

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

En Madrid, a 19 de septiembre de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado de don V.P.S., en nombre y representación de Eulen, S.A., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alcorcón, de fecha 25 de julio de 2017, por el que se adjudica el contrato “Servicio de mantenimiento de puertas y cierres automáticos del Ayuntamiento de Alcorcón”, número de expediente: 6/17, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 16 de marzo de 2017 se publicó en el DOUE y se pusieron los Pliegos a disposición en el Perfil de contratante del Ayuntamiento de Alcorcón, y con fecha 8 de abril se publicó en el BOE, la licitación del contrato de servicios denominado “Servicio de mantenimiento de puertas y cierres automáticos del Ayuntamiento de Alcorcón”, a adjudicar por procedimiento abierto, con criterio único el precio, y con precios unitarios. El valor estimado del contrato asciende a 223.728,00 euros, siendo la duración de veinticuatro meses prorrogables como máximo por un periodo igual.

Según establece el apartado 9 de la cláusula 1ª del PCAP que rige este procedimiento, las proposiciones serán valoradas de acuerdo con los siguientes criterios:

“9.- Criterios objetivos de adjudicación del contrato: CRITERIO PRECIO.

Se establece el PRECIO como único criterio de adjudicación, valorado en función de las bajas medias ofertadas por los licitadores para cada uno de los tipos de servicios que se requieren y que se aplicarán sobre sobre los importes unitarios de los trabajos detallados en el Anexo I de este Pliego (servicios tipo 1 y 2) o sobre el PVP sin IVA del fabricante en el año en que se preste el servicio o, ante la falta del mismo, el indicado en el tarifario de distribuidor sin IVA (servicios tipo 3). La valoración de las propuestas se establecerá según la baja total ofertada (V), que se calculará de la siguiente forma:

- *Se sumarán los descuentos de todas las ofertas para cada uno de los tipos de servicios y se obtendrá el descuento medio (DMi) de cada uno de los tipos.*
- *Se asignará el siguiente criterio de ponderación a los distintos tipos de servicios:*
 - *Tipo 1: Ponderación del 0,50.*
 - *Tipo 2: Ponderación del 0,35.*
 - *Tipo 3: Ponderación del 0,15.*

- *Se obtendrá el valor (V) siendo V:*

$$V = (DM1 \times 0,50) + (DM2 \times 0,35) + (DM3 \times 0,15)$$

Las ofertas se clasificarán en orden descendente, de mayor a menor valor (V), considerando, en principio, como económicamente más ventajosa la oferta con mayor V.

En caso de empate se considerará como económicamente más ventajosa a aquella oferta cuyo “DM1” sea mayor. Y como segundo criterio a aquella oferta cuyo “DM2” sea mayor.

A efectos de considerar la posible desproporcionalidad o temeridad de las ofertas, se estará a lo dispuesto en el artículo 85 del RD 1098/2001, de 12 de

octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. En su caso, se llevará a cabo la tramitación prevista en el art. 152 del TRLCSP, de conformidad con la facultad del Órgano de Contratación para apreciar, previos los informes y la audiencia y justificación de los licitadores, si las ofertas pueden ser o no cumplidas adecuadamente”.

Segundo.- La Mesa de contratación en sesión celebrada el 16 de mayo siguiente, admitió las empresas a la licitación y procedió a la apertura del sobre 3 (proposición económica) de las empresas admitidas, entregándose el contenido de los sobres al técnico competente a efectos de valoración.

Por la unidad proponente, se emitió informe el 24 de mayo de 2017, en el que se indica que tras comprobar la existencia de ofertas desproporcionadas según lo establecido en el artículo 85 del RD 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, hay una oferta inferior a la media aritmética menos 10 unidades porcentuales, la presentada por RSP Servicios a Comunidades, S.L., por lo que se procede a requerir para que justifique la viabilidad de su oferta.

Con fecha 29 de mayo de 2017, se requiere a RSP Servicios a Comunidades, S.L. para que justifique su oferta. En el informe técnico de la unidad proponente, de 5 de junio de 2017, se indica que, una vez revisada la documentación presentada por RSP Servicios a Comunidades, S.L., no se justifica la oferta presentada y se propone su exclusión.

Se vuelven a realizar los cálculos del artículo 85 del RD 1098/2001 a las tres ofertas restantes, resultando que la oferta presentada por Eulen está por debajo en más de un 10% a la media aritmética resultante. Como conclusión esta oferta es inicialmente anormalmente baja o desproporcionada.

Mediante requerimiento de 17 de junio de 2017 se solicita justificación a Eulen.

En el informe técnico de 21 de junio, una vez analizada la documentación presentada por Eulen, se estima que no justifica la oferta, y tampoco incluye una valoración de costes, por lo que no ofrece unas garantías mínimas de que el servicio se pueda prestar correctamente. A la vista de lo anterior, se vuelve a recalcular las medias con las dos empresas licitadoras restantes, no estando ninguna en valores anormalmente bajos o desproporcionados, por lo que la unidad gestora propone la adjudicación a favor de Kone Elevadores, S.A., por ser la empresa que ofrece un mayor porcentaje de baja sin incurrir en desproporción o anomalía.

La Mesa de contratación, en su sesión de 23 de junio de 2017, hace suyo el informe de la unidad gestora y acuerda elevar propuesta de clasificación y adjudicación, previo requerimiento de aportar la documentación a que hace referencia el artículo 151.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF), al primer clasificado, Kone Elevadores, S.A.

Mediante Acuerdo de fecha 25 de julio de 2017, de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alcorcón, a la vista del Acuerdo adoptado por la Mesa de contratación de fecha 23 de junio, se adjudica el contrato a la empresa Kone Elevadores, S.A.

Dicho Acuerdo fue notificado a la recurrente el 27 de julio. En la notificación consta como motivación que *“De conformidad con los informes técnicos emitidos al efecto, ninguno de estos dos licitadores ha justificado debidamente la viabilidad de sus propuestas ni de los precios ofertados para asegurar la prestación del servicio en base a las condiciones exigidas en el pliego de prescripciones técnicas que rige el contrato.*

En el caso de EULEN, S.A., el informe técnico indica que en la documentación presentada de su oferta económica no se justifica la desproporcionalidad. Tampoco incluye una valoración de costes que garantice que el servicio de mantenimiento se prestará con unas mínimas garantías”.

Tercero.- Con fecha 3 de agosto de 2017, Eulen formuló ante el órgano de contratación el recurso especial en materia de contratación contra el Acuerdo por el que se adjudica el mencionado contrato aduciendo que la oferta no se encontraba en baja temeraria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4 del TRLCSP, y falta de motivación de su exclusión solicitando su anulación y la retroacción del expediente al momento en que debió valorarse su oferta.

Con fecha 9 de agosto, se recibió el expediente e informe preceptivo de acuerdo con el artículo 46 del TRLCSP. Por su parte el órgano de contratación en su informe, defiende la adecuada motivación de la resolución de adjudicación y solicita su desestimación. Opone a la estimación del recurso, que la recurrente realiza los cálculos del artículo 85 del RD 1098/2001, sobre los porcentajes de baja de las ofertas presentadas y no sobre la media aritmética de las ofertas que resultan de aplicar dichos porcentajes de baja. Por otra parte, Eulen, además considera las cuatro empresas inicialmente admitidas, cuando RSP quedó excluida del procedimiento de licitación, al considerar que no había justificado la viabilidad de su oferta económica, inicialmente incurso en valores anormales, y que además incluía en la documentación justificativa valores distintos a los que constaban en su oferta económica. Consecuencia de lo anterior, quedando esta empresa excluida de la licitación, se procedió a repetir los cálculos del artículo 85.4 del RD 1098/2001 a las restantes ofertas. Teniendo en cuenta que, de acuerdo con el artículo 152 del TRLCSP, las ofertas a tener en cuenta para el cálculo han de ser válidas, por lo que aquéllas que hayan sido excluidas o no admitidas no se valorarán para dicho cálculo.

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, habiéndose formulado por la adjudicataria de cuyo contenido se dará cuenta al analizar el recurso.

Quinto.- Con fecha 6 de septiembre de 2017, el Tribunal acordó mantener la suspensión de la tramitación del referido expediente de contratación hasta que se resuelva el recurso y se acuerde expresamente el levantamiento de la suspensión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP, y en 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 recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de un licitador excluido *“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 interpuso contra la adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.b) y 2.c) del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo, pues el Acuerdo impugnado fue adoptado el 25 de julio de 2017, la notificación a la recurrente fue realizada el 27 del mismo mes, y el recurso se interpuso el 3 de agosto, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, sostiene la recurrente en primer lugar que no existe temeridad en la oferta de acuerdo con lo establecido en el art 85 del RD 1098/2011 y en el apartado 9 de la cláusula 1 del PCAP. Considera que teniendo en cuenta las ofertas de las cuatro licitadoras la media de las bajas de las ofertas sería de 37,69% y el umbral de temeridad (media +10) 47,69, por lo que su oferta que

supone una baja del 37,19 no estaría incurso en valores anormales o desproporcionados. Añade que aunque excluyéramos para el cómputo la baja de la oferta más arriesgada su oferta tampoco estaría en el supuesto de temeridad al ser el valor total de su baja 37,19% y situarse el umbral de temeridad en el 39,66%, tras la exclusión de la oferta más arriesgada de RSP, de acuerdo con los siguientes datos:

| LICITADORA | BAJA TIPO 1 | BAJA TIPO 2 | BAJA TIPO 3 | BAJA TOTAL O VALOR V |
|----------------------------|---------------|---------------|---------------|----------------------|
| EULEN | 40,22% | 40,22% | 20,00% | 37,19% |
| KONE | 28,40% | 33,00% | 2,00% | 26,05% |
| MANUSA DOOR | 25,00% | 25,00% | 30,00% | 25,75% |
| MEDIA | 31,21% | 32,74% | 17,33% | 29,66% |
| UMBRAL TEMERIDAD(MEDIA+10) | 41,21% | 42,74% | 27,33% | 39,66% |

En sus alegaciones Kone afirma que es indubitable que la baja de Eulen es desproporcionada y que sus cálculos son incorrectos porque aplica directamente 10 puntos a su resultado, es decir que al % de baja de su oferta le suma 10 puntos cuanto la realidad es que debe aplicarse un % de 10 sobre la media obtenida, siendo el umbral resultante el punto de corte para determinar si una oferta está o no incurso en baja temeraria. Siendo que la media de las bajas de las tres licitadoras a tener en cuenta, una vez comprobado que RSP supera en más de 10 unidades porcentuales a la media de las ofertas presentadas, por lo que se debe proceder a calcular la media sin tenerla en cuenta, supone 29,66, el umbral de temeridad (media-10%) es 32,63 y la baja de Eulen es de 37,18.

Atendiendo a los criterios del PCAP, que se remite a lo dispuesto en el artículo 85 del RGLCAP, *“se considerarán en principio, desproporcionadas o temerarias las ofertas que se encuentren en los siguientes supuestos: 4. Cuando concurren cuatro o más licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la medida aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, si entre ellas existente ofertas que sean superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las ofertas que*

no se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía”.

Teniendo en cuenta lo anterior es claro que *“se considerará desproporcionada toda oferta que sea inferior en más de 10 unidades porcentuales con respecto a la media aritmética de las ofertas presentadas”*, así como que la media se calculará de una manera u otra dependiendo si hay cuatro o más licitadores o si los licitadores son tres o menos de tres.

De acuerdo con el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa número 47/03, de 2 de febrero de 2004, la interpretación correcta del artículo 85.4 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en la apreciación de las bajas desproporcionadas o temerarias *“consiste en referir las expresiones de ofertas inferiores o superiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas y no a la media aritmética de las bajas de las ofertas presentadas”*.

Una de las formas de determinar el presupuesto de los contratos es el sistema de precios unitarios referidos a los componentes de la prestación y la modalidad de pago puede referirse a los precios unitarios ofertados en función del número de prestaciones efectivamente realizadas. Dicho sistema no exime de establecer un presupuesto que determina el gasto máximo total por el cual la administración se puede obligar, lo que no es óbice a que luego resulte inferior, ya que en ningún modo significa una suma alzada que deba ejecutarse o pagarse independientemente del número de unidades o prestaciones realizadas.

Tal como consta en el informe técnico de fecha 24 de mayo, tras el cálculo de la media aritmética de las ofertas presentadas se observa que hay dos ofertas superiores a la media incrementada en 10 unidades porcentuales, pero al quedar menos de tres ofertas, se calcula la nueva media con las ofertas de menor cuantía,

resultando que la oferta presentada por RSP es inferior a la media aritmética en más de 10 unidades porcentuales.

A la vista de lo cual se realizó el procedimiento contradictorio previsto en el artículo 152.3 del TRLCSP. La decisión sobre la viabilidad o no de la oferta de RSP en función de la justificación presentada, pone fin al procedimiento contradictorio previsto en el artículo 152 del TRLCSP. Tal como establece el apartado 4 de este mismo artículo 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 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 151. En este último apartado se dispone que en la clasificación por orden decreciente se incluirán las proposiciones presentadas que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales.

En este caso, la aplicación que del mismo ha realizado el órgano de contratación al aplicar el porcentaje del valor V sobre el presupuesto de licitación para calcular el importe de las ofertas, la media aritmética y determinar aquellas ofertas presuntamente temerarias ha resultado correcto en el mencionado informe de 24 de mayo. En este momento la oferta de Eulen no resulta incurso en presunción de oferta anormal o temeraria. Sin embargo las sucesivas rondas o recálculos de la temeridad que dieron como resultado la solicitud de justificación de la oferta de Eulen y su rechazo no resultan ajustadas a derecho, debiendo estimar el motivo de recurso.

Efectivamente, el cálculo de la incursión en anormalidad o desproporción ha de tener en cuenta todas las ofertas admitidas y en este supuesto las cuatro ofertas estaban admitidas. El hecho de considerar una de ellas como no viable, no supone su exclusión y la repetición del procedimiento de cálculo de la temeridad con las restantes, en sucesivas rondas hasta que ninguna sea temeraria, sino que la oferta

sea rechazada y se continúe el procedimiento con las restantes procediendo a la valoración, clasificación y propuesta de adjudicación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.5 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 interpuesto por formulado de don V.P.S., en nombre y representación de Eulen, S.A., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alcorcón, de fecha 25 de julio de 2017, por el que se adjudica el contrato “Servicio de mantenimiento de puertas y cierres automáticos del Ayuntamiento de Alcorcón”, número de expediente: 6/17, anulando la resolución impugnada y debiendo retrotraerse el procedimiento al momento en que se rechazó la oferta de RSP Servicios a Comunidades, S.L., procediendo a valorar y clasificar las ofertas admitidas y no rechazadas, para adjudicar el contrato a la oferta que resulte ser la más ventajosa.

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.