

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

En Madrid, a 14 de septiembre de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por don I.M.C.G., en nombre y representación de Elsamex, S.A., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Fuenlabrada, de fecha 29 de junio de 2016, por el que se clasifican las proposiciones para la adjudicación del contrato “Servicio de Conservación general y programada en edificios y colegios públicos del Ayuntamiento de Fuenlabrada” y se excluye a la recurrente, número de expediente E.11.C.16, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 29 de abril y 10 de mayo de 2016 se publicó respectivamente en el DOUE y en el BOE, la convocatoria de licitación pública, por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, para la adjudicación del contrato denominado “Servicio de Conservación general y programada en edificios y colegios públicos del Ayuntamiento de Fuenlabrada”, siendo el valor estimado del contrato de 6.000.161,51 euros.

Segundo.- Al procedimiento concurren once empresas incluida la recurrente.

La Mesa de contratación, en sesión celebrada el 15 de junio de 2016, acuerda la exclusión de la empresa Elsamex, S.A, ya que tras requerir la justificación de la viabilidad de su oferta económica y examinada la documentación que presentan, según el Informe Técnico emitido *“no se considera viable porque pone en riesgo la realización de los trabajos del contrato de referencia, dicha documentación no es valorada por la Mesa de contratación por lo que se resuelve que dicha oferta no es viable”*.

La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Fuenlabrada procedió mediante Decreto de 29 de junio de 2016, a la clasificación de las ofertas y al requerimiento de la documentación a la empresa propuesta como adjudicataria del contrato. En el Acuerdo se hace constar las empresas que han sido excluidas y las causas de la exclusión.

El Decreto fue notificado el día 30 de junio, constando que contra esa notificación que es un acto de trámite no cabe recurso alguno.

Con fecha 8 de julio de 2016, Elsamex, S.A., anunció al órgano de contratación su intención de interponer recurso especial en materia de contratación contra su exclusión, acordada por el Decreto de 29 de junio y reitera su petición formulada el día 27 de junio de acceso a determinada documentación del expediente de contratación. De acuerdo con lo expresado en el informe del órgano de contratación, se le informó telefónicamente que podía ver el expediente el día 19 de julio de 2016.

Tercero.- El 14 de julio de 2016, Elsamex, S.A. presenta recurso especial en materia de contratación contra el Decreto de la Junta de Gobierno Local, de 29 de junio de 2016.

El recurso argumenta que el Informe Técnico emitido no ha tenido en cuenta toda la documentación presentada para justificar la oferta puesto que *“Dado que no hemos tenido acceso al expediente, no podemos discernir si existe un error en la correlación de las fechas o si por otra parte el informe Técnico que según figura en la notificación del día 21 de junio de 2016, realmente se redactó el día 15 de junio de 2016, es decir, dos días antes de la presentación de la justificación de mi representada. Si bien habría que tener en cuenta que mi representada también presentó otro escrito el lunes 20 de junio de 2016 a la 11:40 h requerido mediante fax de fecha 16 de junio a las 14:37 h (documento nº 4) donde se nos requirió justificación en un plazo no superior a las 12:00 h del lunes 20 de junio de 2016, y se presentó para justificar nuestra baja al cuadro de precios. En dicho escrito de fecha 20 de junio de 2016, se justificaba la baja al cuadro de precios y del cual no se hace mención alguna en el informe y con el que entendemos que sí queda justificada la baja como refleja el hecho de que se nos da la correspondiente valoración con una puntuación de 13 puntos acorde a nuestra baja del 38,69%, tal y como también figura en el cuadro de más abajo”*.

Cuarto.- Del recurso se dio traslado al órgano de contratación que informa que *“En fecha 08/07/2016, por la empresa ELSAMEX SA se presente escrito solicitando vista del expediente de referencia, siéndole comunicado telefónicamente, que podía ver el expediente el día 19/07/2016, por lo que la empresa recurrente, hizo uso de su derecho de formular el correspondiente recurso, antes de la vista del expediente, aunque del texto del mismo parece desprenderse que tiene conocimiento de todos los motivos por los que se rechaza su oferta y se admite las de los otros dos licitadores incursos en temeridad, por lo que en ningún caso puede argumentar el recurrente desconocimiento o indefensión, ya que, ofrecido el trámite de audiencia, no hizo uso del mismo formulando el recurso. No obstante, con fecha 14 de julio de 2016, el recurrente ya había presentado escrito de recurso, ante el TACP, interponiendo escrito de recurso especial en materia de contratación, contra decreto de fecha*

30/06/2016 por el que se clasifica las ofertas, y en el que se indica el rechazo de la oferta”.

En cuanto al motivo de fondo del recurso, alega que “En el informe técnico correspondiente, se indican las causas y motivos determinados y debidamente fundamentados para rechazar la oferta de ELSAMEX SA y la admisión de las otras dos, ya que el apartado 4 del señalado artículo determina que si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior, estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la proposición económicamente más ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo anterior. Así pues, aunque no haya habido adjudicación aún, por parte de la Mesa de Contratación se ha actuado conforme determina el artículo 154, sin vulneración alguna de los principios de igualdad y no discriminación, ya que se motiva suficientemente por lo que se considera que la oferta de ELSAMEX SA no puede ser cumplida por la inclusión de valores anormales o desproporcionados”.

Mediante Acuerdo de 28 de julio este Tribunal reconoció a Elsamex, S.A., el derecho al examen de la documentación solicitada en la sede del Tribunal, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 16.2 y 29.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado mediante Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (en adelante RPER).

Una vez puesto de manifiesto el expediente, Elsamex, S.A., procedió a la ampliación del recurso el 4 de agosto, habiéndose dado traslado del mismo tanto al órgano de contratación como al resto de interesados.

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se ha dado traslado del recurso al resto de

interesados en el procedimiento, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (TRLCSP), concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, habiendo presentado el correspondiente escrito la empresa Teodoro del Barrio, S.A., con fecha 7 de septiembre de 2016, en el que se ratifica en los términos de su oferta y solita la desestimación del recurso.

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.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Elsamex, S.A., para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*, puesto que su oferta ha sido excluida.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso, debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, en cuanto se excluye la oferta de la recurrente, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.b) del TRLCSP.

Cuarto.- En cuanto al plazo de interposición del recurso el Acuerdo impugnado fue adoptado el 29 de junio de 2016, practicada la notificación 30 de junio de 2016, e

interpuesto el recurso el 14 de julio, por tanto dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP por lo que el recurso especial se planteó en tiempo y forma.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, el mismo se contrae a analizar la adecuación a derecho de la apreciación de la viabilidad de la oferta de la recurrente incurra en presunción de temeridad.

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.).

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 parezca anormalmente baja 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.

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 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, han de ser los propios pliegos que rigen la licitación.

Tal como se indica en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña 3/2012, de 30 de marzo, *“Según se desprende de la normativa mencionada, con la regulación de las ofertas o proposiciones con valores anormales o desproporcionados se persigue un doble objetivo: en primer lugar, garantizar la ejecución correcta del contrato, es decir, que la ejecución del contrato no se pueda frustrar como consecuencia del hecho de que una oferta o una proposición contenga valores anormales o desproporcionados y, por lo tanto, comprobar que estas ofertas o proposiciones son viables y que en caso de ser seleccionadas se podrán cumplir correctamente en los términos establecidos; y, en segundo lugar, establecer unos mecanismos de protección para la empresa licitadora, de manera que su oferta o proposición no pueda ser rechazada de forma automática, sino que tenga la posibilidad de defenderla.*

La justificación de una oferta es la acción de explicar, aduciendo razones convincentes o alegando otros medios, la viabilidad y acierto de una proposición, en los términos en que fue presentada al procedimiento licitatorio. Consiste pues, en la aclaración de los elementos en que el licitador fundamentó su oferta y en la verificación de que conforme a dicha aclaración, la misma es viable de forma tal que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada, en el modo y manera establecidos en los pliegos de condiciones”.

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*

efectuado 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, podría ser considerada arbitraria.

A todo ello cabe añadir que la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde al órgano de contratación que la adoptará a la vista de las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y teniendo en cuenta los informes emitidos por los servicios técnicos, sin que las alegaciones ni los informes tengan carácter vinculante.

En este momento 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 que como ya se ha dicho corresponde exclusivamente 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.

Consta en el expediente que el Informe técnico emitido en relación con la justificación de viabilidad de Elsamex, S.A., señala lo siguiente: *“presenta documentación en la que describe justificación de su oferta a la baja en la modalidad de CFAPA y Baja al cuadro de precios. En el apartado de salarios pueden considerarse diferentes convenios como pueden ser “Sector Construcción y Obras*

Públicas”, “Sector de Industria, Servicios e Instalaciones del Metal” o “Empresas de Ingeniería y oficinas de estudios técnicos”, del que el más restrictivo en tablas salariales es este último de “Empresas de Ingeniería y oficinas de estudios técnicos”.

En ella se expone un breve y escueto estudio de costes en el que se indica que para reducir costes directos tanto los periodos de vacaciones como lo retenes son cubiertos por personal de mantenimiento y cuyo coste será asumido por la empresa. No obstante consideramos que los costes por salarios y Seguridad Social han de ser repercutidos al contrato, por lo tanto:

a.1) costes derivados de las suplencias por vacaciones del personal que habrán de ser sustituidos, entre tanto, por otros empleados con las mismas categorías que realicen sus mismas funciones y den continuidad a los trabajos de mantenimiento, por valor de 77.660,30€.

a.2) costes de Seguridad Social soportados por la empresa, por valor de 354.114,65€.

a.3) costes del mantenimiento Técnico Legal, incluyendo las inspecciones periódicas por E.I.C.I., incluso las tasas y la emisión de boletines, por valor de 18.000,00€.

b) aporta diferentes documentos de otras empresas en las que le ofertan una rebaja del 40% sobre el cuadro de precios, por lo que considerando que otros proveedores le hiciesen una oferta menos ventajosa podría asumir una baja al cuadro de precios del 38,69%.

Por todo lo anterior 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”.

La recurrente esgrime distintos motivos que a su juicio implican una indebida apreciación de la viabilidad de su oferta. En primer lugar aduce insuficiente motivación del informe técnico para rechazar su oferta, señalado que *“ciertamente no se alcanza a comprender el mismo. Así, pareciera que junto con un aspecto declarativo y recopilador de nuestra oferta y convenios en ella referidos, se concluye que el motivo*

del rechazo estaría en la no repercusión de los costes salariales y de Seguridad Social, cuando dice: "(...) No obstante consideramos que los costes por salarios y seguridad social han de ser repercutidos al contrato, por lo tanto (...)".

Lo primero que habría que decir es que el Pliego no exige la contratación del personal bajo ningún convenio específico, si bien advierte que, para algún trabajo determinado de albañilería, los operarios tendrán la tarjeta profesional construcción (TPC) o justificación de la empresa de que no se rige por el convenio de la construcción. Luego eso no es impedimento alguno, ni se plantea, ni consta como un reproche en el informe".

Comprueba el Tribunal que, el Pliego de Prescripciones Técnicas en su apartado 1.6 Obligaciones que debe cumplir el contratista (medios humanos y auxiliares), contempla un personal obligatorio compuesto por:

- 1 T. Industrial (a tiempo parcial).
- 1 Capataz a tiempo parcial.
- 1 Administrativo jornada completa.
- 2 Oficiales fontaneros de 1ª.
- 2 Oficiales electricistas de 1ª.
- 1 Oficial electromecánico de 1ª.
- 1 Oficial cerrajero de 1ª.
- 1 Oficial albañil de 1ª.
- 1 Oficial carpintero /persianista de 1ª.
- 6 Ayudantes.

En el cuadro de justificación de costes directos presentado por Elsamex, no se contempla ni el Ingeniero Técnico Industrial, ni el capataz. Además como se señala en el informe, no se han tenido en cuenta las suplencias y el retén por asistencia a actos que ha sido propuesto como mejora y valorado.

A todo ello había que añadir a juicio de este Tribunal que se ha tomado como referencia un convenio de dudosa aplicabilidad a las categorías del personal contemplado.

Si bien es cierto que la empresa en su justificación alega que va a poner personal propio adscrito a “la Delegación” y que asume los costes correspondientes, esa aportación plantea dudas respecto al personal no contemplado en el cuadro sobre el que no se indica nada y sobre la posibilidad de asumir unos costes no contabilizados y que pueden ser importantes y que no encuentran un reflejo ni en el concepto de gastos generales del cuadro justificativo presentado ni en la necesaria minoración del beneficio previsto.

De ahí que sea razonable el informe en su rechazo de la justificación.

Por otro lado en cuanto a las mejoras propuestas, aparte del retén examinado, se oferta un vehículo eléctrico y la realización del estudio termográfico, ambos a coste cero, al parecer asumidos a cargo de la empresa, sin cuantificar. No se incluyen tampoco referencia alguna a otros costes que son previsibles, como los de instalaciones, otros vehículos, consumos, etc., alegándose únicamente la existencia de acuerdos económicos con proveedores y subcontratistas así como la circunstancia de ser el actual adjudicatario del contrato.

De todo ello se deduce que en el supuesto que nos ocupa, el Tribunal debe concluir que se ha seguido formalmente el procedimiento legalmente previsto en el artículo 152.2 y 3 del TRLCSP, en cuanto a la consideración y tramitación de las ofertas con valores anormales o desproporcionados; que la empresa adjudicataria, en el trámite de audiencia concedido presenta la justificación de su oferta; que el informe técnico emitido está debidamente motivado y resulta racional y razonable, sin que se advierta arbitrariedad; y que el mismo ha sido aceptado por la Mesa de contratación y el órgano de contratación, considerando que explica suficientemente las dudas sobre

la oferta y que no pueda ser cumplida, lo que afectaría a la normal ejecución del contrato.

Por todo lo anterior, no resulta posible la sustitución del juicio técnico del informe, ni de la decisión del órgano de contratación sobre la posibilidad de cumplimiento o no de las ofertas, que se revela como ajustada a Derecho.

En consecuencia, debe desestimarse el recurso.

Séptimo.- En segundo lugar se alega discriminación al admitir los argumentos de las otras dos empresas incursas en baja desproporcionada.

Cabe señalar que tanto Tebasa como Ferroser, aportan un estudio detallado y completo de los gastos previstos y una justificación de los costes laborales.

Así aparece en el apartado B del escrito presentado por Tebasa, folios 527 a 531 del expediente y respecto a Ferroser, en los folios 781 a 866, incluyendo un cuadro resumen de costes.

Por lo tanto, se comprueba que las justificaciones presentadas por esas dos empresas son más completas e incluyen con detalle y valorados debidamente, todos los conceptos. Por ello el informe técnico aprecia que han justificado debidamente sus ofertas.

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.- Desestimar el recurso especial, interpuesto por don I.M.C.G., en nombre y representación de Elsamex, S.A., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Fuenlabrada, de fecha 29 de junio de 2016, por el que se excluye a la recurrente de la licitación del contrato “Servicio de Conservación general y programada en edificios y colegios públicos del Ayuntamiento de Fuenlabrada”.

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.- Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento acordada por el Tribunal en su reunión de 20 de julio de 2016.

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.