



Recurso nº 648/2023

Resolución nº 727/2023

Sección 2ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 8 de junio de 2023.

VISTA la reclamación especial en materia de contratación interpuesto por D. Jorge García-Egocheaga Cadaval, en representación de la mercantil ESTACIONES Y TERMINALES MARÍTIMAS, S.L.U., contra el acuerdo de adjudicación dictado en el procedimiento de contratación para el servicio de "*Mantenimiento de la estación marítima de Botafoc en el puerto de Eivissa*", con expediente E20-0085, convocado por la Autoridad Portuaria de Baleares; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Tras la aprobación del expediente y los pliegos por parte de la Presidencia de la Autoridad Portuaria de Baleares para el contrato de servicio de mantenimiento de la estación marítima de Botafoc en el puerto de Eivissa, se envió para su anuncio en el DOUE. La publicación del anuncio y de los pliegos se hizo a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público el 19 de febrero de 2023, sin división del objeto del contrato en lotes y con un valor estimado de 1.926.061,76 € (impuestos excluidos).

El contrato fue anunciado con el CPV: 50700000 - Servicios de reparación y mantenimiento de equipos de edificios y se fijó como plazo para la presentación de proposiciones hasta las 17:00 horas del día 7 de marzo de 2023.

Segundo. Dentro del plazo señalado para la presentación de proposiciones fueron formalizadas las correspondientes a las siguientes empresas:

- ESTACIONES Y TERMINALES MARÍTIMA, S.L.U.,



- SERVEO SERVICIOS, S.A.U.,
- ELECNOR SERVICIOS Y PROYECTOS, S.A.U., y
- EDISON NEXT GOVERNMENT, S.R.L. SUCURSAL EN ESPAÑA.

Tercero. La presente licitación cuyo procedimiento fue declarado de urgencia se ha seguido por los trámites que para los procedimientos de licitación abiertos contiene el Real Decreto-Ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales.

Cuarto. Convocada la mesa de contratación de la Autoridad Portuaria de Baleares (APB) el día 8 de marzo de 2023 se procede a la apertura de los sobres o archivos que contenían la documentación administrativa de las empresas concurrentes. En el acta levantada por la mesa de contratación se constata la admisión de las empresas y el requerimiento a una de ellas con el fin de que concrete qué extremos de su oferta son de carácter confidencial.

A continuación, se procede a la apertura del sobre económico (SOBRE C) y a la lectura de los valores introducidos por las empresas licitadoras para los criterios de adjudicación evaluables de forma automática:

Licitador	Oferta económica	Plazo de garantía (en años)	Ampliación franja horaria de disponibilidad
ESTACIONES Y TERMINALES MARÍTIMAS, S.A.U.	425.163,08 €	3	16 horas
SERVEO SERVICIOS, S.A.U.	534.397,28 €	27	16 horas
ELECNOR SERVICIOS Y PROYECTOS, S.A.U.	630.855,81 €	4	8 horas
COMSA SERVICE FACILITY MANAGEMENT, S.A.U.	549.557,49 €	3	8 horas
EDISON NEXT GOVERNMENT, S.R.L. SUCURSAL EN ESPAÑA	554.674,29 €	12	16 horas

Tras el conocimiento de estas ofertas, la mesa de contratación de la APB en el acta levantada constata que:



“La Mesa de Contratación considera desproporcionado el valor ofertado por las empresas SERVEO SERVICIOS, S.A.U. y EDISON NEXT GOVERNMENT, S.R.L. SUCURSAL EN ESPAÑA para el criterio “Plazo de Garantía”, quienes añaden 26 y 11 años de garantía respectivamente al valor previsto en el pliego.

Por todo ello, la Mesa de contratación, una vez finalizado el acto público sin asistentes al mismo, adopta los siguientes acuerdos:

- Admitir las ofertas presentadas por las empresas ESTACIONES Y TERMINALES MARÍTIMAS, S.L.U., SERVEO SERVICIOS, S.A.U., ELECNOR SERVICIOS Y PROYECTOS, S.A.U., COMSA SERVICE FACILITY MANAGEMENT, S.A.U. y EDISON NEXT GOVERNMENT, S.R.L. SUCURSAL EN ESPAÑA, por ser económicamente contemplables.

- Solicitar a las empresas SERVEO SERVICIOS, S.A.U. y EDISON NEXT GOVERNMENT, S.R.L. SUCURSAL EN ESPAÑA aclaración sobre sus respectivos plazos de garantía ofertados al considerarlos desproporcionados para el objeto del contrato, para lo que se les concede un plazo de 3 días hábiles, a contar a partir del siguiente al del acuse de recibo de la notificación del requerimiento de aclaración.

- Convocar una próxima Mesa de Contratación para el estudio y valoración de las aclaraciones solicitadas y para proceder a la formulación de la propuesta de adjudicación”.

Quinto. Recibidas las aclaraciones dadas por SERVEO SERVICIOS, S.A.U. y EDISON NEXT GOVERNMENT, S.R.L. SUCURSAL EN ESPAÑA, la mesa de contratación de la APB en la sesión celebrada el 22 de marzo del presente adopta la siguiente decisión y aprueba el orden de prelación de las ofertas:

“Tras considerar que todos los licitadores han tenido en todo momento las mismas opciones para formular sus propuestas y dar así por válidos los argumentos de las empresas SERVEO SERVICIOS, S.A.U. y EDISON NEXT GOVERNMENT, S.R.L. SUCURSAL EN ESPAÑA, por los que se reafirman en sus ofertas, la Mesa de Contratación



procede a ponderar y a clasificar por orden decreciente las ofertas admitidas, obteniéndose el siguiente resultado:

LICITADORA	OFERTA ECONOMICA	PLAZO GARANTIA	AMPLIACION DISPONIBILIDAD	PUNTUACION TOTAL
SERVEO SERVICIOS, SAU	534.397,28 € 28,87 puntos	27 años 30 puntos	16 horas 20 puntos	78,87 puntos
ESTACIONES Y TERMINALES MARITIMAS	425.163,08 € 50 puntos	3 años 2,31 puntos	16 horas 20 puntos	72,31 puntos
EDISON NEXT GOVERNMENT, SRL	554.674,29 € 25,04 puntos	12 años 12,69 puntos	16 horas 20 puntos	57,73 puntos
COMSA SERVICE FACILITY	549.557,49 € 26 puntos	3 años 2,31 puntos	8 horas 10 puntos	38,31 puntos
ELECNOR SERVICIOS Y PROYECTOS, SAU	630.855,81 € 10,80 puntos	4 años 3,46 puntos	8 horas 10 puntos	24,26 puntos

Ante el reflejado orden de prelación de las ofertas, la mesa de contratación declara como mejor oferta y eleva como propuesta de adjudicación, la presentada por SERVEO SERVICIOS, S.A.U.

Sexto. La Presidencia de la APB dicto la resolución de adjudicación del contrato de servicios regulado por el Real Decreto-Ley 3/2020 el día 20 de abril de 2023, a favor de la mercantil SERVEO SERVICIOS, S.A.U., procediéndose a la notificación y a su publicación a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público.



Séptimo. Frente a dicha Resolución de adjudicación, la representación de la segunda mejor oferta, la presentada por ESTACIONES TERMINALES MARITIMAS, S.L., con fecha 9 de mayo de 2023 y en sede electrónica presentó la reclamación especial en materia de contratación contra la referida adjudicación, instando su nulidad para que con exclusión de la oferta de la adjudicataria se ordenara la retroacción de la licitación al momento de la adjudicación a la siguiente mejor oferta, esto es, a su favor.

Octavo. Recibido el expediente junto con el informe del órgano de contratación se ordenó el trámite de audiencia a las empresas concurrentes para que en el plazo común de cinco días hábiles pudieran presentar las alegaciones pertinentes en defensa de sus derechos. En tiempo y forma han presentada alegaciones las mercantiles EDISON NEXT GOVERNMENT, S.R.L., SUCURSAL EN ESPAÑA y SERVEO SERVICIOS, S.A.U., interesando la desestimación de la reclamación.

Noveno. En la tramitación de esta reclamación, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por el Real Decreto-Ley 3/2020, de 4 de febrero y por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) así como por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Décimo. Por Resolución de la Secretaria General dictada por delegación de este Tribunal con fecha 18 de marzo de 2023 se ha acordado mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para conocer de la reclamación interpuesta, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 119 a 122 del Real Decreto-Ley 3/2020, en relación con los artículos 47 de la LCSP y 22.1. 1º del RPERMC.



Segundo. Conforme al artículo 48 de la LCSP podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso. En este caso ha de entenderse que la recurrente ostenta un interés legítimo conforme al artículo 48 de la LCSP, pues quedó en el orden de prelación de ofertas como la segunda mejor oferta tras la presentada por la adjudicataria.

Tercero. La reclamación tiene por objeto un contrato y un acto susceptible de ser impugnados en esta vía, de conformidad con lo establecido en el artículo 119.2.c) del Real Decreto-Ley 3/2020, al referirse al acuerdo de adjudicación de un contrato de servicios incluido en el ámbito de dicha norma según su artículo 1, en relación con el artículo 12 de la misma, con un valor estimado superior a 431.000 euros (artículo 1.1.b).

Cuarto. En relación con el plazo para la interposición de la reclamación, debe tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP, con arreglo al cual, *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará: Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento”*.

En el presente supuesto, el acuerdo de adjudicación se notificó a la reclamante el 20 de abril de 2023, por consiguiente, la presentación de la reclamación el 9 de mayo del presente ha tenido lugar dentro de plazo.

Quinto. Sostiene la defensa de la mercantil recurrente que la adjudicación a favor de SERVEO SERVICIOS, S.A.U. ha de ser anulada por incluir un período de garantía ilusorio y de imposible cumplimiento cuya aceptación, primero, por la Mesa y posteriormente por el poder adjudicador, vulneran los esenciales principios de la contratación administrativa e implica un manifiesto fraude de ley.



La esencia de la reclamación se funda en la necesaria exclusión de dos de las empresas concurrentes que ofertaron unos plazos de garantía desproporcionados y de imposible cumplimiento, a saber: la oferta de la adjudicataria SERVEO que ofertó 27 años de garantía y la oferta de EDISON con 12 años. De esta forma, la defensa de la reclamante, ESTACIONES TERMINALES MARÍTIMAS, S.L.U. expone que:

“El fundamento para no excluir a los dos licitadores que ofertaron unos plazos de garantía desproporcionados resulta ser que, en los Pliegos, no se regulaban valores anormales o desproporcionados, al señalar, en el apartado correspondiente, el término “no procede” y tampoco se hicieron constar los parámetros que debieran solicitarse cuando se incurriese en dicha baja”.

Y prosigue:

“No se discute la mejora del plazo de garantía sobre el mínimo previsto en los pliegos como criterio de valoración. Lo que aquí se discute es que la adjudicación vulnera el principio recogido en el artículo 131.2 LCSP, a tenor del cual la adjudicación se realizará, ordinariamente utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de mejor relación calidad-precio.

Del mismo modo, se infringen los principios rectores de la contratación del sector público previstos en el artículo 1 LCSP, que dispone que:

(...).

En el caso que nos ocupa, la adjudicación no se ha realizado en favor de la oferta económicamente más ventajosa, sino por motivo de una oferta ilusoria y de imposible realización (mejora de garantías), que le ha hecho obtener una puntuación desproporcionada”.

La admisión de una oferta de la adjudicataria con 27 años de garantía en el servicio, se reputa por la reclamante desproporcionada, incurso en fraude de ley, ilusoria y de imposible cumplimiento y de esta guisa advierte que:



“Como hemos señalado, las ofertas de las empresas SERVEO SERVICIOS, SAU y EDISON NEXT GOVERNMENT, SRL incurren en un fraude a la contratación, empleando un artificio para obtener una puntuación desproporcionada en el criterio “mejora del plazo de garantía”, siendo que sus ofertas económicas no eran de lejos las más ventajosas.

Dicha garantía se refiere a la aplicable a los eventuales trabajos de mantenimiento correctivo que haya ejecutado y se regula en el apartado 2.4.6 del Pliego de Prescripciones Técnicas, que dispone que:

“Todas las intervenciones que se realicen en el marco del presente contrato contarán con una garantía mínima de UN (1) AÑO desde el momento en el que se efectúe la operación.

La garantía se entiende que es TOTAL, incluyendo materiales aportados y mano de obra, y afectará a todos los gastos que puedan ocasionar tales como transporte, desplazamiento de operarios, valor de la mano de obra, materiales e impuestos.

Todas las piezas, accesorios y recambios que se empleen en los trabajos estarán debidamente homologados”.

Además, ante lo asombrosos de dichos plazos de garantía, la reclamante pone énfasis en la propia actuación de la mesa de contratación:

“Pues bien, a la vista de la desproporción de los plazos de garantías ofertados por las empresas SERVEO SERVICIOS y EDISON NEXT GOVERNMENT (hasta rozar el absurdo, añadimos), la propia Mesa de Contratación solicitó aclaración a los licitadores afectados, en los siguientes términos:

(...).

Es decir, que las empresas afectadas debían justificar como iban a cumplir las obligaciones de garantía durante 27 y 11 años, respectivamente.

Analicemos las justificaciones de cada una de las empresas.



- Respecto a la adjudicataria, SERVEO SERVICIOS, S.A.U., en su escrito de 13 de marzo de 2023 declara lo siguiente:

<<En respuesta a su solicitud de aclaración referida al plazo de garantía ofertado al contrato de servicio de “Mantenimiento de la Estación Marítima de Botafoc en el Puerto de Eivissa” con referencia E20-0085 realizada el día 9 de marzo de 2023, Serveo se ratifica en su oferta de un plazo de garantía de 27 años para aquellos trabajos de los eventuales trabajos de mantenimiento correctivo que haya ejecutado. Para la elaboración de la oferta económica se ha tenido en cuenta el importe estimado para su cumplimiento y, considerando que este criterio no ha sido acotado en un plazo máximo por el organismo y la puntuación atribuida al mismo es elevada, se concluye que es de gran importancia para el organismo por lo que se ha realizado un gran esfuerzo para ofertar el mayor plazo posible>>.

Es decir, no justifica ni acredita, en modo alguno, de que medios humanos y materiales va a mantener durante 27 años para cumplir con sus obligaciones de garantía, conforme a los exigidos en los pliegos de prescripciones técnicas, limitándose a señalar que no existía limitación en cuanto al plazo a ofertar.

- Por su parte, en su escrito de fecha 10 de marzo de 2023, la empresa EDISON NEXT GOVERNMENT, S.R.L. SUCURSAL EN ESPAÑA declara lo siguiente:

<<Qué EDISON NEXT GOVERNMENT SRL SUCURSAL EN ESPAÑA, concretamente la Delegación de Ibiza, tiene un contrato vigente en la isla para otro mantenimiento en el que se requiere presencia en Ibiza, con una duración superior a la que se ofrece de garantía para el contrato de servicios de “Mantenimiento de la estación marítima de Botafoc en el puerto de Eivissa”, es por este motivo, que se asegura de qué se dispondrán de recursos técnicos y humanos en la isla durante toda la duración de la garantía ofertada.

Igualmente, qué, en el cuadro de características del procedimiento, no se establecía el valor máximo de garantía que se podía ofertar, ni ningún criterio para considerar que el mayor plazo de garantía ofertado puede ser desproporcionado.



Dicho esto, EDISON NEXT GOVERNMENT SRL SUCURSAL EN ESPAÑA se ratifica en que el PLAZO DE GARANTIA ofertado es de: 11 años adicionales, resultando un total de 12 años de garantía, tal cual indica el cuadro de características del procedimiento: para los eventuales trabajos de mantenimiento correctivo que haya ejecutado y según define el artículo 2.4.6. del pliego técnico>>.

Es decir, no identifica el contrato, con una duración superior a 11 años, que dice tener en la isla. Asegura tener los recursos técnicos y humanos durante un plazo de 11 años, pero no lo acredita de modo alguno.

Obviamente, tales justificaciones no cumplen la finalidad del requerimiento de la Mesa de Contratación. Además, y por este motivo, la propuesta de la Mesa, y la ulterior adjudicación del contrato adolece de una total falta de motivación vulnerando de este modo el artículo 35.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), que dispone que: (...).”

Todo ello, a juicio de la reclamante conduce a la imposibilidad de cumplir con las garantías ofrecidas y a la vulneración de las normas de concurrencia competitiva y competencia efectiva en uno de los criterios de adjudicación del contrato (artículo 145.5 letra c) de la LCSP) y por ello insiste que:

“Es decir, que lo que, en puridad ofertan los licitadores es la garantía de sus trabajos de mantenimiento correctivo.

El presente contrato tiene una duración prevista de UN (1) AÑO, o hasta el otorgamiento de un título habilitante a la empresa/s adjudicatarias del concurso para la explotación de la estación marítima, a contar a partir del acta de inicio de servicio, con DOS (2) posibles prórrogas de UN (1) año cada una.

Quiere ello decir que, a la finalización del presente contrato (un año o hasta el otorgamiento de un título habilitante a la empresa/s adjudicatarias del concurso para la explotación de la estación marítima), se formalizará una nueva relación jurídica



(ya sea contractual o concesional) bajo la que se prestarán los servicios de mantenimiento de la estación marítima de Botafoc en el puerto de Eivissa.

Por tanto, se producirá una concurrencia de obligados sobre un mismo objeto (obligaciones de mantenimiento del nuevo prestador y garantías de mantenimiento del actual adjudicatario), lo que no es posible en nuestro ordenamiento contractual público.

Es más, lo acontecido viene a revelar que las ofertas de las referidas licitadoras no muestran coherencia con el objeto del contrato, sino que resultan desproporcionadas respecto al mismo considerando que son:

- Completamente anormales en garantías de construcción, servicios o seguros decenales.*
- Ilógicos en cuanto al cumplimiento del plan de mantenimiento del Libro del Edificio, que recoge la obligación de la sustitución periódica de los diferentes elementos que componen las instalaciones, y todos ellos en menor plazo a la hipotética garantía de 11 o 27 años.*
- Fuera de cualquier plazo de vida útil de la mayoría de las instalaciones técnicas que componen el nuevo edificio de la Estación Marítima de Botafoc.*
- Imposibilitan el seguimiento futuro del correcto funcionamiento de las instalaciones por parte del propietario; licenciatario o concesionario en los próximos 11 ó 27 años.*
- No se puede obviar que el valor de la partida anual de mantenimiento correctivo establecido por la Autoridad portuaria capítulo 16 del PPT son 75.000 €. Si trasladamos ese importe a las mejoras ofertadas de 11 años o 27 años, el valor de la mejora ofertada es: 11 años x 75.000 € = 825.000 € o 27 años x 75.000 € = 2.025.000 €.*



Son valores muy superiores a lo estimado en facturación del contrato (ofertadas aproximadamente 500.000 €/anual por las empresas) en el contrato para una posible duración del contrato de un año más dos posibles prórrogas. Este hecho demuestra que simplemente las mejoras realizadas son insostenibles, imposibles y de mayor importe que el propio contrato, por lo que en ningún caso podrán estos ofertantes cumplir con dichas mejoras.

En suma, valores ofertados, 11 años ó 27 años, cuyo único objetivo como decimos es buscar en la valoración de la fórmula lineal del 30% de la oferta del concurso desvirtuar al resto de posibles licitadores sus ofertas de años de garantía y conseguir con ello la máxima puntuación”.

En definitiva, a juicio de la representación de la reclamante proceda la estimación de la presente reclamación al estar incurso la adjudicación en un motivo de nulidad de pleno Derecho del artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común (párrafo 1º letra c) por ser un acto de contenido imposible). Se solicita la declaración de la retroacción de actuaciones al momento anterior a la admisión de la justificación aportada por las empresas SERVEO SERVICIOS, SAU y EDISON NEXT GOVERNMENT, SRL por parte de la Mesa de Contratación, decretando la exclusión de las ofertas de dichas empresas por incurrir en fraude de ley en la contratación, y continuando con el procedimiento hasta su adjudicación.

Subsidiariamente, se pide que, se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a la admisión de la justificación aportada por las empresas SERVEO SERVICIOS, SAU y EDISON NEXT GOVERNMENT, SRL por parte de la Mesa de Contratación, por cuanto dichas empresas no han justificado la viabilidad de los plazos de garantía ofertados, dejando sin efecto la puntuación obtenida por dichas empresas en ese criterio, y continuando con el procedimiento hasta su adjudicación.

Sexto. Por su parte, el poder adjudicador, la Presidencia de la Autoridad Portuaria de Baleares, en el informe expedido el 12 de mayo de 2023 da una versión propia de los hechos y así en relación con la imposibilidad de cumplimiento de la oferta de la adjudicataria explica que:



“En referencia esta cuestión no se detecta incompatibilidad ninguna en que un trabajo que ha ejecutado una empresa esté en garantía y se mantenga por parte de otra empresa. Es más, para que pueda considerarse válida la garantía es necesario que sobre el bien mueble o inmueble se realicen unas labores de mantenimiento que vienen recogidas en el manual de instrucciones, libro del edificio, etc. Así pues, prácticamente la totalidad de suministros u obras que contrata la APB se mantienen a través de contratos de servicios que aseguran el cumplimiento de las instrucciones de mantenimiento del suministrador o constructor y dichas empresas contratistas son diferentes a las que suministraron o ejecutaron dichos trabajos.

No parece lógico pensar que no pueda realizarse el mantenimiento de un bien si no es a través de la misma empresa que lo suministró o construyó o que, simplemente, no se mantenga para evitar la concurrencia de obligados que alega EM en su escrito.

La APB ha incluido el plazo de garantía de los trabajos de mantenimiento correctivo a realizar por parte del contratista como criterio de adjudicación porque de esta manera podrá requerirse, durante el mayor tiempo posible, una respuesta del prestador del servicio en caso de ejecución deficiente de dichos trabajos. Por lo tanto, se considera claramente una mejora en la calidad del servicio a prestar por parte de la empresa contratista y, tratándose de un edificio de nueva construcción la ponderación de este criterio reviste una gran importancia”.

En cuanto a la valoración de la ampliación desproporcionada del plazo de garantía ofertado por la adjudicataria, el poder adjudicador en su informe advierte que:

“El presupuesto recoge una partida alzada de mantenimiento correctivo de 75.000,00 € para hacer frente a aquellas actuaciones imprevistas o fuera del mantenimiento preventivo del edificio. Ello no significa que el importe de cada anualidad se agote porque no hay ninguna medición mínima a ejecutar en ninguna de las partidas, sino que se abonarán los trabajos realmente ejecutados. Así se indica en el punto 4.2 del pliego de prescripciones técnicas:



<<No se establece compromiso alguno en las mediciones de las partidas a ejecutar. Los importes a abonar por la APB estarán subordinados a los trabajos realmente realizados en la forma indicada en este pliego, de forma que el contratista no podrá exigir el pago de importes mínimos de ningún tipo>>.

Por lo tanto, no puede evaluarse la viabilidad económica del contrato en base a la afirmación realizada por EM porque, sencillamente, no es posible saber a priori qué importe va a destinarse anualmente a mantenimiento correctivo”.

Y finaliza el informe del órgano de contratación con la siguiente conclusión, empero no se colige una oposición frontal a las pretensiones anulatorias ejercitadas por la reclamante:

“Por tanto, una vez analizado lo dicho anteriormente, el autor del presente informe da por contestada el recurso presentada por EM, constatando que, no existe incompatibilidad entre la prestación de un servicio de mantenimiento de una empresa y que el objeto del mantenimiento fuera suministrado o construido por otra empresa”.

Séptimo. El único motivo del recurso es, por tanto, que las ofertas formuladas por el primero y el segundo clasificado incurren en fraude de ley, al haber ofrecido un plazo de garantía ilusorio con el único objeto de acaparar los puntos asignados al criterio de adjudicación.

En nuestra Resolución 515/2022 de 6 de mayo expusimos, con invocación de otras anteriores, la doctrina del Tribunal en relación con el fraude de ley. Dijimos:

“En lo que se refiere a las ofertas formuladas en fraude de ley, es doctrina constante del Tribunal (Resoluciones 104/2022 de 27 de enero, 25/2022 de 14 de enero, 1737/2021 de 2 de diciembre, 1180/2021 de 15 de septiembre o 827/2021 de 8 de julio, entre las más recientes), que su apreciación requiere la concurrencia de dos requisitos:

a) Por un lado, que el acto realizado al amparo del texto de la norma en cuestión no resulte amparado por dicha norma. En lo referido específicamente a las ofertas de



los licitadores, esto supone que para apreciar la existencia de fraude de ley es preciso comprobar si tales ofertas, formuladas a precio cero o, en cualquier caso, simbólico, resultan conformes con la normativa en materia de contratación y si se ajustan, asimismo, al contenido de los pliegos que rigen la contratación

b) Por otro, que el referido acto persiga un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él, lo que, en el caso que nos ocupa, supone la manipulación de los criterios de adjudicación (incluso cuando estos han sido inadecuadamente conformados por el órgano de contratación, de modo que den pie a aquella), de forma que, como dijimos en nuestra Resolución 827/2021 de 8 de julio, un criterio “(...) concebido inicialmente como un criterio para adjudicar “de manera proporcional” (...) la puntuación en función de los distintos importes ofrecidos, se transforma de hecho en un criterio binario, en el cual aquellos licitadores que obvian la necesaria existencia de costes (entre otros, los salariales) para la prestación de tal servicio capturan la totalidad de los puntos, mientras que los licitadores que pretenden obtener algún precio a cambio del servicio no reciben puntuación alguna, con independencia del precio efectivamente ofertado”.

En la referida Resolución dijimos también que “(...) la apreciación de la existencia de fraude de ley es una cuestión eminentemente casuística, aunque cabe considerar, con carácter general, que nos encontraremos ante un fraude de ley cuando de los términos en los que la oferta se haya formulado se deduzca que la intención del licitador no ha sido la de ofrecer un precio que, ateniéndose a las circunstancias generales del mercado, exprese la más eficiente (y por consiguiente, la más económica) ordenación de los factores requeridos para realizar las prestaciones objeto del contrato que pueda ofrecer, sino aprovechar la conformación de los criterios de adjudicación para acaparar los puntos atribuidos a uno o varios criterios de valoración”.

De lo señalado podemos concluir que en el núcleo de nuestra doctrina sobre el fraude de ley se encuentra el carácter ilusorio de la oferta, esto es, que no responda a la racionalidad económica.



La apreciación de este carácter ilusorio puede resultar evidente en ciertos casos (el supuesto, frecuentemente tratado por este Tribunal, de las ofertas que, para una determinada prestación ofrecen precios 0 o muy cercanos a esta cifra, no susceptibles, por lo tanto, de cubrir los costes que la realización de la prestación requiere, por mínimos que estos sean). Pero en otros tal carácter ilusorio debe ser probado por quien lo alega, en tanto entran en juego cuestiones técnicas que este Tribunal, por su propia naturaleza, no puede concluir.

Es el caso que nos ocupa. Por mucho que los plazos de garantía ofrecidos por los licitadores clasificados en primer y segundo lugar resulten sustancialmente superiores a los que el resto de los licitadores ofrecieron, y que tal desproporción derive en que el criterio de adjudicación pierda su carácter proporcional y pase a ser sustancialmente binario, echa de menos el Tribunal una mínima actividad probatoria por parte del recurrente. No puede, autónomamente, apreciar cuestiones como si los plazos de garantía son “completamente anormales” según los estándares del sector, o si exceden la vida útil de las instalaciones que son objeto de reparación. Sin una prueba adecuada, las afirmaciones realizadas por el recurrente no enervan la discrecionalidad técnica que, según es doctrina asentada del Tribunal, asiste al órgano de contratación cuando entiende que los plazos de garantía ofrecidos contribuyen de forma efectiva a determinar la oferta de mejor calidad-precio. Por otro lado, no habiendo sido recurridos los Pliegos, y concretamente, el criterio de adjudicación en torno al cual se suscita el debate, no es ocioso recordar la constante doctrina de este Tribunal sobre el carácter vinculante de los Pliegos (Resolución 649/2023 de 25 de mayo, entre otras muchas).

Por lo que procede desestimar el motivo y, con él, el recurso.

Por todo lo cual,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar la reclamación especial en materia de contratación interpuesta por D. Jorge García-Egocheaga Cadaval, en representación de la mercantil ESTACIONES Y



TERMINALES MARÍTIMAS, S.L.U., contra el acuerdo de adjudicación dictado en el procedimiento de contratación para el servicio de “*Mantenimiento de la estación marítima de Botafoch en el puerto de Eivissa*”, con expediente E20-0085, convocado por la Autoridad Portuaria de Baleares.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 multa prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

Esta Resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1, f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES