

RECURSO N° 7/2016
RESOLUCIÓN N° 8/2016

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
DEL AYUNTAMIENTO DE SEVILLA**

En Sevilla, a 19 de Mayo de 2016.

Visto el recurso interpuesto por D. José Miguel Presa Liébana, con D.N.I. 28.933.331-K, en nombre y representación de la sociedad ISTEM, S.L., contra acuerdo de la Excm. Junta de Gobierno de la ciudad de Sevilla de 22 de abril de 2016, por el que se adjudicó a la empresa OHL SERVICIOS- INGESAN, S.A., el contrato para el “Servicio de Mantenimiento Preventivo y Correctivo de las Instalaciones de Climatización y Agua Caliente Sanitaria en los Edificios Municipales de Sevilla”, S.A. (Expte. 2015/1128 del Servicio Administrativo de Edificios Municipales), este Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El Ayuntamiento de Sevilla (Servicio Administrativo de Edificios Municipales), publicó en BOE nº 999, de 27 de octubre de 2015 (Fecha envío DOUE: 15/10/2015; Perfil 2839/15) anuncio de licitación para contratar el “Servicio de Mantenimiento Preventivo y Correctivo de las Instalaciones de Climatización y Agua Caliente Sanitaria en los Edificios Municipales de Sevilla” mediante procedimiento abierto. El importe del Valor estimado del contrato es de 1.079.040,00 €, IVA excluido.

SEGUNDO: Según el informe emitido por el Registro General de este Ayuntamiento de fecha 30 de noviembre de 2015, se presentaron a la licitación las siguientes empresas:

- PROYECTOS Y MONTAJES INGEMONT, S.A.
- ELSAMEX, S.A.
- TECNOCONTROL SERVICIOS, S.A.
- UTE PLAZA SISTEMAS, S.L.- INSTALACIONES NEGRATÍN, S.L.

- IMTECH SPAIN, S.L.
- ISTEM, S.L.
- IMESAPI, S.A.
- OHL SERVICIOS- INGESAN
- MONCOBRA, S.A.
- CLECE, S.A.
- EMTE SERVICE, S.A.U.
- PROYECTOS Y MONTAJES INGEMONT, S.A.
- ELECTRODIMAR, S.L.
- GENERA QUATRO, S.L.

TERCERO: Por acuerdo de la Excm. Junta de Gobierno de la ciudad de Sevilla de 22 de abril de 2016, se adjudicó el referido contrato a la entidad OHL SERVICIOS-INGESAN, S.A.

CUARTO: La licitación se ha llevado a cabo con los trámites establecidos en la Ley de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo LCSP), cuyo texto refundido (TRLCSPP) se aprobó por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y en los Reales Decretos 817/2009, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP y 1098/2001, por el que aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

QUINTO: Con fecha 5 de mayo de 2016 se presenta por el recurrente escrito en el Registro General de este Ayuntamiento en el que anuncia la interposición del recurso especial en materia de contratación.

SEXTO: Con fecha 10 de mayo de 2016 se presentó el anunciado recurso.

SÉPTIMO: Por el Servicio Administrativo de Edificios Municipales se notificó la interposición del recurso a los interesados concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para que formularan las alegaciones que estimasen convenientes a su derecho.

OCTAVO: No se han presentado alegaciones en el plazo concedido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Este Tribunal resulta competente para pronunciarse sobre las alegaciones presentadas, de conformidad con lo establecido en el art. 41.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP) aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, y con el acuerdo del Excmo. Ayuntamiento Pleno del Ayuntamiento de Sevilla de 25 de mayo de 2012 por el que se crea este Tribunal.

Sin embargo, existe un límite a la competencia de este Tribunal respecto de la pretensión planteada por la recurrente, que pide que este Tribunal declare la adjudicación del contrato a su favor. Este Tribunal tiene una función revisora de los actos recurridos, en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad, en cuyo caso tendría que proceder a anular el acto y que se retrotraigan las actuaciones al momento anterior al que el vicio se produjo, pero sin que el Tribunal pueda sustituir la competencia del órgano de contratación, único al que corresponde dictar el acto de adjudicación.

SEGUNDO: El recurso se ha presentado dentro del plazo establecido en el art. 44.2.a) del TRLCSP.

TERCERO: Se trata de un acto susceptible de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido en el art. 40.2.c) del TRLCSP.

CUARTO: El recurrente ostenta legitimación para la interposición del recurso, dada su condición de licitador en el procedimiento de adjudicación de acuerdo con el art. 43 del TRLCSP.

QUINTO: En el recurso se solicita que se dicte resolución estimatoria del mismo y se anule la adjudicación efectuada a la empresa OHL SERVICIOS- INGESAN, S.A. procediéndose a la adjudicación a la empresa ISTEM, S.L.

SEXTO: Entrando en el fondo del recurso, el recurrente esgrime, en síntesis, los siguientes argumentos:

- Ausencia de motivación del acto de adjudicación al no haberse justificado la separación del acuerdo de la Mesa de Contratación respecto del informe técnico.
- Incumplimiento del Pliego de Prescripciones Técnicas de la oferta de la empresa adjudicataria.

Además de estos dos argumentos, también se plantea en el recurso la cuestión relativa al acceso a la documentación justificativa de la baja desproporcionada aportada por la empresa OHL SERVICIOS- INGESAN, S.A.

Esta fue declarada confidencial por acuerdo de la Excma. Junta de Gobierno de 4 de marzo de 2016, tal como lo había hecho previamente la citada empresa. En el mismo se acordó dar vista del resto de documentos del expediente atendiendo así la petición formulada por la empresa ISTEM, S.L. respetando, en todo caso, los principios de confidencialidad y publicidad que presiden la contratación pública.

A la vista de la petición referida, con fecha 24 de febrero de 2016, le fueron trasladadas copias de los informes técnicos emitidos por el Servicio Técnico de Edificios Municipales. En concreto:

- Informe técnico de valoración de las ofertas (21/12/2015)
- Informe técnico sobre justificación de las ofertas desproporcionadas (11/01/2016)
- Informe técnico complementario al anterior (04/02/2016)
- Informe técnico propuesta de clasificación (10/02/2016)

El recurrente considera que esta declaración de confidencialidad de la documentación aportada por la adjudicataria le sitúa en una grave indefensión. Manifiesta que ha interpuesto un recurso de reposición, aún pendiente de resolución.

Pese a ello, manifiesta el recurrente que ha realizado un análisis técnico de la oferta que le ha permitido concluir que la viabilidad de la oferta no se encuentra justificada.

Queda constancia en el expediente de contratación que nos ocupa, y, así se pone de manifiesto en el informe emitido por la Jefe de Servicio Administrativo de Edificios Municipales de este Ayuntamiento, con fecha 18/05/2016, “... *que la oferta tanto del adjudicatario como del resto de licitadores ha sido conocida por todos los interesados a través de los actos públicos que ha celebrado la Mesa de Contratación, así como de las publicaciones efectuadas a través del Perfil del Contratante de este Ayuntamiento. Igualmente, se han facilitado los informes técnicos obrantes en el expediente cuando han sido solicitados por interesados legítimos en el procedimiento.*

Cuestión distinta es la relativa a facilitar a los licitadores la documentación que una empresa, cuya oferta incurre en baja anormal o desproporcionada ha presentado para justificar su oferta, y que incluye las políticas comerciales y los estudios de costes y gastos propios de la empresa que motivan el precio ofertado. Respecto a esta cuestión, la empresa afectada OHL SERVICIOS- INGESAN, S.A., ha declarado confidencial la documentación relativa a la justificación de la oferta...”

En el informe complementario emitido por el Jefe de Servicio de la Oficina Técnica de Edificios Municipales, con fecha 04/02/2016, del cual se dio traslado al recurrente, se lleva a cabo un análisis pormenorizado sobre la documentación para la justificación de la baja desproporcionada aportada por la empresa OHL SERVICIOS- INGESAN, S.A., por lo que no cabe entender que el recurrente se haya encontrado en una situación de grave indensión que le haya impedido tener los datos necesarios para formular el recurso que nos ocupa. En todo caso, tal documentación es susceptible de que se le otorgue carácter confidencial, al estar vinculada a los conocimientos técnicos, los métodos de evaluación de costes, o la estructura de costes y precios, conceptos todos ellos que son citados como ejemplo de secreto comercial en el apartado 3.2.1 de la Comunicación Europea de 22 de diciembre de 2005 relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión (DOUE de 22 de diciembre de 2005) que constituye una referencia válida a la hora de tratar de definir el alcance del concepto de

confidencialidad. Esta es la tesis sostenida por el Tribunal Central de Recursos Contractuales en resolución nº 292/2016.

Volviendo a los dos argumentos del recurso, vamos a analizar el referido a la ausencia de motivación del acto de adjudicación al no haberse justificado la separación del acuerdo de la Mesa de Contratación del informe técnico.

La primera cuestión es considerar si el órgano de contratación puede apartarse del informe de asesoramiento técnico emitido sobre la oferta de la adjudicataria. Tenemos que hacer referencia aquí a la resolución nº 931 de 2015 de 9 de octubre del Tribunal Central de Recursos Contractuales, que, a su vez, alude a la 56/2011: *“la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde al órgano de contratación sopesando las características y 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.”*

En igual sentido se ha pronunciado el TACP Madrid en resoluciones 201/2013, 192/2013, 136/2013, 64/2013, 55/2013, 43/2013, al indicar que *“Hay que tener en cuenta que según lo dispuesto en el apartado 4 del citado art. del TRLCSP corresponde al órgano de contratación “considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior” estimar si la oferta puede ser o no cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. De acuerdo con ello, es imprescindible que el informe de los servicios técnicos esté suficientemente motivado, a los efectos de que la Mesa de contratación primero, en su propuesta, y el órgano de contratación después, puedan razonar o fundar su decisión. El mismo adoptará la decisión sopesando las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y los informes emitidos por los servicios técnicos, pero ni unas ni los otros tienen carácter vinculante para el mismo. En este momento procedimental, cumpliéndose con el requisito de contar con el asesoramiento motivado, la decisión corresponde al órgano de contratación.”*

En el acuerdo 5/2013 del TACP de Aragón también se indicaba que *“... en definitiva 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. Esto no significa libertad del órgano de contratación para admitir sin más una oferta incurrida en anormalidad, exigiéndose un informe técnico detallado que, sobre lo alegado por el licitador, ponga de relieve que esta anormalidad de la oferta no afectará a la ejecución del contrato y que, en ella, tampoco hay prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas de forma expresa- lógicamente- por el TRLCSP. En consecuencia, la decisión de aceptación no debe reproducir sin más el informe del licitador interesado, y debe responder a parámetros de razonabilidad y racionalidad. (...) tres actuaciones básicas: audiencia al licitador para que justifique su oferta o proposición; asesoramiento técnico adecuado (que se traducirá en el informe pericial, o cuantos informes sean necesarios, sobre la justificación de la proposición, que acredite la razonabilidad y racionalidad de cuanto se ha justificado por el licitador); y resolución motivada (en base al informe pericial) del órgano de contratación. El asesoramiento técnico, en consecuencia, es imprescindible y fundamental para resolver adecuadamente acerca de la viabilidad y acierto de la proposición en los términos en que fue presentada al procedimiento licitatorio”.

La resolución del TCRC concluye que resulta evidente que el órgano de contratación puede apartarse del informe técnico.

En la contratación que nos ocupa, se ha seguido lo establecido en el art. 152 apartados 3 y 4 del TRLCSP. Por ello, considera este Tribunal que se ha utilizado el procedimiento correcto; se ha recabado información complementaria al licitador y se ha emitido el informe correspondiente sobre la misma.

El recurrente en ningún momento aporta argumentos que demuestren que la oferta de la adjudicataria no se puede cumplir.

La Mesa de Contratación en sesión celebrada el 11 de febrero de 2016, resolvió: “Considerar justificada y, por tanto, admitida a licitación, la oferta presentada por la empresa OHL SERVICIOS- INGESAN, S.A. ya que aunque la justificación no es

exhaustiva y detallada en todos sus aspectos se considera que argumenta adecuadamente que es viable el cumplimiento.”

En relación a la falta de motivación del acuerdo, el Tribunal Central de Recursos Contractuales, en resolución nº 931/2015, en la que hace referencia también a otras como 215/2015 y 165/2014 afirma: *“que la motivación no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente, así como su extensión de amplitud bastante para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto para poder defender sus derechos e intereses, pudiendo ser los motivos de hecho y de derecho sucintos siempre que sean suficientes, ...”*

A mayor abundamiento, otra resolución del Tribunal Central de Contratación, 292/2016 de 22 de abril, en relación con la justificación de la viabilidad de las ofertas económicas incursas en presunción de temeridad ...”*considera que el hecho de que una oferta incluya valores anormales o desproporcionados no implica su exclusión automática de la licitación, sino la necesidad de dar audiencia al contratista para que justifique su viabilidad económica, y de recabar los asesoramientos técnicos procedentes. La decisión sobre la aceptación o no de la oferta debe atender a los elementos de la proposición y a las concretas circunstancias de la empresa licitadora, y valorar las alegaciones del contratista y los informes técnicos emitidos, ninguno de los cuales tiene carácter vinculante.*

La adjudicataria basa la justificación de su oferta económica en su experiencia de gestión en centros análogos de la Generalitat Valenciana, en la escasa entidad de la baja propuesta respecto al umbral de temeridad y en las ventajas derivadas de la gestión centralizada de compras y mantenimiento. El informe del servicio técnico destacó que, en el desglose de gastos presentado, los destinados a mantenimiento podían resultar insuficientes, y que el coste de alimentación por persona/día, implícito en su oferta, también resultaba insuficiente para cubrir las prescripciones técnicas establecidas. La mesa de contratación, por el contrario, asumió la justificación presentada, dada la escasa entidad de la baja, la experiencia de la empresa en otros centros y la buena gestión de los mismos y propuso su aceptación, refrendada por el órgano de contratación.

Como hemos señalado en numerosas resoluciones, la finalidad de la legislación de contratos es que se siga un procedimiento contradictorio para evitar rechazar las ofertas con valores anormales o desproporcionados sin verificar antes su viabilidad. No se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo. Y obviamente, tales argumentos o justificaciones deberán ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta.

En fin, como hemos reiterado también en diversas resoluciones (también en la Resolución 513/2015, citada) en caso de exclusión de una oferta incurso en presunción de temeridad es exigible que se fundamenten los motivos que justifiquen tal exclusión mediante una resolución “reforzada”. Por el contrario, en caso de conformidad, no se requiere que se expliciten de manera exhaustiva los motivos de aceptación.

Como también señala la nueva Directiva sobre contratación pública (Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero), en su artículo 69.3, “El poder adjudicador evaluará la información proporcionada consultando al licitador. Sólo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos...” En este caso, la mesa de contratación ha discrepado del informe técnico y motivado sus diferencias de criterio y ha concluido que los documentos aportados por el licitador explican satisfactoriamente el bajo nivel de los costes propuestos.

A la vista de todas estas manifestaciones el Tribunal entiende que se ha seguido el procedimiento establecido para verificar la viabilidad de la oferta adjudicataria y no se advierte arbitrariedad alguna en la aceptación de la misma por el órgano de contratación.”

De acuerdo con todo lo expuesto, a juicio de este Tribunal, no ha existido arbitrariedad, error material o discriminación en la actuación del órgano de contratación, encontrándose plenamente justificada la decisión de la Mesa de Contratación de apartarse de los citados informes, por lo que no procede admitir el argumento que estamos analizando.

En cuanto al segundo de los argumentos, incumplimiento del Pliego de Prescripciones Técnicas de la oferta de la empresa adjudicataria, el recurrente considera que debía haberse excluido por incumplir manifiestamente los requisitos expresamente previstos en el mismo sobre experiencia mínima del personal de mantenimiento.

En el apartado 4.1 del PPT, se definen los medios humanos y materiales del contrato, y dice así:

“Para el correcto desarrollo del servicio de mantenimiento preventivo la empresa adjudicataria designará de entre los miembros de su plantilla, contratada a tiempo completo, al siguiente personal para la realización de este servicio, como mínimo: Dos OFICIALES de 1º de Mantenimiento, (con cinco años de experiencia en servicios de mantenimiento) en posesión del Carnet de Mantenedor tipo B expedido por una Comunidad Autónoma según el R.I.T.E. y del Carnet de Manipulador de Gases Fluorados, sin límite de carga, Dos oficiales de 1º de Mantenimiento Equipos de climatización, Vehículos tipo furgonetas, totalmente equipadas, en el número necesario para la prestación del servicio y Sistemas de comunicación SMARTPHONE/PDA.

Para el correcto desarrollo del servicio de mantenimiento correctivo la empresa adjudicataria designará de entre los miembros de su plantilla al número de equipos necesarios formado por: un OFICIALES de 1º de Mantenimiento, (con cinco años de experiencia en servicios de mantenimiento) en posesión del Carnet de Mantenedor trip B expedido por una Comunidad Autónoma según el R.I.T.E. y del Carnet de Manipulador de Gases Fluorados, sin límite de carga, un oficial de 1º de Mantenimiento Equipos de climatización, Vehículos tipo furgonetas, totalmente equipadas y sistemas de comunicación SMARTPHONE/PDA, que corresponda para poder atender los avisos de averías, teniendo que reforzarlo en su caso, en los meses de máxima incidencia de los avisos de avería: Enero, Febrero, Junio, Julio, Agosto y Diciembre, al objeto del cumplimiento de los tiempos de repuesta establecidos en el PPT. A estas labores de mantenimiento correctivo, también se sumarán el personal de mantenimiento preventivo, cuando sea necesario, siempre que no mermen las labores de mantenimiento preventivo recogidos en el PPT. La empresa adjudicataria deberá comunicar a la Administración en el plazo máximo de diez días desde la firma del contrato y cuando se produjera alguna modificación del personal, la relación del

personal que se utilizará. Dicho personal estarán al corriente de pagos en la Seguridad Social y equipados con la ropa de trabajo y prendas de protección personal requerida por las Normas de Seguridad e Higiene en el trabajo y acreditará su experiencia en el mantenimiento y reparación de las instalaciones similares al objeto de este contrato, mediante la entrega de los currículos del citado personal al Director del Contrato para su aprobación, junto con la documentación que acredite que cumple con las condiciones solicitadas para el personal adscrito al contrato (carnets, etc...),”

Según el informe del Servicio Administrativo de Edificios Municipales, al que anteriormente hemos aludido, *“la obligación de designar a los encargados de la ejecución del contrato no se ha producido a fecha de hoy, pues ha quedado suspendida la formalización del contrato, a consecuencia de los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por las empresas ISTEM, S.L. y GENERA QUATRO, S.L., en aplicación de lo dispuesto en el art. 45 del TRLCSP.*

En consecuencia, a la fecha de interposición del recurso, no puede manifestarse que se ha producido un incumplimiento de las prescripciones del contrato por no haber adscrito a la ejecución el personal con la antigüedad requerida, al no haberse producido aún, la obligación de determinar específicamente y en la forma señalada en los pliegos, los trabajadores que realizarán las distintas prestaciones.”

A la vista de lo anterior, no estaríamos en una situación de incumplimiento de los PPT, por lo que también habría que rechazar este argumento.

Por todo ello, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal **ACUERDA:**

PRIMERO: Levantar la suspensión del procedimiento de licitación para la contratación del servicio de mantenimiento preventivo y correctivo de las instalaciones de climatización y agua caliente sanitaria en los edificios municipales de Sevilla (expte. 1128/2015 del Servicio Administrativo de Edificios Municipales) y continuar con la tramitación del expediente instruido al efecto.

SEGUNDO: Desestimar el recurso interpuesto por D. José Miguel Presa Liébana, con D.N.I. 28.933.331-K, en nombre y representación de la sociedad ISTEM, S.L., contra acuerdo de la Excma. Junta de Gobierno de la ciudad de Sevilla de 22 de abril de 2016, por el que se adjudicó a la empresa OHL SERVICIOS- INGESAN, S.A., el contrato para el “Servicio de Mantenimiento Preventivo y Correctivo de las Instalaciones de Climatización y Agua Caliente Sanitaria en los Edificios Municipales de Sevilla”, S.A. (Expte. 2015/1128 del Servicio Administrativo de Edificios Municipales),

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 sanción prevista en el art. 47.5 del TRLCSP.

CUARTO: Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso- administrativo ante la Sala de lo Contencioso- Administrativo en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, conforme a lo dispuesto en el art. 10.1 Letra k) y en el art. 46.1 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.

LA TITULAR DEL TRIBUNAL DE
RECURSOS CONTRACTUALES,
NOSDO
AYUNTAMIENTO DE SEVILLA
Tribunal de Recursos
Contractuales
Dña. Carmen Diz García.