

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

En Madrid, a 13 de marzo de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por Don L.D.E., en nombre y representación de EULEN S.A., contra la Resolución 542/2013, de 14 de febrero, del Gerente del S.R.B.S., por la que se le excluye de la licitación y se adjudica el lote 2 del contrato "Servicio de mantenimiento "todo riesgo" de los aparatos elevadores en centros dependientes del Servicio Regional de Bienestar Social (2 lotes)", expediente 930/99-59/12, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Servicio Regional de Bienestar Social (SRBS) publicó en los boletines oficiales y en el perfil de contratante el contrato "Servicio de mantenimiento "todo riesgo" de los aparatos elevadores en centros dependientes del Servicio Regional de Bienestar Social (2 lotes)", con un valor estimado de 871.930,40 euros, a adjudicar mediante procedimiento abierto con un único criterio, el precio.

Segundo.- La Mesa de contratación procedió a la apertura del sobre que contiene las ofertas económicas presentadas a la licitación, entre las cuales figuraba la de la

recurrente. A la vista de su oferta y de las de las otras licitadoras se estimó que tanto su oferta económica como la de Zardoya Otis, ahora adjudicataria, podrían ser baja anormal o desproporcionada. En consecuencia, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 152.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), se notificó dicha circunstancia a ambas empresas concediéndoles plazo a fin de que aportasen la información justificativa de que su proposición podía ser cumplida a satisfacción de la Administración.

Tercero.- EULEN S.A. presentó al Servicio Regional de Bienestar Social (SRBS) escrito de justificación de su baja económica al lote 2.

El 28 de diciembre de 2012, el Gerente del SRBS, vista la propuesta formulada por la Mesa de contratación en fecha 30 de noviembre de 2012, resolvió adjudicar el lote 2 a Zardoya Otis, procediéndose el 8 de enero a la notificación a los licitadores.

Cuarto.- Contra la citada Resolución de 28 de diciembre EULEN S.A. interpuso recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal el 24 de enero.

El 6 de febrero de 2013, mediante la Resolución 19/2013, por este Tribunal se resolvió el recurso acordando la nulidad del acto de notificación de la adjudicación del lote 2, que deberá ser sustituido por otro adaptado a los fundamentos de dicha Resolución.

Quinto.- El 14 de febrero de 2013 el Gerente del SRBS dicta nueva Resolución acordando excluir del procedimiento a la empresa EULEN por considerar que la justificación de su oferta no garantiza la correcta ejecución del servicio, dar vista del expediente a los interesados en el mismo y adjudicar el lote 2 a Zardoya Otis.

Contra dicha Resolución EULEN presenta anuncio previo de recurso especial

en materia de contratación el día 25, presentando el mismo el día 26. Solicita la declaración de nulidad de la Resolución de 14 de febrero, por cuanto la oferta de EULEN no debiera haber sido excluida de la licitación en base a los argumentos que expone en el escrito.

El 28 de febrero el SRBS remite copia del expediente junto con el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP.

Sexto.- Con fecha 6 de marzo de 2013 el Tribunal acordó mantener la suspensión de la tramitación del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Séptimo.- El Tribunal dio traslado del recurso a todos los licitadores, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Finalizado el plazo no se ha formulado ninguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica licitadora *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 42 del TRLCSP). Asimismo queda acreditada la representación con que actúa el firmante del recurso.

Segundo.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 14 de diciembre de 2012, practicada la notificación el mismo día e interpuesto el recurso el 26 de febrero, dentro del plazo de quince días hábiles siguientes a la primera fecha, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de servicios clasificado en la categoría 1 del Anexo II del TRLCSP, cuyo valor estimado asciende a 871.930,40 euros y sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.c) en relación al 16.1.b) del TRLCSP.

Cuarto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 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.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto la cuestión que se plantea no es la consideración de la oferta presentada por EULEN como incurso en valores anormales o desproporcionados, cuestión que no se discute, sino la valoración de la justificación aportada para apreciar si es posible o no su cumplimiento.

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”.

El artículo 152 del TRLCSP exige que una vez identificadas las ofertas con valores anormales o desproporcionados y antes de adoptar una decisión sobre la adjudicación del contrato se dé audiencia al licitador para que justifique los precios de su oferta y precise las condiciones de la misma, considerando después la oferta a la vista de las justificaciones facilitadas en dicho trámite. Es necesario probar la viabilidad de la oferta en todos los elementos que la componen ofreciendo la posibilidad de aportar todo tipo de justificantes. Seguidamente procede valorar las explicaciones presentadas y en consecuencia tomar la decisión de admitir o rechazar las citadas ofertas. El órgano de contratación debe pedir justificación cuando la oferta contiene un precio que parezca anormalmente bajo según los criterios previamente señalados. Se trata de un debate contradictorio a fin de que el licitador pueda probar que su oferta es viable y está destinado a evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y garantizar una 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-599/10, SAG EV Slovensko a.s.).

De acuerdo con el límite fijado en el PCAP la oferta presentada por EULEN incurre en presunción de baja anormal o desproporcionada.

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

EULEN aportó justificación de su oferta la cual fue informada por la Subdirección General de Centros y Programas del SRBS. En la motivación de la notificación remitida a la recurrente consta como justificación de su rechazo que *“los recursos humanos que la empresa expone que va a dedicar al mantenimiento preventivo para la ejecución del contrato, son insuficientes para cumplir con los objetivos del contrato. Si bien la empresa explica que cuenta con una amplia plantilla de trabajadores en la provincia de Madrid, y por lo tanto una sólida implantación de la zona, por lo que puede aprovechar los recursos ya existentes, en la justificación de la valoración de la oferta, en el apartado de personal del cuadro numérico de costes detallados, se valoran 3098 horas de trabajo (2 años) que corresponden a un operario con 40 horas semanales. Seguidamente en el apartado “Justificación detallada de los importes ofertados” del punto 4 de su documento justificativo, especifica literalmente: “Oficial de 1ª y 2ª con dedicación exclusiva al servicio”, es decir, 1549 horas/año, lo cual hace inviable la correcta ejecución del mantenimiento preventivo mensual de 84 ascensores ubicados en 30 centros repartidos por todo el territorio de la Comunidad de Madrid, así como el mantenimiento correctivo objeto de este contrato”.*

Del mismo modo y como conclusión, indica que: *“Con independencia de cuál fue la intención del licitador al preparar su justificación, el informe técnico y la Mesa de Contratación no pueden sino atenerse a la literalidad de la justificación detallada de los importes ofertados manifestada por la empresa, y de la misma no se desprende que el licitador vaya a poner a disposición de la ejecución del contrato todos sus recursos tanto materiales como humanos”.*

EULEN realiza alegaciones en disconformidad con la fundamentación incluida en el informe técnico realizado a la justificación de su oferta. Entre otras señala que

en la justificación presentada indica expresamente que *“independientemente de lo expuesto anteriormente, EULEN, S.A. se compromete a poner a disposición del Servicio Regional de Bienestar Social de la Comunidad de Madrid los medios humanos y técnicos necesarios para el total cumplimiento del servicio de Mantenimiento Integral conforme a lo exigido en los Pliegos de Condiciones de la presente licitación”*. Por ello considera errónea la apreciación del informe, pues entiende acreditado que sí ha puesto a disposición todos sus recursos tanto materiales como humanos.

Considera la unidad de contratación, en su informe, que se trata de una declaración genérica que no implica que la oferta pueda ser cumplida y por tanto, no garantiza la correcta ejecución del contrato. El informe técnico señala que con un operario en exclusiva es imposible que se pueda acometer técnicamente el mantenimiento preventivo y muchísimo menos el correctivo existiendo entre esos 84 ascensores, un mínimo de 15 marcas distintas y alguno de ellos de primera marca comercial de última generación.

Por otra parte la recurrente discrepa de la valoración económica correspondiente a las horas/instalación/año considerando que la valoración económica es suficiente para cubrir todas las necesidades preventivas y correctivas para el mantenimiento objeto de la licitación. EULEN S.A. ha previsto en su oferta, 13,00 horas/instalación/año para mantenimiento preventivo sin paro; 5,96 horas/instalación/año para mantenimiento de avisos con paro y 3,03 horas/instalación/año para el rescate con atrapamiento de personas y parada de la instalación. Se trata de una estadística basada en el historial de las instalaciones que “mantenemos” actualmente, de cuyo resultado se estima que este tiempo es eficiente para instalaciones de 2-6 paradas, ya que es el 96% de regulación de preventivo y los avisos por parada son de las puertas de cabina y exteriores, y en el 99% de las instalaciones hay 2 y 6 puertas. Hay una partida 17.900€ /2 años, para materiales de mantenimiento correctivos donde está incluida la mano de obra de los correctivos diferenciados de los avisos.

Junto a lo anterior mantiene que la diferencia de 97,23 euros que la separan de la oferta adjudicataria no resulta significativa. Esta alegación por sí sola no es suficiente justificación para la admisión de la oferta de la recurrente, pues la consideración de viable o no, no viene determinada por el importe económico o la diferencia entre dos ofertas, ambas inicialmente incursas en presunción de anormalidad, sino que la aceptación como viable de una u otra, o de ambas, depende de la justificación aportada por cada licitadora y la valoración que de las mismas haga el informe técnico.

Hay que tener en cuenta que según lo dispuesto en el apartado 4 del citado 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. 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 procedimental, cumpliéndose con el requisito de contar con el asesoramiento motivado, la decisión corresponde al órgano de contratación.

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 recurso argumenta contra los motivos del informe que concluyen su exclusión. Dicha fundamentación tiene por objeto contrariar el informe técnico elaborado, sustento de la decisión, el cual como se ha dicho está motivado y aunque sea discutible, al parecer de la recurrente, entra de lleno en el concepto de discrecionalidad técnica, por lo que no corresponde al Tribunal su valoración.

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 previamente fijados a todos los licitadores, se han solicitado los informes técnicos preceptivos que se han emitido de forma justificada y razonable y la resolución que se adopta está motivada y no se observa arbitrariedad, por lo que no procede estimar la pretensión del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial interpuesto por Don L.D.E., en nombre y representación de EULEN S.A., contra la Resolución 542/2013, de 14 de febrero, del Gerente del S.R.B.S., por la que se le excluye de la licitación y se adjudica el lote 2 del contrato “Servicio de mantenimiento "todo riesgo" de los aparatos elevadores en centros dependientes del Servicio Regional de Bienestar Social (2 lotes)”, expediente 930/99-59/12.

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.- Levantar la suspensión de la tramitación del expediente de contratación cuyo mantenimiento se acordó por este Tribunal el 6 de marzo.

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.