EB 2013/073

Resolución 115/2013, de 11 de noviembre de 2013, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa, que resuelve el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Tecuni, S.A. en el expediente de contratación del "Servicio de conservación y mantenimiento de las instalaciones eléctricas, ascensores, elevadores, escaleras mecánicas, puertas automáticas, persianas eléctricas y bombas de achique de Bilbao Zerbitzuak-Servicios".

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por Resolución de 20 de febrero de 2013 el Presidente de Bilbao Zerbitzuak aprobó el expediente de contratación referenciado, el gasto por un importe de 205.000,00 €, IVA excluido, y la apertura del procedimiento abierto y forma de adjudicación con varios criterios.

El anuncio de licitación se publica en el Boletín Oficial de Bizkaia nº 41 de 27 de febrero de 2012, y con fecha de envío al Diario Oficial de la Unión Europea de 25 de febrero de 2013.

SEGUNDO: Con fecha 24 de julio de 2013 se presentó el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Tecuni, S.A. contra la adjudicación del contrato de "Servicio de conservación y mantenimiento de las instalaciones eléctricas, ascensores, elevadores, escaleras mecánicas, puertas automáticas, persianas eléctricas y bombas de achique de Bilbao Zerbitzuak-Servicios", tramitado por el Bilbao Zerbitzuak-Servicios. El recurso fue remitido el 1 de agosto de 2013 al Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC/KEAO)

Junto con el expediente el poder adjudicador remitió el informe al que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP).

Desde el OARC/KEAO se traslada el recurso a los interesados el día 9 de agosto de 2013 para que formulen alegaciones, y el día 13 de dicho mes se recibió en este órgano el escrito de alegaciones realizadas por Eldu, S.A.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El artículo 42 del TRLCSP, sobre legitimación para la interposición del recurso especial en materia de contratación, 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.»

Mientras que el artículo 44. 4 a) del propio TRLCSP prevé que el texto del recurso irá acompañado de:

> «a) El documento que acredite la representación del compareciente, salvo si figurase unido a las actuaciones de otro recurso pendiente ante el mismo órgano, en cuyo caso podrá solicitarse que se expida certificación para su unión al procedimiento.»

A este respecto, queda acreditada la legitimación del operador económico recurrente, así como la representación del compareciente.

SEGUNDO: El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación:

> «a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.»

En el presente caso se trata de un contrato de servicios con un valor estimado dentro de la horquilla entre 482.464,04 y 774.866,53 €, IVA excluido. Por tanto, nos hallamos ante un contrato sujeto a regulación armonizada cuyos actos serán objeto de revisión a través del recurso especial regulado en los artículos 40 y siguientes del TRLCSP.

TERCERO: El artículo 40.2. c) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso:

> «Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.»

El recurso especial interpuesto por el operador económico recurrente impugna la Resolución de 5 de julio de 2013 del Presidente de Bilbao Zerbituzuak-Servicios 2013, de adjudicación del contrato a Eldu, S.A.

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 TRLCSP dado que no ha transcurrido el plazo de 15 días hábiles desde la notificación del acuerdo de adjudicación y la interposición del recurso.

QUINTO: Expuesto de forma resumida, Tecuni alega:

1.- Quebranto del principio de igualdad en el trato entre los candidatos, pues por una mera cuestión formal se excluyó automáticamente a la UTE Eulen/Iza de la licitación por haber introducido la propuesta económica en el sobre B de documentación relativa a criterios no cuantificables por fórmula, quedando excluida de la licitación sin que tuviera una segunda oportunidad para enmendar su situación y seguir en el procedimiento de contratación. Por el contrario, Heldu que presentó una proposición presuntamente desproporcional o anormal sí tuvo una segunda oportunidad porque tras dársele audiencia para que aportara las justificaciones o aclaraciones del artículo 152 del TRLCSP, y ver que las aportadas no eran suficientes, se le dio una nueva oportunidad para que facilitara documentación y justificación suficiente. Al no haber justificado debidamente dentro del plazo conferido su oferta debería de haber sido excluida de la clasificación automáticamente. Al ser nula la adjudicación efectuada al Eldu, se debe acordar la adjudicación a Tecuni por ser la proposición económicamente más ventajosa, según la clasificación realizada por el órgano de contratación.

2.- Considera insuficientes las explicaciones y justificaciones de Eldu que en ningún caso pueden determinar la posibilidad de cumplimiento de la oferta por inclusión de valores totalmente desproporcionados.

Alude a que según el pliego de condiciones el porcentaje de baja referido a los mantenimientos A1 y A2 no podía ser superior al 10% sobre el tipo de licitación, y que no se detallaron los costes del servicio, tal y como había solicitado el órgano de contratación.

Detalla los porcentajes sobre el presupuesto que Heldu ha rebajado en cada uno de los apartados de la oferta económica:

.- A-1mantenimiento de instalaciones eléctricas, un 17% del presupuesto.
.- A-2 ascensores y escaleras mecánicas, un 68,98 % del presupuesto.
.- A-3 precios unitarios de mantenimiento correctivo, un 24% sobre la baja media.

Insiste en que si se toman los dos conceptos básicos del contrato –instalaciones eléctricas y ascensores- la rebaja conjunta supone un 58% del presupuesto. Justifica cuanto dice con los siguientes argumentos:

.- Que la empresa subcontratista del apartado de escaleras y ascensores mecánicos hace constar que su modalidad de servicio incluye una visita diaria de las instalaciones comprobando su funcionamiento. Considera que sobre la base del número de elevadores, montacargas, etc., tiempo de desplazamiento y comprobación, y número de días de mantenimiento arroja una cifra de 704 horas año, que multiplicado por el valor hora establecido por Eldu de 47,12 € se obtiene una cantidad de 33.172,50 €.

.- En el capítulo de mejoras propuestas sin coste alguno para Bilbao Zerbitzuak se detallan mejoras por valor de 60.268,00, IVA excluido, que no se encuentran justificadas en ninguna parte.

.- En la justificación de Eldu el establecimiento del precio de horas normales sobrepasa con creces los 9.000,00 € que son los que le quedan para poder realizar todas las operaciones.

3.- El artículo 152 del TRLCSP establece que debe solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente, y que del examen del expediente se constata que:

.- No hay informe técnico, ni asesoramiento que justifique la baja desproporcionada. Estima que el informe del Director Gerente de Bilbao Zerbitzuak no puede suplir el asesoramiento técnico necesario. Afirma que el firmante no tiene la titulación técnica de ingeniero industrial o similar, ni formación en ascensores y escaleras mecánicas, que le permitan conocer las necesidades técnicas y valorar la realidad de la proposición de cada una de las empresas ofertantes. Entiende que la sola falta del requisito del informe técnico invalida la adjudicación.

.- Tampoco justifica Eldu la existencia de las condiciones excepcionalmente favorables de que dispone para llevar a cabo la prestación del servicio, ni la originalidad de las prestaciones, como menciona el artículo 152.3 del TRLCSP.

Solicita que se anule la Resolución que adjudica el servicio a Eldu, se le excluya de la licitación y se acuerde la adjudicación a favor de Tecuni por ser la proposición más ventajosa de acuerdo con el orden de clasificación de las empresas licitadoras.

SEXTO: Por su parte, Eldu contrarresta las afirmaciones del recurrente afirmado que:

.- El órgano de contratación ostenta la denominada discrecionalidad técnica en el desarrollo del cometido de valoración de todas las proposiciones ofertadas en la licitación. El recurrente no prueba ni justifica las alegaciones vertidas contra la adjudicación del contrato.

.- Eldu ha efectuado la justificación exigida en el artículo 152 del TRLCSP para justificar que su oferta no es desproporcionada.

.- Los precios ofertados según el Anexo III, que corresponden a las prestaciones del mantenimiento correctivo, la baja de Eldu es de 1,54% sobre los 40.000 € anuales.

.- Ha presentado su oferta-técnico económica en base a un estudio de las necesidades de los centros en los que se iba a prestar el servicio y siempre teniendo en cuenta la normativa vigente en cada uno de los apartados de aplicación.

.- Es cierto que el subcontratista del apartado de escaleras y ascensores mecánicos dice que su propuesta incluye visitas diarias a primera hora del día de las instalaciones comprobando el estado de funcionamiento de las mismas. Sin embargo en el plan de mantenimiento, donde quedan desglosadas las operaciones y periodicidades del servicio, únicamente queda constancia de 12 inspecciones mensuales.

.- Frente al importe de las mejoras, que el recurrente manifiesta forman parte del precio ofertado, afirma que el importe del servicio únicamente hace referencia a los trabajos solicitados, y que el montante de las mejoras es la valoración que Eldu da estos servicios adicionales y no el coste que suponen.

.- Algunos equipos tienen 2 años de antigüedad y otros no llega ni al año. Este hecho es importante en el caso del mantenimiento de ascensores, que al ser un todo riesgo incluye tanto el mantenimiento preventivo como el correctivo con repuestos, que es menor en caso de equipamiento nuevo.

Solicita que se acuerde la desestimación del recurso especial en materia de contratación interpuesto por Tecuni.

SÉPTIMO: Bilbao Zerbitzuak, en el informe que acompaña con la remisión del expediente de contratación, rebate los argumentos de recurrente afirmando que:

.- La UTE Eulen-Iza comete un error en la denominación de los sobres de su propuesta. Este error supuso que su oferta económica quedara en conocimiento de todos los participantes, desvirtuando el procedimiento de apertura separada de sobres.

Este caso nada tiene que ver con el de Eldu, a quien se le requiere que justifique su oferta por entrar ésta dentro de los baremos establecidos para la presunción de oferta desproporcionada. Dado que en un primer momento se entendió que no había aportado un análisis numérico de su oferta, se le solicitó que precisase este extremo concediéndolo un nuevo plazo.

.- El recurrente emite un juicio de valor ante unos porcentajes de baja elevados que superan las condiciones de baja desproporcionada establecidos en el pliego de condiciones. Considera que no es posible hacer la traducción que realiza el recurrente identificando porcentaje de baja con imposibilidad de cumplir con la oferta realizada. El pliego establece un umbral a partir del cual se genera una presunción de que la baja es desproporcionada, pero esta

presunción puede destruirse a través del procedimiento previsto en el artículo 152 del TRLCSP.

Una vez analizadas las justificaciones presentadas, Bilbao Zerbitzuak concluye que el análisis de costes es correcto y que su oferta económica puede ser cumplida.

.- Como justificación de su pretensión, el recurrente realiza dos referencias técnicas concretas que extrapola a la totalidad del contrato.

En primer lugar se refiere la capítulo de mantenimiento de medios de elevación y más concretamente a la visita diaria establecida por Eldu en su oferta, cuya estimación alcanza una cuantía de 704 horas. Esta visita diaria está establecida en el Anexo I, documentación de principales empresas subcontratistas, en el punto 1.3 de frecuencia y operaciones de mantenimiento preventivo. Afirma que en dicho punto la oferta cita textualmente que «Las unidades objeto del presente contrato tendrán una revisión mensual.» Considera que la oferta de revisión de Eldu es mensual, y que diariamente un técnico se encargará de que los elementos estén en correcto funcionamiento, aunque ese día no corresponda su revisión, realizando un mantenimiento correctivo si fuese necesario. Además, justifica su oferta a través de dos informe complementarios de forma extensa y detallada, mientras que el recurrente lo hace con un cálculo estimativo aplicado únicamente a una parte de los trabajos a realizar.

En segundo lugar, la mejoras están valoradas en términos de precio venta, aunque tengan un coste de realización a asignar al contrato prácticamente nulo, por estar contempladas de forma genérica en la estructura de costes del ofertante.

.- En cuanto al asesoramiento del servicio técnico correspondiente del artículo 152.3 del TLCSP, considera Bilbao Zerbitzuak que para analizar los detalles y las justificaciones realizados por Eldu sobre su oferta no hay que ser un técnico especialista en ascensores y escalera mecánicas, máxime cuando la especialización que reclama el recurrente como necesaria corresponde a unos elementos que son objeto de subcontratación.

Solicita la desestimación del recurso por no portar ninguna argumentación ni documentación que refleje que es imposible para el adjudicatario cumplir con su oferta.

OCTAVO: El primero de los motivos de impugnación versa sobre la infracción del principio de igualdad en el procedimiento de adjudicación del contrato por haberse concedido al licitador cuya oferta estaba incursa en valores anormales o desproporcionados una segunda oportunidad para justificar la viabilidad de su oferta.

El procedimiento para verificar si una oferta se halla incursa en valores anormales o desproporcionados se establece en el artículo 152.3 del TRLCSP y se inicia con el trámite de audiencia al licitador. Es de señalar que este acto de instrucción se ha de regir por el principio de contradicción (art. 85.3 LRJPAC), que requiere que el particular afectado pueda ejercitar su derecho a ser oído.

Asimismo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al interpretar el contenido del artículo 55 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, cuyo contenido se ha transpuesto a la legislación interna a través del artículo 152.3 del TRLCSP, pone de manifiesto que el legislador de la Unión Europea ha querido obligar al poder adjudicador a verificar la composición de las ofertas anormalmente bajas, imponiéndole igualmente la obligación de solicitar a los candidatos que aporten las justificaciones necesarias para demostrar que dichas ofertas son serias. Esta jurisprudencia considera que la existencia de un debate contradictorio efectivo entre el poder adjudicador y el candidato, en una fase adecuada del procedimiento de examen de las ofertas, a fin de que éste pueda probar que su oferta es seria, constituye una exigencia de la Directiva 2004/18 y que el efecto útil del artículo 55, apartado 1, de la Directiva 2004/18 (LCEur 2004, 1837) exige que recaiga en el poder adjudicador la obligación de formular claramente la petición dirigida a los candidatos afectados para que éstos puedan justificar plena y oportunamente la seriedad de sus ofertas (STJUE de 29 de marzo de 2012, Caso SAG ELV Slovensko y otros, C-599/10, apartados 28, 29 y 31).

De lo referido se concluye que identificada una oferta como anormal o desproporcionada el poder adjudicador está obligado a verificar la seriedad de la misma mediante el inicio de un procedimiento contradictorio en el que forzosamente se deberá dar audiencia al licitador o licitadores cuya oferta contenga valores que se hayan identificado como anormales o desproporcionados. Este procedimiento se completará con la valoración de la pertenencia de las explicaciones facilitadas por los interesados para, finalmente, tomar la decisión de admitir o rechazar estas ofertas (STJUE de 27 de noviembre de 2001, Ass. Impresa Lombardini).

En este sentido, es lógico y deseable que el poder adjudicador pueda solicitar aclaraciones o justificaciones adicionales si considera que alguna de las justificaciones o las explicaciones sobre la composición de la oferta inicialmente aportadas requieren de mayor concreción todo ello al objeto de valorar la pertinencia de las justificaciones aportadas.

No se puede aceptar la alegación basada en el quebrantamiento del principio de igualdad por otorgarse un supuesto trato favorable a la adjudicataria durante la tramitación del procedimiento descrito en el artículo 152.3 TRLCSP en comparación con la sanción de exclusión, por meras cuestiones formales, que sufrió otra oferta (distinta a la del recurrente y que no ha sido objeto de recurso especial) pues, como bien es sabido, el Tribunal Constitucional ha definido el

principio de igualdad como la prohibición de toda diferencia de trato que carezca de una justificación objetiva y razonable estableciendo también los criterios o elementos que permiten distinguir entre una diferencia de trato justificada y otra discriminatoria y, por tanto, constitucionalmente inadmisible, entre los que se encuentra la desigualdad de los supuestos de hecho. Es tan evidente y palmario que no se puede basar el quebrantamiento del principio de igualdad en supuestos de hecho tan diferentes a los alegados, que no se considera procedente realizar ninguna argumentación adicional al respecto más que la de señalar al recurrente que todo licitador medianamente informado debiera conocer las distintas fases del procedimiento de adjudicación del contrato al que licita y cuyos pliegos acata (pues no han sido impugnados), razones todas ellas que llevan a desestimar este motivo de impugnación.

NOVENO: El segundo motivo muestra su disconformidad con las explicaciones y justificaciones aportadas por la adjudicataria en orden a justificar la seriedad de su oferta.

A este respecto, se observa que los reproches efectuados tienen por objeto revisar los criterios discrecionales utilizados por el poder adjudicador y sustituirlos por otros que sean más favorables al recurrente. Según una reiteradísima jurisprudencia, seguida por el TACRC (ver, por ejemplo, la Resolución 36/2013), tal cosa supondría exceder las funciones propias de este órgano resolutorio, que únicamente puede controlar los aspectos jurídicos de la adjudicación (motivación suficiente, inexistencia de discriminación o arbitrariedad, respeto a los pliegos y a los principios generales de la contratación, p.ej.). Dado que no se observa ninguna infracción comprendida en ese ámbito, único en el que este Órgano puede entrar, el motivo debe ser desestimado.

Plantea como cuestión final que el informe del Director Gerente de Bilbao Serbitzuak, que es quien suscribe el informe técnico que concluye que es posible cumplir con la oferta realizada (folios 137 a 140 del expediente remitido), no puede suplir el asesoramiento técnico del servicio correspondiente a que se refiere el artículo 152.3 TRLCSP por no ser órgano competente y carecer de la titulación técnica suficiente para ser considerado especialista en ascensores y escaleras mecánicas.

Cabe señalar, en primer lugar, que el órgano de contratación del citado contrato es el Presidente de la entidad pública empresarial local y que quien firma el informe ostenta el cargo de Director Gerente por lo que no concurren en la misma persona, tal y como da a entender el recurrente, las funciones de órgano de contratación y de órgano de asesoramiento técnico. En cuanto a la pericia profesional del firmante, cabe indicar que el TRLCSP no indica nada en lo que respecta a la cualificación profesional de quien realice el asesoramiento técnico, desprendiéndose del texto legal, únicamente, que quien lo realice debe tener conocimientos de la materia, los cuales pueden ser adquiridos de diversas maneras y, en este sentido, cabe indicar que, conforme al artículo

17.f) de los Estatutos de la entidad, el Director Gerente ostenta la jefatura superior de todos los servicios, obras y dependencias. Asimismo, cabe indicar que el objeto del contrato no versa únicamente sobre el mantenimiento de ascensores y escaleras mecánicas sino también sobre el mantenimiento de instalaciones eléctricas, puertas automáticas y bombas de achique.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava del a Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales del a Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial interpuesto por Tecuni, S.A. en el expediente de contratación del "Servicio de conservación y mantenimiento de las instalaciones eléctricas, ascensores, elevadores, escaleras mecánicas, puertas automáticas, persianas eléctricas y bombas de achique de Bilbao Zerbitzuak-Servicios".

SEGUNDO: 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 del TRLCSP.

TERCERO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2013ko azaroaren 11
Vitoria-Gasteiz, 11 de noviembre de 2013