrente ha venido a desembocar en una “*exclusión tácita*”. Ahora bien, la exclusión no es tácita, sino expresa, pues el Acta de la sesión de la Mesa de Contratación, por la que se realiza la propuesta de adjudicación (documento 12 del expediente), se remite expresamente al informe emitido por los servicios técnicos que se adjunta como Anexo I.

El recurrente afirma que el día 26 de enero de 2018 recibió por correo electrónico el Informe técnico y que, no obstante ello, al no incluirse dicho informe técnico dentro del contenido de las resoluciones recurridas se elimina directamente su derecho de defensa.

El Tribunal no comparte esta apreciación, ya que el conocimiento de las razones vertidas en el informe técnico para rechazar su oferta, posibilita precisamente el derecho de defensa de la empresa recurrente, como ha sucedido al plantear el presente recurso y poder fundamentar su oposición.

Tal forma de actuar administrativo tiene su amparo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el cual, en sentencia número Sentencia núm. 2295/2016, de 25 octubre, señala:

“Centrado el debate en relación a la falta de motivación, debemos recordar que este Tribunal ha declarado que la motivación está considerada reiteradamente por el Tribunal Constitucional como una exigencia ínsita en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, ya que si bien ese derecho fundamental “no garantiza el acierto judicial en la interpretación y aplicación del derecho, si exige, en todo caso que la respuesta judicial a las pretensiones planteadas por las partes, esté motivada con un razonamiento congruente fundado en derecho para evidenciar que el fallo de la resolución no es un simple y arbitrario acto de voluntad del juzgador... no es un requisito de forma, se refiere a él los artículos 120 CE, 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 218 de la Ley 1/2000 ...” (sentencia de 18 de junio de 2012, dictada en el recurso de casación 676/2011). De ahí que se asigne a la motivación una doble función, de una parte, permitir que los ciudadanos conozcan las razones que han llevado a los Tribunales a pronunciarse sobre las pretensiones accionadas ante ellos; de otra, que puedan los Tribunales que eventualmente deban conocer de los recurso, esas razones y

poder pronunciarse en esa vía de impugnación. Ahora bien, como se han cuidado de señalar reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional, la exigencia de la motivación no comporta necesariamente que los Tribunales hayan de dar una respuesta expresa y precisa a todas y cada una de las cuestiones que se suscitan por las partes en el proceso, porque, como se declara en la sentencia antes citada, entre otras, "es continua y reiterada la afirmación de una posible motivación breve y sintética que contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos en que se sustenta la decisión e incluso se ha reputado como constitucionalmente aceptable desde las exigencias de la motivación del art. 24.1CE la que tiene lugar por remisión o motivación <<aliunde>>... para entender que una resolución judicial está razonada es preciso que el razonamiento que en ella se contiene no sea arbitrario, ni irrazonable, ni incurra en un error patente". Y es que, como se declaró en la sentencia de 21 de junio de 2011, dictada en el recurso de casación 2036/2007, la motivación "no exige <<una correlación literal entre el desarrollo argumentativo de los escritos de demanda y de contestación y el de los fundamentos jurídicos de la sentencia>>, y, que lo exigido es la respuesta global y cumplida a las pretensiones formuladas."

En definitiva, la remisión al informe supone incorporar sus conclusiones al texto de la resolución, cumpliendo de este modo el requisito de la motivación, por lo que la exclusión de la oferta es, de manera evidente, expresa. Como ya se ha dicho el informe técnico obra en el expediente y ha sido comunicado al 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 el recurso interpuesto por D. Luis Álvarez Torner, en representación de "COMSA SERVICE FACILITY MANAGEMENT, S.A.U", contra el acuerdo de adjudicación del contrato de servicios de "*Mantenimiento integral de los edificios adscritos a la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública, incluyendo su gestión y el suministro de repuestos para reparaciones. Lote 4*", Expediente 352/2017 convocado por

la Dirección General de Recursos Humanos y Económicos de la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública.

Segundo. Mantener la suspensión automática del procedimiento de contratación, hasta la resolución de los recursos vinculados 323/2018 y 357/2018.

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 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 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.