

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

En Madrid, a 28 de marzo de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.M.S.M, en nombre y representación de MOMPESA SERVICIOS INTEGRALES, S.L.U. (en adelante Mompesa), contra el Acuerdo de la mesa de contratación de fecha 7 de febrero de 2019, por la que se rechaza la oferta de la recurrente a la licitación del contrato “Servicios de Mantenimiento y Conservación de las Instalaciones de Climatización, Calefacción y Agua Caliente Sanitaria de las Dependencias Municipales del Ayuntamiento de Navalcarnero”, número de expediente 117SER18, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 25 de octubre de 2018, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público la convocatoria del servicio mencionado a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato asciende a 185.488 euros.

Interesa destacar que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) en el apartado 13 del Anexo I establece:

“13. OFERTAS CON VALORES ANORMALES O DESPROPORCIONADOS.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 149 .2.b de la LCSP, habiéndose establecido más de un criterio de adjudicación, una oferta se considerará inviable por haber sido formulada en términos que la hacen anormalmente baja (oferta anormal) cuando el precio ofertado sea inferior en un 10 % a la media aritmética del total de las ofertas presentadas, siendo de aplicación lo dispuesto en el Artículo 149 de la LCSP.

Las ofertas incurrirán en baja temeraria en los siguientes casos:

1 .Cuando, concurriendo un solo licitador, sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 25 unidades porcentuales.

2. Cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.

3. Cuando concurren tres licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales.

4. Cuando concurren cuatro o más licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía”.

Segundo.- A la licitación se presentaron 6 empresas, una de ellas la recurrente.

La Mesa de contratación se reunió el 11 de diciembre de 2018 para proceder a la apertura de las proposiciones económicas. De acuerdo con el informe emitido el 17 de diciembre, se encontraban incursas en el supuesto de baja desproporcionada las empresas Mompesa y Eiffage Energía, S.L.U por lo que con fecha 2 de enero de

2019, se requirió que justificasen la viabilidad de sus ofertas en los siguientes términos:

“(…) Analizando los datos de las ofertas económicas, resulta que MOMPESA SERVICIOS INTEGRALES, S.L.U. y EIFFAGE ENERGIA, S.L.U. se encuentran en situación de baja desproporcionada, por lo tanto, deberá requerirse a las mismas la presentación de documentación que justifiquen los costes asociados a la licitación.

Para lo cual deberán indicar:

Importe de la oferta destinado a medios humanos conforme al convenio de aplicación.

Gastos generales de la oferta.

Ambos conceptos se desglosarán en unidades y se acompañarán de cuanta documentación justificativa sea de aplicación”.

Mompesa presentó la oportuna justificación el 7 de enero de 2019, el 25 de enero presentó una documentación adicional puesto que alegaba que su oferta no se encontraba en situación de baja desproporcionada de acuerdo con lo establecido en el PCAP. Se emitió informe técnico con fecha 1 de enero de 2019, en el que tras analizar la justificación presentada se concluye que:

MOMPESA SERVICIOS INTEGRALES:

- No justifica la totalidad de horas indicadas en el pliego técnico, por lo tanto se considera que no cubre el servicio.

Justifica un total de 1.631,50 horas mientras que conforme al pliego se definen un número mínimo de 2.340 horas. No garantizándose el mantenimiento indicado.

El informe por tanto analiza los datos aportados y concluye que las ofertas tanto de Eiffage como de Mompesa *“no pueden admitirse al tratarse de ofertas que no cumplen con lo indicado en el pliego de condiciones técnicas”.*

La Mesa de contratación en su reunión de 30 de enero de 2019, a la vista del

escrito presentado por Mompesa relativo al requerimiento de justificación solicita nuevo informe que se emite el 31 de enero, en el que consta:

“Revisada la documentación aportada, si bien la misma no se encuentra en baja temeraria, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 102.3 de la Ley 9/2017, habiendo sido requerida en el acto anterior se procede a la comprobación de los costes salariales recogido en el Convenio colectivo del Sector Industrial, servicios e instalaciones del metal vigente mediante prorroga del suscrito en el año 2014-2015. Con una jornada laboral de 1.778 horas.”

Con fecha 7 de febrero de 2019, la Mesa acuerda por unanimidad excluir a ambas licitadoras basándose en la conclusión del informe técnico según el cual,

“Por lo tanto y conforme a lo indicado anteriormente, la justificación aportada por EIFFAGE ENERGIA no justifica lo indicado, y en relación a la oferta de MOMPESA SERVICIOS INTEGRALES, se comprueba que si bien no se encuentra en baja temeraria, con el importe indicado en la oferta no justifica los costes de licitación.

No obstante será el órgano de contratación quien decida.”

Finalmente la junta de Gobierno Local, con fecha 13 de febrero de 2019, acepta la propuesta de la mesa y aprueba la clasificación de las empresas admitidas y requiere la documentación a la empresa Navalair S.L.U. clasificada en primer lugar. El Acuerdo fue notificado el 13 de febrero de 2019.

Tercero.- El 1 de Marzo de 2019, tuvo entrada en el Tribunal el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Mompesa en el que alega en primer lugar que su oferta no se encuentra en el supuesto de baja desproporcionada por lo que no se le debería haber requerido la justificación y en segundo lugar falta de motivación y arbitrariedad en el rechazo de su oferta puesto que alega que *“se desconocen las razones por las que se considera necesario realizar una valoración de los términos de la oferta en base al artículo 102.3 de la LCSP, única y exclusivamente respecto a mi representada, sin que dicha revisión se haya hecho con el resto de licitadores, cuando en realidad todos ellos salvo una*

excepción, han presentado sus respectivas ofertas en unos términos similares, por no decir iguales, que los términos de la oferta de MOMPESA”.

Por todo ello, solicita que se declare que su oferta no está incurso en temeridad y sea admitida en la clasificación.

Cuarto.- El órgano de contratación remitió copia del expediente administrativo y el informe a que se refiere el artículo 56.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP). En el informe se solicita la desestimación del recurso por las razones que se exponen en la propuesta de exclusión.

Quinto.- Mediante Acuerdo de 12 de marzo de 2019, el Tribunal acordó la suspensión del procedimiento de contratación.

Sexto.- Por la Secretaría del Tribunal se ha dado traslado del recurso al resto de interesados en el procedimiento, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Transcurrido el plazo no se ha presentado ningún escrito.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de Mompesa para interponer recurso especial de conformidad en el artículo 48 de la LCSP, al tratarse de una persona jurídica: *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos, se*

hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”, puesto que su oferta ha sido excluida de la licitación y la estimación del recurso la colocaría en situación de ser adjudicataria del contrato.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se ha interpuesto contra la propuesta de la mesa de exclusión por no justificación de la oferta producida con ocasión de la adjudicación de un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros.

En principio el acto de la mesa no es susceptible de recurso puesto que se trata de una propuesta. Sin embargo en este caso se ha producido un Acuerdo de la Junta de Gobierno Local que acepta la propuesta de la mesa, aprobando la clasificación y por tanto las exclusiones, por lo que debe entenderse que al acto es susceptible de recurso al amparo del artículo 44.1.c) y 2.c) de la LCSP.

Cuarto.- En cuanto al plazo de interposición del recurso el acto impugnado fue adoptado el 7 de febrero de 2019, notificado el día 12 e interpuesto el recurso el 1 de marzo, por tanto dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1.d) de la LCSP.

Quinto.- Respecto al fondo del asunto, se contrae a analizar la adecuación a derecho en primer lugar del requerimiento de justificación por encontrarse en presunción de temeridad, según el PCAP y en segundo lugar, de la apreciación de la viabilidad de la oferta de la recurrente.

El artículo 149 de la LCSP 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.).

Tal como establece el artículo 149 de la LCSP, sólo es posible excluir una oferta que contenga valores anormales cuando, a la vista de la justificación aportada y los informes sobre la misma, se estime que *“la oferta no puede ser cumplida”*. O, como expresa también el artículo 69.3 de la nueva Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, los poderes adjudicadores exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando ésta 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.

Por ello, se prevé en dicho artículo que: *“La petición de información que la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación dirija al licitador deberá formularse con claridad de manera que estos estén en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta”*. Y 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 establecidas en los Pliegos, porque si así no fuera el cumplimiento del contrato no sería viable y la proposición inaceptable. Es decir, el término de comparación de la justificación, han de ser los propios Pliegos que rigen la licitación.

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 segundo paso del procedimiento contradictorio es el informe técnico valorando la justificación presentada. Según lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP corresponde al órgano de contratación “*considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuatro*” 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.

A todo ello cabe añadir que 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, sin que las alegaciones ni los informes tengan carácter vinculante.

En este momento 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 que como ya se ha dicho corresponde exclusivamente 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.

Alega la recurrente que su oferta no se ha encontrado en ningún momento en situación de baja con valores anormales o desproporcionados y aporta el documento que presentó a la mesa el 25 de enero, en el que analiza las ofertas económicas presentadas:

NAVALAIR	51.588,97
EIFFAGE	33.057,52
ELECNOR	54.604,15
MOMPESA	35.938,11
SAMYL	49.995.94
MERCACLIMA	53.133.33

Siendo así, no surge ninguna duda acerca de que el valor medio ofertado asciende a 46.386,34 euros, y al encontrarnos en el supuesto previsto en la cláusula 13.4 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, y en el artículo 85.4 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Pública, al haberse presentado cuatro o más licitadores, podemos comprobar que el valor de la media más 10 unidades porcentuales asciende a 51.024,97 euros, por lo que para el

cómputo de la nueva media ajustada, no se deben tener en cuenta las ofertas presentadas por Navalair, Elecnor y Mercaclima.

De esta forma, la nueva media ajustada se tendría que formar con las ofertas presentadas por Eiffage, Mompesa y Samyl, arrojando un resultado de 39.663,86 euros. Siendo así, y calculando el importe inferior a 10 unidades porcentuales de la media, nos encontraríamos con el valor de 35.697,47 euros, que constituiría la referencia legal para considerar una oferta como anormal o desproporcionada.

De igual modo alega que esta circunstancia ha sido reconocida por el técnico municipal en su informe de 31 de enero de 2019.

Comprueba el Tribunal que efectivamente la oferta de la recurrente no se encuentra en el supuesto de baja desproporcionada de acuerdo con los criterios del PCAP y así lo corrobora el informe del técnico arriba mencionado.

Ahora bien, el artículo 201 de la LCSP establece:

“Los órganos de contratación tomarán las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el derecho de la Unión Europea, el derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de derecho internacional medioambiental, social y laboral que vinculen al Estado y en particular las establecidas en el anexo V.

Lo indicado en el párrafo anterior se establece sin perjuicio de la potestad de los órganos de contratación de tomar las oportunas medidas para comprobar, durante el procedimiento de licitación, que los candidatos y licitadores cumplen las obligaciones a que se refiere el citado párrafo”.

En consecuencia la mesa puede comprobar que las ofertas presentadas cumplen las obligaciones laborales, en este caso, cuando del contenido de las mismas pueda derivarse alguna duda. Por lo tanto, la mesa ante la presentación de la justificación de viabilidad actuó correctamente solicitando informe sobre el

cumplimiento de las obligaciones laborales.

El informe como ya se ha expuesto considera que la oferta no justifica las horas mínimas establecidas en el Pliego de Condiciones Técnicas que totaliza en 2.340.

Comprueba el Tribunal que el PCT al determinar en el apartado 8 la prestación del servicio, no establece ni un personal mínimo necesario ni un número de horas obligatorias y que la cantidad recogida en el informe deriva de un Anexo denominado *“Cálculo del coste anual del contrato mediante mano de obra salarial por oficios y los medios auxiliares adscritos a la oferta”*.

En dicho Anexo se describe un presupuesto y mediciones en el que se incluyen, un oficial 1ª fontanero calefactor con 1.560 horas y un oficial 2ª fontanero calefactor con 780 horas. A lápiz se ha añadido 2.340,00 h.

El que se haya tomado como base para el cálculo del valor estimado ese personal y esas horas, no significa en modo alguno que las mismas sean obligatorias, puesto que no se han incorporado al PCT. De hecho las ofertas de algunos licitadores proponen otro personal, por ejemplo, un jefe de equipo.

En cuanto a las horas, debe tenerse en cuenta que el Anexo I del PCAP al establecer los criterios de adjudicación ha incluido el siguiente:

b) Personal adscrito a la oferta: Hasta 15 puntos.

Deberá indicarse el personal adscrito a la oferta, con vinculación horaria para la presentación del servicio. Por cada dos horas diarias adscrito al servicio: 5 puntos (jornada máxima de trabajo a desempeñar en el Ayuntamiento (6 horas)).

Opone la recurrente que *“todos y cada uno de los licitadores excepto uno, han presentado la oferta ofreciendo el compromiso de dedicación de 6 horas diarias, que es, según la Cláusula 9.3 del Pliego de Condiciones Técnicas del Procedimiento*

viene a puntuar la vinculación horaria del personal adscrito a la oferta con tramos de cada dos horas, fijando hasta un máximo de 6 horas diarias (...) De esta forma, se acredita sin lugar a dudas que los términos de la oferta en relación al compromiso de vinculación horaria adquirido por mi representada en su oferta, es del mismo tenor que el del resto de licitadores, habiendo interpretado prácticamente todos los licitadores de la misma forma la literalidad de la Cláusula 9.3. y el Criterio 11.1 b) de los Anexos del PCAP”.

Comprueba el Tribunal que las empresas licitadoras han ofertado teniendo en cuenta las horas máximas que se indican en el criterio expuesto del PCAP, es decir 6 horas diarias, por lo que no puede exigirse otra vinculación horaria que la expresamente establecida.

El informe justificativo no fundamenta la exclusión de la recurrente más que en la falta de justificación de ese número de horas, que no resultan ni acreditadas como obligatorias ni acordes con el resto de condiciones de los pliegos, tanto el administrativo como el de técnicas, por lo que debemos concluir que el informe técnico se encuentra insuficientemente motivado respecto al incumplimiento de las obligaciones laborales que es lo que se debía comprobar, por lo que procede estimar el recurso presentado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46.4 de la LCSP 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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.M.S.M, en nombre y representación de MOMPESA SERVICIOS INTEGRALES,

S.L.U. (en adelante Mompesa), contra el Acuerdo de la mesa de contratación de fecha 7 de febrero de 2019, por la que se rechaza la oferta de la recurrente a la licitación del contrato “Servicios de Mantenimiento y Conservación de las Instalaciones de Climatización, Calefacción y Agua Caliente Sanitaria de las Dependencias Municipales del Ayuntamiento de Navalcarnero”, número de expediente 117SER18, anulando el acto de exclusión y retrotrayendo el procedimiento para que su oferta sea incluida en la clasificación.

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 58 de la LCSP.

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 59 del LCSP.

De conformidad con el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a esta resolución.