

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

En Madrid, a 16 de noviembre de 2023

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Kone Elevadores, S.A. contra su exclusión por baja temeraria del procedimiento P.A. 39/2023 HUP que tiene por objeto el “servicio de mantenimiento integral de los aparatos elevadores del Hospital Universitario de La Princesa y del centro de especialidades Hermanos García Noblejas”, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** La licitación se convoca el 18 de agosto de 2023 en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid, el 21 del mismo mes y año en el DOUE y el 25 en el BOCM.

El valor estimado asciende a 384.000,00 euros.

La duración del contrato es de dos años, pudiendo prorrogarse hasta los 48 meses.

Concurren dos licitadores.

**Segundo.-** Las ofertas recibidas son las siguientes.

- TK Elevadores España S.L. (B46001897) presenta una oferta por 153.600,00 euros al que le corresponde por IVA del 21% la cantidad de 32.256,00 euros suponiendo el importe total, IVA incluido, 185.856,00 euros.
- Kone elevadores S.A. (A28791069) presenta una oferta por 91.104,00 euros al que le corresponde por IVA del 21% 19.131,84 euros, suponiendo el importe total, IVA incluido, 110.235,84 euros.

El criterio de bajas desproporcionadas es la aplicación del artículo 85 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

**Tercero.-** En fecha 27 de octubre se notifica la exclusión a Kone Elevadores, S.A con la siguiente motivación: *“tras el estudio de la documentación presentada... se considera que la viabilidad de la dicha oferta, con un descuento sobre el precio de licitación de un 52%, se puede ver seriamente comprometida por la antigüedad de los equipos elevadores, el aumento del precio de los repuestos, combustibles y de los sueldos del personal cualificado y necesario para el correcto cumplimiento de los pliegos que regulan este contrato”*.

**Cuarto.-** El 9 de noviembre presenta recurso especial en materia de contratación instando la nulidad de la resolución por falta de motivación y volviendo a justificar su baja.

**Quinto.-** El 13 de noviembre de 2023 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 transpone 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).

## 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 licitadora, *“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 acto impugnado fue notificado el día 27 de octubre de 2023, interponiéndose el recurso ante este Tribunal el 9 de noviembre de 2023, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

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

**Quinto.-** En cuanto al fondo del asunto, la recurrente alega que la resolución de exclusión no está debidamente motivada, debiendo ser anulada porque le causa indefensión. Se extiende nuevamente en la justificación de su baja en relación con los elementos recogidos en la motivación, coste de repuestos, combustibles, personal, etc.

En su escrito de contestación, el órgano de contratación pone de manifiesto elementos no recogidos en la resolución por la que se notifica la exclusión, y

fundamentales para dar respuesta a la alegación de viabilidad de la oferta: los gastos consignados en la propia justificación del licitador son superiores a la oferta realizada. Tal alegación corresponde a un informe técnico obrante en el expediente (*“DE: Departamento Técnico. A: Sección de Contratación ASUNTO: Respuesta a la solicitud de informe de alegaciones por recurso interpuesto por KONE ELEVADORES, S.A. (P.A. 39/2023 HUP)”*) y su realidad se ha comprobado por este Tribunal en la justificación de Kone Elevadores, S.A, en el que figura un gasto anual de 79.261,22 euros para una oferta total de 110.235,84 euros (oferta de dos años).

El déficit, reconocido por Kone Elevadores, S.A, se consigna en el informe del órgano de contratación:

*“El informe presentado por la empresa KONE ELEVADORES, S.A., no solo no recoge justificación clara y acreditada acerca de la viabilidad económica del contrato, de duración 2 años, y dentro del término entendido como “baja temeraria”, siendo esta inferior al 52,5% respecto al precio base de licitación, si no que recoge unas pérdidas económicas directas para la empresa de 24.143,72€ anuales, es decir asumen que el contrato es deficitario desde el origen.*

- Precio de Licitación por dos años 232.320,00 € (IVA incluido).
- Precio ofertado por KONE ELEVADORES, S.A. por dos años 110.235,00 € (IVA incluido).
- Gastos sin beneficio industrial anuales justificados según documento aportado por KONE ELEVADORES, S.A. 79.261,22€, dicho informe justificativo según ficha de datos 004-Análisis de Gastos de Ruta de Mantenimiento Estandar ha sido calculado para un año.
- Desfase anual -24.143,72€, en contrato -48.287,44€”.

Y añade:

*“Además, según el apartado 2.1 de su justificación, Condiciones genéricas que permiten un ahorro general, no justifican de modo alguno ahorros económicos presumibles en lo relacionado con el alza de materias primas y gastos en RRHH que hemos sufrido en los últimos años fruto de los retos socioculturales a los que nos*

*hemos visto enfrentados y por todos conocidos que han supuesto en muchos casos alzas por encima del 30% de su valor referencia en 2019.*

*Por otro lado, no deja de ser relevante la cantidad de veces que, en el contrato anterior, el hospital se ha visto forzado a retrasos e incomodidades en el mantenimiento/reparación de sus equipos de elevación debido fundamentalmente a no disponer de esos materiales, muchos de ellos comunes o de primera necesidad para la realización de los mantenimientos preventivos básicos y máxime teniendo en cuenta que el fabricante de los equipos es la propia KONE ELEVADORES, S.A., pues son equipos originales suyos. Esto es debido, a la falta de stock de dichos materiales y a una política de minimización del dinero en inmovilizado material, es decir, no se compra/fabrica hasta que su necesidad es manifiesta, con los retrasos que esta política conlleva para el desempeño de los equipos en el Hospital”.*

Este informe no se incorpora a la resolución de exclusión, ni siquiera se publica en el Portal de Contratación, contraviniendo el artículo 63.3 e) de la LCSP, que obliga a publicar en el perfil del contratante, “los informes sobre las ofertas incursas en presunción de anomalía a que se refiere el artículo 149.4”.

El desconocimiento de la motivación genera indefensión al licitador y es causa de nulidad de la resolución. Más, en el caso presente, en el que se ha incluido una motivación distinta (procedente de un informe sin firma ni nombre).

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 anomalía 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 anomalía, 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.

Es doctrina de este Tribunal que la exhaustividad de la justificación aportada por el licitador habrá de ser tanto mayor cuanto mayor sea la baja en que haya incurrido la oferta, por relación con el resto de ofertas presentadas. Y del mismo modo, a menor porcentaje de baja, menor grado de exhaustividad en la justificación que se ofrezca.

Llevada la doctrina al caso presente, la motivación de la exclusión no solo es insuficiente, sino que también discrepa con el informe técnico con firma obrante en el expediente y de las alegaciones en contestación al recurso, que lo reproducen, no habiendo tenido conocimiento Kone Elevadores, S.A de esta motivación, lo que le causa indefensión, pues no puede impugnarla.

Procede estimar el recurso, con anulación de la resolución de exclusión para que sea debidamente motivada y notificada a Kone Elevadores, S.A.

**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.-** Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Kone Elevadores, S.A. contra su exclusión por baja temeraria del procedimiento P.A. 39/2023 HUP que tiene por objeto el “servicio de mantenimiento integral de los aparatos elevadores del Hospital Universitario de La Princesa y del centro de especialidades Hermanos García Noblejas”, anulando la resolución de exclusión para que sea debidamente motivada y notificada al recurrente.

**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.-** 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.