

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

En Madrid, a 27 de enero de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por don V.P.S., en nombre y representación de EULEN, S.A., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid, de fecha 23 de diciembre de 2015, por el que se adjudica el contrato, y se rechaza su oferta en el procedimiento de licitación del contrato “Mantenimiento de centros educativos (EXP: 2015029 SER)”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 23 de septiembre y 9 de octubre de 2015 se publicó respectivamente, en el DOUE y en el BOE, el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios valorables mediante fórmula, con un valor estimado de 1.005.980,36 euros.

De acuerdo con lo establecido en la cláusula XVIII del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), se considerará que contienen valores anormales o desproporcionados las ofertas económicas que se encuentren en los

supuestos señalados en el art. 85 del RGLCAP, en cuanto a las mejoras se considerarán desproporcionadas las ofertas de mejoras cuyo importe sea un 25% superior a la media de los importes de las mejoras ofertadas por el conjunto de los licitadores.

De acuerdo con lo establecido en la cláusula XVII del PCAP al mantenimiento correctivo le corresponde una puntuación de 45 puntos, al mantenimiento preventivo otros 45 y a las mejoras 10 puntos.

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron 19 licitadoras, una de ellas la recurrente.

La empresa Eulen, S.A. presentó una oferta económica que ascendía a 128.260,87 euros IVA excluido, para el mantenimiento preventivo que supone una baja del 57,67% y para el mantenimiento correctivo el importe que resta entre la cifra solicitada para mantenimiento preventivo y el máximo de 502.990,18 euros, IVA excluido que constituye el precio anual del contrato por dos anualidades (cláusula 11 del PPT), ofertando una baja del 31% sobre los precios unitarios contenidos en la descomposición de precios del libro “Precio de la Construcción 2015”, editado por el Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Guadalajara, con exclusión del coste de personal.

El valor de las mejoras ofertadas se cifra en 25.122,34 euros.

Constatando que había presentado una oferta con valores anormales o desproporcionados, la Mesa de contratación con fecha 11 de noviembre requirió a Eulen, S.A., -junto con otras licitadoras cuyas ofertas se encontraban asimismo incursas en presunción de temeridad- para que justificase la viabilidad de su oferta, por lo que se refiere al mantenimiento preventivo lo que verificó mediante escrito presentado el día 9 de noviembre.

En el escrito de justificación de la oferta se esgrimían como argumentos para sustentar la cuestionada viabilidad, las sinergias derivadas de la amplia implantación en la zona de la empresa, la reducción de costes indirectos, la mínima subcontratación al poseer la empresa certificaciones y homologaciones como empresa instaladora/mantenedora y la existencia de un departamento centralizado de compras, desglosando el importe de la oferta total según los distintos conceptos tenidos en cuenta.

La justificación presentada se trasladó al servicio técnico correspondiente, que con fecha 26 de noviembre de 2016, emite un informe en el que señala, en síntesis, que la justificación aportada es insuficiente puesto que el importe ofertado para mano de obra de mantenimiento preventivo es una estimación de trabajadores basada en su experiencia que no cubre los costes del personal solicitado en el PPT en los términos que se desarrollarán al examinar el fondo del presente recurso.

A la vista de dicho informe la Mesa de contratación en acto celebrado el día 16 de diciembre de 2015, acuerda rechazar las justificaciones presentadas y las ofertas correspondientes proponiendo la exclusión de Eulen, S.A. y de Ortiz Construcciones y Proyectos, S.A., clasificar las ofertas presentadas admitidas y no excluidas y por último proponer la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa, en este caso la presentada por Velasco Grupo Empresarial, S.L.

Una vez aportada la documentación correspondiente por la empresa propuesta como adjudicataria mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 23 de diciembre de 2015, se aprueba la adjudicación del contrato, lo que se notificó a las licitadoras ese mismo día.

Segundo.- El día 12 de enero de 2016 tuvo entrada en el registro del Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid recurso especial en materia de contratación, en el que se solicita que se anule su exclusión y que se ordene al órgano de contratación que admite y valore junto con las demás ofertas, la formulada por Eulen, S.A.

También se solicita la suspensión del procedimiento.

Tercero.- Con fecha 15 de enero de 2015 se remite a este Tribunal el recurso, el expediente administrativo y el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (TRLCSP).

En el indicado informe el órgano de contratación sostiene la adecuación a derecho de la decisión de la Mesa de contratación en los términos que se verán al examinar el fondo del recurso.

Cuarto.- Con fecha 20 de enero de 2015 el Tribunal acordó la suspensión del expediente de contratación.

Quinto.- Con fecha 19 de enero se concedió a los interesados trámite de audiencia, no habiéndose presentado alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP 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.- Eulen ostenta la legitimación activa necesaria para la interposición del recurso por tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP), al haber sido rechazada su oferta ya que su admisión la colocaría en situación de poder ser adjudicataria.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso, el mismo se ha interpuesto contra la adjudicación en la que se rechaza la oferta de la recurrente en el procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios de la categoría 1 del Anexo II del TRLCSP cuyo valor estimado asciende a 1.005.980,36 euros, por lo tanto sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c) del TRLCSP.

Cuarto.- En cuanto al plazo de interposición cabe señalar que la notificación de la adjudicación tuvo lugar el 23 de diciembre 2015, por lo que el recurso interpuesto el día 12 de enero de 2016 está en plazo.

Quinto.- El recurso se contrae a solicitar la anulación de la exclusión efectuada, por indebida apreciación por parte del órgano de contratación de la inviabilidad de la oferta que contiene valores desproporcionados o anormales, tras la justificación efectuada por la recurrente.

Antes de abordar la concreta cuestión planteada cabe recordar que los principios de transparencia, libre concurrencia y no discriminación exigen que la adjudicación de los contratos se realice, en principio, a favor de la oferta económicamente más ventajosa. El TRLCSP admite que la oferta más económica no sea considerada la más ventajosa cuando en ella concurren características que la hacen desproporcionada o anormalmente baja, permitiendo excepcionalmente, en esos casos, que la oferta inicialmente más económica no sea la adjudicataria. La apreciación de si es posible o no el cumplimiento de la oferta, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que la componen y de las características de la propia empresa licitadora, no siendo posible la aplicación automática.

Por ello el apartado 3 del artículo 152 del TRLCSP, regula el procedimiento contradictorio a seguir para la comprobación de la oferta al disponer que *“cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique su valoración y precise sus condiciones, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda del Estado.*

En el procedimiento habrá de solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.”

De acuerdo con lo establecido en el PCAP la oferta presentada por la recurrente efectivamente incurría en presunción de temeridad. En consecuencia se le comunicó tal circunstancia, concediéndole plazo para justificara los términos de su oferta y la viabilidad de ejecutar satisfactoriamente el contrato en las condiciones ofrecidas.

Es cierto que la decisión sobre la viabilidad de la oferta corresponde al órgano de contratación *“considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior”*. 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. El mismo adoptará la decisión sopesando las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y los informes emitidos por los servicios técnicos, pero ni unas ni los otros tienen carácter vinculante para el mismo.

En este momento, habiéndose cumplido los trámites expresados, 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 o no, que como ya se ha dicho corresponde 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 excluyendo toda posibilidad de arbitrariedad.

El procedimiento no adolece de vicio alguno que pueda afectar a la validez de la decisión adoptada. Las normas para la consideración en presunción de anormal o desproporcionada de una oferta figuraban en los pliegos que no fueron impugnados, fueron aplicados con los criterios matemáticos previamente fijados a todos los licitadores, y se han solicitado los informes técnicos preceptivos.

Una cuestión que debe ser aclarada en primer lugar es que no corresponde al órgano de contratación demostrar que la oferta es inviable, sino al contrario al licitador justificar la viabilidad de la oferta, sin que sea posible realizar en este caso una inversión de la carga de la prueba que a la postre y para el ámbito del procedimiento contradictorio de justificación de bajas temerarias pretende la recurrente. Antes bien se trata a través de este procedimiento de que el licitador cree en el órgano de contratación la convicción de que puede llevar a cabo el contenido de las prestaciones del contrato con el precio ofertado, sin perjuicio de que la convicción o falta de ella deba motivarse de forma razonable.

Sentado lo anterior procede examinar las explicaciones ofrecidas por la recurrente y su apreciación por el órgano de contratación, teniendo en cuenta que no se trata de justificar exhaustivamente la oferta sino de proveer de argumentos al órgano de contratación que le permitan llegar a la convicción de la viabilidad de la oferta, y aun cabe añadir que tal y como dijimos, entre otras en nuestra Resolución 42/2014, de 5 de marzo, la justificación debe ser razonable en relación con las prestaciones objeto del contrato.

En el caso que nos ocupa, la cuestión gira en torno a la suficiencia de los costes de personal y la motivación que ofrece el órgano de contratación en el informe técnico de apreciación de la viabilidad de la oferta. En concreto aduce la recurrente que la motivación empleada por el órgano de contratación no basta para excluir una oferta por temeridad, indicando que cuando el informe técnico considera que *“El importe ofertado para mano de obra de mantenimiento preventivo es una estimación de trabajadores basada en su experiencia que no cubre los costes del personal solicitado en el Pliego de prescripciones técnicas, ni tan siquiera los considerados como suficientes por el técnico que suscribe dada la experiencia en este contrato en años anteriores”*, no concreta el coste laboral que -según los técnicos- debe considerarse suficiente para hacer frente al servicio. Indicando además que el pliego no exige un personal mínimo, pues lo que exige el pliego es que el licitador disponga de una *“plantilla operativa”* determinada para poder ponerla a disposición del contrato para el cumplimiento del programa de mantenimiento. Por tanto, considera que no cabe considerar los costes laborales íntegros de dicho personal que, mientras que no sea necesario en los centros objeto de este contrato, pueden ser destinados a otras funciones.

Por su parte el órgano de contratación en su informe preceptivo señala que el PPT, sí exige un personal mínimo, pues se establece la obligatoriedad de adscribir el personal suficiente para la adecuada ejecución del contrato, y esa suficiencia se entiende como tal siempre y cuando se cuente, como mínimo, necesariamente, con el equipo cuyo número y cualificaciones profesionales se enumeran (apartado 6.2 citado en su Informe por el Arquitecto Técnico Municipal). Destacando que es que *“el desglose justificativo que la recurrente aportó sus alegaciones de fecha 9 de noviembre de 2015, no recoge ni, por tanto, justifica la totalidad de los costes de personal que necesariamente y con el carácter de mínimo se exigían adscriban al contrato”*.

Debe señalarse en primer lugar que la presunción de temeridad de la oferta se refiere únicamente al mantenimiento preventivo por lo que la apreciación de su

viabilidad debe efectuarse teniendo en cuenta las exigencias del PPT para dicha prestación.

Comprueba el Tribunal que el PPT exige que el adjudicatario tenga a disposición del mantenimiento preventivo de los 14 centros que son objeto del contrato, el personal necesario en número y cualificación para cumplir con el programa ofertado, especificando en su punto 6.2 que la plantilla operativa propia de la empresa de mantenimiento contará con:

- Técnico Medio o Superior en función de director Técnico con una experiencia de 5 años.
- Aparejador o arquitecto técnico de apoyo.
- Oficial de 1º Fontanero.
- Oficial de 1º Albañil/ polivalente.
- Oficial 1º Carpintero /Cerrajero.
- Peón Especializado.

A ello debe sumarse que para ejercer una vigilancia continua de las instalaciones el adjudicatario dispondrá de un Encargado perteneciente a su plantilla.

Pero no establece la necesidad de una presencia mínima o un horario determinado para esta prestación. Únicamente el punto 6.3 del PPT exige una dedicación para actuar como equipo de primera intervención, esto es mantenimiento correctivo de 8:00 a 17:00 de lunes a viernes durante todo el curso y para el resto de horario de un retén que deberá acudir máximo en una hora.

En el informe de justificación de Eulen se desglosan los costes de personal de

- un Oficial de 1º Fontanero.
- un Oficial de 1º Albañil/polivalente.
- un Oficial 1º Carpintero/Cerrajero.
- un Peón Especializado.

- Servicio de 24 horas a los que añade el coste de determinado material.

La cantidad por este concepto alcanza los 56.175,55 euros/ año.

Se comprueba que no se incluye en el cálculo ni el encargado de plantilla ni el Director, pero que en la justificación se afirma que *“A tener en cuenta especialmente los costes relativos al personal de control y seguimiento del servicio (Jefe del Servicio y Encargado) que se consideran personal de estructura cuyo coste no se repercute directamente al contrato”*.

Es cierto como aduce la recurrente que el PPT no exigía una dedicación exclusiva de los equipos para el mantenimiento preventivo, por lo que el informe de apreciación de la viabilidad de la oferta realizada por el órgano de contratación no resulta objetivo y razonable en cuanto no se fundamenta en los parámetros a tener en cuenta de la prestación a que se refieren -exclusivamente al mantenimiento preventivo y no a la totalidad del contrato-, debiendo estimarse el recurso por este motivo. Tampoco resulta razonable que no se contemple la falta de repercusión del coste del Jefe del Servicio y del Encargado, aduciendo que se omite cualquier referencia a los mismos, cuando como más arriba se ha recogido se manifiesta expresamente que su coste no se repercute directamente al contrato.

Por otro lado afirma el órgano de contratación que *“según el coste /total anual que imputan y dados los salarios estimados según convenio, tendrían una dedicación aproximada de media jornada”*. Respecto de esta fundamentación, cabe reiterar que el punto 6.3 del PPT solo exige una dedicación específica para el mantenimiento correctivo por lo que no puede utilizarse como parámetro para enjuiciar la viabilidad del mantenimiento preventivo.

Así mismo aduce la recurrente que se ha producido un trato discriminatorio respecto del resto de ofertas incursas en presunción de temeridad al no tener en cuenta la implantación de la empresa, y al no analizar su oferta en su conjunto,

como sí hace el órgano de contratación con la de la adjudicataria, para concluir que las mejoras incursas en presunción de temeridad pueden ser ejecutadas gracias a los recursos del mantenimiento preventivo, especificando que al analizar la oferta de Eulen el órgano de contratación únicamente se centra en los ingresos y gastos del mantenimiento preventivo, obviando que ha ofertado 36.000 euros menos en mejoras que la adjudicataria y una baja del 31% en los precios del mantenimiento correctivo, por un 38,12% de la adjudicataria y que, además, EULEN, S.A. puede alcanzar obras de mantenimiento correctivo (a un margen del 19%) por un importe total de 374.730,18 euros, mientras que la adjudicataria únicamente puede llegar a realizar obras por importe de 307.985,70 euros.

Señala al respecto el órgano de contratación que no se puede realizar una comparación en el tratamiento de ambas ofertas puesto que la oferta de Eulen incurría en baja respecto del mantenimiento preventivo en un 57,67% mientras que la oferta de la adjudicataria incurre en presunción de temeridad respecto de las mejoras, circunstancia comprobada por este Tribunal. Efectivamente la adjudicataria oferta mejoras por importe de 61.048 euros, que suponen un 12,14% del importe del contrato.

No se da a juicio de este Tribunal la necesaria identidad de situaciones para entender que el trato es discriminatorio en cada caso, puesto que la incidencia cuantitativa de la baja en uno y otro caso es significativamente distinta, amén de referirse a conceptos que tienen distinta incidencia en el conjunto del contrato, siendo el mantenimiento preventivo la prestación principal y las mejoras accesorias a la misma.

En definitiva, este Tribunal considera que el juicio técnico del informe y la decisión del órgano de contratación sobre la posibilidad de cumplimiento de la oferta no se encuentran debidamente motivados y fundados en cuanto se basa en parámetros solo exigibles a una de las prestaciones respecto de la que la oferta de

la recurrente no estaba incurso en presunción de temeridad, si bien no se aprecia trato discriminatorio en la apreciación de viabilidad de la oferta.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 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 don V.P.S., en nombre y representación de EULEN, S.A., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid, de fecha 23 de diciembre de 2015, por el que se adjudica el citado contrato, y se rechaza su oferta en el procedimiento de licitación del contrato “Mantenimiento de centros educativos (EXP: 2015029 SER)”, debiendo retrotraerse el procedimiento de licitación para admitir la oferta de la 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 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de

conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.