

Recurso nº 323/2018 CA Valencia 80/2018

Resolución nº414/2018

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

En Madrid, a 23 de abril de 2018

VISTO el recurso interpuesto por. D. Luís Romero Pérez, en representación de FULTON SERVICIOS INTEGRALES, S.A, contra el acuerdo de adjudicación del contrato de servicios 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"* Expediente 352/2017, convocado por la Dirección General de Recursos Humanos y Económicos de la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública; el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Conselleria 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, la empresa FULTON SERVICIOS INTEGRALES presentó oferta para participar en la adjudicación de todos los lotes en los que se divide el objeto del contrato.

Cuarto. 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.

Recibidos los informes justificativos el día 24 del mes de noviembre, 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. Y, 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 de los dieciocho lotes y la exclusión de varias ofertas por estar estas incursas en temeridad.

A la vista de la puntuación obtenida, la empresa EIFFAGE ENERGÍA, S.L.U podría resultar adjudicataria de seis lotes, sin embargo, de acuerdo con lo dispuesto en el Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP), serán tres el número máximo de lotes a adjudicar a una misma empresa. Por lo que se procede a la reasignación de los lotes 10, 13 y 14 a los licitadores que hubieran obtenido la segunda mayor puntuación.

Los días 10 y 12 de enero de 2018 se dicta 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.

Quinto. El día 13 de marzo de 2018 se notifica a la empresa FULTON SERVICIOS INTEGRALES, mediante correo electrónico, la resolución de adjudicación del contrato de servicios. El día 26 de marzo, se anuncia por la empresa FULTON SERVICIOS INTEGRALES la interposición del recurso especial en materia de contratación por medio de registro electrónico ante el órgano de contratación. El recurso es interpuesto ante este Tribunal, por medio del Registro Electrónico del Ministerio de Hacienda y Función Pública, con fecha de entrada de 27 de marzo de 2018.

Sexto. Se ha recibido por el Tribunal el expediente administrativo, con el correspondiente 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, habiéndose evacuado únicamente el trámite conferido por la UTE ANTAS-SGN y la UTE GENERA QUATRO S.L.-JOSÉ ALAPONT, S.L.

Séptimo. El día 6 de abril de 2018, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, acordó mantener la medida provisional de la suspensión de la tramitación de la contratación, defiriendo su levantamiento a la decisión definitiva en virtud de lo dispuesto en los artículos 43, 46 y 47.4 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, suscrito el 22 de marzo de 2013 y 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. Con carácter previo al examen del fondo del asunto, procede examinar si 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”*.

De acuerdo con el expediente de contratación y los fundamentos de la resolución de adjudicación, la empresa FULTON SERVICIOS INTEGRALES presentó su oferta con el fin de participar en la adjudicación de todos lotes en los que se divide el contrato. Sin embargo, en ninguna de ellos ha obtenido la segunda mejor puntuación, siendo la mejor posición la obtenida para el lote número 7, donde ha quedado en tercer lugar.

Recientemente, este Tribunal señalaba en su Resolución 20/2018, de 23 de febrero, que *“es doctrina asentada de este Tribunal (Resolución nº 993/2017, de 27 de octubre) que el recurso especial en materia de contratación no se configura como una herramienta en defensa abstracta de la legalidad sino que se exige que exista un perjuicio, en virtud del cual una hipotética estimación del recurso habría de traducirse en una modificación real y no meramente potencial de la situación jurídica del recurrente”*.

Y en la Resolución 59/2018, de 19 de enero, se indicaba: *“El artículo 42 del TRLCSP establece que “podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

Dicha norma remite a la doctrina jurisprudencial del concepto interés legítimo en el ámbito administrativo.

En reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada entre otras sentencias las de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de 1999 y 2 de octubre de 2001, se declara que por interés debe entenderse toda situación jurídica individualizada, dicha situación que supone una específica relación con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, se extiende a lo que, con más precisión, se titula interés legítimo, que es el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio. El interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se

reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga”.

Es por ello que, solo en el caso de que para el caso de que lo pretendido por el recurrente le pudiera reportar algún beneficio o ventaja, ostentará éste legitimación para la interposición del recurso, debiendo inadmitirse en el caso contrario. En consecuencia, se examinarán las alegaciones planteadas por el recurrente, aunque con posterioridad se inadmita el recurso si de aquellas no pudiera resultar ningún beneficio o ventaja.

Cuarto. Centra su recurso la empresa FULTON SERVICIOS INTEGRALES en dos alegaciones principalmente: Por un lado, alega la nulidad del procedimiento de licitación, dado que, según el recurrente, el órgano de contratación se dirigió mediante correo electrónico a las empresas que en un principio podían resultar adjudicatarias de más de tres lotes, con el fin de que manifestasen la preferencia de los tres lotes que se les adjudicarían.

Señala el recurso que tal forma de actuación constituye una modificación de los criterios de adjudicación de los lotes para el caso de existir concurrencia, modificándose lo dispuesto en los Pliegos de manera contraria al ordenamiento jurídico. Además, en ningún apartado se indica que el reparto de los lotes, si se adjudicaran más de tres, se realice en función de las preferencias de cada licitadora. Se cita por la recurrente los apartados 6 del PCAP, y 2.1 del Anexo del PCAP.

Por otro lado, se alega también una vulneración del artículo 152.4 del TRLCSP, en relación con el apartado 10.2 del anexo I del PCAP, pues el informe emitido, para todos los lotes, entra en contradicción con la letra del PCAP. Centrando su alegación la empresa recurrente en la adjudicación del lote nº 7, en la que la empresa resultó la tercera clasificada.

Resumiendo lo alegado sobre este punto por la empresa recurrente, esta crítica del citado informe (anexo I del documento 12 del expediente) lo siguiente:

En primer lugar, que el valor negativo obtenido en la tabla 3.2.3 (página 21), porcentaje de desviación respecto al 20% establecido en los pliegos para el suministro del material correctivo, supone un incumplimiento del PPT y de la obligación del importe a suministrar que en él se establece, por lo que lo dicho constituye por sí solo una causa de exclusión.

En segundo lugar, que, en relación con el punto 3.4, sobre “*detalle en concepto de gastos generales y beneficio industrial*”, hay una incongruencia entre el informe de valoración, y el propio Pliego, pues no se realiza la comparativa con el porcentaje de gastos generales y beneficio industrial que prevé el informe técnico (un 10% y un 6%), en cuyo caso, el resultado el porcentaje de desviación hubiera sido negativo y no positivo, dando lugar a la exclusión de las tres ofertas examinadas.

En tercer lugar, se crítica especialmente por la recurrente la conclusión realizada en el informe, en la cual se admite la posibilidad de compensar los costes que se entienden exigibles (personal y suministro del material correctivo) mediante la compensación en desviaciones con gastos generales y beneficio industrial. Se reitera en este punto que el incumplimiento del suministro del material correctivo implica un incumplimiento del PPT y que, en definitiva, de este modo no se está valorando de forma individual la partida de gastos generales y el beneficio industrial, incumplándose lo dispuesto en el Pliego.

Por todo ello, se interesa de forma subsidiaria en el recurso: a) la nulidad del procedimiento y la retroacción de las actuaciones a una nueva publicación de los Pliegos en los que se contemple el criterio de adjudicación a los licitadores en el caso de que hayan sido las más ventajosas en más de tres lotes, reiniciándose así el plazo para presentar ofertas.

Y, b) la revocación del acto recurrido, la exclusión en la adjudicación del lote nº 7 de las tres primeras licitadoras, por incumplir el Pliego y, subsidiariamente, por no haber justificado la viabilidad de su oferta, adjudicando el citado lote a la empresa recurrente.

Quinto. Por su parte, el órgano de contratación en su informe defiende en primer término la inadmisión del recurso por falta de legitimación del recurrente. Señala que al haber participado en la licitación de todos los lotes y no haber tenido la segunda mejor puntuación, de la estimación del recurso no puede obtener ninguna ventaja o beneficio,

por lo que procede la inadmisión con arreglo a la doctrina sentada en sus resoluciones por este Tribunal.

En segundo término, y en relación con las alegaciones formuladas sobre el fondo del recurso, informa el órgano de contratación sobre la nulidad de pleno derecho alegada, e indica que el requerimiento de subsanación realizado a las empresas licitadoras, para que declarasen la prelación de los lotes en caso de resultar adjudicatarias de más de tres lotes, se hizo una vez abierto el sobre número 1. Las respuestas se recibieron con anterioridad a la apertura del sobre número 3, que corresponde a la oferta económica, valorada mediante fórmulas, por lo que se respetó en todo momento el secreto de las proposiciones, no vulnerándose por ello el principio de igualdad entre los licitadores.

Se indica en el informe que no procede la aplicación de los criterios preferenciales en caso de empate (Cláusula 6.6 del PCAP) entre varias licitadores que pueden resultar adjudicatarios, porque solo se prevé su aplicación en caso de empate en las puntuaciones, lo que no ha ocurrido en la tramitación del expediente.

Por último, y en relación con la segunda alegación, en la que se cuestiona el informe técnico emitido sobre la justificación de las ofertas que incurrieron en presunción de baja temeraria, se defiende el criterio técnico manifestando: Se indica que los elementos objetivos del contrato vienen dados por los gastos de personal, en aplicación del Convenio Colectivo correspondiente, y el 25% del presupuesto de suministro de repuesto, siendo una estimación la cifra de gastos generales y de beneficio industrial. Sin embargo, el importe de la licitación es una unidad y la oferta debe estar referida a la totalidad de la ejecución del contrato y no cada una de sus partidas (JCCA informe 38/10), siendo valoradas, en caso de apreciarse una posible baja temeraria, en su conjunto.

También en su conjunto debe ser valorada la justificación de la oferta temeraria, siendo en el caso de la adjudicataria el balance global de carácter positivo, y todo ello, sin perjuicio de las vicisitudes o incumplimiento que pudieran incurrir en la ejecución del contrato.

Defiende el órgano de contratación que, de acuerdo con las resoluciones del TACRC, solo se exige una resolución reforzada para el caso de que se desmonten las

justificaciones de la oferta que sean desproporcionadas (Resolución 662/2014), y, únicamente hay que argumentar la convicción que lleva al órgano de contratación a entender que la oferta justificada se puede llevar a cabo. Se señala, además, que las previsiones realizadas sobre los porcentajes de los gastos generales (10%) y el beneficio industrial (6%) son estimaciones que no impiden a los licitadoras reducir los mismos con el fin de ofrecer la oferta económicamente más ventajosa, quedando por ello *“sujetos a la libre competencia del mercado”*.

Sexto. Por último, la UTE ANTEAS-S.G.N. presenta alegaciones al recurso presentado por la empresa FULTON, manifestando, en síntesis, que debe ser desestimado, ya que, la Mesa de Contratación justificó adecuadamente, sobre la base de los informes técnicos previamente emitidos, la valoración de las justificaciones que se presentaron por las licitadoras cuyas ofertas habían incurrido en presunción de temeridad. También manifiesta que la empresa, al alegar la causa de nulidad, impugna unos pliegos que no fueron recurridos en plazo, y por ello, la impugnación es extemporánea e incongruente con la presentación de las ofertas con las que concurre al expediente de licitación.

La UTE GENERA QUATRO S.L.-JOSÉ ALAPONT, S.L. también presenta alegaciones al recurso, solicitando su desestimación íntegra al entender totalmente acreditada y justificada la viabilidad económica de sus ofertas respecto de los lotes que le fueron adjudicados, viabilidad acreditada por parte del órgano de contratación en base al informe técnico de baja desproporcionadas emitido por el Jefe de Servicios de Coordinación y Planificación de Suministros y Servicios Generales. Asimismo solicita en su escrito de alegaciones la imposición a la recurrente de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Séptimo. Entrando en el examen de las alegaciones que se formulan en el recurso, se examinará en primer lugar la causa de nulidad de pleno derecho alegada por la empresa recurrente, sostenida en la actuación seguida por el órgano de contratación a la hora de requerir a las licitadoras para que manifiesten el orden de prelación de los lotes a los que concurren para el caso de que resulten ser adjudicatarias de más de tres de ellos.

La crítica de la recurrente se centra en síntesis en entender que tal forma de actuación constituye una modificación de los criterios de adjudicación de los lotes para el caso de existir concurrencia, modificándose lo dispuesto en los Pliegos de manera contraria al ordenamiento jurídico. Además, en ningún apartado se indica que el reparto de los lotes, si se adjudicaran más de tres, se realice en función de las preferencias de cada licitadora.

La presente alegación, como causa de nulidad de pleno derecho, debe de ser rechazada, toda vez que, si bien es cierto que la actuación seguida por la Mesa de Contratación, al requerir de subsanación con el fin de indicar el orden de prelación de las ofertas, no está prevista específicamente en los Pliegos, la actuación si está amparada con carácter general por el artículo 81.2 del RGLCAP, el cual señala que:

“Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación”. Del requerimiento efectuado se hizo constancia en el acta de la sesión de 30 de octubre de 2017 (documento 10), en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 81.3 del RGLCAP.

Al amparo normativo del que goza la actuación, hay que añadir que el recurrente no aporta ningún indicio de que se haya incurrido en una conducta discriminatoria, o en una quiebra del principio de igualdad. Es más, el requerimiento, que se dirigió a la totalidad de las empresas licitadoras incluida la recurrente, y se realizó tras la apertura del sobre 1, relativo a la documentación administrativa, sin conocer la Mesa el contenido de los dos sobres restantes, por lo que la determinación a posteriori del orden de prelación no quiebra los principios que se consignan en el artículo 139 del TRLCSP, ni influyó en la valoración subjetiva y objetiva de las ofertas.

Una cuestión distinta es que la Mesa de Contratación se haya apartado de la norma prevista en el Anexo I del PCAP, la cual determinaba como actuar en el caso de que una

empresa resultase la mejor valorada en más de tres lotes. Señala el apartado 2.1 del Anexo:

Las mercantiles licitadoras podrán presentar oferta a uno/varios o todos los lotes, aunque sólo podrán resultar adjudicatarias de un máximo de 3 lotes, tanto si se presentan de forma individual como en UTE. Esta limitación solo operará en los lotes en los que exista concurrencia.

Los licitadores deberán realizar una oferta individualizada por lote, en el caso de que en un lote exista más de una línea presupuestaria, la oferta económica deberá desglosarse en tantas líneas como haya.

Para los casos en los que alguna empresa resultase adjudicataria de más lotes de los máximos permitidos, excepto en el caso de que no exista concurrencia, la prelación de lotes que se le adjudicarán será la siguiente:

- *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 3, en los que hubiera obtenido más puntuación en los siguientes apartados:*

<i>Orden</i>	<i>Criterio</i>
<i>1</i>	<i>A.2.</i>
<i>2</i>	<i>A.3.</i>
<i>3</i>	<i>A.1.</i>

Examinado el expediente de contratación se observa que, para determinar la empresa adjudicataria que hubiera presentado la oferta económicamente más ventajosa en más de tres lotes, no se ha seguido el sistema anterior. En dicho sistema la prelación se asigna en función de los puntos obtenidos por las ofertas en cada uno de los criterios que se reflejan en el cuadro anterior. Tampoco afirma el órgano de contratación que haya actuado de este modo en su informe.

Lo dicho trae consigo un incumplimiento de las normas del Pliego, incumplimiento que en ningún caso constituye una causa de nulidad de pleno derecho que obligue a anular la totalidad del procedimiento y para todo los lotes, publicar nuevamente el Pliego y abrir nuevo plazo para presentar las ofertas, tal y como solicita la recurrente.

Nos encontraríamos ante una causa de anulabilidad que deberá ser alegada por aquellas empresas que pudieron resultar perjudicadas por este motivo, y que afectan únicamente a la adjudicación, y no a la tramitación, de los lotes 4, 5, 10, 12, 13, 14 y 17, de acuerdo con lo manifestado en el acta de 20 de diciembre de 2017, la resolución de rectificación de errores de 10 de enero de 2018, y la resolución de adjudicación de 12 de enero de 2018. Son los únicos lotes en los que pudo incurrirse en un incumplimiento del Pliego.

Por tanto, desestimada la causa de nulidad alegada, debe rechazarse la legitimación de la empresa recurrente para alegar el incumplimiento apreciado, pues las valoraciones de sus ofertas en la adjudicación de los lotes afectados (la posición más alta sería la octava en el lote número 5) impide que de su estimación pudiera obtener algún provecho o ventaja.

Octavo. Finalmente, en relación con la impugnación que se realiza de la admisión de la justificación presentada por las empresas licitadoras incursas en presunción de temeridad, y que obtuvieron mejor puntuación que la recurrente, sí ostenta esta legitimación, pues su oferta fue valorada en tercer lugar. Luego, la eventual estimación del recurso pudiera derivar en un beneficio concreto y específico para la empresa, como puede ser la adjudicación del contrato.

Hay que indicar que este Tribunal ya convalidó las conclusiones del citado informe en la Resolución 320/2018, de 3 de abril, en la que se decía: *“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”.

El informe técnico, por tanto, y a priori, no incurre en causa alguna que motive la revocación de la adjudicación, ni habiéndose puesto en evidencia ninguna incongruencia o contradicción en sus conclusiones. Al contrario que en el recurso desestimado por la Resolución 320/2018, donde la oferta de la empresa excluida tenía un balance final de riesgo negativo, atendiendo a los costes generales, beneficio industrial, gastos de personal y el material para el mantenimiento correctivo, en la adjudicación del lote número 7, el balance final es positivo para las dos empresas cuya oferta presuntamente temeraria se consideró justificada, UTE GENERAL QUATRO, S.L-JOSE ALAPONT SL

(3,59%) y EIFFAGE ENERGÍA, SLU (8,02%). Ambas ofertas fueron mejor valoradas que la oferta presentada por la empresa recurrente en la adjudicación del lote 7.

El hecho de que el porcentaje de desviación sobre el 20% en el coste del *“material para el mantenimiento correctivo”* sea negativo, un -6,23% en el caso de UTE GENERAL QUATRO, S.L-JOSE ALAPONT S.L, y un -1,48%, en el caso de EIFFAGE ENERGÍA, SLU, no desvirtúan la conclusión anterior, dado el balance positivo del conjunto global de ambas ofertas. Los porcentajes son susceptibles de ser absorbidos por los conceptos no objetivos del contrato, como son los gastos generales y el beneficio industrial, y la desviación en ningún caso supera el 10%, siendo apenas de un -1,48% en la empresa segunda mejor calificada.

Tampoco conllevan por sí solo un incumplimiento de lo dispuesto en el PPT, dado que su coste se compensa con el cómputo global de la oferta, y su posible incumplimiento debe verificarse, por otro lado, en sede de ejecución del contrato (Resoluciones 761/2014, 211/2012, 325/2011 y 19/2012), esto es, en una fase posterior a la adjudicación del contrato.

En este punto, coincidimos con lo informado por el órgano de contratación, las previsiones realizadas sobre los porcentajes de los gastos generales (10%) y el beneficio industrial (6%) son estimaciones que no impiden a los licitadoras reducir los mismos con el fin de ofrecer la oferta económicamente más ventajosa, quedando por ello *“sujetos a la libre competencia del mercado”*. Sobre los costes del contrato, decíamos recientemente en la Resolución 366/2018, de 13 de abril, que *“Son gastos de propios de su actividad mercantil u objeto social, cuyo importe puede derivar de muchos factores, como puede ser el precio que obtenga de sus proveedores, facilidades para obtener financiación, subvenciones y los recursos propios de los que disponga. Sin olvidar que dichos elementos pueden ser utilizados también en la prestación de otros contratos, por lo que su amortización no depende exclusivamente de la ejecución del contrato cuyos Pliegos son objeto de impugnación en este recurso”*.

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 D. Luís Romero Pérez, en representación de FULTON SERVICIOS INTEGRALES, S.A, contra el acuerdo de adjudicación del contrato de servicios 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"* Expediente 352/2017, convocado por la Dirección General de Recursos Humanos y Económicos de la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública.

Segundo. Levantar la suspensión del acuerdo impugnado, de conformidad con el artículo 47.4 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 Autónoma de Valencia, 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.