

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

En Madrid, a 5 de diciembre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don F.G.H., en representación de la empresa JotrinSA S.L., contra el Decreto del Concejal Delegado del Área de Salud, Seguridad y Emergencias del Ayuntamiento de Madrid de fecha 22 de octubre, por el cual se rechaza la oferta de la recurrente presentada a la licitación del contrato de “Servicio de mantenimiento de vehículos de la Jefatura del Cuerpo de Bomberos del Ayuntamiento de Madrid” número de expediente 300/2018/00799, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado en el DOUE en fecha 10 de agosto de 2018 y en el portal de contratante del Ayuntamiento de Madrid el día 9 de agosto, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 994.667,52 euros. La duración del contrato es de dos años.

Segundo.- Interesa destacar a los efectos de resolver este recurso diferentes cláusulas del Pliego de Prescripciones Técnicas, en concreto:

“1.- OBJETO

El contrato se hace extensivo inicialmente a los 66 vehículos relacionados en el anexo I.

A efectos de la ejecución de este contrato, los vehículos se clasifican en:

Pesados, (camiones), los denominados: autobomba, autoescala, autotanque, brazo, coche de 1ª salida, rampa, desagüe, electroventilador, grúa, retro pala y apiladora horquillas.

Ligeros, los denominados: coche de mandos y furgoneta.

Históricos, sólo los así denominados.

Remolques, sólo los así denominados, cuyo cometido es el traslado de materiales como los de buceo, el ventilador de gran caudal, embarcación, tienda hinchable, generador eléctrico, depósitos con surtidor de combustible, o el monolito con presas de escalada del grupo pedagógico, como aparece reflejado en el Anexo I.

2.- PRESCRIPCIONES TÉCNICAS GENERALES

La prestación de este servicio supone la realización a todos los vehículos objeto del contrato de un mantenimiento inicial, todas las operaciones precisas para el mantenimiento de los vehículos, la coordinación con los responsables de la Jefatura del Cuerpo de Bomberos, la implantación de una aplicación informática de gestión del contrato y un servicio de urgencia 24 horas disponible durante todos los días del año. Con carácter general los trabajos de mantenimiento de correctivo,...

3.- TRABAJOS A REALIZAR

3.E mantenimiento correctivo

Las piezas de repuesto empleadas en las reparaciones serán nuevas, originales y homologadas por el fabricante. Para los vehículos históricos no puede tenerse en cuenta siempre este precepto, pero sí debe garantizarse que se mantienen tanto su funcionalidad como las condiciones de su catalogación”.

Segundo.- A la presente licitación se presentaron 2 ofertas. Tras la tramitación del procedimiento de licitación y en la fase de conocimiento de las ofertas económicas

se observa que la oferta presentada por la recurrente tiene carácter desproporcionado, procediéndose a requerir de la justificación de viabilidad de la oferta según lo establecido al efecto en el artículo 149 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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). Con fecha 1 de octubre la recurrente presenta la justificación de viabilidad de su oferta que es informada el día 10 de octubre. Con fecha 22 de octubre y por Decreto del Concejal delegado del Área de Salud, Seguridad y Emergencias del Ayuntamiento de Madrid se rechaza la oferta presentada por la recurrente por considerarla inviable. Notificándose dicho acuerdo a la interesada el 23 de octubre de 2018, de conformidad con lo establecido en el art. 149.4 de la LCSP.

Tercero.- El 13 de noviembre de 2018 y ante el órgano de contratación se interpuso recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de JotrinSA, S.L.U., en el que solicita que se considere suficientemente justificada su oferta y en consecuencia sea admitida nuevamente a la licitación.

El 15 de noviembre de 2018 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP

Cuarto.- Con fecha 23 de noviembre, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación pública como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario, 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 se ha recibido escrito de alegaciones formulado por VT Proyectos, S.L., de cuyo contenido se dará cuenta en los fundamentos de derecho.

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.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida de la licitación *“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 decreto impugnado fue adoptado el 22 de octubre de 2018, practicada la notificación el 23 de octubre de 2018, e interpuesto el recurso, ante este Tribunal el 13 de noviembre de 2018, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el rechazo de la oferta, que determina la imposibilidad de continuar en el procedimiento de licitación, todo ello 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.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el rechazo de la oferta presentada por la recurrente al considerarse desproporcionada y no habiendo justificado su viabilidad.

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, rechazar 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 incurso 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.

Es conveniente señalar además 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, siendo la más reciente la nº 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”.

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, 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 no cumplirse con estos requisitos de racionalidad o motivación reforzada antes expuestos, 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.

La decisión final sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde, según dispone el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP, 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 pudiendo por tanto de manera motivada, separarse de la propuesta.

La recurrente presentó el 12 de septiembre una justificación que hubo de ser ampliada en cuanto que adolecía de claridad y coherencia, destacando que consideraba la mitad de los mantenimientos preventivos de la totalidad reflejados en los PPT ofreciendo como mejora realizar el doble de estos, lo que pone en evidencia que la oferta parte de un error inicial. Por último, manifestaba que en el coste de los mantenimientos correctivos destina un 40% de precio a mano de obra y un 60% a materiales, ofreciendo una tabla de cálculo en la que no considera correctamente la baja realizada, no aplica un 40% del gasto al capítulo de personal y se basa en ahorros sobre repuestos de 66%.

Ante esta situación el órgano de contratación solicita aclaración a Jotrinca sobre determinados aspectos de la justificación, que es presentada por la empresa el 1 de octubre.

Del estudio de la ampliación de la justificación referida el órgano de contratación considera:

- Es correcto y ajustado al convenio colectivo el coste hora salarial.
- El tiempo, y con ello la consignación económica, de cada mantenimiento se calcula en tres horas, considerándose insuficiente. Esta insuficiencia llevará aparejada un mayor gasto en personal y pondrá en riesgo la ejecución del contrato.
- A pesar de que la empresa afirma que pretende asignar un 40% de sus costes a la mano de obra de los mantenimientos correctivos de acuerdo con la tabla

presentada asigna únicamente un 24% pudiendo ser escaso este importe. Si asignara un 40% como indica el contrato entraría en pérdidas.

- Los descuentos en piezas de recambio inicialmente eran del 66% y en la ampliación a la justificación de la viabilidad ascienden a un 80%, en todo caso exagerado. La aportación documental de la empresa intermediaria proveedora de las piezas no es considerada suficiente. Se plantea la duda de la originalidad de las piezas.
- Los gastos generales, calculados sobre el coste del personal, ha variado de la oferta inicial a la justificación. En el primer caso se calculaba sobre los costes directos y en el segundo sobre el personal, considerándose en este segundo rango insuficiente para el contrato a ejecutar.
- El beneficio industrial ha sufrido la misma disminución que los gastos generales.

Por todo lo cual el órgano de contratación considera inviable la oferta presentado por JotrinSA.

El recurrente en el recurso especial en materia de contratación interpuesto considera que el órgano de contratación en sus cálculos ha tomado como cifras de partida las que ha considerado necesarias para la inadmisión de la oferta y así en el caso de los repuestos toma un 66% en lugar del 80% justificado, en el caso de la mano de obra toma el 40% del coste del contrato en lugar del 24% que se indica en la justificación, desconfía del tiempo previsto para cada intervención cuando se ha calculado en base a un programa informático ampliamente utilizado para la valoración de costes sobre todo por las compañías de seguros.

La adjudicataria del contrato VT Proyectos ha presentado escrito de alegaciones en el que después de examinar la totalidad de la documentación lleva a las siguientes conclusiones:

- Comete un error a la baja en el número de las intervenciones preventivas a realizar.

- Estiman en 3 horas cada revisión preventiva, en ese tiempo hay que incluir no solo el trabajo sobre el vehículo sino también el desplazamiento desde Bohadilla del Monte al centro de Madrid en casi todos los casos.
- Basan sus cálculos horarios en un programa informático denominado GT ESTIMATE, que acreditan no está diseñado ni es aplicable a vehículos pesados, remolques ni históricos que son los vehículos de la flota del Parque de Bomberos.
- Afirman que el descuento en recambios es de un 80%, no aportando compras directas ni facturas de los fabricantes Mercedes, Iveco o Volvo, que son las marcas de los vehículos de bomberos sino albaranes de un tercero intermediario no especializado en vehículos pesados y que se dedica a la marca Citroen y que no certifica el descuento del 80% sobre los recambios originales en ningún momento.

Vistas las posiciones de todas las partes, este Tribunal debe valorar solamente si en el informe del órgano de contratación se encuentra suficientemente reforzado el rechazo de la oferta por inviable.

Se ha comprobado la documentación aportada, en especial los informes emitidos por JotrinSA y de cuya lectura, se han podido apreciar cambios en los criterios de justificación. Inicialmente con la errónea consideración de la mitad de los trabajos preventivos, que son justificados con la alteración de porcentajes y cifras, segundo por la diferente consideración de costes de mano de obra, que en un primer motivo era del 40% para pasar posteriormente a ser de un 24%, y sobre todas estas circunstancias el coste de los repuestos.

Se ha de advertir que un descuento del 80% (que inicialmente era del 66%) sobre piezas, bien puede justificar por sí mismo la baja del contrato, ahora bien, la justificación de dicho ahorro debe ser proporcional al ahorro en sí, es decir ante un muy importante descuento la justificación debe alcanzar documentos originales y definitivos, como facturas en lugar de albaranes, facturas originales de las marcas Volvo, Mercedes e Iveco libradas contra Marce Motor, S.L., donde conste el

descuento aplicado a este intermediario que después repercutirá sobre su cliente Jotrina. Este extremo no queda justificado proporcionalmente a su importancia.

En cuanto al tiempo estimado de cada intervención, si bien es cierta su dificultad, ha sido justificado mediante un programa informático que no contempla vehículos pesados, tal y como este Tribunal ha comprobado. Se limita a vehículos y motocicletas. Por lo tanto, su carácter justificante cesa.

Por todo lo cual este Tribunal considera que la apreciación del órgano de contratación de que el informe justificativo de la oferta no se encuentra motivado correctamente, se aprecia como razonable, motivada y dentro del ámbito de discrecionalidad que le es dada al órgano de contratación a la hora de apreciar la viabilidad de las ofertas incursas en presunción de temeridad habiéndose reforzado la justificación del rechazo con los cálculos correctos del coste efectivo de la oferta presentada y resultando de todo ello su inviabilidad, por lo que debe desestimarse el recurso presentado.

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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don F.G.H., en representación de la empresa Jotrina, S.L., contra el Decreto del Concejal Delegado del Área de Salud, Seguridad y Emergencias del Ayuntamiento de Madrid de fecha 22 de octubre por el cual se rechaza la oferta de la recurrente presentada a la licitación del contrato de “Servicio de mantenimiento de vehículos de la Jefatura del Cuerpo de Bomberos del Ayuntamiento de Madrid” número de

expediente 300/2018/00799.

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.