

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

En Madrid, a 11 de enero de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por don J.C.R., en nombre y representación de Eulen, S.A., contra la Resolución de 22 de noviembre de 2016 de la Consejera Delegada de Madrid Destino, Cultura, Turismo y Negocio, S.A., por el que se excluye a la recurrente y se adjudica el Lote 2 del contrato “Servicio de mantenimiento todo riesgo de ascensores y otros medios de elevación de edificios de Madrid Destino”, número de expediente: SP16-0878/879/880, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 14 y 20 de septiembre de 2016, se publicó respectivamente en el Perfil de Contratante de Madrid Destino y en el DOUE la convocatoria de licitación del contrato de servicios mencionado, dividido en tres lotes, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato asciende a 499.635 euros.

Segundo.- El lote 2, objeto del recurso, corresponde al servicio de mantenimiento de ascensores y elevadores del Palacio Municipal de Congresos.

Según el apartado 21 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP), *“A efectos de apreciar que una proposición incluye valores anormales o desproporcionados que dificulten su cumplimiento en alguno de los dos criterios valorables en cifras y porcentajes, los límites para apreciar que se da dicha circunstancia en todos los conceptos son los conformes al art. 85 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”*.

A la licitación del lote 2 se presentaron tres empresas, Eulen, S.A., Schindler, S.A. y Thyssenkrupp Elevadores, S.A.

Una vez examinadas por los servicios técnicos correspondientes las proposiciones económicas presentadas, los mismos identificaron las ofertas de la empresa licitadoras Eulen, S.A. y Schindler, S.A., como incursas en valores anormales o desproporcionados, conforme a lo establecido en el PCAP y en el art. 85 del Reglamento, respecto de la baja única sobre presupuesto base de licitación.

Como consecuencia de lo anterior y de conformidad 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 3 de noviembre de 2016, 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 7 de noviembre de 2016, Eulen, S.A., presentó escrito de justificación de su oferta.

El día 17 de noviembre de 2016 se notifica a la recurrente su exclusión del procedimiento, notificación que fue recibida el día 23 de noviembre. Finalmente se notificó el día 28 de noviembre a Resolución del órgano de contratación de 22 de noviembre, de adjudicación de lote 2 del contrato, en la que consta: que *“Respecto a la mercantil EULEN, S.A., desaconsejar su contratación por considerar que con la información facilitada por la empresa respecto al mantenimiento correctivo, los*

importes asignados resultan insuficientes para atender el servicio, por entender que los costes calculados y expuestos en su informe son muy inferiores a los costes reales del servicio. Todo ello en una partida que tiene gran peso sobre el total del valor del contrato". Igualmente y de acuerdo con la propuesta efectuada por la Mesa de Contratación el lote es adjudicado a Schindler, S.A., clasificada en principio en segundo lugar y cuya baja se ha considerado justificada.

Tercero.- Con fecha 16 de diciembre, se recibió escrito de recurso especial en materia de contratación presentado por Eulen, S.A., contra la adjudicación del lote 2 y su exclusión, en el que alega la suficiencia de la justificación aportada en el trámite de audiencia, rebatiendo el informe técnico sobre su viabilidad soporte del rechazo de su oferta, y solicita que se anule la Resolución de 22 de noviembre y se admita la oferta presentada al haber sido debidamente acreditada su viabilidad.

El recurso se había anunciado previamente al órgano de contratación, con fecha 9 de diciembre de 2016.

El 20 de diciembre el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El 22 de diciembre de 2016, 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, habiendo presentado escrito la empresa Schindler, S.A., que manifiesta que la resolución está suficientemente motivada y además se especifica en el informe emitido qué partida es la que se considera no justificada, que es el mantenimiento correctivo. Por ello solicita se desestime el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Madrid Destino, Cultura, Turismo y Negocio, S.A. es una sociedad mercantil municipal que tiene, entre otros objetivos, la gestión de programas y actividades culturales, formativas y artísticas, la organización, apoyo y difusión de las mismas, la prestación de todos los servicios e infraestructuras integrantes o complementarios de estos programas y actividades, la gestión de cualesquiera centros, espacios, recintos, dependencias y/o servicios culturales, cuya gestión le fuera encomendada temporal o indefinidamente, o cuyo uso le fuera cedido por el Ayuntamiento de Madrid, incluida la contratación y ejecución de las obras, instalaciones, servicios y suministros para los mismos.

A efectos de la aplicación del TRLCSP, Madrid Destino, Cultura, Turismo y Negocio, S.A. tiene la consideración de poder adjudicador.

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.- 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.

Tercero.- En cuanto al plazo de interposición del recurso, debe señalarse que existiendo en este caso una notificación de la exclusión, el plazo debe contarse desde la recepción de la misma, en virtud de lo establecido en el artículo 44.2.b) del TRLCSP y no desde la remisión de la notificación de adjudicación.

En consecuencia, habiéndose recibido la notificación de la exclusión el día 23 de noviembre de 2016, el recurso interpuesto el 16 de diciembre se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la exclusión de un contrato de servicios 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 su 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 y su apreciación por la Mesa no es objeto de 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 éstos parezcan anormalmente bajos 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 ha 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, basándose en el conocimiento de las instalaciones ya que fue la empresa mantenedora durante los años 2013 y 2014, 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. En cuanto a los “*materiales de correctivo*” explica que la cantidad prevista de 7.509,05 euros, se debe a que la mayor parte están ya amortizados de otros contratos.

Según el informe técnico emitido *“Se aprecia en la justificación presentada por Eulen, S.A. que basa sus cálculos de costes en el histórico en los que incurrieron durante su contrato de mantenimiento. En el informe de justificación de baja desproporcionada Eulen expresa “dado que fuimos empresa mantenedora de las instalaciones durante los años 2013 y 2014 ...contamos con un histórico tanto de las necesidades de servicio como de los materiales y ratio de intervenciones, lo que nos permite ajustar objetivamente al máximo nuestros costes”.*

Consideramos que la utilización de sus costes históricos como estimados para el año 2017 no puede ser correcta por los siguientes motivos:

1. Al mes de iniciar el contrato de mantenimiento del que EULEN, S.A. era titular, el Palacio de Congresos fue cerrado al público por obras. Tras la finalización de las obras el Palacio fue abierto de nuevo, no recuperando su plena actividad hasta octubre de 2013. El número de averías y los costes de material asociados están directamente relacionados con el uso de los aparatos elevadores. Utilizar como base cálculo un periodo de actividad anormalmente reducido -ya que durante la ejecución del contrato el centro se cerró al público- da como resultado una estimación de costes demasiado baja. Se ha podido comprobar que la mayor parte

de costes por correctivos a los que Eulen, S.A. hace referencia como costes históricos se concentraron en los últimos 6 meses de contrato, coincidiendo con los meses en los que tuvo mayor actividad el Palacio de Congresos. La empresa Eulen, S.A, a pesar de ser conocedora del estado de los ascensores, su antigüedad y del fuerte impacto que sufren los aparatos a causa de los múltiples eventos que se desarrollan en este centro, no ha determinado en su oferta actual un importe en concepto de correctivos que abarque la amplitud debida, ya que el presente procedimiento tiene una naturaleza de “todo riesgo” durante un periodo de vigencia de un año, prorrogable por otro año.

2. En el periodo contractual que Eulen, S.A. toma como referencia, no todos los correctivos fueron realizados en el ámbito de su contrato. Algunos de los correctivos fueron adjudicados a terceras empresas, siendo conocedora la empresa Eulen, S.A. de la realización de los mismos. Por este motivo, el histórico de costes al que hacen referencia no tiene en cuenta la totalidad de los costes en los que incurrió la instalación. En el nuevo contrato, todos los costes derivados del mantenimiento correctivo tendrán que ser asumidos por el adjudicatario al ser un servicio a “todo riesgo”. En consecuencia, se están comparando contratos con alcances distintos.

3. En la justificación de los recursos materiales que se adscriben al contrato, Eulen, S.A. argumenta “disponemos de un Stock de repuestos para la ejecución del mantenimiento correctivo, no generadores de coste alguno por cuanto ya se encuentran plenamente amortizados”. Sin embargo en su oferta técnica dicen “La reposición de los elementos utilizados en el stock serán pedidos el mismo día de su utilización, para reponerlo con la mayor brevedad posible y, en todo caso, antes de su agotamiento por lo que la necesidad de uso de cualquier pieza o material en ningún caso supondrá el agotamiento inmediato del mismo”.

No consideramos válido el argumento de que cuentan con repuestos no generadores de coste, al haber tenido en cuenta en sus estimaciones una premisa falsa: que parte de los materiales que se utilizarán para correctivos no tiene coste. Un inventario que se encuentra en perfecto estado para ser utilizado y que además requiere de su reposición en el momento que es utilizado no puede considerarse sin coste. (Evidentemente; la empresa debe considerar el coste de almacén, del seguro,... etc).”

La recurrente rebate la motivación del rechazo de su oferta que figuran en el informe técnico ya que considera que justificó debidamente su oferta insistiendo en los cuatro apartados que incluyó en su escrito de 7 de noviembre.

El informe del órgano de contratación reitera lo expresado en el informe técnico y además argumenta que *“a pesar de haber tenido conocimiento en dos ocasiones de la causa que ha motivado su exclusión, esto es, el importe estimado para el mantenimiento correctivo, la recurrente en su recurso no ha presentado alegación respecto a dicho mantenimiento”*.

A la vista de los datos obrantes en el expediente, el Tribunal considera que en este caso tiene trascendencia la circunstancia de que el lote que se licita sea de un solo edificio, por lo que la justificación de la viabilidad de la oferta respecto al capítulo de mantenimiento correctivo, que es el que se discute, debería haber sido más detallada y concreta. Como indica el informe técnico nos encontramos con un contrato distinto de los anteriores y además *“a todo riesgo”*, y no aparece justificada la afirmación de la recurrente sobre el stock de repuestos, que según dice no genera coste porque *“se encuentran amortizados”*.

El stock de repuestos consiste en determinadas piezas y material que debe emplearse en el contrato y por tanto en principio no es objeto de amortización, si lo que se quiere decir es que se compraron con cargo a otro contrato y no se utilizaron, debería justificarse qué importe ha supuesto, qué tipo de repuestos son los adquiridos y en todo caso los gastos indirectos que esos repuestos comportan.

En definitiva, debemos concluir que en este caso 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. La empresa licitadora ha presentado una justificación de su oferta. Asimismo, se ha procedido a solicitar informe técnico sobre

la viabilidad de la misma que a la vista de las justificaciones presentadas, desvirtúa las alegaciones realizadas por la empresa por las razones señaladas anteriormente.

En conclusión, 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 que parecen claros y suficientemente motivados, en este momento la función del Tribunal es meramente de control del cumplimiento de los principios y de los trámites legales.

Por todo ello, teniendo en cuenta las argumentaciones realizadas, se aprecia una suficiente motivación en el rechazo de la justificación presentada por la recurrente y el recurso debe desestimarse.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP 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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.C.R., en nombre y representación de Eulen, S.A., contra la Resolución de 22 de noviembre de 2016, de la Consejera Delegada de Madrid Destino, Cultura, Turismo y Negocio, S.A., por el que se excluye la recurrente y se adjudica el Lote 2 del contrato “Servicio de mantenimiento todo riesgo de ascensores y otros medios de elevación de edificios de Madrid Destino”, número de expediente: SP16-0878/879/880.

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 acordada por el Tribunal en su reunión de 22 de diciembre de 2016.

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.