

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

En Madrid, a 25 de septiembre de 2013.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por Don M.B.P., como apoderado de Ingesan, S.A.U.-Grupo OHL, contra la Orden del Consejero de Empleo, Turismo y Cultura, de fecha 13 de agosto de 2013, por la que se rechaza la oferta de la recurrente, respecto al expediente de contratación “Mantenimiento general, preventivo y correctivo de los edificios A, B, C, D y cafetería del complejo el Águila y el Archivo Histórico de protocolos de Madrid” número de expediente 09-AT-00021.3/2013, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La Consejería de Empleo, Turismo y Cultura de la Comunidad de Madrid hizo pública en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 22 de mayo de 2013 la convocatoria de procedimiento abierto para la adjudicación del contrato titulado “Mantenimiento general, preventivo y correctivo, de los edificios A, B, C, y D y cafetería del complejo El Águila y el Archivo Histórico de Protocolos de Madrid”. El criterio único de adjudicación fue el precio y el valor estimado del contrato asciende a 407.200 euros.

Segundo.- El apartado 7 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares dispone que *“se considerarán como desproporcionadas o temerarias las proposiciones que se encuentren en los supuestos recogidos en el artículo 85 del RGLCAP, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de Octubre, estándose en todos estos supuestos a lo dispuesto en el artículo 152 apartados 3 y 4 del TRLCSP”*.

Tercero.- A la licitación del presente contrato presentaron oferta 27 empresas. La calificación de la documentación administrativa se realizó el 21 de junio de 2013, resultando 26 empresas admitidas.

El 28 de junio de 2013 se procedió a la apertura de proposiciones económicas, excluyéndose una oferta, por exceder del presupuesto de licitación. En ese mismo acto la Mesa propone como adjudicataria del contrato a Construcciones Iniesta, S.L., sin perjuicio de que su oferta pudiera estar incurso en valores anormales o desproporcionados. La oferta de Instituto de Gestión Sanitaria, S.A. (Ingesan) fue la tercera más ventajosa.

Se comprueba que la correspondiente a la empresa Ingesan y otras tres, pueden ser consideradas desproporcionadas o anormales conforme a lo establecido en el citado artículo 85 del RGLCAP, por lo que en aplicación del artículo 152.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), se da audiencia al licitador para que justifique su oferta y precise las condiciones de la misma; asimismo se acuerda que se solicitará asesoramiento técnico de la Dirección General de Bellas Artes, del Libro y de Archivos.

Ingesan presenta escrito de alegaciones con justificación de los parámetros tenidos en cuenta en la elaboración de la propuesta. La justificación consta de tres folios en los que desglosa la oferta según los siguientes conceptos: Recursos

humanos (oficial jefe de equipo, 2 oficiales de primera y un oficial de segunda); recursos materiales (vestuario, EPI y herramientas y comunicaciones, materiales de mantenimiento); coste de subcontrataciones previstas, gastos generales y beneficio industrial. Asimismo subraya la existencia de acuerdos con proveedores y subcontratistas, conocimiento del servicio por ser el actual adjudicatario e implantación de la empresa en la zona.

El 6 de agosto por parte del Área de Proyectos y Obras de la Dirección General de Bellas Artes, del Libro y de Archivos, se formula el informe técnico correspondiente, que consta de siete folios, en el que se van comparando los requisitos de medios humanos y materiales del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) y la justificación de la recurrente en cada punto. Se concluye que “la baja económica presentada por la empresa Ingesan no queda suficientemente justificada por los siguientes motivos: No se cumplen los costes mínimos, según convenio, para los cuatro oficiales. No se incluye el coste del Director del Servicio, el coste de sustitución del personal por vacaciones, ni el coste del servicio 24 horas. No se justifica adecuadamente (lo hace de forma global) el coste de las subcontrataciones a realizar con un servicio de Asistencia Técnica externo”.

El 12 de agosto la Mesa de contratación propone al órgano de contratación el rechazo de las cuatro ofertas incursas en valores anormales o desproporcionados.

Mediante Orden de 13 de agosto de 2013, el órgano de contratación rechaza las proposiciones de las cuatro ofertas por entender que dichas proposiciones son inviables, no garantizándose el cumplimiento satisfactorio del contrato. La Orden se notifica a Ingesan el día 20 de agosto de 2013, acompañándose del informe técnico, siendo el acuse de recibo de fecha 22 de agosto de 2013.

Cuarto.- Con fecha 6 de septiembre de 2013 Ingesan presentó ante el órgano de contratación recurso especial en materia de contratación, contra “la notificación de rechazo” donde Ingesan expone las alegaciones al Informe Técnico emitido por el

Área de Proyectos y Obras de la Dirección General de Bellas Artes, del Libro y de Archivos, informe en base al cual se rechaza su proposición.

Las alegaciones presentadas siguen el esquema de puntos del Informe Técnico:

PUNTO 1. COSTES DE PERSONAL.

Debido a las diferencias encontradas, expone el detalle de las mismas:

Los coeficientes aplicables para determinar la cotización a la seguridad social que se han tenido en cuenta en el Informe Técnico de la Notificación de Rechazo ascienden a más del 36% de la retribución salarial de los trabajadores, siendo un porcentaje muy superior al aplicable para la actividad de Servicios integrales a Edificios e instalaciones.

En el Informe de Rechazo se hace referencia a que no han sido tenidos en cuenta los costes derivados de la necesidad de disponer de un Responsable del Servicio, del cual se estima en pliegos una dedicación de 468 horas anuales. Esto no es así: Ingesan dispone de dos Ingenieros dedicados a la gestión, dirección y supervisión de contratos de servicios de mantenimiento que no requieren presencia directa en los centros en cuestión. El coste de ambos Ingenieros es considerado como coste de estructura y no repercute directamente en cada uno de los contratos. Este coste de estructura, así como el beneficio industrial está incluido dentro del tipo del 5,8% catalogado como "Gestión, Gastos Generales y Beneficio Industrial".

En el Informe Técnico se menciona que los costes derivados de los cuatro oficiales afectos al Servicio son inferiores a los valores mínimos según convenio, y que además no ha sido tomada en cuenta la cuantificación económica para la sustitución del personal en periodos vacacionales. Sin embargo, el coste de personal coincide con lo expuesto en la justificación de baja presentada por Ingesan, son

costes iguales o superiores a lo indicado en el convenio de aplicación, y está contemplada la sustitución de vacaciones de todo el personal, así como una estimación de costes previstos para el Servicio 24 horas, que la contratación de dos de los oficiales de 1ª se beneficiará de las bonificaciones legales previstas para los contratos indefinidos para personas con discapacidad.

PUNTO 2. COSTES DE MANTENIMIENTO TÉCNICO - LEGAL. REVISIONES SEGÚN NORMATIVA.

En la notificación de rechazo recibida por Ingesan, se dice al respecto de este punto que no está desglosada la cantidad económica que se va a asignar y que además, se considera insuficiente. Tal como se mencionó en la justificación de baja presentada por Ingesan, el hecho de pertenecer al Grupo OHL permite a Ingesan beneficiarse de importantes descuentos y tarifas por parte de todo tipo de proveedores y subcontratas, dado el enorme volumen de compras por parte de todas las empresas del Grupo. Se reitera, además, que Ingesan es el actual prestatario del Servicio, por lo que tiene un conocimiento cierto de los costes que suponen todas estas revisiones.

PUNTO 4. GASTOS DE LICITACIÓN. SERVICIO 24 HORAS. MEDIOS AUXILIARES, HERRAMIENTAS, VESTUARIO Y EPI'S.

Sobre este punto en el Informe Técnico se considera justificado todo excepto el Servicio 24 horas. Señala que existe un “exceso” de cantidad económica considerada para uno de los oficiales de mantenimiento, cantidad que se considera reservada a pago de Servicios de Guardia y a horas extraordinarias correspondientes a avisos fuera de horario. El Servicio 24 horas está, por lo tanto, considerado (estimado) dentro de la oferta económica presentada.

PUNTO 5. GASTOS GENERALES Y BENEFICIO INDUSTRIAL.

Este punto se considera justificado, dado que se trata de decisiones internas de la empresa, por lo que no se añade nada más al respecto.

Del desarrollo anterior, la recurrente extrae las mismas conclusiones que las indicadas en la justificación de la baja, en las cuales Ingesan se ratifica:

- La oferta presentada permite la ejecución del Servicio de acuerdo las exigencias técnicas establecidas en los pliegos que rigen la licitación.
- Así mismo, la oferta económica presentada permite garantizar un margen de beneficio suficiente y adecuado, de acuerdo a los criterios estratégico-comerciales de la compañía.

Quinto.- La Consejería de Empleo, Turismo y Cultura remitió el expediente junto con su informe el 16 de septiembre. En el mismo se alega que se estima que el informe técnico realizado el día 6 de agosto por el Área de Proyectos y Obras sobre la presunta baja desproporcionada o anormal de la propuesta económica presentada por Ingesan una vez considerada la justificación presentada, analizó de forma sistemática y pormenorizada los valores y componentes de la oferta económica de esa justificación, así como los muy escasos razonamientos que entonces se alegaron para sostener la viabilidad de la propuesta, determinando que no se acreditaba debidamente su carácter factible, y que los argumentos que la mercantil expone en su recurso especial no pueden ser considerados como si se tratase de un escrito de subsanación de defectos, dando ahora por procedentes y pertinentes las razones que debieron ser recogidas en el procedimiento contradictorio previsto en el artículo 152.3 del TRLCSP.

En el “PUNTO 1. COSTES DE PERSONAL” se aduce en el recurso que la contratación de dos de los oficiales de 1ª se beneficiará de las bonificaciones legales previstas para los contratos indefinidos para personas con discapacidad. Esta circunstancia permite a la recurrente un abaratamiento de los costes de personal

suficiente para, con el remanente, cuadrar su valoración en este punto cubriendo los costes que no desglosó en el procedimiento contradictorio seguido para la comprobación de la viabilidad de la oferta. Nos referimos al coste de sustitución del personal por vacaciones y al coste del servicio 24 horas. Con independencia de la corrección de los datos expuestos por la recurrente, no es momento de entrar a su comprobación o valoración ya que, como se dijo antes, estas pormenorizaciones hubieron de haber sido manifestadas en el trámite de audiencia previsto en el artículo 152.3 del TRLCSP. Otro tanto cabe decir sobre el coste del Director del Servicio, incluido, según las nuevas alegaciones, en el importe de “gestión, gastos generales y beneficio industrial”, que se evalúa en el 5,8% del coste del servicio, pero del que nada se manifestó en el escrito del 10 de julio, con independencia de las comprobaciones que pudieran haberse hecho en torno a su consideración como gasto estructural de la empresa y a la suficiencia de esa cuantificación para soportar los costes que la licitante le imputa.

En el “PUNTO 2. COSTE DE MANTENIMIENTO TÉCNICO-LEGAL, REVISIONES SEGÚN NORMATIVA” del recurso se procede con la misma sistemática que en el apartado anterior, desarrollando con detalle los costes de las subcontrataciones que en la justificación de la oferta se despacharon con una mera referencia cuantitativa global, por lo que tampoco ahora puede entrarse a valorar su viabilidad de acuerdo con lo exigido en el PPT del contrato.

En el “PUNTO 4. GASTOS DE LICITACIÓN, SERVICIO 24 HORAS, MEDIOS AUXILIARES, HERRAMIENTAS, VESTUARIOS Y EPIS”, la recurrente remite a la exposición justificativa de los costes de personal para considerar incluido en su proposición económica el servicio de 24 horas, por lo que otro tanto de lo que se ha dicho al contestar ese aspecto puede reproducirse aquí.

Sexto.- El 19 de septiembre de 2013, por el Tribunal se acordó la suspensión de la tramitación del expediente de contratación.

Séptimo.- El Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Finalizado el plazo no se han formulado alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación de Ingesan para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TR LCSP que dispone que *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*. Si bien su oferta económica resultó clasificada en tercer lugar, las dos ofertas anteriores mejor clasificadas también han sido rechazadas por anormales o desproporcionadas. Por tanto, de obtener un pronunciamiento favorable el recurrente podría obtener la adjudicación del contrato, beneficio que justifica el reconocimiento de la legitimación activa.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Segundo.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el rechazo de la oferta, correspondiente a un contrato de servicios de la categoría 1 del Anexo II del TRLCSP, estando sujeto a regulación armonizada, por lo que el acto es recurrible de acuerdo con lo previsto en el artículo 40.1.a) y 2.b) en relación al 16.1.b) del TRLCSP.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la Orden impugnada fue adoptada el 13 de agosto de 2013, la notificación fue efectuada el día 22 y el recurso ha sido interpuesto el día 6 de septiembre, dentro del plazo de quince días hábiles siguientes a la primera fecha, de conformidad con el artículo 44.2 del

TRLCSP que establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158 (...)”*.

Cuarto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público 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.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, la cuestión que se plantea es la viabilidad de la oferta de Ingesan de acuerdo con la justificación que fue presentada.

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. Excepcionalmente 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 en esos casos que la oferta inicialmente más económica no sea la adjudicataria.

El artículo 152.1 del TRLCSP dispone que *“cuando el único criterio valorable de forma objetiva a considerar para la adjudicación del contrato sea el de su precio, el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas podrá apreciarse de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente, por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado”*.

Los criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias se encuentran regulados en el artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto

1098/2001, de 12 de octubre.

El apartado 3 del citado 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 de Estado.*

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

Analizadas las ofertas se dedujo que la oferta de Ingesan, de acuerdo con el artículo 85 del citado Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, podía considerarse como anormal o desproporcionada.

En consecuencia se le comunicó tal circunstancia concediéndole plazo para que justificara los términos de su oferta y la viabilidad de ejecutar satisfactoriamente el contrato en las condiciones ofrecidas.

El artículo 152 del TRLCSP exige que una vez identificadas las ofertas con valores anormales o desproporcionados y antes de adoptar una decisión sobre la adjudicación del contrato se de audiencia al licitador para que justifique los precios de su oferta y precise las condiciones de la misma, considerando después la oferta a la vista de las justificaciones facilitadas en dicho trámite. Es necesario probar la viabilidad de la oferta en todos los elementos que la componen ofreciendo la

posibilidad de aportar todo tipo de justificantes. Seguidamente procede valorar las explicaciones presentadas y en consecuencia tomar la decisión de admitir o rechazar las citadas ofertas.

La apreciación de si es posible el cumplimiento de la proposición o no debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que concurren en la oferta, debiendo por ello, los licitadores cumplir dicho trámite de forma adecuada. Cuando no se responde a la solicitud de aclaraciones o cuando la explicación remitida resulta insuficiente, la consecuencia que se impone es el rechazo de la proposición por no haber acreditado su viabilidad.

En el supuesto que nos ocupa la justificación presentada por la licitadora en el trámite de audiencia concedido para explicar la oferta es verdaderamente insuficiente, pues no se desglosa la valoración por cada uno de los componentes que la integran ni se cuantifican y justifican los gastos salariales que alega. Es en este momento procedimental cuando el licitador disponía de todos los medios y argumentos a su alcance para justificar la viabilidad de su oferta. Precisamente, él es el mejor conocedor de su proposición, pues ha debido prepararla valorando costes y capacidad de su empresa, por lo que no debía tener ningún problema en concretarla.

La recurrente considera que la valoración negativa ha sido motivada por errores en la consideración de los costes de personal y da explicaciones en torno a la cuantificación de los otros componentes de su oferta. La recurrente abunda en el escrito en datos que omitió al tiempo de formular sus alegaciones en orden a la justificación de su oferta económica. La extensión y defensa del recurso al que se anexan detalles del contrato para personas con discapacidad y sus cuotas sociales y los porcentajes aplicables a la actividad de servicios integrales a edificios e instalaciones, supera con creces la concisa justificación aportada en el momento en que le fue solicitada para su análisis en el informe técnico, pero lo manifestado con posterioridad no puede ser tenido en cuenta, pues no constaba en la documentación

analizada en el momento procedimental oportuno. El recurso pretende ser un alegato contra el detallado informe de valoración en base al cual se rechaza su proposición. No obstante, no cabe en este momento, en sede de recurso aportar las justificaciones y alegaciones que no se presentaron en el momento procedimental oportuno.

En definitiva, este Tribunal entiende que, teniendo la empresa recurrente plena libertad para acreditar, justificar y detallar en profundidad la viabilidad de su proposición, no lo consigue a juicio de los servicios técnicos del órgano de contratación que estiman insuficiente su justificación y así lo motivan. No puede pretender ahora el recurrente suplir, utilizando la vía del recurso, la insuficiencia de aquella justificación previa, en la que pudo y debió utilizar todos los medios a su alcance para concretar las condiciones de su oferta y su viabilidad.

Tal como establece el artículo 22, apartado f) del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, corresponde a las mesas de contratación:

“f) Cuando entienda que alguna de las proposiciones podría ser calificada como anormal o desproporcionada, tramitará el procedimiento previsto al efecto por el artículo 136.3 de la Ley de Contratos del Sector Público, y en vista de su resultado propondrá al órgano de contratación su aceptación o rechazo, de conformidad con lo previsto en el apartado 4 del mismo artículo”.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 152.4 del TRLCSP si el órgano de contratación estima que, considerando las justificaciones aportadas por el licitador y el informe emitido sobre la misma por el servicio al que se solicitó el asesoramiento técnico, la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, debe excluirla de la clasificación y adjudicar el contrato a la siguiente proposición más ventajosa.

El Tribunal observa que, en el presente caso se ha seguido formalmente el procedimiento legalmente previsto en el artículo 152.2 y 3 del LCSP, en cuanto a la consideración y tramitación de las ofertas con valores anormales o desproporcionados, habiéndose dado a la recurrente la oportunidad de presentar la explicación de la valoración y precisiones justificativas de su oferta y que la empresa adjudicataria, en el trámite de audiencia concedido, ni justifica la valoración de su oferta ni precisa las condiciones de la misma, de manera que no ha podido ser considerada justificación suficiente por la Administración en el informe técnico debidamente motivado que ha hecho suyo la Mesa de contratación y el órgano de contratación, por lo que no se ha acreditado la posibilidad de cumplir el contrato en los términos indicados en la proposición, teniendo como consecuencia el rechazo de la oferta y la propuesta de adjudicación a la siguiente oferta mejor clasificada.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41. 3 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, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial interpuesto por Don M.B.P., como apoderado de Ingesan, S.A.U.-Grupo OHL, contra la Orden del Consejero de Empleo, Turismo y Cultura, de fecha 13 de agosto de 2013, por la que se rechaza la oferta de la recurrente, respecto al expediente de contratación “Mantenimiento general, preventivo y correctivo de los edificios A, B, C, D y cafetería del complejo el Águila y el Archivo Histórico de protocolos de Madrid” número de expediente 09-AT-00021.3/2013.

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.- Dejar sin efecto la suspensión de la tramitación del expediente de contratación acordada por este Tribunal el 19 de septiembre.

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

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.