

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

En Madrid, a 25 de junio de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Sanatorios Esquerdo, S.A., contra la resolución del Viceconsejero de Sanidad de la Comunidad de Madrid de fecha 18 de marzo de 2020, por la que se adjudica el contrato “Servicios de tratamiento y rehabilitación a personas con trastorno mental grave, en unidades hospitalarias psiquiátricas de media estancia” referido al Lote 1, número de expediente P.R. 3/2019, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE el día 4 de julio y en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el día 2 de julio en ambos casos de 2020, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 2 lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 14.356.485 euros y su plazo de duración será de 24 meses iniciales pudiendo ser prorrogado hasta un máximo total de 5 años.

A la presente licitación se presentaron cuatro licitadores.

Segundo.- Con fecha 1 de octubre de 2019, se reúne la Mesa de contratación para proceder a la apertura de las propuestas económicas y de valoración automática presentada a la licitación.

Tras el conocimiento de las propuestas se encarga informe técnico a los efectos de identificar si alguna de ellas debe ser considerada temeraria, encargando en ese caso a los servicios técnicos la solicitud de informe de viabilidad de la oferta.

Considerada temeraria la oferta presentada al lote 1 por Sanatorios Esquerdo, S.A. se requiere a dicha empresa a fin de que aporte informe de viabilidad constando en dicho oficio la información a suministrar a la Mesa de contratación.

Con fecha 4 de diciembre se emite informe técnico en el que se considera que la oferta presentada no es viable, por lo que se acuerda por la Mesa de contratación celebrada el 10 de diciembre de 2019, proponer al órgano de contratación su exclusión.

Con fecha 18 de marzo de 2020, se acuerda la adjudicación del contrato en sus dos lotes y la exclusión de la oferta presentada por la recurrente. Dicho acuerdo fue publicado en el perfil de contratante del órgano de contratación el 11 de mayo de 2020, no constando ni en el expediente remitido, ni en el perfil de contratante ni en el escrito de interposición del recurso notificación individualizada a los licitadores de dicha adjudicación.

Tercero.- El 2 de junio de 2020, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Sanatorios Esquerdo, S.A. donde se solicita la anulación de la adjudicación, la anulación de la exclusión por haber sido justificada la viabilidad de la empresa y en consecuencia su calificación y clasificación.

El 5 de junio de 2020, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 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 (en adelante LCSP).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Finalizado el plazo la Orden Hospitalaria San Juan de Dios presentó escrito de alegaciones en el que apoyaba la decisión adoptada por el órgano de contratación basándose en los mismos motivos que este esgrime en su escrito de contestación al recurso especial interpuesto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 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.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse

de una persona jurídica clasificada en segundo lugar, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”*, (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 18 de marzo de 2020, practicada la notificación a través de su publicación en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el 11 de mayo de 2020, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 2 de junio de 2020, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acto de adjudicación que a su vez inadmitía la oferta de la recurrente en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso nos encontramos ante la identificación de una oferta como temeraria y su consiguiente procedimiento contradictorio que pretende lograr la justificación de la viabilidad de la propuesta antes de su exclusión.

Como ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones la apreciación de la viabilidad de las ofertas incursas en presunción de temeridad responde al concepto de discrecionalidad técnica que corresponde al órgano de contratación. 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 cuarto”* 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.

Sólo es posible, de acuerdo con el indicado artículo, 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 parezcan anormalmente bajas 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 citado artículo.

No resulta posible la aplicación automática de los criterios de temeridad rechazando la oferta incurra en dicho umbral, pues la ley requiere solicitar explicaciones sobre la composición de la oferta y una valoración de los diferentes elementos puestos de manifiesto en la justificación y de las características de la propia empresa para poder apreciar de forma motivada si es posible o no el cumplimiento de la proposición en términos satisfactorios que ponga de manifiesto que esa anomalía no afectará a la ejecución del contrato. Para ello la LCSP, en su artículo 149, 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 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 información justificativa, tal como está diseñado el procedimiento contradictorio de verificación de la oferta anormal o desproporcionada va dirigida a convencer al órgano de contratación de que con la oferta formulada, anormalmente más baja en comparación con las demás del mismo procedimiento competitivo, y con la justificación de su desglose, se pueden cumplir las prestaciones objeto del contrato, de manera que si la justificación es insuficiente o motivadamente no garantiza adecuadamente la ejecución del contrato, atendiendo a la inicial presunción y para preservar el interés público de la licitación la oferta ha de ser rechazada.

Para lograr este objetivo el artículo 149 de la LCSP establece en su apartado 4 párrafo segundo que identificada una oferta como anormal se requerirá al licitador para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de precios. El párrafo tercero del mismo apartado establece concretamente los valores sobre los que el órgano de contratación podrá solicitar aclaraciones y que son:

- a) El ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción.
- b) Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.

- c) La innovación y originalidad de las soluciones propuestas, para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.
- d) El respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral, y de subcontratación, no siendo justificables precios por debajo de mercado o que incumplan lo establecido en el artículo 201.
- e) O la posible obtención de una ayuda de Estado.

En el caso que nos ocupa, una vez identificada la oferta del recurrente como anormalmente baja, se requiere el día 9 de octubre de 2019, por parte de la Subdirección de Análisis de Costes de la Dirección General de Gestión Económico-Financiera y Farmacia Servicio Madrileño de Salud, como órgano técnico de asistencia a la Mesa de contratación, la siguiente documentación:

“En relación a la oferta en baja temeraria presentada por su empresa en el PR 3/19 Hospitalización Psiquiátrica Prolongada se solicita para valoración de la viabilidad de la misma por parte de la Subdirección General de Costes la aportación de la siguiente documentación:

- Última Cuenta de pérdidas y ganancias auditada o certificada disponible de la empresa

-El balance de situación del último cierre de ejercicio.

Si es posible, la actividad de la empresa del año coincidente con las cuentas presentadas”.

A dicho requerimiento Sanatorios Esquerdo, S.A., días después remite informe con el contenido solicitado y justificando que su oferta a la licitación es viable dentro de su empresa añadiendo que el mínimo margen de beneficios que se pretende se compensa con la consideración de este contrato como estratégico para la empresa.

La subdirección de costes revisa la documentación entregada e informa a la Mesa de las siguientes conclusiones:

“Revisado los datos enviados y después del análisis de los mismos las conclusiones son las siguientes:

- *Los ingresos calculados en la oferta están realizados correctamente al aplicar el 98% de índice de ocupación de las camas.*
- *Los costes calculados en la oferta tienen una coherencia con su cuenta de Pérdidas y Ganancias y con los costes medios del SERMAS en el material a utilizar.*
- *Los ingresos de la oferta superan a los costes solamente en 4.571€ después de impuestos, que se ve agravado por la pérdida de actividad en el año 2019.*

Por todo lo anteriormente expuesto, se considera que la propuesta de la empresa SANATORIO ESQUERDO, S.A. no es viable económicamente y supone una baja desproporcionada que no garantiza la calidad de la prestación a los pacientes objeto de licitación”.

Este Tribunal comprueba con estupor, como el servicio técnico primero y la Mesa de contratación después, solicitan al recurrente una serie de informaciones que no corresponden con las enunciadas en el art. 149.4 ni son necesarias para la determinación de la viabilidad de la oferta, en todo caso lo serían para informar sobre la viabilidad de la empresa.

Es decir, la documentación requerida no es la correcta. No obstante el recurrente no manifiesta en su escrito oposición a la documentación solicitada sino a la evaluación que de ella se hace por parte de la Mesa de contratación a través de la admisión del informe técnico correspondiente. Por lo que en base al principio de congruencia establecido en el artículo 57.2, este Tribunal se ha de pronunciar solamente sobre la motivación del recurso interpuesto, que no es otro que la pretensión de que se ha justificado válidamente la viabilidad de su oferta y en consecuencia debe anularse su exclusión de la licitación.

En este caso adquiere especial aplicabilidad el criterio mantenido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en numerosas Resoluciones y que este Tribunal comparte, en cuanto a que *“en aquellos casos en los que el informe técnico no comparta la justificación dada por el licitador para justificar la anormalidad de su oferta, resulta evidente que debe motivarse el informe*

pues éste tendrá que salir al paso de lo alegado por el interesado rebatiendo su argumentación – ‘resolución reforzada’”, como se ha dicho por este Tribunal en otras resoluciones, como la Resolución 294/2018 de fecha 26 de septiembre Resolución 559/2014 de fecha 22 de julio; 685/2016, de 9 de septiembre, entre otras.

En esa misma Resolución, el TACRC señala que *“hemos de analizar, tal y como señala la doctrina anteriormente sentada, la justificación presentada. Pese a tratarse de cuestiones no jurídicas sino eminentemente técnicas, sí puede este Tribunal analizar la suficiencia de tales explicaciones a los efectos de valorar en este caso los argumentos suficientes a la entidad contratante, como también puede analizar este Tribunal si la mencionada entidad ha realizado el esfuerzo de argumentación que venimos exigiendo (la llamada resolución reforzada) para poder excluir de la contratación a la empresa que ofertó el precio más bajo, que a la postre hubiese podido resultar adjudicataria del contrato ya que se trata de un contrato a adjudicar teniendo en cuenta únicamente el precio más bajo ofertado”*. Doctrina compartida por este Tribunal contenida entre otras, en las resoluciones nº 803/2018 y 877/2017.

En este momento, la función del Tribunal sería meramente de control del cumplimiento de los principios y de los trámites legales, Los elementos de control serían, además del cumplimiento de las formalidades jurídicas, que no se han efectuado correctamente en este concreto caso, que exista motivación y que la misma resulte racional y razonable, así como la comprobación de que el informe correspondiente efectuado por el órgano de contratación contiene la suficiente motivación, que en este caso ha de ser *“reforzada”*, para excluir a la recurrente por falta de justificación de la viabilidad.

De la conclusión del informe técnico emitido se desprende que la oferta presentada por la recurrente cubre los gastos que comportaría la ejecución del contrato, determinando un beneficio de 4.571 euros anuales. La ausencia de beneficio industrial es admitida por la doctrina de los Tribunales Especiales de Contratación en base a que en ocasiones ese beneficio industrial se transforma en la nueva solvencia adquirida o la necesidad de apertura a un nuevo mercado o como en este caso que

se considere la nueva contratación como estratégica para la empresa, podríamos decir que se trata de un beneficio industrial no dinerario, pero existente.

Comprobamos asimismo que no existe motivación reforzada para la exclusión de la oferta, pues la conclusión final y definitiva se refiere no a la oferta en sí, sino a la situación de viabilidad de la empresa que enjuicia sin la obtención del contrato que nos ocupa.

Por todo lo cual se considera por este Tribunal que la oferta ha sido válidamente justificada y en consecuencia procede la estimación del recurso anulando la adjudicación efectuada sobre el lote 1 y retrotrayendo el procedimiento de licitación al momento de adopción por la Mesa de contratación del acuerdo de propuesta de exclusión de la oferta presentada por Sanatorios Esquerdo, S.A.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 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 la representación de Sanatorios Esquerdo, S.A., contra la resolución del Viceconsejero de Sanidad de la Comunidad de Madrid de fecha 18 de marzo de 2020, por la que se adjudica el contrato “Servicios de tratamiento y rehabilitación a personas con trastorno mental grave, en unidades hospitalarias psiquiátricas de media estancia” referido al Lote 1, número de expediente P.R. 3/2019, anulando la adjudicación acordada y retrotrayendo el procedimiento al momento en que se acordó la propuesta de exclusión de la oferta, admitiéndola nuevamente a la licitación.

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.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

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 59 de la LCSP.