

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

En Madrid, a 30 de septiembre de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por don L.R.P., en nombre y representación de Fulton Servicios Integrales, S.A., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de 3 de julio de 2015, por el que se le excluye de la licitación del contrato de “Servicio de mantenimiento, suministro y reparación de las instalaciones térmicas ubicadas en colegios y dependencias municipales del Ayuntamiento de Arroyomolinos”, número de expediente: 16/15, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 4 y 22 de abril 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, con un valor estimado de 220.000 euros.

De acuerdo con lo establecido en la cláusula 17 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), se considerará que contienen valores

anormales o desproporcionados las ofertas económicas *“cuando en las mismas concurren las circunstancias previstas en el art. 85 y 86 del RGLCSP”*.

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron 12 licitadoras, una de ellas la recurrente.

La empresa Fulton Servicios Integrales, S.A. (FSI) presentó una oferta económica que ascendía a 27.885 euros IVA excluido, lo cual suponía, tras efectuar los cálculos que establece el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre (RGLCSP), una baja del 12,29%, que supera los 10 puntos porcentuales respecto de la media de las bajas, como indica el Reglamento.

Constatando que había presentado una oferta con valores anormales o desproporcionados, la Mesa de contratación con fecha 26 de julio requirió a FSI para que de acuerdo con lo establecido en el artículo 152 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en adelante TRLCSP, justificase la viabilidad de su oferta, lo que verificó mediante escrito presentado el día 2 de julio.

De igual modo la Mesa de contratación citó a las dos empresas incurso en valores anormales o desproporcionados, FSI y Genera Quatro, S.L., a una comparecencia el día 3 de julio en la que pudieran presentar sus justificaciones y responder a las cuestiones que se les planteasen. De tal comparecencia se levantó acta que consta en el expediente administrativo.

En el escrito de justificación de la oferta se esgrimían como argumentos para sustentar la cuestionada viabilidad, la asunción de determinados gastos con cargo a la estructura general de la empresa, la correcta valoración de los gastos en material fungible y de la mejora presentada, así como la ausencia de subcontrataciones, al tener la empresa capacidad suficiente para realizar el contrato con medios propios.

La justificación presentada se trasladó al servicio técnico correspondiente, que con fecha 3 de julio, emite un informe en el que señala que la justificación aportada es insuficiente por no incluir determinados gastos y por otro lado no justificar determinadas cantidades consideradas excesivamente bajas, así como no reflejar el coste que va a suponer el incremento de actividades y centros respecto del contrato actual, del que es la adjudicataria.

A la vista de dicho informe la Mesa de contratación en acto celebrado ese mismo día, acuerda rechazar las justificaciones presentadas y las ofertas correspondientes y proponer la exclusión de las licitadoras en situación de anomalía o desproporción y la adjudicación del contrato a la empresa Mompesa, Servicios, S.L.U.

El Acuerdo de exclusión se notifica a las empresas FSI y Genera Cuatro, S.L., el 19 de agosto, adjuntándoles el acta de la Mesa en la que constan los motivos de exclusión y añadiendo que contra la presente resolución cabe interponer recurso de alzada en el plazo de un mes ante el Órgano de Contratación o la Junta de Gobierno Local.

El Acuerdo de la Mesa de propuesta de adjudicación fue notificado igualmente a todas las participantes, con fecha 28 de agosto de 2015.

En la notificación se indicaba que contra dicho acuerdo de la Mesa, se podía interponer recurso potestativo de reposición, en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la recepción de la notificación o recurso contencioso administrativo.

Finalmente, mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 28 de agosto de 2015, se aprueba la adjudicación del contrato, lo que se notificó a las licitadoras el 1 de septiembre.

En el texto de la notificación consta que el Acuerdo no pone fin a la vía administrativa y que contra el mismo puede interponer recurso potestativo de reposición, en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la recepción de la presente notificación o recurso contencioso administrativo.

El 3 de septiembre de 2015, la empresa FSI presentó ante el órgano de contratación, el anuncio previo al que se refiere el artículo 44.1 del TRLCSP, de recurso especial en materia de contratación, contra el acuerdo de 19 de agosto de 2015 en el que se le excluye de la licitación.

El día 7 de septiembre tiene entrada en el órgano de contratación, escrito de recurso que denomina de reposición, interpuesto contra el Acuerdo de la Mesa, de 19 de agosto, por el que se le excluye y contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 21 de agosto de 2015 que adjudica el contrato.

En el recurso se solicita que se anule su exclusión y la posterior adjudicación debiendo ser adjudicado el contrato a favor FSI, al ser la oferta más ventajosa.

También se solicita la suspensión del procedimiento.

Tercero.- Con fecha 10 de septiembre 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 TRLCSP.

En el indicado informe el órgano de contratación realiza una descripción de los hechos, afirmando que por parte de esa Administración Municipal, se ha seguido escrupulosamente el procedimiento contradictorio regulado en el TRLCSP concediendo audiencia al licitador para que justificase la inclusión de los valores anormales o desproporcionados detectados, solicitando el preceptivo asesoramiento técnico del servicio y concluyendo con la exclusión de la proposición, acordada al amparo de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 152 del TRLCSP.

Respecto de la justificación efectuada por la recurrente de la viabilidad de su oferta, el informe indica diversas discrepancias en cuanto a los cálculos y previsiones de las ofertas que serán analizados con el fondo del recurso.

Cuarto.- Con fecha 15 de septiembre de 2015 el Tribunal acordó la suspensión del expediente de contratación.

Quinto.- Con fecha 14 de septiembre 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.- FSI 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 excluida de la licitación 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 debe indicarse que la recurrente califica su recurso como de reposición, impugnando simultáneamente su exclusión y la adjudicación del contrato, sin embargo solo está legitimado para recurrir contra la exclusión, que es el primer acto que le ha sido notificado y que afecta a su derecho a participar en el procedimiento.

Por otro lado y al amparo de lo dispuesto en el artículo 110.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de conformidad con el *cual “el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”*, procede considerar su escrito como recurso especial en materia de contratación y entender que éste se ha interpuesto contra la exclusión de la licitación, ya que no cabe la interposición sucesiva de recursos contra dos actos por los mismos motivos, de un contrato mixto de suministros y servicios, primando las prestaciones del de servicios, sujeto a regulación armonizada, de categoría 1 del Anexo II del TRLCSP cuyo valor estimado asciende a 220.000 euros, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.b) del TRLCSP.

Cuarto.- En cuanto al plazo de interposición cabe señalar que la notificación del acto de exclusión, único acto contra el que puede recurrir cuando la exclusión, como en este caso, le ha sido notificada, efectuada el 19 de agosto de 2015, contenían un error en la indicación del recurso procedente, indicando que cabía interponer recurso de alzada en el plazo de un mes.

En consecuencia, no debiendo el error producido en la notificación perjudicar al recurrente, debemos considerar, en virtud de lo establecido por el artículo 58.3 de la Ley 30/1992, de 26 de septiembre del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que en este caso el plazo de interposición es de un mes a contar desde la misma, por lo que el recurso interpuesto el día 9 de septiembre, 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. En concreto se aduce con cita de Resoluciones del

Tribunal Central de Recursos Contractuales, que el Ayuntamiento no justifica que la oferta de FSI no pueda cumplirse, sino que se limita a rechazar las justificaciones realizadas. Considera que Ayuntamiento se limita a estimar las apreciaciones del técnico que son opiniones personales que en modo alguno acreditan la viabilidad de la oferta presentada, entendiendo que la motivación de la exclusión en la falta de detalle de la justificación del informe de viabilidad es irrazonable y desproporcionada.

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, si bien el cálculo no se ha realizado teniendo en cuenta las 10 unidades porcentuales respecto de la media aritmética de las ofertas presentadas, que es lo que exige el artículo 85 del Reglamento. 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. Como afirma la recurrente con cita de determinadas resoluciones del Tribunal Central de Recursos Contractuales, 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, no solo con cuestiones ajenas al mismo que si bien pueden influir no se aprecian como determinantes.

En el caso que nos ocupa, respecto de los costes de personal la recurrente incluye en su oferta un oficial de segunda frigorista y calefactor y justifica en su informe la no inclusión del coste por sustituciones ni de otro personal técnico de apoyo que incluía en su oferta, argumentando que los cubrirá con la estructura de la empresa, siendo el coste asumido en los gastos generales.

El órgano de contratación alega que la Mesa en el acta de la comparecencia estimó que existen determinadas partidas de gasto que habrían de incluirse y que la declaración de la empresa de cobertura sin coste, imputándolo a coste cero a la empresa, no quedó debidamente acreditada.

También consideró la Mesa que las explicaciones ofrecidas por la empresa no justificaban la asunción por la cantidad ofertada, de determinadas actividades nuevas, tres nuevas dependencias, tratamientos higiénicos sanitarios para la prevención y control de la legionelosis así como las inspecciones de eficiencia energética ya que, siendo la actual adjudicataria del contrato, al pedirle que presentara presupuesto para la realización de las mismas en el seno del contrato preexistente, las había valorado en cantidades bastante elevadas (los tres nuevos edificios por 5.178 euros/mes y por el tratamiento de legionelosis 11.313 euros) sin que en su oferta actual vengan incluidas en partida independiente estas actuaciones.

Efectivamente, del contenido del acta se desprende que las explicaciones ofrecidas por la empresa solo indican que se tiene personal propio y que se puede asumir todas las actividades, puesto que no van a ser de gran importancia, sin subcontrataciones para abaratar costes, pero no se explica razonadamente la posibilidad real de hacerlo.

En cuanto a los medios materiales y fungibles el órgano de contratación considera que el coste previsto tanto de los vehículos como del combustible no concuerda con lo expresado en la justificación. Partiendo de la estimación de realizar 400 km mensuales, se valora el conjunto de gastos en 53,6 euros mensuales, es decir, 643,46 euros año. Esta cantidad no es razonable si se tiene en cuenta el precio del combustible y los gastos que conlleva el mantenimiento de los vehículos, aun cuando sean de propiedad de la empresa.

Comprueba el Tribunal que esta cuestión no fue aclarada en la comparecencia, de acuerdo con lo que consta en el acta.

No se justifica y así lo expresa el Ayuntamiento la oferta de una mejora de 6.000 euros por aportación de una “bolsa de materiales” diversos, cuyo precio se ve reducido por aplicación de unos porcentajes en concepto de gastos generales y beneficio industrial, que no son los que aplica la empresa en su oferta. La explicación de la empresa es que esos porcentajes corresponden a un “presupuesto de contrata” y no al presupuesto y porcentajes que ha aplicado ella misma.

A juicio del Tribunal, las explicaciones sobre esas variaciones en la mejora propuesta, no resultan clarificadoras y en consecuencia no justifican las posibilidades de ejecución del contrato por parte de la recurrente.

En definitiva, se ha comprobado que el juicio técnico del informe y la decisión del órgano de contratación sobre la posibilidad de cumplimiento de la oferta se encuentran debidamente motivados y además son razonables y no se aprecia arbitrariedad, por lo que su decisión se considera ajustada a derecho.

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.- Desestimar el recurso especial, interpuesto por don L.R.P., en nombre y representación de Fulton Servicios Integrales, S.A., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de 3 de julio de 2015, por el que se le excluye de la licitación del contrato de “Servicio de mantenimiento, suministro y reparación de las instalaciones térmicas ubicadas en colegios y dependencias municipales del Ayuntamiento de

Arroyomolinos”, número de expediente: 16/15.

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.