

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

En Madrid, a 27 de octubre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la empresa Clece, S.A., contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 21 de septiembre de 2022, por el que se decide su exclusión del contrato para el grupo A (lotes 1 y 2) y B (lotes 3 y 4) del “servicio de mantenimiento, conservación y reparación de edificios, de los centros de salud, consultorios locales, parcelas, y otros edificios dependientes de la Gerencia Asistencial de Atención Primaria del Servicio Madrileño de Salud”, dividido en cuatro lotes, expediente A/SER-019996/2022, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 11 de julio de 2022, se publicó en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el DOUE los pliegos que habrán de regir la adjudicación y ejecución del contrato.

El valor estimado de contrato asciende a 11.166.397,53 euros y un plazo de ejecución de 12 meses.

Segundo.- A la presente licitación se presentaron 11 empresas, entre ellas la recurrente.

Con fecha de 31 de agosto de 2022, la mesa de contratación procede a la apertura de las ofertas técnicas cuya valoración se realiza por aplicación de fórmulas y a la apertura de las ofertas económicas, trasladando toda la documentación recibida a la Dirección Técnica de Obras, Mantenimiento y Servicios de la Gerencia Asistencial de Atención Primaria para que elabore un informe valorando los criterios evaluables por aplicación de fórmulas.

Con fecha de 7 de septiembre de 2022, la mesa de contratación procede a la valoración del informe técnico de los lotes, y asimismo determina que las ofertas presentadas por Clece S.A. y por la entidad Infraestructuras y Servicios Servitria S.A. presentan ofertas anormales o con valores desproporcionados de acuerdo con lo previsto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y se acuerda dar audiencia a las mismas para que justifiquen la valoración de su oferta y precisen sus condiciones de conformidad con el artículo 149 LCSP.

Con fecha de 14 de septiembre de 2022, Clece S.A. presenta justificación de la oferta económica presentada para la prestación del servicio.

La mesa de contratación en sesión celebrada el 21 de septiembre de 2022 procede a valorar la justificación realizada por los licitadores cuyas ofertas resultaron anormales o con valores desproporcionados, y, de conformidad con lo manifestado en el Informe de la Dirección Técnica de Obras, Mantenimiento y Servicios Generales, determina que la oferta de Clece S.A. no pueden ser cumplidas en los términos y con las características técnicas requeridas, excluyéndole del procedimiento de licitación.

El 17 de octubre de 2022, tuvo entrada el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Clece S.A. en el que solicita la anulación del acuerdo de la mesa de contratación por el decide su exclusión para los

grupos A y B por no considerar justificada la oferta incurso en presunción de temeridad.

Tercero.- El 26 de octubre de 2022, el órgano de contratación remitió el informe y el expediente de contratación 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).

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la 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 empresa excluida de la licitación cuyos derechos e intereses legítimos se pueden ver afectados (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 de exclusión se publicó el 23 de septiembre de 2022 e interpuesto el recurso el día 17 de

octubre, por tanto se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la propuesta de la mesa de contratación de exclusión del procedimiento de licitación de un contrato de servicios por considerar no justificada la oferta incurso en presunción de temeridad. El acto de la mesa es un acto de trámite no cualificado, en cuanto requiere de su aceptación por el órgano de contratación. Por tanto, corresponde únicamente al órgano de contratación la competencia para rechazar la oferta en base a dicha propuesta, que bien pudiera confirmar o separarse del parecer de la mesa. Por ello, se considera un acto de trámite no cualificado, por no decidir la adjudicación, ni determinar la imposibilidad de continuar en el procedimiento, y sobre todo por no producir indefensión, por lo que procedería la inadmisión del recurso.

No obstante, dado que el órgano de contratación, ha dictado posteriormente resolución que adopta el acuerdo de exclusión de la mesa, con fecha 20 de octubre de 2022, la cual ha sido notificada y publicada con fecha 25 de octubre de 2022, y que ambas fechas han transcurrido entre la entrada del recurso y el envío del expediente por este órgano de contratación, por economía procesal, este Tribunal va a entrar a conocer sobre el fondo del asunto.

El valor estimado es superior a 100.000 euros, por lo que el acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, el recurso se fundamenta en la indebida exclusión de los grupos A (lote 1 y 2) y B (lotes 3 y 4) del contrato de referencia por considerar suficientemente justificada su oferta incurso en presunción de temeridad en los lotes 1 y 3.

La mesa de contratación, en aplicación del artículo 149.4 de la LCSP requirió a la empresa la justificación de su oferta, en términos semejantes para ambos grupos (Lote 1 y 3 respectivamente) sobre los siguientes aspectos de su oferta:

- Estudio económico de los costes del personal asociado al contrato: 1 responsable, 14 oficiales y 2 encargados.
- Estudio económico de los costes de logística: coste de renting de vehículos y combustible asociado. Se justificará documentalmente las ofertas o ahorros acordados con otras empresas.
- Estudio económico de los gastos generales desglosado en: herramientas, pequeño material y maquinaria, vestuario del personal, telefonía y dedicación administrativa al contrato. Igualmente se justificará documentalmente ofertas o ahorros acordados con empresas y operadores.
- Complimentación de la valoración de las mejoras incluidas en los criterios cualitativos de adjudicación del PCAP, conforme anexo adjunto.
- Estudio económico de los gastos de los trabajos de mantenimiento referentes a una serie de instalaciones especiales (especificar coste unitario).

Respecto al estudio económico de los costes del personal asociado al contrato, la recurrente alega que los costes por categoría profesional indicados en los pliegos que rigen la presente licitación, considerando la dirección del contrato, el gestor, el encargado, los oficiales, los contratos de los oficiales bonificados, los costes de la seguridad social, la suplencia de las vacaciones, el servicio de guardia, acompañamiento a empresas externas, custodia de llaves y absentismo, ascienden a un coste anual de 382.577,15 euros para el grupo A lote 1, y 463.393,82 euros para el grupo B lote 3, y tomando como referencia el Convenio Colectivo del sector de Industria, Servicios e Instalaciones del Metal de la Comunidad de Madrid. Frente a estos datos, el órgano de contratación en su informe sobre justificación de la baja ofertada considera que no ha tenido en cuenta en la valoración de este concepto el importe de indemnización de los trabajadores a la finalización del servicio ni tampoco los incentivos para los trabajadores, ni carencia de los mismos según el convenio

aplicable, valorando ambas partidas en un importe de 21.012,02 euros para el grupo A lote 1 y en un importe de 25.231,36 euros para el grupo B lote 3.

Frente al criterio del órgano de contratación, Clece S.A. alega que, tanto para el grupo A lote 1 como para el grupo B lote 3, no contempla la partida destinada a la indemnización del personal, debido a su importante implantación en la Comunidad de Madrid, lo que permitirá su reubicación en otros contratos de la zona una vez finalice el servicio. No es necesario valorar esta partida, ya que está poniendo en conocimiento del órgano de contratación que va a proceder a recolocar y emplear a los trabajadores en otros servicios una vez finalice el contrato, circunstancia, por tanto, que hace improcedente presupuestar el concepto de indemnización por despido del personal asociado al contrato, teniendo en cuenta además que no existe obligación legal de valorar esta partida, y tampoco los pliegos contemplan ni exigen calcular este concepto para fijar los costes del personal.

En relación a la carencia de incentivos, alega que del artículo 17 de convenio colectivo aplicable se puede inferir claramente que la carencia de incentivos se establecerá en los casos en los que no exista un sistema de propio de incentivos en el centro de trabajo. En el caso que nos ocupa, el centro de trabajo tiene un valor diferencial significativo por el hecho de no tener personal de presencia continua en las ubicaciones, por el tiempo de respuesta, así como por la diligencia en la ejecución de las tareas encomendadas. Es por ello por lo que se establecen incentivos variables por trabajador, en función de sus tiempos de respuesta y atención de guardias, partida que se contempla en la justificación de la oferta.

Concluye señalando que de la oferta presentada no se puede deducir que se vayan a incumplir las obligaciones sociales, y no ha quedado acreditado por el órgano de contratación que el cálculo de los salarios se encuentre por debajo del coste del convenio aplicable, y ello porque la oferta económica cumple y cubre los gastos salariales establecidos según el convenio aplicable al contrato, respecto del personal mínimo exigido por el pliego, tal y como dispone el artículo 122 LCSP. Pero es que

además el cumplimiento o no de las obligaciones laborales y de los costes salariales es una cuestión interna entre la empresa y sus trabajadores, y no del órgano de contratación, que en todo caso deberá analizarse durante la ejecución del contrato, tal y como establece el artículo 201 LCSP, pero que no puede constituir, en ningún caso, un argumento para excluir del procedimiento de licitación la oferta de la recurrente.

Respecto al estudio económico de los costes de logística, señala que en su oferta determina que dotará al servicio de 14 vehículos tipo furgoneta para todo el personal para el grupo A lote 1, y de 17 vehículos tipo furgoneta para el grupo B lote 3, contemplando un coste de combustible de 960 euros anuales para cada uno de los vehículos, sumando por este concepto un importe anual de 13.440 euros para el grupo A lote 1 y 16.320 euros para el grupo B lote 3. Los costes incluidos en la justificación se basan en el histórico de costes de los vehículos actualmente en servicio (con una media en km inferior a 50 km/día), que se corrige con un 10% de IPC estimado, dado que vienen ejecutando la atención de un contrato muy similar al licitado desde 2019 y tienen la experiencia de los costes de la prestación actual. Adicionalmente hay que considerar que el contrato actualmente en ejecución no difiere en cuanto a su contenido y alcance con el licitado, pero si se observa un aumento en los recursos operativos, lo que implica una disminución del kilometraje por vehículo.

Sin embargo, el informe de valoración determina que se considera insuficiente el importe estimado en combustible, estableciendo un coste de 36.976,80 euros para el grupo A lote 1 y de 44.897 euros para el grupo B lote 3.

La recurrente considera que es importante traer a colación que la determinación de si una oferta esta incurso o no en anomalía debe considerarse teniendo en cuenta su precio global y no los precios unitarios individualmente contemplados, tal y como recogen diversas resoluciones de Tribunales de resolución de recursos contractuales (cita doctrina del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi). Cita así mismo, jurisprudencia del TS.

Concluye señalando que ha realizado una estimación del valor del combustible que el órgano de contratación ha considerado insuficiente, estableciendo un coste del combustible que es a su vez otra estimación, y que además no está justificada. La Administración está presumiendo que Clece S.A. no puede realizar el servicio con el valor que ha fijado para el coste del combustible porque determina que el mismo es insuficiente, y en contrapartida estima otro valor para el combustible que supone un coste mayor que el fijado, entendiendo que con el cálculo que ha realizado si se podría llevar a cabo el servicio. Sin embargo, el órgano de contratación no aporta argumento alguno que pueda acreditar que el cálculo y la previsión realizada por Clece S.A. resulte en algún modo temeraria, teniendo en cuenta además que la valoración de esta partida no afecta en absoluto a la prestación del servicio.

Con relación a la cumplimentación de la valoración de las mejoras incluidas en los criterios cualitativos de adjudicación del PCAP, señala que ofreció las siguientes mejoras:

- Incorporación de oficiales adicionales.
- Estudios técnicos-económicos.
- Incorporación o ampliaciones de centros.
- Valoración oferta asociada a bolsa de materiales.
- Vehículos ecológicos.
- Cláusulas medioambientales.

En esta ocasión, el órgano de contratación considera justificada la viabilidad de la oferta económica, a excepción de los estudios técnico-económicos y la incorporación de oficiales adicionales.

Respecto a los estudios técnico-económicos, Clece S.A. considera un coste medio de 100 euros por informe a realizar, ya que cuenta con un amplio departamento técnico multidisciplinar, además de una amplia red de colaboradores para estudios y actuaciones específicas, y una gran experiencia en la elaboración de este tipo de estudios, que les permiten establecer el importe presupuestado para cubrir esta

mejora. A pesar de ello, el informe de valoración de la oferta determina que la cantidad establecida en la oferta no se puede considerar acorde a los trabajos demandados dada su naturaleza ya que el coste tomado por el órgano de contratación, basado en la experiencia de contratos con este objeto, se sitúa en 800 euros por estudio, existiendo por tanto una diferencia global en este apartado de 52.500 euros.

Afirma que no pretende subcontratar el 100% de las actuaciones, puesto que la empresa cuenta con un departamento técnico lo suficientemente fuerte como para poder acometer gran parte de los posibles trabajos. Es verdad, que el criterio establece que el organismo selecciona al técnico competente para realizar el informe, pero Clece S.A. lo entiende como una práctica colaborativa de mercado basada en la buena voluntad y la buena fe, en el sentido de que se podrán subcontratar aquellas actividades que no se puedan realizar internamente, por no contar con las atribuciones pertinentes (inspecciones por OCA's) o con los posibles medios técnicos especiales (inspección de tuberías por cámara). Otra lectura distinta de este criterio implicaría dejar a libre disposición una partida de 800 euros x 75 informes = 60.000 euros para que el órgano de contratación asigne libremente a las empresas de su elección sin concurso, delegando el pago en un subcontratista, lo cual es del todo irregular.

La presunción de que la previsión de 100 euros realizada por Clece S.A. no es válida porque no se puede considerar acorde a los trabajos demandados dada su naturaleza no es acorde con la realidad ya que el citado criterio no determina la clase de informe a realizar ni el grado de dificultad de los mismos, sino simplemente determina que el estudio en cuestión dependerá de la necesidad surgida y deja abierta la lista de los estudios que hubiere que elaborar al mencionar informes de naturaleza similar.

Respecto a lo que dice el informe del órgano de contratación sobre que, si se pretende subcontratar a través de colaboradores externos por ese importe, no se incluye un acuerdo para ello, alega, en primer lugar, que no se les pidió que aportaran acuerdo alguno, y, en segundo lugar, el criterio número 3 recogido en el PCAP, deja

abierta la posibilidad de elaboración de una amplia variedad de posibles informes o estudios, que pueden ser de muy diversa naturaleza o complejidad, situación que se agrava aún más con la propia variabilidad de las instalaciones (hay centros de salud que son un local en un edificio, hay otros que son edificios enteros).

Con respecto a la mejora de incorporación de oficiales adicionales, el informe de valoración de la justificación económica de las ofertas anormales que Clece S.A. señala que solo ha considerado las retribuciones anuales y la Seguridad Social, y que no ha tenido en cuenta el absentismo, las suplencias, la indemnización y los incentivos o carencia de los mismos, valorando cada una de estas partidas y fijando un coste total de los tres oficiales de 11.609,55 euros tanto para el grupo A lote 1 como para el grupo B lote 3.

A este respecto, Clece S.A. alega que, en relación con la partida de indemnizaciones, ya hemos puesto de manifiesto al justificar los costes de personal anteriormente que, va a recolocar a sus trabajadores en otros servicios cuando haya terminado la ejecución del contrato, por lo que no es necesario realizar un cálculo de la indemnización por despido porque no se van a producir dichos despidos, pudiendo justificar el coste de incorporación de oficiales adicionales sin tener en cuenta la indemnización por despido.

Con respecto a la partida de suplencia, manifiesta que el criterio pide específicamente añadir uno, dos o tres oficiales a jornada completa. Clece S.A. está valorando el coste de tres oficiales a jornada completa, que es lo que pide el PCAP, teniendo en cuenta que un trabajador a jornada completa es un trabajador que trabaja las 1.754 horas recogidas en convenio en el servicio, pero no implica su sustitución, ya que en ese caso se deberían aportar dos oficiales, uno a jornada completa y otro a jornada parcial (1/12 de jornada) para cubrir las vacaciones, que no es lo que se solicita en el pliego.

En relación con la carencia de incentivos, y como ya ha quedado acreditado en el apartado en el que se explican los costes de personal, la carencia de incentivos se establece en los casos en los que no exista un sistema de propio de incentivos en el centro de trabajo, circunstancia que no ocurre en este caso, puesto que el centro de trabajo tiene un valor diferencial significativo por el hecho de no tener personal de presencia continua en las ubicaciones, por el tiempo de respuesta, así como por la diligencia en la ejecución de las tareas encomendadas, y por ello se establecen incentivos variables por trabajador, en función de sus tiempos de respuesta y atención de guardias.

Por último, respecto del estudio económico de los gastos de los trabajos de mantenimiento referentes a las instalaciones especiales, señala que en el requerimiento se solicita especificar el coste unitario de cada una de las siguientes instalaciones especiales:

1. Trabajo de mantenimiento de instalación de grupo electrógeno.
2. Trabajo de mantenimiento de instalación de pararrayos.
3. Trabajo de mantenimiento de instalación de baja tensión.
4. Trabajo de mantenimiento de instalación fotovoltaica.
5. Trabajo de mantenimiento de instalación de centro de transformación.
6. Trabajo de mantenimiento de instalación de baterías de condensadores.
7. Trabajo de mantenimiento de instalación de bomba de achique.
8. Trabajo de mantenimiento de instalación de grupos de presión.

Señala que Clece S.A. aporta los valores unitarios de los trabajos de mantenimiento de cada una de las instalaciones solicitadas, tal y como se concreta en la justificación de su oferta para el grupo A lote 1 y para el grupo B lote 3. Sin embargo, el informe del órgano de contratación, a pesar de considerar justificada la viabilidad de la oferta económica de Clece S.A. habiendo facilitado la empresa justificación al respecto, determina que no se ha aportado el compromiso con las empresas a subcontratar en el trabajo de mantenimiento de instalación de pararrayos ni en el trabajo de mantenimiento de instalación de centro de transformación. Dado que la

formulación del requerimiento de subsanación es muy exhaustiva y concreta en sus términos, y en aras a un mejor entendimiento, las aclaraciones se han ceñido a lo específicamente solicitado (especificar el coste unitario), con algunas matizaciones consideradas como claves para el entendimiento del estudio. Y es por este motivo, y por la gran cantidad de documentación ya presentada (187 páginas cada lote) por lo que no se incluyen acuerdos de estos servicios.

Finaliza su alegato señalando que la apreciación de la viabilidad de una oferta anormal debe hacerse sobre la oferta en su conjunto, no exigiéndose una justificación exhaustiva de la oferta desproporcionada por parte del licitador.

Por su parte, el órgano de contratación alega respecto estudio económico de los costes del personal asociado al contrato, en cuanto a las indemnizaciones por despido del personal correspondiente, manifiesta que, como bien se menciona en el recurso, no se puede predecir cuál será el escenario en cinco años y, por ende, es complicado actualmente predecir que este hecho se podrá llevar a cabo. Por otro lado, señala que la recurrente justifica los incentivos en el recurso, no haciéndolo en la documentación facilitada para la justificación de la oferta anormal, en los que no se mencionan. Determina que existe una partida que hace alusión a “*servicio 24H. Acompañamiento empresas externas. Custodia de llaves*” por lo que la Gerencia de Atención Primaria no ha relacionado la descripción de la misma con el importe correspondiente por incentivos, entendiendo que este pertenecía en su totalidad al importe por las guardias ejercidas por los oficiales, como describe su título.

En cuanto a los estudio económico de los costes de logística señala que, analizada la distancia, dispersión y zonificación de los centros que componen las diferentes Direcciones Asistenciales, consideran que con una media en kilómetros inferior a 50 km/día no se presta el servicio adecuado de mantenimiento general que requieren los edificios, ya que la distancia media de todas las Direcciones Asistenciales se sitúa en 86,5 km/día, producto de la cantidad de centros que tienen que visitar en concepto de mantenimiento. La Gerencia realizó un estudio previo de

los precios actuales de mercado y precios contratados para elaborar una memoria económica. En base a esa memoria, se ha realizado la valoración de la justificación de la oferta de la recurrente y el argumento que se aporta por la Gerencia es la comparación entre la memoria inicial de costes y los costes observados en la documentación de la recurrente.

Concluye este apartado señalando que el importe ofertado por Clece, S.A. en concepto de combustible por vehículo, con una media de kilómetros diarios de 86,5 y 240 días laborables, nos llevaría a la conclusión de la realización de 20.760 km al año por un importe de 960 euros. Es decir, por cada kilómetro realizado tiene un gasto de 0,04 euros. Considerando un precio medio del combustible de 1,55 €/litro (tal y como se puede observar en la memoria económica), precio que probablemente seguirá incrementándose, daría como resultado un consumo por vehículo de 2,9 litros/100 km, por lo que no es posible considerar este apartado como viable.

Respecto al cumplimiento de la valoración de las mejoras incluidas en los criterios cualitativos de adjudicación del PCAP, alega que Clece S.A. determina que los precios establecidos para los informes técnicos, entre ellos inspecciones periódicas realizadas por Organismos de Control Autorizado son bastante inferiores a los 800 euros que estima el órgano de contratación. Cabe destacar que, en los precios de la OCA que incorpora en su recurso, algunos de estos servicios oscilan entre los 400 y los 500 euros para edificios de superficie y potencia contratada muy similar a los pertenecientes a la GAAP. Entiende, que además de este coste, la empresa mantenedora tiene una labor administrativa y de gestión en la realización de estas inspecciones. Como se observa en la oferta de la OCA a Clece, S.A., queda excluida en la oferta de la OCA cualquier otra actuación no recogida en la misma, por ello, la Gerencia quiere remunerar la labor pertinente en este concepto. Debido a ello ha considerado un margen con respecto al precio medio de 800 euros establecido en el informe de valoración de oferta anormal.

Concluye señalando que es cierto que algunos informes técnicos considerados en este criterio número 3 y aportados por Clece, S.A. poseen un precio de mercado inferior al estimado por la Gerencia (inspecciones por OCA's en edificios de pequeña superficie y peritaciones de pequeña índole), sin embargo, se compensa con otros tipos informes, de tal modo, que la estimación económica del criterio resulta viable en su conjunto.

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, rechazar 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 resulta inviable”*.

No resulta posible la aplicación automática de los criterios de temeridad, rechazando la oferta incursa 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 que 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.).

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, sirva la nº 294/2018 de fecha 26 de septiembre.

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 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 ha de ser “reforzada”, para excluir a la recurrente por falta de justificación de la viabilidad.

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 caso que nos ocupa, procede analizar los informes realizados por el órgano de contratación sobre la justificación de la oferta incurso en presunción de anormalidad.

Cabe destacar, en primer lugar, que uno de los aspectos en que se fundamentan se refieren a que no se considera el importe de indemnización de los

trabajadores a causa de una posible reubicación en otros contratos de la zona, asignado a este respecto un déficit de 14.388,02 euros para el lote 1 y de 17.503,36 euros para el lote 3. Respecto al coste de los despidos como parte del precio, existe una consolidada doctrina, que este Tribunal comparte. Sirva citar la Resolución 156/2019 del TACRC *“Y en caso de que lo haga, este Tribunal ha establecido que los costes indemnizatorios del despido corresponden al adjudicatario, sin que proceda contemplarlos como parte del precio; primero porque, como se ha dicho, el despido es una decisión del adjudicatario que no le viene impuesta por los términos del contrato; y segundo, porque esos costes indemnizatorios carecen de toda vinculación con la prestación que realiza el adjudicatario y recibe la entidad contratante, no pudiendo por tanto incluirse en el precio del contrato a tenor del art. 87.1 TRLCSP (actual 102.1 LCSP), porque no están remunerando prestación alguna”*.

Por tanto, el informe incurre en un error de apreciación, como el propio órgano de contratación reconoce en su informe del recurso.

Respecto a la carencia de incentivos, a los que el informe imputa respectivamente para cada lote 6.624 y 7.728 euros, el propio órgano de contratación reconoce que el informe contiene una partida que hace alusión a *“servicio 24H. Acompañamiento empresas externas. Custodia de llaves”* pero lo que la Gerencia de Atención Primaria no ha relacionado la descripción de la misma con el importe correspondiente por incentivos, entendiendo que este pertenecía en su totalidad al importe por las guardias ejercidas por los oficiales, como describe su título.

Tampoco queda claro en el informe del órgano de contratación la falta de justificación de la valoración de las mejoras incluidas en los criterios cualitativos de adjudicación, ya que incluso manifiesta que pudieran compensarse unos informes con otros, de tal modo, que la estimación económica del criterio resulta viable en su conjunto.

En definitiva, a la vista de la doctrina y jurisprudencia reseñada anteriormente, este Tribunal considera que el informe sobre la justificación de la baja incurrida en presunción de temeridad para los lote 1 (grupo A) y lote 3 (grupo B), carecen de la motivación reforzada exigida para justificar su exclusión del procedimiento de licitación, por lo que procede la estimación del recurso, con retroacción de actuaciones al momento previo a la exclusión de la recurrente para los citados lotes acordando su admisión y continuando el procedimiento en los términos que legalmente procedan.

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 legal de la empresa Clece, S.A., contra el acuerdo de la mesa de contratación de 21 de septiembre de 2022 por el que se decide su exclusión del contrato para el grupo A (lotes 1 y 2) y B (lotes 3 y 4) del “servicio de mantenimiento, conservación y reparación de edificios, de los centros de salud, consultorios locales, parcelas, y otros edificios dependientes de la Gerencia Asistencial de Atención Primaria del Servicio Madrileño de Salud”, dividido en cuatro lotes, expediente A/SER-019996/2022, con retroacción de actuaciones en los términos recogidos en el Fundamento de Derecho Quinto.

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.