

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 6 de febrero de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por Don L.D.E., en nombre y representación de EULEN S.A., contra la Resolución 7016/2012, del Gerente del Servicio Regional de Bienestar Social de fecha 28 de diciembre de 2012, por la que se le excluye de la licitación y se adjudica el lote 2 del contrato "Servicio de mantenimiento "todo riesgo" de los aparatos elevadores en centros dependientes del Servicio Regional de Bienestar Social (2 lotes)", expediente 930/99-59/12, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Servicio Regional de Bienestar Social (SRBS) publicó en los boletines oficiales y en el perfil de contratante el contrato "Servicio de mantenimiento "todo riesgo" de los aparatos elevadores en centros dependientes del Servicio Regional de Bienestar Social (2 lotes)", con un valor estimado de 871.930,40 euros a adjudicar mediante procedimiento abierto con un único criterio, el precio.

Segundo.- La Mesa de contratación procedió a la apertura del sobre que contiene las ofertas económicas presentadas a la licitación, entre las cuales figuraba la de la recurrente. A la vista de su oferta y de las de las otras licitadoras se estimó que tanto su oferta económica como la de Zardoya Otis, ahora adjudicataria, podrían incurrir en presunción de ser baja anormal o desproporcionada. En consecuencia, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 152.3 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), se notificó dicha circunstancia a ambas empresas concediéndoles plazo a fin de que aportasen la información justificativa de que su proposición podía ser cumplida a satisfacción de la Administración.

Tercero.- EULEN, S.A. presentó al Servicio Regional de Bienestar Social (SRBS) escrito de justificación su baja económica.

Cuarto.- El 28 de diciembre de 2012, el Gerente del SRBS, vista la propuesta formulada por la Mesa de contratación en fecha 30 de noviembre de 2012, resolvió adjudicar el lote 2 a Zardoya Otis, procediéndose el 8 de enero a la notificación a los licitadores.

En la notificación se hace constar: Licitador excluido: EULEN S.A.; motivo de la exclusión: *“baja desproporcionada sin justificar satisfactoriamente”*.

El 18 de enero EULEN, S.A., solicitó al SRBS que *“le sean comunicados formal y expresamente los motivos del rechazo de su candidatura al concurso público expresado, las características de la proposición del adjudicatario (en especial las argumentaciones justificativas de la baja desproporcionada que formulara en contestación al requerimiento efectuado de fecha 16 de noviembre de 2012), determinantes de la adjudicación a su favor del mencionado contrato, así como se dé a mi representada vista de todo el expediente”*.

Contra la citada Resolución de 28 de diciembre EULEN, S.A. interpuso recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal el 24 de enero, previo anuncio del mismo al órgano de contratación el día 23. El recurso alega falta de motivación de la notificación de adjudicación y solicita la nulidad de la resolución de adjudicación notificada el 8 de enero, por falta de fundamentos en la exclusión de EULEN, S.A., así como de los requisitos dispuestos en el artículo 151.4 del TRLCSP declarando la nulidad del procedimiento de adjudicación, reconociendo el mejor derecho a ser adjudicataria del lote 2 del contrato por ser la oferta económica más ventajosa.

El SRBS remitió el expediente de contratación junto con el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP el día 29 de enero de 2013.

Quinto.- Con fecha 30 de enero de 2013 el Tribunal acordó mantener la suspensión de la tramitación del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Sexto.- El Tribunal dio traslado del recurso a todos los licitadores, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Finalizado el plazo no se ha formulado ninguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica licitadora “*cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso*”. (Artículo 42 del TRLCSP). Asimismo queda acreditada la representación con que actúa el firmante del recurso.

Segundo.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo

impugnado fue adoptado el 28 de diciembre de 2012, practicada la notificación el día 8 de enero de 2013 e interpuesto el recurso el 24 de enero, dentro del plazo de quince días hábiles siguientes a la primera fecha, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de servicios clasificado en la categoría 1 del Anexo II del TRLCSP, cuyo valor estimado asciende a 871.930,40 euros y sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.c) en relación al 16.1.b) del TRLCSP.

Cuarto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto la cuestión que se plantea es la suficiencia de la información facilitada en la notificación de adjudicación donde se excluye a la recurrente por estar incurso en valores anormales o desproporcionados y no considerar adecuada la justificación aportada para apreciar si es posible o no su cumplimiento.

Se alega por la recurrente que de la simple lectura de la notificación de adjudicación resulta evidente que la misma no cumple con las exigencias de motivación y contenido previstas en el artículo 151.4 del TRLCSP y que habiendo solicitado información acerca de los particulares de la adjudicación no ha obtenido respuesta. Argumenta que tanto su oferta como la de Zardoya Otis fueron requeridas para justificar la viabilidad de sus ofertas al considerar el órgano de contratación que podrían incluir valores anormales o desproporcionados. Ambas ofertas tienen una diferencia de 97,23 euros, siendo la más económica la de EULEN, S.A. No obstante la resolución recurrida considera que la recurrente no justifica debidamente poder

realizar el servicio mientras que sí considera factible la propuesta de Zardoya Otis, 97,23 euros más cara. Considera que con una diferencia tan exigua si la oferta de Zardoya es aceptada como no desproporcionada la misma calificación debería otorgarse a la de EULEN, S.A., sin que pueda valorar este agravio comparativo por la falta de motivación de la notificación recibida lo que le hace difícil discernir la justificación ofrecida por Zardoya Otis.

Es un hecho pacífico y no controvertido, en tanto que admitido por la recurrente, que su oferta económica se encontraba incurso en presunción de anormalidad o desproporción, con arreglo a los criterios objetivos que al efecto se contienen en el PCAP.

Los principios de transparencia, libre concurrencia y no discriminación exigen que la adjudicación de los contratos se realice, en principio, a favor de la oferta económicamente más ventajosa. El TRLCSP admite que la oferta más económica no sea considerada la más ventajosa cuando en ella concurren características que la hacen desproporcionada o anormalmente baja, permitiendo excepcionalmente, en esos casos, que la oferta inicialmente más económica no sea la adjudicataria.

El artículo 152 del TRLCSP regula el procedimiento contradictorio a seguir para la comprobación de la oferta y exige que una vez identificadas las ofertas con valores anormales o desproporcionados y antes de adoptar una decisión sobre la adjudicación del contrato se de audiencia al licitador para que justifique los precios de su oferta y precise las condiciones de la misma, considerando después la oferta a la vista de las justificaciones facilitadas en dicho trámite. Es necesario probar la viabilidad de la oferta en todos los elementos que la componen ofreciendo la posibilidad de aportar todo tipo de justificantes. Seguidamente procede valorar las explicaciones presentadas y en consecuencia tomar la decisión de admitir o rechazar las citadas ofertas.

La exigencia de motivación de la notificación de adjudicación viene impuesta por el artículo 151.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, precepto en el que se hace una relación concreta de los aspectos que debe comprender en todo caso la notificación.

“4. La adjudicación deberá ser motivada, se notificará a los candidatos o licitadores y, simultáneamente, se publicará en el perfil de contratante.

La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación.

En particular expresará los siguientes extremos:

(...)

b) Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta.

c) En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas (...).”

Es decir, se establece la obligación de remitir a los licitadores la información que permita determinar si ha existido o no una infracción para, en su caso, interponer el recurso. Es doctrina reiterada de los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación que el acto de notificación de la adjudicación se entenderá motivado de forma adecuada, si al menos contiene la información que permita al licitador interponer la reclamación en forma suficientemente fundada. De lo contrario se le estaría privando de los elementos necesarios para configurar una reclamación eficaz y útil, produciéndole indefensión.

Como hemos señalado la apreciación de valores anormales o desproporcionados en una oferta no opera como un criterio automático de exclusión, sino que exige de la evacuación del trámite previsto en el citado artículo 152.3 del TRLCSP. Dicha valoración debe garantizar el principio de contradicción.

El reconocimiento de tal principio exige de una especial motivación de la resolución por parte del órgano de contratación, que razonadamente contraría las argumentaciones y justificaciones aportadas por el licitador para sostener la viabilidad de su oferta, que deberán referirse en particular: al ahorro, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables para efectuar la prestación, la originalidad de su propuesta, el respeto a la protección del empleo y otras condiciones de trabajo, y en su caso, a la posibles obtención de ayudas.

Este Tribunal ha señalado en numerosas ocasiones, que el recurso especial en materia de contratación se configura como un recurso precontractual, rápido y eficaz que tiende a impedir la formalización del contrato antes de su resolución expresa. Los plazos de interposición y resolución son breves, por lo que la notificación de la adjudicación debe contener la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, en su caso, recurso fundado contra la decisión de adjudicación.

La notificación de la adjudicación que fue remitida a la recurrente incluye una información muy escueta tal como se ha hecho constar en el antecedente de hecho cuarto de esta Resolución. De acuerdo con las consideraciones expuestas debe concluirse que la notificación realizada es claramente insuficiente pues en modo alguno permite a la entidad reclamante interponer recurso suficientemente fundado. Por otro lado tampoco se ha facilitado la documentación complementaria solicitada de forma expresa el 18 de enero que pudiera subsanar el defecto y permitiría interponer recurso fundado.

Manifiesta la unidad de contratación en su informe que al no haber tenido tiempo para dar vista del expediente se considera que dicho trámite quedará subsanado por ese Tribunal al darle traslado del expediente completo que se remite con su informe. Sin embargo es preciso señalar que la regulación del recurso especial en el TRLCSP se caracteriza por su especialidad en su tramitación, que prevé dar traslado del recurso a los restantes interesados, no siendo posible entender a la vista de la regulación del procedimiento, ni siquiera sea supletoriamente, la concesión de un nuevo trámite como sería el de audiencia al recurrente, teniendo en cuenta la brevedad de los plazos previstos y el carácter preclusivo del plazo de interposición al objeto de garantizar la eficacia y rapidez de su resolución. Tal proceder implicaría la posibilidad de mejora del recurso o la incorporación de alegaciones o cuestiones que no figuraban en el recurso y por lo tanto que no fueron conocidas ni por el órgano de contratación para hacerlas valer en su informe ni por los demás interesados para formular alegaciones al recurso dentro del plazo de cinco días hábiles.

En consecuencia, la notificación practicada, infringiendo el mandato contenido en el artículo 151.4 del TRLCSP está viciada de nulidad, en términos que hacen forzosa la estimación del recurso interpuesto, con retroacción de las actuaciones a fin de que pueda dictarse resolución debidamente motivada en la que se informe suficientemente a la actora de las causas de su exclusión, facultándole con ello la defensa en plenitud de sus derechos e intereses. Sin embargo el Tribunal no puede decidir sobre el reconocimiento del mejor derecho de la recurrente a ser adjudicataria del lote 2 al no figurar en el recurso, por no haber sido posible, alegaciones o argumentaciones que permitan su estimación en ese sentido.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de

Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar parcialmente el recurso especial interpuesto por Don L.D.E., en nombre y representación de EULEN S.A., contra la Resolución 7016/2012, del Gerente del S.R.B.S. de fecha 28 de diciembre de 2012, por la que se le excluye de la licitación y se adjudica el lote 2 del contrato "Servicio de mantenimiento "todo riesgo" de los aparatos elevadores en centros dependientes del Servicio Regional de Bienestar Social (2 lotes)", expediente 930/99-59/12, acordando la nulidad del acto de notificación de la adjudicación que deberá ser sustituido por otro adaptado a los fundamentos de esta Resolución.

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 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión de la tramitación del expediente de contratación cuyo mantenimiento se acordó por este Tribunal el 30 de enero.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.