

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

En Madrid, a 8 de abril de 2015

VISTO el recurso interpuesto por don J.Z.B., en nombre y representación de EULEN S.A., contra la Resolución de 2 de marzo de 2015 del Gerente de Atención Primaria, de adjudicación del contrato y de exclusión de la recurrente de la licitación del Servicio de mantenimiento de los aparatos elevadores de los Centros de Atención Primaria, Lote 2, tramitado por el Servicio Madrileño de Salud, nº de expediente: PA SER 04-2014 GAP, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 27 de noviembre de 2014 se publicó en el DOUE y el 10 de diciembre en el BOE, BOCM y Perfil de Contratante, la convocatoria de adjudicación del Servicio de mantenimiento de los aparatos elevadores de los Centros de Atención Primaria del Servicio Madrileño de Salud, en adelante SERMAS, dividido en ocho lotes, a adjudicar por procedimiento abierto y un único criterio, el precio. El valor estimado del contrato asciende a 1.227.291,01 euros.

Segundo.- Según la cláusula 1, apartado 8 del Pliego de Clausulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP), los límites para apreciar si una proposición no

puede ser cumplida como consecuencia de valores anormales o desproporcionados se determinará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 152 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el artículo 85 del Reglamento General de las Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

A la licitación del lote 2 se presentaron dos empresas, Eulen, S.A. y Kone Elevadores, S.A.

Una vez examinadas por los servicios técnicos correspondientes las proposiciones económicas presentadas, los mismos identificaron la oferta de la empresa licitadora Eulen, S.A., incurso en valores anormales o desproporcionados conforme a lo establecido en el PCAP y en el art. 85 del Reglamento.

Como consecuencia de lo anterior y de conformidad tanto con lo establecido en el PCAP y en el artículo 152.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), el órgano de contratación procedió, con fecha 30 de enero de 2015, a dar trámite de audiencia a Eulen, S.A., a fin de que proceda a justificar la valoración de su oferta y precisar las condiciones de la misma.

El 2 de febrero de 2015, Eulen, S.A. presentó escrito de justificación de su oferta.

El día 6 de marzo de 2015 se notifica a la recurrente la Resolución del órgano de contratación de 2 de marzo, en la que consta: *“este órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y teniendo en cuenta el informe técnico emitido por la Dirección Técnica de Obras, Mantenimiento y Servicios, estima que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, excluyendo por tanto la oferta presentada por Eulen, S.A., al lote 2”*.

Igualmente y de acuerdo con la propuesta efectuada por la Mesa de Contratación el lote es adjudicado a Kone Elevadores, S.A., clasificada en segundo lugar.

Tercero.- Con fecha 24 de marzo, se recibió escrito de recurso especial en materia de contratación presentado por Eulen, S.A., en el que alega suficiencia de la justificación aportada en el trámite de audiencia, rebatiendo el informe técnico de la viabilidad soporte del rechazo de su oferta, y solicita que se anule la Resolución de 2 de marzo, se admita la oferta presentada y se adjudique el lote a la recurrente por resultar su oferta la más ventajosa.

El recurso se había anunciado previamente al órgano de contratación, con fecha 23 de marzo de 2015.

El 30 de marzo el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El 6 de abril de 2015, el Tribunal acordó suspender la tramitación del procedimiento de contratación.

Quinto.- El Tribunal dio traslado del recurso a todos los interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, no habiéndose formulado ninguna alegación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.5 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.- La Resolución de adjudicación y exclusión de la oferta de Eulen, S.A., se adoptó el día 2 de marzo, siendo remitida la notificación el 6 e interpuesto el recurso el 24 de marzo, por tanto la interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2 del TRLCSP.

Tercero.- Se acredita en el expediente la legitimación de Eulen, S.A., para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP al tratarse de una persona jurídica licitadora al contrato *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* al haber resultado rechazada su oferta.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de servicios de categoría 1 del Anexo II del TRLCSP, sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, se trata de determinar si se ha producido alguna causa que pueda motivar la nulidad del acuerdo de rechazo de la oferta de la recurrente por no haber acreditado la viabilidad, una vez incurrida en valores anormales o desproporcionados.

El TRLCSP, en su artículo 152.3, 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.).

El PCAP establece los criterios por los que se considerarán en presunción de desproporcionadas o temerarias las ofertas.

Como quiera que solo hay dos ofertas admitidas, la que sea inferior en más de 20 puntos porcentuales a la otra oferta tendrá esa consideración. Teniendo en cuenta que la oferta de Eulen, S.A. es de 51.638 euros y la de Kone Elevadores, S.A., de 75.168 euros, estamos ante una oferta que supera el porcentaje de baja previsto en el Reglamento, hecho que no se discute por la recurrente ni es objeto del recurso.

El primer paso del procedimiento contradictorio para el análisis de las ofertas anormales es la solicitud de acreditación de la viabilidad de la oferta, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 152 del TRLCSP, cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, se dará audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, que le permitan ejecutar la prestación sin incidencias o disfunciones.

Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes requeridos, estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la proposición económica más ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas.

Tal como establece el artículo 152 del TRLCSP, sólo es posible 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.

Por ello la justificación ha de ir dirigida a demostrar la viabilidad de la oferta por referencia fundamentalmente al cumplimiento de las prestaciones objeto del contrato. La cuestión que debe abordarse es si la justificación presentada respeta las condiciones de licitación establecidas en los pliegos porque si así no fuera el cumplimiento del contrato no sería viable y la proposición inaceptable. Es decir, el término de comparación de la justificación han de ser los propios pliegos que rigen la licitación. Es necesario que por los licitadores se pueda probar la seriedad de su oferta en todos los elementos que la componen ofreciendo la posibilidad de aportar todo tipo de justificaciones sobre los diferentes componentes. Esto no supone que se justifique exhaustivamente cada uno de los componentes de la oferta anormal o desproporcionada, sino que se trata argumentar de modo que permita al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo, la justificación ha de ser completa, pero no puede considerarse insuficiente por la omisión de elementos de escasa entidad en relación a la totalidad del importe o de explicaciones que puedan ser una pormenorización de lo expuesto con carácter general; obviamente, tales argumentos o justificaciones deberán ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta. El carácter contradictorio del procedimiento de verificación permite que se soliciten precisiones sobre los concretos elementos de la oferta sospechosa de anomalía que haya hecho albergar dudas.

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 justificación de una oferta es la acción de explicar, aduciendo razones convincentes o alegando otros medios, la viabilidad y acierto de una proposición, en los términos en que fue presentada al procedimiento licitatorio. Consiste pues, en la aclaración de los elementos en que el licitador fundamentó su oferta y en la verificación de que conforme a dicha aclaración, la misma es viable de forma tal que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada, en el modo y manera establecidos en los pliegos de condiciones.”

El contenido de la justificación ha de ir referido a las prestaciones objeto del contrato. Las empresas deciden libremente la composición de sus ofertas económicas de acuerdo a los criterios establecidos en el Pliego y son conocedoras de los factores de todo tipo que han tenido en cuenta para su formulación en los términos en que la han presentado, valorando incluso el riesgo de exclusión al que se exponen, si sus propuestas son anormalmente bajas y el riesgo de no resultar adjudicatarias, si los precios que proponen son demasiado altos o cercanos a los máximos establecidos por el Pliego.

En este caso la petición de justificación se ha realizado cumpliendo los requisitos establecidos y no se cuestiona por la recurrente.

El segundo paso del procedimiento contradictorio es el informe técnico valorando la justificación presentada. Según lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 152 del TRLCSP corresponde al órgano de contratación “*considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior*” 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.

De no cumplirse con el requisito de motivación antes expuesto, 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.

En cuanto a la justificación presentada por la recurrente para la valoración de la viabilidad, ésta consistió en un escrito en el que detalla los costes del servicio, especificando el personal, los materiales y las subcontrataciones. Respecto de los importes contemplados para los costes de personal, indica los salarios anuales del personal dedicado al contrato de acuerdo con el convenio colectivo de la Industria del Metal de Madrid y el personal que incluye en su oferta, haciendo el cálculo final, que se incluye en un cuadro resumen, en el que la cantidad significa un porcentaje en función de la dedicación de cada categoría de personal al contrato y el precio unitario el salario anual más los costes sociales.

Según el informe técnico emitido *“la empresa EULEN presenta, en plazo, el documento “Justificación de Baja Desproporcionada o Anormal”, que contiene en su página 3 el “Cuadro con los costes detallados del servicio” y en su página 4 la “Justificación detallada de los importes ofertados”.*

En esta última aparecen los salarios anuales de las categorías profesionales correspondientes a Ingeniero Técnico, Encargado General, Oficial de 1ª y Administrativo, según el convenio colectivo de la industria del metal en Madrid.

<i>Ingeniero Técnico Industrial.....</i>	<i>25.030,57 €/ año</i>
<i>Encargado general</i>	<i>17.314,97 €/año</i>
<i>Oficial 1ª:</i>	<i>16.389,72 €/año.</i>
<i>Administrativo.....</i>	<i>15.210,32 €/ año</i>

Se informa de los recursos humanos contabilizados para el cálculo de la oferta y en él se tienen en cuenta las categoría, la cantidad, el precio unitario y el precio total.

El precio total corresponde a multiplicar el precio unitario por la cantidad. La cantidad, se entiende, corresponde al tiempo (en tanto por uno) dedicado por cada categoría.

El precio unitario entendemos proviene de añadir los costes de los seguros sociales a las tablas salariales presentadas en la página 2, pues al multiplicar estos datos por 1,33 dan como resultado los precios unitarios de la anterior tabla.

Finalmente, esa tabla se completa con los costes por recursos materiales y subcontrataciones, a los que se aplica el porcentaje correspondiente a gastos generales y beneficio industrial. El montante final es el precio ofertado, sin IVA.

Es decir, para los cálculos del precio de licitación se han utilizado costes de personal para un año, sin la imprescindible proyección a 24 meses, por lo que entendemos que esta oferta supone un riesgo cierto a la ejecución del servicio”.

La recurrente rebate la motivación del rechazo de su oferta que figuran en el informe técnico ya que considera *“la proyección efectuada por EULEN, S.A. y por tanto la explicación vertida, toma en consideración los 24 meses de vigencia del contrato, y no solo la primera anualidad. Tal y como mi patrocinada expuso en momento procesal oportuno a través del escrito presentado”.*

El informe del órgano de contratación reitera lo expresado en el informe técnico en el sentido de considerar que no pueden estar incluidos los costes de personal de los 24 meses del contrato, porque se efectúa un cálculo de precios basado en el salario anual de cada categoría de personal y aplicando posteriormente un porcentaje según la dedicación.

A la vista de los datos obrantes en el expediente, el Tribunal considera que si bien no aparece claramente expresado por la recurrente tanto en el informe de justificación como en el propio recurso, es admisible considerar que la oferta

contempla los costes de dos años del contrato ya que lo que es determinante aquí es el concepto cantidad, es decir, el porcentaje de dedicación al contrato y no el precio unitario anual.

En el cuadro explicativo aportado la columna cantidad, tal y como se deduce del informe justificativo y del recurso, contiene la dedicación de cada categoría de personal durante toda la vigencia del contrato, 24 meses, siendo correcta, en ese caso, su aplicación al coste anual de cada tipo de personal.

Debe tenerse en cuenta que si el importe del concepto personal, respecto de las cuatro categorías que cuentan con salario anual considerado, se multiplicase por dos, como entiende el órgano de contratación que procedería, el importe total de la oferta, si bien no se duplica, como afirma la recurrente, sí que excedería del precio de licitación por lo que no es razonable pensar que la empresa haya presentado una oferta claramente excluible, siendo lógico y razonable concluir que el cálculo se ha hecho por el tiempo de duración del contrato.

El informe técnico emitido con ocasión de la justificación debería haber argumentado, para desvirtuar la justificación presentada, si era oportuno hacerlo, que el tiempo de dedicación del personal previsto (la cantidad) era insuficiente o inadecuado en función de las prestaciones del contrato, pero no que los salarios considerados eran solo los de un año puesto que interpretando lógicamente los datos incluidos en la justificación, esto no es así.

En definitiva, por el órgano de contratación se ha seguido el procedimiento previsto y se concedió al licitador que presentó oferta incurso en presunción de ser desproporcionada o temeraria trámite para justificar la viabilidad de su oferta.

De lo expuesto más arriba resulta que la adjudicataria ha presentado una justificación de su oferta. Asimismo, se ha procedido a solicitar informe técnico sobre la viabilidad de la misma a la vista de las justificaciones presentadas pero dicho

informe técnico no desvirtúa las alegaciones realizadas por la empresa por las razones señaladas anteriormente.

En conclusión, si bien la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde 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 y en este momento la función del Tribunal es meramente de control del cumplimiento de los principios y de los trámites legales, cabe argumentar que no se aprecia suficiente motivación en el rechazo de la justificación presentada por la recurrente, por lo que el recurso debe estimarse.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 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 J.Z.B., en nombre y representación de EULEN S.A., contra la Resolución de 2 de marzo de 2015 del Gerente de Atención Primaria, de adjudicación del contrato y de exclusión de la licitación de la recurrente del Servicio de mantenimiento de los aparatos elevadores de los Centros de Atención Primaria, Lote 2, tramitado por el Servicio Madrileño de Salud, nº de expediente: PA SER 04-2014 GAP, anulando la adjudicación realizada y debiendo retrotraerse las actuaciones al momento de admisión de la justificación.

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.