

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

En Madrid, a 30 de septiembre de 2015

VISTOS los recursos interpuestos por don F.R.F. y don J.G.M., en nombre y representación de Genera Quatro, S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de 3 de julio de 2015, por el que se le excluye de la licitación y contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 28 de agosto de 2015 por la que se adjudica el contrato de “Servicio de mantenimiento, suministro y reparación de las instalaciones térmicas ubicadas en colegios y dependencias municipales del Ayuntamiento de Arroyomolinos”, número de expediente: 16/15, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 4 y 22 de abril se publicó respectivamente, en el DOUE y en el BOE, el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, con un valor estimado de 220.000 euros.

De acuerdo con lo establecido en la cláusula 17 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), se considerará que contienen valores anormales o desproporcionados las ofertas económicas *“cuando en las mismas concurren las circunstancias previstas en el art. 85 y 86 del RGLCSP”*.

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron 12 licitadoras, una de ellas la recurrente.

La empresa Genera Quatro, S.L., presentó una oferta económica que ascendía a 21.379,69 euros, IVA excluido, lo cual suponía, tras efectuar los cálculos que establece el RGLCSP, una baja del 32,76% superior a los 10 puntos porcentuales respecto de la baja media, como indica el Reglamento.

Constatando que había presentado ofertas con valores anormales o desproporcionados, la Mesa de contratación con fecha 26 de junio requirió a Genera Quatro, S.L. para que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 152 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en adelante (TRLCSP), justificase la viabilidad de su oferta, lo que verificó mediante escrito presentado el día 2 de julio.

Por otro lado, la Mesa de contratación citó a las dos empresas incursoas en valores anormales o desproporcionados a una comparecencia, el día 3 de julio, en la que pudieran presentar sus justificaciones y responder a las cuestiones que se les planteasen. De tal comparecencia se levantó acta que consta en el expediente administrativo.

En el escrito de justificación se esgrimían por parte de la recurrente, como argumentos para sustentar la cuestionada viabilidad, la correcta valoración de los gastos de personal y el cálculo de las horas de dedicación del mismo, la proximidad de los servicios y las mejoras presentadas.

La justificación presentada se trasladó al servicio técnico correspondiente, que con fecha 3 de julio, emite un informe en el que señala que la justificación aportada es insuficiente por incurrir en incoherencias respecto de la oferta técnica presentada, concretamente consideran que la cantidad fijada como coste anual, tanto para el mantenimiento preventivo como correctivo, correspondiente al oficial de 1ª ofertado, no permite cubrir las 3-4 horas diarias de trabajo que se han incluido en la oferta técnica. A la vista de dicho informe la Mesa de contratación en acto celebrado ese mismo día, acuerda rechazar las justificaciones presentadas y las ofertas correspondientes y proponer la exclusión de las licitadoras en situación de anomalía o desproporción y la adjudicación del contrato a la empresa Mompesa, Servicios Integrales, S.L.U.

El Acuerdo de exclusión se notifica a las empresas FSI y Genera Cuatro, S.L., el 19 de agosto, adjuntándoles el acta de la Mesa en la que constan los motivos de exclusión y añadiendo que contra la resolución cabe interponer recurso de alzada en el plazo de un mes ante el Órgano de Contratación o la Junta de Gobierno Local.

El Acuerdo de la Mesa de propuesta de adjudicación fue notificado igualmente a todas las participantes, con fecha 28 de agosto de 2015. En la notificación se indicaba que contra dicho acuerdo de la Mesa, se podía interponer recurso potestativo de reposición, en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la recepción de la presente notificación o recurso contencioso administrativo.

Finalmente, mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 28 de agosto de 2015, se aprueba la adjudicación del contrato, lo que se notificó a las licitadoras el 1 de septiembre. En el texto de la notificación consta que el Acuerdo no pone fin a la vía administrativa y que contra el mismo puede interponer recurso potestativo de reposición, en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la recepción de la presente notificación o recurso contencioso administrativo.

El 14 de septiembre de 2015, tiene entrada en el Tribunal, escrito de recurso interpuesto por los representantes de la empresa Genera Cuatro, S.L., contra el Acuerdo de la Mesa, de 19 de agosto, por el que se le excluye de la licitación.

El recurso se había anunciado ese mismo día ante el órgano de contratación.

En el recurso se solicita que se anule su exclusión, retrotrayendo las actuaciones hasta el momento previo a la exclusión para que pueda ser valorada su proposición económica.

Posteriormente, el 21 de septiembre de 2015 tiene entrada en el Tribunal nuevo recurso interpuesto por los representantes de la empresa, contra el Acuerdo de Adjudicación adoptado el día 28 de agosto de 2015, en el que solicita se anule la adjudicación realizada admitiéndose la oferta de la recurrente.

Tercero.- Con fechas 16 y 24 de septiembre de 2015, se remiten a este Tribunal el expediente administrativo y los informes preceptivos a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP respecto de los dos recursos presentados.

En dichos informes el órgano de contratación realiza una descripción de los hechos, afirmando que por parte de esa Administración Municipal, se ha seguido escrupulosamente el procedimiento contradictorio regulado en el TRLCSP concediendo audiencia al licitador para que justificase la inclusión de los valores anormales o desproporcionados detectados, solicitando el preceptivo asesoramiento técnico del servicio y concluyendo con la exclusión de la proposición, acordada al amparo de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 152 del TRLCSP.

Aduce el Ayuntamiento que *“la justificación aportada por la recurrente en lo que respecta al coste del mantenimiento preventivo (10.001,84 euros), estaba*

sustentada en 649,47 horas anuales que arrojaban un resultado diario de 2,49 horas, no siendo coincidente con las 3 o 4 horas diarias que figuraban en la oferta de la mercantil”.

En consecuencia, consideran que la decisión de exclusión ha sido motivada y además que no se ha producido indefensión a la recurrente, a la hora de interponer el recurso, ya que ha conocido en todo momento los motivos de la misma.

Cuarto.- Con fecha 15 de septiembre de 2015 el Tribunal acordó la suspensión del expediente de contratación.

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se concedió a los interesados trámite de audiencia, habiéndose presentado alegaciones por Fulton Servicios Integrales, S.A., que argumenta, en síntesis, que el recurso debe inadmitirse al no ser firme la resolución recurrida, pues no ha transcurrido el plazo de un mes para la interposición del recurso de alzada que se indicaba en la notificación. Subsidiariamente, respecto del fondo del recurso, considera que la notificación de acuerdo de exclusión está debidamente motivada y que la recurrente no ha justificado su oferta económica por lo que el recurso debe desestimarse.

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.- Genera Cuatro, S.L., ostenta la legitimación activa necesaria para la interposición del recurso por tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las*

decisiones objeto del recurso” (artículo 42 del TRLCSP), al haber sido excluida de la licitación ya su admisión le permitiría ser potencial adjudicataria.

Asimismo se acredita la representación de los firmantes del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto de los recursos debe indicarse que los mismos se han interpuesto de forma sucesiva contra la exclusión de la recurrente y posterior adjudicación de un contrato mixto de suministros y servicios, primando las prestaciones del de servicios, clasificado en la categoría 1 del anexo II del TRLCS, con un valor estimado de 220.000 euros, por lo tanto sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso especial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40.1.a) y 2. b) y c) del TRLCSP.

En relación con el objeto del recurso, el mismo ha resultado ampliado como consecuencia de la interposición de nuevo recurso contra la adjudicación del contrato al que se ha asignado el número 149/2015, atendiendo a su orden de llegada. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión.

La acumulación de diversos recursos administrativos constituye una facultad del órgano competente para su resolución que puede acordar por propia iniciativa.

Vistos los escritos de los recursos antes mencionados se aprecia identidad en el asunto objeto de ambos, se trata del mismo órgano de contratación, hay identidad en los interesados y la resolución que pueda dictarse en uno de ellos afectaría al otro al formar ambos actos parte del mismo expediente, siendo el de exclusión

presupuesto de la falta de adjudicación del segundo, para el que el licitador excluido carecería de interés y de legitimación activa en caso contrario. Por tanto, se considera conveniente su tramitación y resolución conjunta en una sola resolución.

Por otro lado, el Tribunal ya se ha pronunciado sobre la imposibilidad de impugnar de forma sucesiva los actos de exclusión de los licitadores, en su condición de actos de trámite cualificados, y los actos de adjudicación de los contratos, entre otras en las Resoluciones 37/2011, de 13 de julio o 52/2011, de 15 de septiembre; señalando que si consta la notificación formal del acuerdo de exclusión del licitador, el mismo no podrá interponer recurso especial en materia de contratación contra el acto de adjudicación, al tratarse de posibilidades subsidiarias, pero no acumulativas, estando abocado el segundo recurso a su inadmisión por tal motivo.

Cuarto.- En cuanto al plazo de interposición cabe señalar que la notificación del acto de exclusión, efectuada el 19 de agosto de 2015, contenía un error en la indicación del recurso procedente, indicando que cabía interponer recurso de alzada en el plazo de un mes cuando el recurso procedente es el especial en materia de contratación. En consecuencia no son admisibles las alegaciones de Fulton que consideran que el acto no es susceptible de recurso al no haber adquirido firmeza.

En consecuencia, no debiendo el error producido perjudicar al recurrente, en virtud de lo establecido en el artículo 58.3 de la LRJ-PAC, debemos considerar que el plazo de interposición en este caso, es de un mes, a contar desde la recepción de la notificación, por lo que el recurso interpuesto el día 9 de septiembre, está en plazo.

Quinto.- El recurso se contrae a solicitar la anulación del Acuerdo de exclusión, por falta de motivación en la apreciación de la inviabilidad de la oferta, que contiene valores desproporcionados o anormales, tras la justificación efectuada por la

recurrente. En concreto se aduce con cita de Resoluciones del Tribunal Central de Recursos Contractuales que el Acta de la Mesa de contratación que le excluye no se pronuncia con suficiente claridad sobre la no concordancia de lo ofertado, es decir, no contiene razones justificativas concretas lo que le genera una clara indefensión. Además no se dan ninguno de los presupuestos que recoge el artículo 84 del RGLCAP para motivar la exclusión de una oferta.

Antes de abordar la concreta cuestión planteada cabe recordar que 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. La apreciación de si es posible o no el cumplimiento de la oferta, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que la componen y de las características de la propia empresa licitadora, no siendo posible la aplicación automática.

Por ello el apartado 3 del artículo 152 del TRLCSP, regula el procedimiento contradictorio a seguir para la comprobación de la oferta al disponer que *“cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique su valoración y precise sus condiciones, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda del Estado.*

En el procedimiento habrá de solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente”.

De acuerdo con lo establecido en el PCAP la oferta presentada por la recurrente efectivamente incurría en presunción de temeridad, si bien el cálculo no se ha realizado de acuerdo con los términos del artículo 85 del Reglamento, que exige considerar 10 unidades porcentuales respecto de la media de las ofertas presentadas. En consecuencia se le comunicó tal circunstancia, concediéndole plazo para justificara los términos de su oferta y la viabilidad de ejecutar satisfactoriamente el contrato en las condiciones ofrecidas.

Es cierto que la decisión sobre la viabilidad de la oferta corresponde al órgano de contratación “considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior”. De acuerdo con ello, es imprescindible que el informe de los servicios técnicos esté suficientemente motivado, a los efectos de que la Mesa de contratación primero, en su propuesta, y el órgano de contratación después, puedan razonar o fundar su decisión. El mismo adoptará la decisión sopesando las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y los informes emitidos por los servicios técnicos, pero ni unas ni los otros tienen carácter vinculante para el mismo.

En este momento, habiéndose cumplido los trámites expresados, la función del Tribunal sería meramente de control del cumplimiento de los principios y de los trámites legales, no siendo posible la sustitución del juicio técnico del informe, ni de la decisión sobre la posibilidad de cumplimiento o no, que como ya se ha dicho corresponde al órgano de contratación. Los elementos de control serían, además del cumplimiento de las formalidades jurídicas, que exista motivación y que la misma resulte racional y razonable excluyendo toda posibilidad de arbitrariedad.

El procedimiento no adolece de vicio alguno que pueda afectar a la validez de la decisión adoptada. Las normas para la consideración en presunción de anormal o desproporcionada de una oferta figuraban en los pliegos que no fueron impugnados, fueron aplicados con los criterios matemáticos previamente fijados a todos los licitadores, y se han solicitado los informes técnicos preceptivos.

Una cuestión que debe ser aclarada en primer lugar es que no corresponde al órgano de contratación demostrar que la oferta es inviable, sino al contrario al licitador justificar la viabilidad de la oferta, sin que sea posible realizar en este caso una inversión de la carga de la prueba que a la postre y para el ámbito del procedimiento contradictorio de justificación de bajas temerarias, pretende la recurrente. Antes bien se trata a través de este procedimiento de que el licitador cree en el órgano de contratación la convicción de que puede llevar a cabo el contenido de las prestaciones del contrato con el precio ofertado, sin perjuicio de que la convicción o falta de ella deba motivarse de forma razonable.

Sentado lo anterior procede examinar las explicaciones ofrecidas por la recurrente y su apreciación por el órgano de contratación. Como afirma la recurrente con cita de determinadas resoluciones del Tribunal Central de Recursos Contractuales, no se trata de justificar exhaustivamente la oferta sino de proveer de argumentos al órgano de contratación que le permitan llegar a la convicción de la viabilidad de la oferta, y aun cabe añadir que tal y como dijimos, entre otras en nuestra Resolución 42/2014, de 5 de marzo, la justificación debe ser razonable en relación con las prestaciones objeto del contrato, no solo con cuestiones ajenas al mismo que si bien pueden influir no se aprecian como determinantes.

La recurrente alega que *“esta parte quiere poner de manifiesto que el ratio de 3-4 horas diarias ofertado constituye un dato estimado y vinculado a las necesidades que requiera el servicio.*

Dicho esto, el cálculo que ha efectuado el técnico del Ayuntamiento resulta correcto, pues incluyendo todo el personal de mano de obra directa ofertado, ha obtenido un resultado total de 3,17 horas diarias, dicha cantidad está incluida dentro del ratio ofertado por la empresa de 3-4 horas diarias. Un dato que resulta objetivo e indiscutible.

Asimismo, cabe advertir que el resultado de 3,17 HORAS DIARIAS NO ES UNA CANTIDAD MÁXIMA, SINO QUE ES UNA CANTIDAD ESTIMADA, QUE ESTARÁ SIEMPRE EN FUNCIÓN DE LAS NECESIDADES REQUERIDAS POR EL SERVICIO.

Por lo que, si fuese necesario, se ampliaría el ratio hasta la cantidad máxima de 4 horas diarias”.

La oferta de la recurrente, en cuanto al personal, incluye los siguientes datos:

La oferta técnica, en su apartado 3.4.3.3 titulado: Técnicos de mantenimiento y encargados de zona o edificio, determina: *“Genera Quatro tendrá el siguiente personal mínimo disponible para el servicio:*

- Un técnico cualificado en la prestación del servicio con una duración estimada de 3/4 h/diarias o proporcionalmente en función de las necesidades.*
- Un equipo de oficiales de apoyo en la Comunidad de Madrid disponible en la empresa para apoyar labores correctivas, existiendo disponibilidad”.*

En el Informe de justificación de la oferta económica:

Mantenimiento preventivo: un oficial de 1ª con un total de horas anuales de 649,47, el coste de la hora lo fijan en 15,50 euros, lo que da un total de 10.001,84 euros/año.

Mantenimiento correctivo: Oficial de 1ª con un total de horas anuales de 649,47. El coste de la hora se fija en 15,50 euros, lo que hace un total de 2.000,46 euros/año.

El órgano de contratación alega respecto de estos datos que la Mesa estimó que existían discrepancias entre los documentos presentados, puesto que teniendo en cuenta las 3 horas diarias mínimas que se ofertan y los 246 días laborables del año, el precio ofertado únicamente alcanza para la prestación de 2,5 horas /día.

Las explicaciones ofrecidas por la empresa tanto en el informe justificativo como en la comparecencia, no justificaron, a juicio de los miembros de la Mesa, esa discrepancia de datos lo que motiva el rechazo de la justificación.

El Tribunal comprueba que efectivamente con las cifras expuestas en el informe de justificación de la oferta, no pueden cubrirse 3 horas diarias de mantenimiento que se incluyen en la oferta técnica.

Debe tenerse en cuenta que la oferta se refiere a personal mínimo y de 3-4 horas diarias de dedicación, por lo que no puede admitirse que se trate de una estimación que permita cubrir únicamente 2,5 horas diarias.

Tampoco puede admitirse el cálculo que hace la recurrente, para obtener el número de horas de media, incluyendo todo el personal ofertado, puesto que tanto en la oferta como en la justificación, las 3-4 horas diarias están referidas al oficial de mantenimiento, sin diferenciar el preventivo del correctivo, y no respecto del personal de apoyo.

Comprueba el Tribunal que esta cuestión no fue aclarada en la comparecencia, de acuerdo con lo que consta en el acta.

En definitiva, se ha comprobado que el juicio técnico del informe y la decisión del órgano de contratación sobre la posibilidad de cumplimiento de la oferta se encuentran debidamente motivados y además son razonables sin que se aprecie arbitrariedad, por lo que su decisión se considera ajustada a derecho.

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.- Acumular la tramitación de los recursos especiales en materia de contratación presentados por don F.R.F. y don J.G.M., en nombre y representación de Genera Quatro, S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de 3 de julio de 2015, por el que se le excluye de la licitación y contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 28 de agosto de 2015, por el que se adjudica el contrato de “Servicio de mantenimiento, suministro y reparación de las instalaciones térmicas ubicadas en colegios y dependencias municipales del Ayuntamiento de Arroyomolinos”.

Segundo.- Desestimar el recurso especial, interpuesto por don F.R.F. y don J.G.M., en nombre y representación de Genera Quatro, S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de 3 de julio de 2015, por el que se le excluye de la licitación del contrato de “Servicio de mantenimiento, suministro y reparación de las instalaciones térmicas ubicadas en colegios y dependencias municipales del Ayuntamiento de Arroyomolinos”.

Tercero.- Inadmitir el recurso especial, interpuesto por don F.R.F. y don J.G.M., en nombre y representación de Genera Quatro, S.L., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 28 de agosto de 2015, por el que se adjudica el contrato de referencia.

Cuarto.- 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.

Quinto.- Levantar la suspensión acordada por el Tribunal el día 15 de septiembre de 2015.

Sexto.- 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.