

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

En Madrid, a 22 de noviembre de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por don P.M.M., en nombre y representación, de la mercantil KONE Elevadores, S.A. (en adelante KONE) contra el Acuerdo de la Mesa de Contratación de fecha 27 de octubre de 2016, por la que se rechaza su oferta en el procedimiento de licitación del contrato promovido por el Ayuntamiento de Alcobendas “Mantenimiento de ascensores en los edificios municipales y patronatos”, número de expediente: 2435/2016, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 22 de junio y 7 de julio de 2016, se publicó en el BOE y en el DOUE, respectivamente la convocatoria de adjudicación del Servicio de mantenimiento de los ascensores en los edificios municipales y patronatos, del Ayuntamiento de Alcobendas a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato asciende a 470.179,69 euros y la duración es de 4 años, prorrogable por un año.

Segundo.- Según la cláusula 19, apartado 2 del Pliego de Cláusulas 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 85 del Reglamento General de las Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, (RGLCAP) sin perjuicio de la facultad del Órgano de Contratación de apreciar, previos los informes adecuados y la audiencia al contratista, si la oferta puede o no ser cumplida.

A la licitación se presentaron diez empresas, una de ellas la recurrente.

Una vez examinadas por los servicios técnicos correspondientes las proposiciones económicas presentadas, según su informe de fecha 26 de septiembre de 2016, se identificó la oferta de la empresa licitadora KONE Elevadores, S.A., como incursa en valores anormales o desproporcionados, conforme a lo establecido en el PCAP y en el artículo 85 del RGLCAP, por lo que el órgano de contratación procedió, con fecha 11 de octubre de 2016, a requerir a la empresa para que procediera a justificar la valoración de su oferta y precisar las condiciones de la misma, en el plazo de 3 días hábiles (hasta viernes 14 de octubre de 2016 a las 12:30 horas).

El 12 de octubre de 2016 KONE Elevadores, S.A., presenta la justificación requerida advirtiendo que contiene un apartado que califica de confidencial, emitiendo los servicios técnicos informe fechado el 19 de octubre, en el que se manifiesta que “*los precios unitarios aportados en la justificación de la baja no se corresponden con el desglose de precios unitarios*” y concluye “*no existe congruencia entre los datos reflejados en la documentación lo que implica la imposibilidad de valorar el riesgo de incumplimiento del contrato, cuya causa más habitual es la oferta de precios por debajo de su coste real*”. Informe que fue remitido a la Mesa de contratación la cual en su reunión de 27 de octubre acordó, según acta nº 62/2016 y a la vista del mismo “*rechazar la justificación presentada por la empresa KONE debido a que los precios unitarios presentados en la justificación no*

coinciden con los precios unitarios descompuestos”, notificándose a la recurrente en la misma fecha.

Tercero.- Con fecha 8 de noviembre de 2016, se recibió escrito de recurso especial en materia de contratación presentado por KONE Elevadores, 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 que considera erróneo, por lo que la decisión de su exclusión resulta carente de justificación, contraria a la legislación vigente y solicita se dicte resolución dejando sin efecto dicho acto y se proceda a la valoración de su oferta.

El recurso se había anunciado previamente al órgano de contratación, con fecha 4 de noviembre de 2016.

El 15 de noviembre el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe 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). Respecto de este último cabe destacar que se remite al informe de valoración de la viabilidad de la oferta de 19 de octubre, pero indicando a la vista del recurso, que efectivamente en dicho informe se había cometido un error en cuanto al significado de los cuadros de las páginas 1 y 3 de la justificación de la oferta, ya que esas tablas son de ingresos y gastos no siendo la tabla 3, el desglose de precios unitarios de la tabla, debido a una falta de concisión a la hora de presentación de la oferta, pero que fue aclarado en una reunión posterior, el 2 de noviembre de 2016. Añade que no obstante lo anterior, no se ha cumplido la aportación de precios unitarios descompuestos de las 62 unidades de mantenimiento que comprende la oferta, ya sea de forma unitaria para cada ascensor o agrupada por tipología de costes iguales para su comparación con la proposición económica.

Cuarto.- 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, habiéndose presentado escrito de alegaciones por la licitadora Thyssenkrupp elevadores S.L.U., en las que solicita la desestimación del recurso al considerar que la apreciación de la viabilidad de la oferta corresponde a la discrecionalidad técnica del órgano de contratación, señalando que a la vista de la información incluida en el recurso no se cumplen las exigencias de la justificación, concretadas en los aspectos indicados en la solicitud de información, como ahorro que permite al procedimiento de ejecución del contrato, soluciones técnicas adoptadas, condiciones excepcionalmente favorables, etc. Así mismo pone de relieve la escasa información que consta en el recurso y que el resto de licitadores, a diferencia de la recurrente, sí han cumplido los pliegos y no han incurrido en situación de baja anormal o desproporcionada, concluyendo *“estaríamos ante un agravio comparativo en perjuicio de proponentes que cumplen los pliegos y no incurren en ofertas que contienen valores anormales o desproporcionados”*.

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.- El acuerdo de exclusión de la oferta de KONE Elevadores, S.A., se adoptó el día 27 de octubre de 2016 siendo remitida la notificación el mismo día e interpuesto el recurso el 8 de noviembre, 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 KONE Elevadores, 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 exclusión de la oferta del procedimiento de licitación 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 incursa en valores anormales o desproporcionados, por no haber justificado adecuadamente su falta de viabilidad.

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, que se han observado por el órgano de contratación, 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.).

Ello excluye la idea, en contra de lo afirmado por Thyssenkrupp, de que la realización de ofertas incursas en presunción de temeridad supone un incumplimiento del pliego y que su aceptación implica la vulneración del principio de igualdad respecto de los licitadores que no han incurrido en tal presunción, que como su condición indica, admite prueba en contrario, constituida por la explicación del licitador incuso en la misma.

El primer paso del procedimiento contradictorio para el análisis de las ofertas anormales, por tanto, es la solicitud de acreditación de la viabilidad de la oferta, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 152 del TRLCSP. 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.

Por lo tanto, 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 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 parezca anormalmente baja 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 del mismo precepto.

Como ya ha señalado este Tribunal, valga por todas la Resolución 52/2015, “*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 por tanto, 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

terminos 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.

El segundo paso del procedimiento contradictorio es el informe técnico valorando la justificación presentada, que como es sabido corresponde a la discrecionalidad técnica del órgano de contratación, pero revisable en cuanto a sus elementos reglados, entre otros la motivación. 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. 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, con el objeto de poder someter a control o revisión los elementos reglados del acto discrecional.

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 en este caso por la recurrente para la valoración de la viabilidad, ésta consistió en un documento en el que detallan las características de la organización que permiten la prestación del servicio al precio ofertado -tales como el sistema global de compras, el sistema global de gestión de almacén y distribución de repuestos, la centralización de departamentos, la priorización de trabajos, los sistemas informáticos automatizados que gestionan la distribución de equipos/rutas y de incidencias, el soporte técnico al personal de mantenimiento-, la situación del mercado, la metodología de trabajo y las

condiciones particulares para la ejecución del contrato, la comparación económica entre los ingresos que obtendría con la adjudicación del contrato y los gastos, la cartera de clientes/equipos mantenidos en la zona que permite optimizar los gastos, las condiciones financieras de la empresa, las soluciones técnicas de las prestaciones ofertadas. Por lo que se refiere a la concreta estructura económica de su oferta, KONE despliega la actividad probatoria de su viabilidad económica en la comparación de ingresos y gastos de la misma, si bien apunta que “*no debe valorarse el beneficio de una oportunidad de negocio únicamente por la compensación de ingresos y gastos ya que en ocasiones la adjudicación de un concurso implica mucho más que el simple beneficio económico obtenido facturación, consolidación de un área geográfica, captación de nuevos clientes, optimización/consolidación de rutas existentes, marketing, reconocimiento, etc.*”.

Adjunta una tabla denominada “comparativa- gastos ingresos cómputo total del contrato” que obra al folio 226 del expediente administrativo

| | Total Gastos € | Total ingresos € |
|----------------|----------------|------------------|
| Ascensor | 109.734,28 | 113.030,40 |
| Montacargas | 4.416,27 | 6.406,56 |
| Salvaescaleras | 941,83 | 1.443,78 |
| Otros | 1.883,65 | 2.976,00 |

De manera que el total de ingresos por cada una de las unidades a mantener en principio supera los gastos.

Para acreditar dicho resultado incorpora el estudio de costes de personal, poniendo de manifiesto que KONE cuenta en su plantilla con un porcentaje superior al 95% del personal con contrato indefinido y una antigüedad media de 20 años, por lo que la adjudicación de este concurso le permite garantizar la continuidad y estabilidad del personal y dada la duración del contrato establecer planes de contratación a largo plazo así como que la empresa cumple con la normativa en materia de trabajo y seguridad y salud laboral.

Además incorpora como anexo varios cuadros resumen que califica de confidenciales, con los costes desglosados por unidades/mes de los costes e ingresos previstos por su oferta, que no se reproducen por razón de su confidencialidad en esta Resolución, en las que analiza el presupuesto de ingresos y gastos para el mantenimiento de los 62 equipos que integran el objeto del contrato, en sus cuatro categorías, ascensores (56), montacargas (3), salvaescaleras (1) y otros (2), que coinciden con los datos de gastos e ingresos previstos más arriba recogidos.

Antes de abordar la apreciación de la justificación efectuada por el órgano de contratación debe darse respuesta a las afirmaciones de Thyssenkrupp, sobre lo escueto de la información del recurso y los datos objeto de comprobación, ya que si bien no se alega expresamente indefensión sí señala que la recurrente aduce motivos de confidencialidad para para “privarnos al resto de los proponentes de la misma (sic)...” Sin embargo, concedido trámite de audiencia a todas las interesadas en el recurso, que de conformidad con el artículo 29 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, citado en la concesión del trámite, lleva consigo la puesta de manifiesto del expediente a las licitadoras interesadas, Thyssenkrupp no hizo uso de esta posibilidad.

Entrando en el examen de la decisión de la Mesa de contratación, debe señalarse que el motivo de la exclusión expuesto en el Informe de valoración del 19 de octubre es que “Los precios unitarios aportados en la justificación de la baja no se corresponden con el desglose de precios unitarios tal y como se refleja en las imágenes adjuntadas en el presente informe. En conclusión en la propia información que se aporta no existe congruencia entre los datos reflejados en la documentación lo que implica la imposibilidad de valorar el riesgo de incumplimiento del contrato, cuya causa más habitual es la oferta de precios por debajo de su coste real.”

Ahora bien, esta circunstancia ya no se mantiene en el informe técnico que acompaña al que presenta el órgano de contratación de acuerdo con el artículo 46 del TRLCSP, que aparentemente se basó en una confusión de conceptos, sino que se aduce únicamente que la justificación de la oferta no se ha presentado en los términos en que fue exigida, es decir aportando de forma desglosada los precios unitarios descompuestos de las 62 unidades.

A este respecto cabe señalar que la decisión de rechazo de la oferta de KONE no se desenvuelve en el margen de discrecionalidad técnica que le es dada al órgano de contratación para valorar su viabilidad por dos motivos: En primer lugar, porque la petición de justificación, como señala la recurrente dejaba margen para aportar los datos que se consideran pertinentes ya que en el requerimiento efectuado a KONE S.A. expresamente se indicaba que se “*se estima oportuno que aporten los precios unitarios descompuestos de las unidades de mantenimiento que comprende la oferta presentada, en función de la tipología y de las operaciones de mantenimiento necesarias*” y si bien una posible fórmula era aportar precios unitarios descompuestos, también cabría justificar los costes unitarios por conceptos ,como ha realizado la recurrente, sobre todo teniendo en cuenta que se trata de analizar la viabilidad de la oferta en su conjunto, no respecto de cada aparato elevador a mantener.

En segundo lugar porque de los datos aportados sí es posible calibrar la diferencia entre los costes contemplados (sin perjuicio de su acreditación) y los ingresos previstos por el contrato, resultando que la misma arroja un margen, si bien ciertamente escaso, pero no insuficiente, *prima facie*, sin que el órgano de contratación en su informe realice actividad alguna para desacreditar dicha circunstancia.

En consecuencia la viabilidad de la oferta no ha quedado desacreditada en el informe técnico que motivó su rechazo.

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 P.M.M., en nombre y representación, de la mercantil KONE Elevadores, S.A. contra el Acuerdo de la Mesa de Contratación de fecha 27 de octubre de 2016, por la que se rechaza su oferta en el procedimiento de licitación del contrato promovido por el Ayuntamiento de Alcobendas “Mantenimiento de ascensores en los edificios municipales y patronatos”, número de expediente: 2435/2016.

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.