

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

En Madrid, a 30 de junio de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Biblion Ibérica, S.L., contra la Resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre por el que se le excluye del procedimiento de licitación y se adjudica el contrato denominado “servicio de desratización y desinsectación en el Hospital 12 de Octubre y Centros de Especialidad adscritos” de 26 de mayo de 2022, número de expediente 2022-0-38, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 22 de febrero de 2022, en la Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto simplificado con pluralidad de criterios de adjudicación y no dividido en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 122.000 euros y su plazo de duración será de 24 meses.

A la presente licitación se presentaron seis empresas, entre ellas, la recurrente.

Segundo.- El 6 de abril se reúne la Mesa de contratación, y entre otras actuaciones, procede a la apertura de la oferta económica de los licitadores. A la vista de las mismas se aprecia que la oferta de Biblion Ibérica, S.L. (en adelante BIBLION), están incurso en presunción de temeridad por lo que de conformidad con el artículo 149 de la LCSP se le requiere para que justifique la viabilidad de su oferta.

El 3 de mayo de 2022, se emite informe técnico sobre la justificación de la oferta en el que se concluye que no se considera viable la misma al comprobar que:

“Examinados los costes de su oferta, se constata que no se ha tenido en cuenta la obligación de ‘destinar el personal necesario para atención de avisos urgentes fuera de la jornada laboral, los trescientos sesenta y cinco días del año’, esto incluye dedicar personal cualificado para acudir al Hospital si fuera necesario los festivos, noches, etc., lo que representa un gasto significativo que no ha sido incluido en su informe”.

El 26 de mayo de 2022, mediante resolución de la Directora Gerente del Hospital se acuerda excluir a BIBLION, por no justificar adecuadamente la viabilidad de su oferta y se adjudica el contrato a la entidad Andaluza Tratamientos de Higiene, S.A.

Tercero.- El 8 de junio de 2022, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de BIBLION en el que solicita que se anule el Acuerdo por el que se excluye su oferta.

El 23 de junio de 2022, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 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 (en adelante LCSP) solicitando la desestimación del recurso.

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 de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones que han sido presentadas dentro del plazo establecido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 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 excluida del procedimiento de licitación *“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 26 de mayo de 2002, publicado el 27 e interpuesto el

recurso el 8 de junio de 2022, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acuerdo exclusión y en consecuencia de la adjudicación, adoptado en el procedimiento de licitación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco 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 alega el recurrente que recibió un escrito de 3 de mayo de 2022, del Subdirector de Gestión de SS.GG. en el que indicaba como único motivo de no aceptación de su oferta lo siguiente:

Examinados los costes de su oferta, se constata que no se ha tenido en cuenta la obligación de *“destinar el personal necesario para atención de avisos urgentes fuera de la jornada laboral, los trescientos sesenta y cinco días del año, esto incluye dedicar personal cualificado para acudir al Hospital si fuera necesario los festivos, noches, etc., lo que representa un gasto significativo que no ha sido incluido en su informe”*.

Posteriormente, el 27 de mayo recibe la notificación por el que se le excluye del procedimiento de licitación.

Considera la recurrente que no hay motivo suficientemente justificado para no aceptar la viabilidad de su oferta pues se ajusta a las exigencias de la LCSP y que tiene capacidad técnica suficientemente demostrada para no valorar los avisos e incluir los mismos como riesgo o contra otros costes o tiempos libres de personal.

Esta circunstancia de ausencia de coste expresa en los avisos indicada, deriva de la excelente ejecución correctiva y preventiva de los trabajos y productos y técnicas empleados en el mantenimiento normal, como para que los avisos urgentes fuera del horario laboral no se hayan considerado, pues en caso de haberlos serían abordados

por técnicos de plantilla para completar los horarios, por lo que no supondrían coste adicional a la empresa.

Añade que el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) en ningún momento considera un máximo ni un mínimo de avisos por tiempos o unidades, por lo que la consideración del tiempo de dedicación a los mismos es estimativa (y a la libre determinación del técnico que valora). Una mejor prestación reducirá y/o eliminará estos avisos. Es, en este caso Biblion Ibérica, la empresa que realiza la prestación especializada, por lo que la consideración del tiempo necesario para atender avisos, que no se ha indicado en el PPT, no debiera depender más que de su propio servicio y, en todo caso, a su riesgo y ventura. Por ello, considera que se vulnera su derecho de defensa de su justificación pues no tienen conocimiento de la estimación del presunto coste no incluido y no determinado.

Continúa en su alegato manifestando que ha superado ampliamente los criterios de solvencia económica, técnica y profesional requeridos en la licitación, por lo que la correcta prestación del servicio está más que presupuesta.

Por su parte el órgano de contratación alega que el recurrente se apoya en la hipótesis de que una buena ejecución del contrato minimizará los avisos urgentes, y estos podrán cubrirse por los técnicos de plantilla completando horarios sin coste adicional. Este argumento no responde a las exigencias del PPT que, sin entrar a estimar, como bien apunta BIBLION, en cuan recurrente pueda ser esta necesidad, estimación que resultaría imposible, exige cobertura para cualquier acción urgente requerida en cualquier momento fuera del horario laboral, por lo que esta actuación debe contar con una previsión de gasto específico.

Por su parte el adjudicatario alega que se ha cumplido el procedimiento establecido en el artículo 149 de la LCSP. Manifiesta discrepancias sobre los costes justificados por el recurrente en relación con el Convenio, pues a su juicio debería aplicar los costes del 2022 y no del 2020 y que no ha aportado documentación acreditativa de la disposición para el servicio de personal con discapacidad.

Insiste en que el cálculo efectuado por BIBLION no incluye la disponibilidad para la atención de avisos, tal y como se indica en el informe técnico y reconoce la recurrente. Añade que el Convenio colectivo vigente en el momento de presentar las oferta ya consideraban estos pluses.

Resolución de 23 de mayo de 2018, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización.

“Plus complemento por servicios especiales: Dadas las especiales características de las empresas afectadas por el presente convenio, que da lugar a tener que realizar o prestar servicios en domingos o durante horas nocturnas en forma habitual, estos servicios se abonarán a 8,25 € (2017), 8,40 € (2018) y 8,55 € (2019) y 8,70 € (2020) por servicio realizado. Existirá la obligación de prestar los mismos”.

Igualmente, el PPT indica claramente la obligatoriedad de estos avisos por lo que considera que la exclusión de la recurrente es conforme a derecho.

Vistas las posiciones de las partes es preciso recordar que 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 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 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 presente supuesto se comprueba por este Tribunal que el PPT exige en el apartado 2 relativo al personal *“Deberá destinarse el personal necesario para atenderse los avisos ‘urgentes’ fuera de la jornada laboral, los trescientos sesenta y cinco días del año”*.

BIBLION reconoce que no ha destinado coste para esa obligación establecida en el pliego y manifiesta que no está cuantificado en los pliegos.

Como es sabido, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

En consecuencia, no habiendo sido recurridos los pliegos vinculan a las partes.

Lo decisivo en este supuesto es que el órgano de contratación no considera viable la oferta por no establecer costes para la obligación discutida. No es que considera el coste insuficiente, es que no lo hay. El recurrente podía haber establecido una estimación de coste para el cumplimiento de esta obligación de acuerdo con su organización y la experiencia que alega y que se presume de los licitadores, pero no lo hizo.

Por lo tanto, no se aprecia error ni arbitrariedad en el informe técnico y se encuentra 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 se desestima el recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 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 Biblion Ibérica, S.L., contra la Resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre por el que se le excluye del procedimiento de licitación y se adjudica el contrato denominado “servicio de desratización y desinsectación en el Hospital 12 de Octubre y Centros de Especialidad adscritos”, de 26 de mayo de 2022, número de expediente 2022-0-38.

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 multa 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.