

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

En Madrid, a 15 de abril de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Gestiona y Desarrollo de Servicios Integrales S.L.U., (en adelante Gestiona) contra el Acuerdo de la Concejal delegada del Área de Gobierno de Portavoz, Seguridad y Emergencias del Ayuntamiento de Madrid de fecha 10 de marzo de 2021, por el que se adjudica el contrato de servicios “Mantenimiento integral de los edificios e instalaciones de la jefatura del cuerpo de bomberos y de la sede de la Dirección General de Emergencias y Protección Civil del Ayuntamiento de Madrid” número de expediente 300/2020/00602, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE y en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid, alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público, en fecha 24 de enero de 2021, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y sin división en lotes

El valor estimado de contrato asciende a 1.776.198,35 euros y su plazo de duración será de dos años con posible prórroga por otro año más.

A la presente licitación se presentaron 7 licitadores, entre ellos la recurrente.

Tramitado el expediente de licitación y alcanzando la fase de apertura de las ofertas económicas, se considera por la Mesa de Contratación que la oferta presentada por Tecnicontrol Servicios S.A., se encuentra incurso en baja temeraria, por lo que se solicita el correspondiente informe sobre la viabilidad de la oferta según establece el artículo 149.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

Tras aportar en plazo y forma Tecnicontrol Servicios dicho informe, la Mesa de Contratación en su sesión de fecha 11 de febrero, consideró justificada la oferta y propone al órgano de contratación la clasificación de ofertas y la adjudicación a la primera de ellas.

Con fecha 10 de marzo la Concejala delegada de Área de Gobierno de Portavoz, Seguridad y Emergencias del Ayuntamiento de Madrid de fecha acuerda la adjudicación del contrato a Tecnicontrol Servicios, notificándose a todos los licitadores un día después.

Segundo.- Interesa destacar a los efectos de resolver el presente recurso el apartado 20 del Anexo 1 al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares:

“Ofertas anormalmente bajas. (Cláusula 19)

Procede: SI

- Criterios adjudicación y designación de los parámetros objetivos que permiten identificar que una oferta se considera anormal: Para la identificación de una baja

anormal se considerará la oferta en su conjunto, esto es la baja en precio de la oferta de mantenimiento, más la oferta a la realización de actuaciones complementarias.

Para la determinación de la baja total ofertada se sumará la baja del precio del mantenimiento las siguientes bajas ofertadas por el licitador en actuaciones complementarias conforme al siguiente baremo:

- Oferta de 30.000 euros sin IVA: Se le incrementará un 4,56 %.*
- Oferta de 20.000 euros sin IVA: Se le incrementará un 3,04 %.*
- Oferta de 10.000 euros sin IVA: Se le incrementará un 1,52 %.*
- Oferta de 6.000 euros sin IVA: Se le incrementará un 0,91 %.*

Se considerarán, en principio, anormalmente bajas, desproporcionadas o temerarias las ofertas que se encuentren en los siguientes supuestos:

- 1. Cuando, concurriendo un solo licitador, sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 25 unidades porcentuales.*
- 2. Cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.*
- 3. Cuando concurren tres licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales.*
- 4. Cuando concurren cuatro o más licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, si entre ellas existen 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.

- *Plazo para la justificación de la anormalidad de la oferta: Cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal se actuará de conformidad con lo establecido en los apartados 2, 3, y 4 del artículo 149 de la LCSP, estableciéndose un plazo de 5 días hábiles para la justificación y desglose detallado por los licitadores del importe ofertado”.*

Tercero.- El 24 de marzo de 2021 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Gestiona en el que solicita la exclusión de la oferta de la adjudicataria por considerar que su oferta no ha sido debidamente justificada.

El 31 de marzo de 2021 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario, quien tiene la consideración de interesados en este recurso, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Finalizado el plazo no se han presentado alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP 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 clasificada en segundo lugar, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 10 de marzo de 2021, practicada la notificación al día siguiente, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 24 de marzo de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se basa en la falta de justificación de la viabilidad de la oferta presentada por Tecnocontrol y que fue declarada temeraria.

Considera el recurrente que en el informe técnico emitido por los servicios propios del órgano de contratación y posteriormente admitido por la mesa, no se tienen en cuenta los siguientes gastos:

- 1.- Gastos por la realización de revisiones e inspecciones periódicas.
- 2.- Gastos por la realización de revisiones por el fabricante.

Añade el recurrente que estos gastos estaban incluidos en el presupuesto base de licitación en el capítulo mantenimiento técnico legal.

3.- En el capítulo de gastos por materiales hay una diferencia de 600 euros anuales entre lo presupuestado en la oferta y lo justificado en el informe de viabilidad.

4.- Respecto a la provisión para gastos generales se asigna en la oferta un 3% del total de los costes directos e indirectos, no obstante la cantidad consignada en la oferta y la consignada en el informe de viabilidad no coinciden, amén de dos errores de sumas que se aprecian en este capítulo de gasto. Estos errores llevan a que en realidad se esté aplicando un beneficio industrial del 1% y unos gastos generales del 6% cuando en la oferta consideran un 0,5% para el beneficio industrial y un 3% para los gastos generales.

Como ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones la apreciación de la viabilidad de las ofertas incursas en presunción de temeridad responde al concepto de discrecionalidad técnica que corresponde al órgano de contratación. Según lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP corresponde al órgano de contratación “considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuarto” 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.

Sólo es posible, de acuerdo con el indicado artículo, 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 éstas 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 del citado artículo.

No resulta posible la aplicación automática de los criterios de temeridad rechazando la oferta incurso en dicho umbral, pues la ley requiere solicitar explicaciones sobre la composición de la oferta y una valoración de los diferentes elementos puestos de manifiesto en la justificación y de las características de la propia empresa para poder apreciar de forma motivada si es posible o no el cumplimiento de la proposición en términos satisfactorios que ponga de manifiesto que esa anomalía no afectará a la ejecución del contrato. Para ello la LCSP, en su artículo 149, 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 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 información justificativa, tal como está diseñado el procedimiento contradictorio de verificación de la oferta anormal o desproporcionada va dirigida a convencer al órgano de contratación de que con la oferta formulada, anormalmente más baja en comparación con las demás del mismo procedimiento competitivo, y con la justificación de su desglose, se pueden cumplir las prestaciones objeto del contrato, de manera que si la justificación es insuficiente o motivadamente no garantiza adecuadamente la ejecución del contrato, atendiendo a la inicial presunción y para preservar el interés público de la licitación la oferta ha de ser rechazada.

Es conveniente señalar además el criterio mantenido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en numerosas Resoluciones y que este Tribunal comparte, en cuanto a que “en aquellos casos en los que el informe técnico no comparta la justificación dada por el licitador para justificar la anormalidad de su oferta, resulta evidente que debe motivarse el informe pues éste tendrá que salir al paso de lo alegado por el interesado rebatiendo su argumentación –”resolución reforzada”, como se ha dicho por este Tribunal en otras resoluciones, como la Resolución 294/2018 de fecha 26 de septiembre Resolución 559/2014 de fecha 22 de julio; 685/2016, de 9 de septiembre, entre otras.

En esa misma Resolución, el TACRC señala que “hemos de analizar, tal y como señala la doctrina anteriormente sentada, la justificación presentada. Pese a tratarse de cuestiones no jurídicas sino eminentemente técnicas, sí puede este Tribunal

analizar la suficiencia de tales explicaciones a los efectos de valorar en este caso los argumentos suficientes a la entidad contratante, como también puede analizar este Tribunal si la mencionada entidad ha realizado el esfuerzo de argumentación que venimos exigiendo (la llamada resolución reforzada) para poder excluir de la contratación a la empresa que ofertó el precio más bajo, que a la postre hubiese podido resultar adjudicataria del contrato ya que se trata de un contrato a adjudicar teniendo en cuenta únicamente el precio más bajo ofertado”.

En la más reciente de fecha 11 de enero y número 10/2019 Se recoge la reiterada doctrina de este Tribunal sobre esta materia, contenida entre otras, en las resoluciones nº 803/2018 y 877/2017. Señala el Tribunal, que en los casos en que se inicie un procedimiento contradictorio dando audiencia al licitador cuya oferta esté incurso en presunción de anormalidad, para que pueda justificar el bajo nivel de precios ofertados o de costes propuestos, el rechazo de la oferta exige de una resolución debidamente motivada que razone por qué las justificaciones del licitador no explican satisfactoriamente el bajo nivel de precios ofertados. Por el contrario, cuando de lo que se trata es de admitir la justificación presentada por el licitador, no es necesario que se contenga una motivación exhaustiva

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, así como la comprobación de que el informe correspondiente efectuado por el órgano de contratación contiene la suficiente motivación, que en este caso ha de ser “reforzada”, para excluir a la recurrente por falta de justificación de la viabilidad.

De no cumplirse con estos requisitos de racionalidad o motivación reforzada antes expuestos, 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.

La decisión final sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde, según dispone el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP, 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 pudiendo, por tanto de manera motivada, separarse de la propuesta.

En el concreto caso que nos ocupa, el informe al recurso emitido por el órgano de contratación considera al igual que el emitido en el procedimiento de licitación, que los errores relativos a 600 euros anuales en cuanto a compra de materiales, porcentaje del beneficio industrial y de los gastos generales, son meros errores materiales que en ningún caso por su escasa incidencia alteran la viabilidad de la oferta.

Por lo que respecta a los gastos por revisiones e inspecciones de los equipos por órganos habilitados o por el propio fabricante, invoca la justificación efectuada por la adjudicataria en cuanto que *“es una empresa habilitada por Industria para el mantenimiento de instalaciones térmicas en edificios e instalaciones eléctricas, así como que se trata de una empresa capacitada para la realización de otros trabajos vinculados al mantenimiento de edificios”*.

Considera el órgano de contratación que: *“el licitador ha considerado en su oferta el coste de los trabajos a realizar conforme al pliego dentro de los diferentes conceptos desglosados en el estudio de costes y en concreto mano de obra, servicios auxiliares y materiales, teniendo en cuenta además que declara al existencia de servicios que necesariamente debe subcontratar para lo que prevé en su justificación una partida determinada. Se trata por tanto de costes previstos en la justificación aportada en uno u otro concepto”*

Vistas las posiciones de las partes este Tribunal considera que la apreciación del órgano de contratación de que el informe justificativo de la oferta se encuentra motivado correctamente, se aprecia como razonable, motivado y dentro del ámbito de discrecionalidad que le es dada al órgano de contratación a la hora de apreciar la viabilidad de las ofertas incursas en presunción de temeridad, por lo que debe desestimarse el recurso planteado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP 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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Gestiona y Desarrollo de Servicios Integrales S.L.U., contra el Acuerdo de la Concejala delegada de Área de Gobierno de Portavoz, Seguridad y Emergencias del Ayuntamiento de Madrid de fecha 10 de marzo de 2021, por el que se adjudica el contrato de servicios “Mantenimiento integral de los edificios e instalaciones de la jefatura del cuerpo de bomberos y de la sede de la Dirección General de emergencias y protección civil del Ayuntamiento de Madrid” número de expediente 300/2020/00602.

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 58 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

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 59 de la LCSP.