

**RECURSO 175/2022
RESOLUCIÓN 199/2022**

Resolución 199/2022, de 22 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Kapsch Trafficcom Transportation, S.A.U., contra la adjudicación del contrato de suministro e instalación de sistema de control de acceso a la zona de bajas emisiones de la ciudad de Valladolid, expediente nº VS 21_22. Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia-Financiado por la Unión Europea-Next Generation EU.

**II
FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Primero.- Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno de fecha 9 de noviembre de 2022, se adjudica a Tecnologías Viales Aplicadas TEVA, S.L. (en adelante TEVA), el contrato relativo al suministro e instalación de sistema de control de acceso a la zona de bajas emisiones de la ciudad de Valladolid, expediente nº VS 21_22, Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia-Financiado por la Unión Europea-Next Generation EU.

La adjudicación se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 14 de noviembre de 2022.

Valor estimado del contrato 1.205.567 euros.

Consta en el expediente que la empresa recurrente concurrió a la licitación en UTE con la empresa NTT DATA.

Segundo.- El 24 de noviembre tiene entrada en el registro del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, un recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. yyy, en nombre y representación de la mercantil Kapsch Trafficcom Transportation, S.A.U. (en adelante, Kapsch), contra la Resolución de adjudicación del contrato de referencia.

Considera que la empresa adjudicataria ha presentado una oferta de imposible cumplimiento. Sostiene que al no establecer los pliegos límites máximos a las mejoras, la oferta es "desproporcionada y absurda, claramente en contra los criterios de racionalidad". Añade, que no está debidamente motivada la baja anormal o desproporcionada de la oferta, al fundamentarse "en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico y económico" por lo que estima que la adjudicataria debe ser excluida.

Interesa la nulidad de pleno derecho y por ende la anulación de la adjudicación.

Tercero.- El 25 de noviembre se incorpora el recurso al registro de expedientes con el número 175/2022, y se requiere al órgano de contratación para que en el plazo de dos días hábiles remita a este Tribunal el expediente, acompañado del correspondiente informe y de la dirección de correo electrónico de todas las empresas licitadoras interesadas.

Cuarto.- El 5 de diciembre se recibe en el registro de este Tribunal el expediente, así como el informe del órgano de contratación, que considera que procede la desestimación del recurso.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal da traslado del recurso a los restantes licitadores, a fin de que puedan formular las alegaciones que estimen convenientes a su derecho. El 16 de diciembre el adjudicatario ha presentado alegaciones, oponiéndose a la estimación del recurso.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º.- La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en virtud de lo dispuesto en el artículo 46.1 de la LCSP y en el artículo 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

2º.- La recurrente está legitimada para interponer recurso especial en materia de contratación a tenor del artículo 48 de la LCSP y ha acreditado la representación con la que actúa.

El artículo 24.2 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, prevé expresamente que "En el caso de que varias empresas concurren a una licitación bajo el compromiso de constituir unión temporal de empresas para el caso de que resulten adjudicatarias del contrato, cualquiera de ellas podrá interponer el recurso, siempre que sus derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso".

En este sentido, debe citarse la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 4398/2021, de 21 de noviembre de 2021, que cierra la contienda jurisprudencial en la materia al resolver esta "cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia". Esto es, determinar si las entidades que concurren a una licitación con el compromiso de constituir una asociación temporal de empresas, en concreto, una Unión Temporal de Empresas, (que, finalmente, no resulta adjudicataria), ostentan individualmente legitimación activa para ejercitar acciones contra la actuación administrativa desplegada en el procedimiento de contratación.

Sentado lo anterior, el supuesto analizado puede mantenerse la existencia de legitimación de la recurrente para la interposición del recurso, puesto que la mercantil está clasificada en segundo lugar y, su eventual estimación le produciría un beneficio directo e inmediato.

El recurso se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministros con un valor estimado superior, a 100.000 euros, por lo que es susceptible de recurso especial en materia de contratación conforme los artículos 44.1.a) y 44.2.c) de la LCSP.

El recurso se ha interpuesto en el plazo de 10 días naturales previsto en el artículo 58 del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la

Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

3º.- En cuanto al fondo de la cuestión planteada, la solución del recurso exige determinar si la adjudicación del contrato se ajusta al régimen jurídico de la contratación del sector público contenido en la LCSP y normativa de desarrollo, y al pliego de cláusulas administrativas particulares ("PCAP") y el pliego de prescripciones técnicas ("PPT"), que constituyen la ley de contrato, tal como viene afirmando reiteradamente nuestra jurisprudencia. Procede analizar los diversos motivos en los que se fundamenta el recurso presentado.

A) En primer lugar, señala la recurrente que la oferta presentada por la adjudicataria es de imposible cumplimiento. Aduce que los pliegos no prevén límites máximos a las mejoras, extremo que permite presentar una oferta desproporcionada y absurda. Es el caso de las mejoras de la garantía de suministro de componentes del Hardware y del mantenimiento evolutivo de la Plataforma de Gestión.

Se ha de poner de relieve que a pesar de que el recurso se plantea formalmente contra la adjudicación del contrato, lo cierto es que el alegato que nos ocupa se dirige contra el PCAP (cláusula 17.A.1), y el cuadro de características particulares (L.2), acerca de los criterios matemáticos de valoración de la oferta, de modo que en esta impugnación se discute la ausencia de umbrales de saciedad en los criterios de valoración previstos en el pliego.

Sobre este extremo, es conocida la doctrina reiterada de los tribunales de recursos contractuales que consideran que los pliegos son susceptibles de impugnación autónoma y pasan a ser inatacables por la vía del recurso especial, a excepción de la concurrencia de supuestos de nulidad de pleno derecho o cuando los criterios de adjudicación del contrato son incomprensibles o adolecen de cierta oscuridad. En el supuesto examinado, no se alude causa alguna de nulidad de pleno derecho.

Al respecto, en la reciente Resolución 18/2022, de 10 de febrero, este Tribunal indica, "Los pliegos que rigen la licitación constituyen su ley, lo que

implica que los licitadores -que no lo han recurrido- y el órgano de contratación han de asumir su contenido y ajustarse a él en la presentación de proposiciones y en las decisiones que se adopten en el procedimiento de adjudicación.

Sobre esta cuestión, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de marzo de 2015 (asunto eVigilo Ltd) concluye que `el artículo 1, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 89/665 y los artículos 2, 44, apartado 1, y 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18 deben interpretarse en el sentido de que exigen que un derecho de recurso relativo a la legalidad de la licitación sea accesible, tras el vencimiento del plazo previsto por el Derecho nacional, a un licitador razonablemente informado y normalmente diligente que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. Tal recurso podrá interponerse hasta que finalice el plazo de recurso contra la decisión de adjudicación del contrato´.

» Mantiene la citada Sentencia de 12 de marzo de 2015 (asunto C538/13), apartado 57 que `Si del citado examen resulta que las condiciones de la licitación eran efectivamente incomprensibles para el licitador y que se vio en la imposibilidad de interponer un recurso en el plazo previsto por el Derecho nacional, el licitador estará legitimado para interponer un recurso hasta que finalice el plazo previsto para recurrir contra la decisión de adjudicación del contrato`”.

En el supuesto examinado, la mercantil recurrente pudo haber impugnado los pliegos pues ostentaba la información precisa para formular recurso, sin embargo, aceptó los pliegos con la presentación de su proposición y únicamente ha planteado el recurso cuando no ha resultado adjudicataria. Así, los criterios de valoración y su ponderación son claros y conocidos por todos los licitadores, sin que pueda admitirse en su redacción oscuridad o inconcreción que motivase la imposibilidad de mostrar su disconformidad en plazo, máxime cuando como manifiestan tanto el órgano de contratación como el adjudicatario, en la tramitación del procedimiento se planteó una pregunta sobre los cuestionados criterios de valoración y su

relación con las ofertas desproporcionadas, sin que conste en el expediente alegación alguna por parte de la recurrente.

En este sentido el órgano de contratación señala "Tanto las preguntas como las respuestas son públicas en la Plataforma de Contratación del Sector Público, y en consecuencia todos los potenciales licitadores tienen ocasión de conocerlas, al igual que los pliegos del presente contrato, por tanto y si consideraba el recurrente que los criterios de valoración, ahora objeto de recurso, garantía y mantenimiento evolutivo, podían prestarse a maniobras en fraude de ley al posibilitar la presentación de ofertas exageradas e incumplibles a su juicio por no haber sido topados o limitados tuvo la alternativa de impugnarlos. Sin embargo, la configuración de los criterios citados no fue impugnada por nadie lo que determinó su vigencia y el deber de aplicarlos por el órgano de contratación."

Esto es, en el presente caso, el contenido del PCAP y del cuadro de características particulares, es claro respecto a que el único parámetro establecido para apreciar si una oferta se encuentra incurso en presunción de temeridad es el precio. No existe, por consiguiente, ningún otro parámetro que, con relación al resto de los criterios de adjudicación, permita determinar que la oferta de cualquier licitador incurre en presunción de temeridad.

En consecuencia, este argumento ha de ser desestimado.

B) En segundo lugar alega el incumplimiento del artículo 149.4 de la LCSP, porque, a su juicio, la adjudicataria no ha justificado debidamente la baja desproporcionada de la oferta, al sostener que la propiedad intelectual le corresponde a la Administración Local y el mantenimiento evolutivo no puede considerarse como una inversión I+D+I.

La doctrina de los tribunales de recursos contractuales considera que el hecho de que una oferta se encuentre en presunción de anormalidad constituye un mero indicio, sin que en ningún caso pueda dar lugar a su exclusión automática, sino que necesariamente y en todo caso, debe el órgano de contratación iniciar un procedimiento contradictorio, dando audiencia al licitador para que pueda justificar satisfactoriamente el bajo nivel de precios ofertados o de costes propuestos y, por tanto, que es susceptible

de cumplimiento en sus propios términos y solo en caso contrario, cabe el rechazo de la oferta anormalmente baja y la exclusión del licitador oferente. (En este sentido, Resoluciones de este Tribunal 83/2016, de 22 de diciembre, 105/2019, de 18 de julio, o 186/2019, de 5 de diciembre).

El análisis del asunto que se somete a su consideración debe quedar circunscrito a los aspectos formales de la valoración técnica, tales como normas de competencia o procedimiento, la vigilancia de que no se hayan aplicado criterios arbitrarios o discriminatorios (en consonancia con los artículos 1 y 123 de la LCSP -artículos 1 y 139 del TRLCSP) o que no se haya incurrido en error material. Por otro lado, la aplicación de criterios de valoración está excluido de las facultades del Tribunal, pues este Órgano no puede sustituir la decisión sobre el concreto valor atribuido a un aspecto de la oferta por otra, ya que ello supondría sustituir el juicio de un órgano experto competente para ello por el juicio de este Tribunal (Véanse al efecto las Resoluciones de este Tribunal 18/2013, de 8 de octubre o 4/2019, de 31 de enero).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2000 señala que la "discrecionalidad técnica reduce las posibilidades del control de dicha actividad evaluadora, que prácticamente estarán constituidas por estos dos básicos supuestos: el de la inobservancia de los elementos reglados -cuando éstos existan-, y el del error ostensible o manifiesto; y, consiguientemente, deja fuera de ese limitado control posible a aquellas pretensiones de los interesados que solo postulan una evaluación alternativa a la del órgano calificador, pero moviéndose también dentro de ese aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto".

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2012, entre otras, declara que "la discrecionalidad técnica expresada conduce a partir de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. De modo que dicha presunción iuris tantum sólo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, entre otros motivos, por fundarse

en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega. Por ello, la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control jurisdiccional sobre la actividad evaluadora de los órganos de la Administración prácticamente a los supuestos de inobservancia de los elementos reglados del ejercicio de la potestad administrativa y de error ostensible o manifiesto, quedando fuera de ese limitado control aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador, moviéndose dentro del aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto”.

Pues bien, como se ha expuesto la mercantil refiere que las razones que esgrime el adjudicatario con el fin de justificar la baja desproporcionada de la oferta no puede ser aceptada por cuanto la propiedad intelectual pertenece al Ayuntamiento y el mantenimiento evolutivo no puede imputarse al I+D+I.

No obstante, la Mesa de contratación apreció que la oferta de TEVA se encontraba en presunción de temeridad únicamente respecto a la “mejora del mantenimiento evolutivo de la PGI”. Sin embargo, en descuerdo con ello, presentó alegaciones y justificó la viabilidad de su oferta también en ese punto.

Respecto a ello, el órgano de contratación en su informe indica, “El mantenimiento evolutivo de la plataforma es definido por el PPT, 13.4 como las tareas y trabajos que son necesarios abordar para la realización de los nuevos desarrollos y la adaptación o modificación del software que se implemente en la plataforma informática de gestión, como consecuencia de las necesidades de cambio en las funcionalidades de esta motivados por el cambio en las reglas de acceso a la zona de bajas emisiones o por cualquier extremos que el Ayuntamiento de Valladolid considere necesario para la correcta función de la misma.

»En contra de lo que plantea el recurrente, consideramos que en este aspecto no existe incompatibilidad de funcionamiento de la empresa con otros contratos y que nada tiene que ver con los derechos de propiedad intelectual en lo que el recurrente fundamenta su recurso, y que en todo caso corresponden a la Plataforma informática de gestión e información , apartado

8 del PPT, dado que el personal que en su caso pueda adscribir la empresa adjudicataria para el mantenimiento evolutivo de la plataforma no necesariamente deberá ser exclusivo de este servicio, pudiendo pues utilizar su personal en el mantenimiento de varios contratos similares, sin que el salario de este personal deba ser imputado exclusivamente a este contrato.”

Por tanto, a criterio del órgano de contratación el adjudicatario ofrece una justificación óptima, amparada en el tenor del propio PPT. Con todo, parece razonable y suficiente la justificación presentada por el adjudicatario de la baja en la oferta, al referirse a la propia organización que la empresa pueda adoptar en su actividad empresarial, pues el hecho de que el personal que desarrolla el mantenimiento de la plataforma puede ser empleado en la ejecución de otros contratos, permite una disminución de costes.

A mayor abundamiento, el adjudicatario señala “En razón de lo expuesto y por los mismos, estos desarrollos informáticos no pueden considerarse, en su mayor parte, como un gasto directo imputable a cada contrato, sino que son inversiones en I+D+I, o gastos amortizables si se quiere, que pasan a formar parte del activo de la empresa y son amortizables según el plan contable (4 años en el caso de nuestra empresa) de tal manera que se difiere el reconocimiento total del costo en nuestro balance.”

En este contexto, el órgano de contratación manifiesta, “Por otra parte, TEVA, argumenta, que el consumo total de la bolsa de horas de mejora de mantenimiento evolutivo de la PGI ofertado, es perfectamente asumible y que aún en el caso de que supusiera un riesgo económico cierto, lo considera estratégico para su posicionamiento en el mercado, hasta el punto de renunciar a beneficio alguno o incluso a incurrir en pérdidas. En este aspecto la cláusula administrativa 20.6 del PCAP que rigen el presente contrato establece expresamente que: Será admitida como justificación de la oferta desproporcionada la renuncia del licitador a obtener beneficios en este contrato, incluso a incurrir en pérdidas controladas y cubiertas con resultados positivos y acreditados a la empresa en el resto de su actividad, como estrategia comercial para posicionarse en el mercado”.

Con todo, la justificación ofrecida por el adjudicatario y aceptada por el órgano de contratación parece razonable y por tanto la propuesta

planteada es viable de forma que permite al adjudicatario la realización de las prestaciones objeto del contrato.

Conforme a lo expuesto, este motivo no puede prosperar.

C) Relacionado con el apartado anterior, manifiesta la recurrente que a la adjudicataria le "saldría más rentable perder la garantía definitiva que ejecutar estas obligaciones contractuales, una vez cobrada el 100% del contrato (que es previo al comienzo del mantenimiento evolutivo y de los 2 años de garantía del proyecto)".

Así, indica que "Teniendo en cuenta que la Garantía (Aval) Definitiva que debe depositar TEVA es de 118.676,01€ que es el 10% del importe de adjudicación, (esto es 1.186.760,15€), podría darse la paradoja de que durante la ejecución del contrato la empresa adjudicataria una vez recepcionada la Obra y cobrado el 100% del importe de la misma, renunciase a llevar a cabo sus obligaciones contractuales posteriores (...)".

Esto es, que no realizara:

"(...) el mantenimiento evolutivo, que TEVA valora en su justificación por importe de 684.006,56€, desglosados de la siguiente forma: 116.526,69€ imputados directamente al proyecto, más 567.479,87€ imputados a sus gastos generales de I+D+i".

»- La garantía de todo el proyecto una vez finalizado el mismo: 2 años a partir de la entrega definitiva de la plataforma (PGI), según pliego de condiciones CCP Letra U.

»- El mantenimiento Hardware al que TEVA se comprometió durante 25 años".

En su informe el órgano de contratación refuta tal observación, advirtiendo que "(...) hay que tener en cuenta que, al ser considerada oferta desproporcionada, la fianza se ha fijado en el doble, un 10% sobre el valor de adjudicación y dado que este es un contrato de suministro, es habitual el abono del 100% una vez recepcionado. Como en cualquier contrato, ese

supuesto se puede aplicar, siempre que la avería del suministro cueste más que la propia fianza.”

Sobre este extremo, la recurrente parece que parte de una premisa errónea pues presume un incumplimiento del adjudicatario de las obligaciones inherentes al contrato, que, en su caso, será objeto de la oportuna y legal reacción por parte del órgano de contratación, y que no ostenta virtualidad suficiente para sostener la irregularidad de la oferta y por ende la anulación de la adjudicación.

En este mismo sentido, la adjudicataria afirma que “No debe olvidarse, en este sentido, las graves consecuencias que la LCSP contempla en materia de incumplimientos contractuales que, desde luego, no se limitan a la simple incautación de la garantía definitiva, sino que permiten a la Administración reclamar daños y perjuicios e incluso incoar expediente de prohibición de contratar”.

Por tanto, este motivo se ha de desestimar.

En su virtud y al amparo de lo establecido en los artículos 57 de la LCSP y 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León.

III RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación nº 175 /2022 interpuesto por la empresa Kapsch Trafficcom Transportation, S.A.U., contra la adjudicación del contrato de suministro e instalación de sistema de control de acceso a la zona de bajas emisiones de la ciudad de Valladolid, expediente nº VS 21_22. Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia-Financiado por la Unión Europea-Next Generation EU.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación de acuerdo con el artículo 57.3 de la LCSP.

TERCERO.- Notificar esta Resolución a todos los interesados en el procedimiento.

De conformidad con los artículos 59 de la LCSP y 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), contra esta Resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículo 10.1.k LJCA).