

Recurso nº 31/2016

Resolución nº 39/2016

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

En Madrid, a 2 de marzo de 2015.

**VISTO** el recurso interpuesto por don A.C.R., en representación de la empresa Elevadores Elco, S.L., contra el rechazo de su oferta de la licitación para contratar el “Servicio de mantenimiento y conservación de ascensores, elevadores y plataformas del Ayuntamiento y del Patronato Municipal de Deportes y el CIFE del Ayuntamiento de Fuenlabrada”, por considerar su oferta anormal o desproporcionada, este Tribunal ha adoptado la siguiente

### RESOLUCIÓN

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** El Ayuntamiento de Fuenlabrada procedió a convocar la licitación del servicio mencionado, a adjudicar mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios, con una duración de 4 años. La publicación de la licitación se realizó en el DOUE de 19 de noviembre de 2015, y en el BOE de fecha 30 de noviembre, con un presupuesto de licitación de 396.384,30 euros. El valor estimado asciende a 749.625 euros.

**Segundo.-** Considerando ofertas anormalmente bajas las formuladas por las empresas Zardoya Otis, S.A. y Elevadores Elco, S.L. se les notifica esta

circunstancia, y se presentan sendos escritos de justificación de las respectivas ofertas.

El 27 de enero de 2016 la recurrente recibe la notificación, remitida por fax, de la Resolución en la que se acuerda clasificar las ofertas, en la que figura que la empresa Elevadores Elco, S.L., “*de acuerdo con el informe del técnico de fecha 18/01/2016, se desestima, al considerar que pone en riesgo la realización del contrato y no puede considerarse*”, enumerando a continuación los motivos.

**Tercero.-** El 5 de febrero de 2016 tuvo entrada en el Ayuntamiento de Fuenlabrada recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Elevadores Elco, S.L. en el que solicita que “*con retroacción de actuaciones se corrija la lista de licitadores, eliminando el rechazo por no haberse justificado debidamente la baja temeraria, puntuando en consecuencia al haberse justificado aquella y colocando según orden de puntuación a la empresa Elevadores Elco S.L.”*

El 11 de febrero el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP). Asimismo da traslado al Tribunal de la adopción de la medida cautelar de suspensión del procedimiento en trámite.

**Cuarto.-** La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Se ha recibido escrito de alegaciones de Zardoya Otis que indica que ella ha hecho un esfuerzo económico sobre el precio de mantenimiento de los ascensores totalmente viable y considera inviable la propuesta de Elevadores Elco porque se comprometía a la inclusión gratuita de determinadas actuaciones.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 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.

**Segundo.-** El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica cuya oferta ha sido rechazada “*cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso*” (artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.-** El recurso se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue notificado el 27 de enero de 2016, y el recurso se interpuso el 5 de febrero, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

**Cuarto.-** El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de servicios de la categoría 1 del anexo II del TRLCSP, sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.b) del TRLCSP.

**Quinto.-** La justificación presentada por Elevadores Elco para acreditar la viabilidad de su oferta, consiste en un documento de 11 páginas, que contiene unas referencias generales de la empresa y una justificación del precio. Así, relaciona cada uno de los centros que serán objeto del trabajo y lo sigue de una valoración económica con el coste anual de mantenimiento desglosado por cada uno de los aparatos elevadores, que es el resultado de sumar los costes del mantenimiento preventivo (1), del correctivo (2) y de las mejoras ofertadas (alumbrado LED (3),

banda de detección (4), línea telefónica (5) y compromiso de reforma y adaptación a normativa (6).

El importe total ofertado por la recurrente asciende a 235.872 euros, lo que supone un coste anual de 58.968 euros. Según los cálculos efectuados, el coste para la empresa asciende a 55.442,50 euros anuales, lo que supone un beneficio anual de 3.525,50 euros y para el tiempo de duración del contrato de 14.102 euros.

En el apartado 2.3 “conclusiones” explica que la valoración se ha realizado teniendo en cuenta el primer año, que será el más desfavorable ya que requiere el desembolso de las mejoras:

(3) Alumbrado LED en las cabinas de 65 ascensores así como dispositivo que controle de forma automática el encendido y apagado del mismo, por importe de 11.700 euros.

(4) Banda de detección en la puerta del camerín de 32 conjuntos de diodos en las cabinas de 65 ascensores, por importe de 29.250 euros.

(5) Pago de las facturas de la línea telefónica de emergencia de los ascensores, por importe de 201 euros.

(6) Compromiso reforma y adaptación a normativa por importe de 20.000 euros anuales.

De lo anterior concluye que para los años 2, 3 y 4 de duración del contrato el importe de los gastos considerados se reduciría hasta en un 35% en cuanto a costes de mejora, por lo cual el beneficio aumentaría en el cómputo total del contrato.

El 27 de febrero 2016 se notifica a la recurrente que:

*“La oferta económica de la empresa ELEVADORES ELCO, S.L., de acuerdo con el informe del técnico de fecha 18/01/2016, se desestima, al considerar que pone en riesgo la realización del contrato y no puede considerarse:*

*- Precios unitarios anuales ofertados (que concuerdan con los indicados en la oferta económica - Sobre “C”).*

- Coste anual mantenimiento preventivo por operario.

*El PPT en su art.5 - PROGRAMA DE MANTENIMIENTO - apartado 5.1 - Mantenimiento Preventivo, entre otra, dice textualmente: “Los repuestos utilizados así como la posible sustitución de elementos dañados, serán por cuenta de la empresa adjudicataria, ya que se trata de un contrato todo riesgo”.*

- Coste anual mantenimiento correctivo por operario.

(...).

*Igualmente, en la justificación de su oferta económica, en el apartado 2.3 -Conclusiones-, considera que la anualidad más desfavorable, en todo caso, sería la primera al incluir todas las mejoras. Aunque es cierto que algunas mejoras se han de realizar en la primera anualidad, también es cierto que no se ha considerado que alguna tiene carácter anual y por consiguiente ese 35% de incremento de beneficio para los restantes años no es cierto y ha de incluirse dentro de los costes generales del contrato; por lo que los márgenes de beneficio anuales hechos constar en su justificación, solamente lo serían para la 1ª anualidad y considerando los gastos procedentes de la mejora denominada (6), por importe de 20.000 euros, a la totalidad del contrato, pone en riesgo la realización de los trabajos del contrato de referencia y que no puede considerarse la oferta y por lo tanto se desestima”.*

Alega la recurrente que se ha documentado suficientemente que los precios ofrecidos cubrían sobradamente una buena gestión del servicio y que no podían considerarse como baja temeraria. *“Así lo reflejó en el informe de 13 de enero de 2016. Pero es que además el informe del perito insaculado de 1 de febrero de 2016, desglosa partidas en las que entiende existe justificación de precios y que son viables para la ejecución de la prestación del servicios de mantenimiento y conservación de ascensores. Por tanto parece un agravio comparativo sin previa justificación que a la empresa Zardoya Otis, S.A., con oferta de 180.960 euros para el Ayuntamiento y Elevadores Elco, S.L. con 225.360 euros, con un 25% superior, al final se admite la viabilidad de aquella y no la de esta”.*

En el Informe técnico de 18 de enero de 2016, para este apartado del análisis de la oferta de Elevadores ELCO, S.L. consta:

(...)

*"Igualmente, en la justificación de su oferta económica, en el apartado 2.3 -Conclusiones, considera que la anualidad más desfavorable, en todo caso, sería la primera al incluir todas las mejoras. Aunque es cierto que las mejoras numeradas como (3) - (4) - (5) - (6) se han de realizar en la primera anualidad, también es cierto que no se ha considerado que la (6) tiene carácter anual y por consiguiente ese 35% de incremento de beneficio para los restantes años no es cierto y ha de incluirse dentro de los costes generales del contrato; por lo que los márgenes de beneficio anuales hechos constar en su justificación de:*

- Ayuntamiento 3.380,00 €.
- PMD 48,50 €.
- CIFE 97,00 €.

*MARGEN DE BENEFICIO (TOTAL ANUAL) 3.525,50 euros solamente lo serian para la 1ª anualidad.*

*Considerando los gastos procedentes de la mejora denominada (6), por importe de 20.000,00, a la totalidad del contrato, el MARGEN DE BENEFICIO seria:*

- 18 anualidad 3.525,50 €.
- 28 anualidad (3.525,50 € - 20.000,00 €) -16.474,50 €.
- 38 anualidad (3.525,50 € - 20.000,00 €) -16.474,50 €.
- 48 anualidad (3.525,50 €- 20.000,00 €) -16.474,50 €.

*MARGEN DE BENEFICIO (TOTAL CONTRATO) - 45.898 euros.*

*Por lo que consideramos que se pone en riesgo la realización de los trabajos del contrato de referencia y que no puede considerarse la oferta y por lo tanto se desestima".*

En cuanto al motivo de recurso que se refiere al agravio comparativo con la valoración que se hizo de la justificación presentada por otra empresa también incursa en valores anormales o desproporcionados, este debe ser rechazado puesto

que no se destruye o ataca el razonamiento expresado motivadamente por el Técnico Informante ni se alega error o discriminación respecto de la valoración de la otra oferta. La aceptación de su oferta es la constatación de que esa licitadora sí ha podido justificar su viabilidad en términos considerados suficientes por el órgano de contratación, sin que ello signifique que ambas hayan justificado la viabilidad en los mismos términos.

El Tribunal discrepa del argumento del informe técnico emitido para considerar que la justificación pone en riesgo la ejecución del contrato, por no considerarlo consistente.

Explica Elevadores Elco que su beneficio para el primer año de ejecución del contrato, desembolsando el importe íntegro de todas las mejoras se eleva a 3.525,50 euros, elevándose esta cuantía de beneficio en las siguientes anualidades en el importe de las mejoras que han sido tenidas en cuenta y cuyo desembolso se hará una sola vez.

El examen de la justificación pone de manifiesto que el importe anual que ha realizado en la hoja de cálculo que incorpora Elevadores Elco para justificar su oferta incluye los conceptos que hemos expuesto anteriormente. Cabe matizar que el importe de las mejoras no se recoge de forma íntegra o total, como afirma Elevadores Elco, sino por la parte proporcional imputable a cada anualidad. Por ejemplo, para los gastos de alumbrado LED en cabina, que suponen una inversión de 11.700 euros para los 65 aparatos elevadores, en el importe de la anualidad solo se han contemplado gastos por importe de 45 euros por aparato, que multiplicado por los 65 afectados supone una cuantía anual de 2.925 euros y ésta multiplicada por los 4 años de ejecución del contrato da la inversión total de 11.700 euros. Lo mismo ocurre con las inversiones en banda de detección. Dado que estas dos inversiones han de realizarse en el primer año y no de forma escalonada, ello supone que evidentemente el primer año será deficitario, según los cálculos que la misma empresa ha realizado, al ser superiores al importe previsto de beneficio. Es

cierto que los años sucesivos estos costes, ejecutados de una sola vez no han de realizarse, con lo cual tendría sentido la afirmación de que en los años sucesivos se podría incrementar el beneficio en un 35%. Sin embargo, como hemos visto, la justificación no los ha imputado por su cuantía total a la primera anualidad y por eso no resulta deficitaria, sino que ha optado por prorratear su importe entre los 4 años de duración y por lo tanto el coste será igual en todas las anualidades.

Respecto de las mejoras (5) línea telefónica y (6) compromiso de reforma, en ambos casos, se trata de gastos periódicos y de carácter anual, por lo que su cuantía se mantendrá asimismo invariable en cada una de las anualidades y no habrá aumento en la cuantía del beneficio previsto. En la justificación del importe anual se ha hecho constar el importe de 36 euros por 67 aparatos = 2.412 por línea telefónica al año y aproximadamente 20.000 euros anuales en concepto de compromiso de reforma.

Sin embargo, en este caso, no es razonable el argumento del informe técnico que entiende que en cada una de las anualidades 2, 3 y 4 habrá que incrementar los gastos en 20.000 euros en concepto de gasto correspondiente al compromiso de reforma. Al estar ya incluido en el supuesto de cálculo de la primera anualidad es trasladable también a las futuras como gasto fijo dentro de los 55.442,50 euros considerados.

En conclusión, todos los costes que figuran en la justificación presentada se corresponden, bien con el importe anual ofertado o con la parte proporcional cuando sean gastos a ejecutar de una sola vez. La diferencia entre los costes totales de ejecución del contrato y los ingresos a percibir según la oferta formulada supondrán un total de 14.102 euros a favor del contratista. Si bien el reparto no será exactamente de 3.525,50 euros anuales, sino que las primeras anualidades serán deficitarias y las siguientes presentarán beneficios superiores, manteniéndose de media anual ese importe.

El TRLCSP, en su artículo 152.3, establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad. Y ello exige, en un primer momento, otorgar al licitador la posibilidad de que explique los elementos que ha tenido en cuenta a la hora de formular su oferta de manera que no se produzca un rechazo automático y que el órgano de contratación pueda llegar a la convicción de la oferta se puede cumplir garantizando la correcta ejecución del contrato.

Estos trámites tienen por objeto evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y garantizar la sana competencia entre las empresas (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 29 de marzo de 2012, dictada en el asunto C-99/10, SAG EV Slovensko a.s.).

El primer paso del procedimiento contradictorio para el análisis de las ofertas anormales es la solicitud de acreditación de la viabilidad de la oferta, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 152 del TRLCSP, cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, se dará audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, que le permitan ejecutar la prestación sin incidencias o disfunciones.

Tal como establece el artículo 152 del TRLCSP, sólo es posible excluir una oferta que contenga valores anormales cuando, a la vista de la justificación aportada y los informes sobre la misma, se estime que “*la oferta no puede ser cumplida*”. O, como expresa también el artículo 69.3 de la nueva Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, los poderes adjudicadores exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando ésta parezcan anormalmente bajas para los servicios de que se trate y sólo se podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos, teniendo en cuenta los elementos mencionados en el apartado 2.

Por ello la justificación ha de ir dirigida a demostrar la viabilidad de la oferta por referencia fundamentalmente al cumplimiento de las prestaciones objeto del contrato. La cuestión que debe abordarse es si la justificación presentada respeta las condiciones de licitación establecidas en los pliegos porque si así no fuera el cumplimiento del contrato no sería viable y la proposición inaceptable. Es decir, el término de comparación de la justificación ha de ser los propios pliegos que rigen la licitación.

El segundo paso del procedimiento contradictorio es el informe técnico valorando la justificación presentada. Según lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 152 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.

De no cumplirse con el requisito de motivación antes expuesto, la decisión discrecional del órgano de contratación calificando una oferta de anormal o desproporcionada, cuando no constan en el expediente las circunstancias que el citado órgano tomó en consideración en el momento de adoptar la correspondiente decisión, o cuando estando motivado incurra en error, la decisión debe ser anulada.

En conclusión, en el caso que nos ocupa se ha procedido a la tramitación legalmente prevista para los supuestos de bajas incursas en valores anormales o desproporcionados, analizadas las razones y justificación ofrecida ésta no se ha considerado viable, incurriendo el informe en errores, en cuanto a la estimación de los presuntos beneficios a obtener en el cómputo total del plazo de ejecución del

contrato, no quedando motivada de forma razonable la exclusión de la oferta de Elevadores Elco, siendo procedente estimar el recurso presentado.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 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 el recurso especial, interpuesto por don A.C.R., en representación de la empresa Elevadores Elco, S.L, contra el rechazo de su oferta de la licitación para contratar un servicio de mantenimiento y conservación de ascensores, elevadores y plataformas del Ayuntamiento y del Patronato Municipal de Deportes y el CIFE del Ayuntamiento de Fuenlabrada, anulando el rechazo de la oferta de Elevadores Elco, con retroacción de las actuaciones para su valoración e inclusión en la clasificación.

**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.-** 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.