

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

En Madrid, a 17 de enero de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de ELDU ELECTROAPLICACIONES, S.A. (en adelante ELDU) contra la Resolución, de 20 de diciembre de 2022, de la Concejala Delegada de Hacienda y Régimen Interior por la que se le excluye del Lote 1 del contrato “Servicio de mantenimiento y conservación de las instalaciones de calefacción, climatización, agua caliente sanitaria, producción solar térmica y gas en centros docentes, colegios, edificios municipales y centros deportivos de Arganda del Rey (3 Lotes)”, número de expediente 307/2022/27006, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 4 de octubre de 2022 en la Plataforma de la Contratación del Sector Público, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 3 lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 448.144,34 euros y su plazo de ejecución será de 2 años con posibilidad de prórroga anual hasta un máximo de 2 años más.

A la presente licitación se presentaron siete empresas, entre ellas la recurrente.

Segundo.- Realizada la apertura de los sobres que contienen la documentación administrativa y económica se comprueba que la oferta de ELDU, por lo que se refiere al Lote 1, se encuentra incurso en presunción de anormalidad por lo que se le requiere para que justifique la viabilidad de la oferta.

A la vista del acta de la mesa de contratación celebrada el 16 de diciembre de 2022 y vistos los informes emitidos por el Técnico Jurídico de Servicios a la Ciudad de fechas 17 de noviembre y 1 de diciembre, mediante Resolución de 20 de diciembre, se acuerda excluir al recurrente del procedimiento de licitación, lote 1, por considerar que la justificación presentada es insuficiente e incompleta, lo que no permite valorar que la oferta presentada es viable y acorde a lo establecido en los pliegos de condiciones que rigen en la adjudicación.

Tercero.- El 30 de diciembre de 2022 se interpone ante el órgano de contratación el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de ELDU, que es remitido a este Tribunal el 3 de enero de 2023 junto con 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 (LCSP).

El recurrente solicita la admisión de su oferta y subsidiariamente la retroacción de actuaciones para que se le requiera la documentación que proceda y que se motive el acto.

El órgano de contratación propone la desestimación del recurso.

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

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 del procedimiento de 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 acuerdo impugnado fue adoptado el 20 de diciembre de 2022, practicada la notificación el mismo día e interpuesto el recurso el 30 de diciembre, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo,

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.b) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- Alega el recurrente que tiene una amplia experiencia en contratos similares al presente y que presentó un informe justificando la viabilidad de su oferta basado, aunque no únicamente, en:

- Una exposición de su más que amplia experiencia en la ejecución de contratos similares al que atañe el asunto en cuestión.
- Una descripción de la estructura consolidada y los medios de gestión de los que dispone ELDU ELECTROAPLICACIONES, S.A.
- Una especial atención a las necesidades que deparará cumplir con las obligaciones previstas en el lote 1 del contrato, incluyendo una previsión de costes por técnico y hora de trabajo, con una optimización de los costes de desplazamiento, una ejecución del mantenimiento preventivo de dicho lote realizado por personal especializado y con amplia experiencia en la materia, y el apoyo de equipos multidisciplinares para la ejecución de dichas tareas de mantenimiento.
- Una relación de las estructuras e instalaciones de las que dispone ELDU ELECTROAPLICACIONES, S.A, por las cuales no deberían de incrementarse los costes adicionales correspondientes a medios auxiliares e indirectos, flotas de vehículos talleres, o gastos extraordinarios en materia de Seguridad y Prevención o Asistencia.

Manifiesta que el acuerdo de exclusión no dice qué información de la solicitada en el requerimiento no ha sido correctamente proporcionada. Tampoco se detalla cuál de las informaciones requeridas no se ha aportado ni se indica si la falta de información es respecto de los tres lotes o sólo respecto de alguno de ellos. Por ello, a su juicio el acuerdo de exclusión incumple el deber legal de motivación. Al respecto cita diversa jurisprudencia sobre la necesidad de motivación de los actos administrativos.

Por su parte el órgano de contratación opone que se ha seguido el procedimiento previsto en el artículo 149.4 de la LCSP y que la justificación de la viabilidad de su oferta no hace una sola mención a la oferta económica ni justifica los costes e ingresos que darían lugar a ese precio, limitándose a relación sus recursos humanos y materiales.

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 incursa 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, como la Resolución 294/2018, de fecha 26 de septiembre, Resolución 559/2014, de fecha 22 de julio; Resolución 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 la más reciente, de fecha 11 de enero y número 10/2019, se recoge la reiterada doctrina de este Tribunal sobre esta materia, contenida entre otras, en las resoluciones nº 803/2018 y 877/2017. Señala el Tribunal, que en los casos en que se

inicie un procedimiento contradictorio dando audiencia al licitador cuya oferta esté incurra en presunción de anormalidad, para que pueda justificar el bajo nivel de precios ofertados o de costes propuestos, el rechazo de la oferta exige de una resolución debidamente motivada que razone por qué las justificaciones del licitador no explican satisfactoriamente el bajo nivel de precios ofertados. Por el contrario, cuando de lo que se trata es de admitir la justificación presentada por el licitador, no es necesario que se contenga una motivación exhaustiva

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.

En el presente caso señalar que el acto impugnado indica *“A la vista del acta de la Mesa de Contratación celebrada el día 16 de diciembre de 2022 y vistos los informes emitidos el Técnico Jurídico de Servicios a la Ciudad, de fechas 17 de noviembre y 1 de diciembre de 2022, respecto al Lote 1(...)”* y finalmente resuelve excluirle del lote 1.

En definitiva, la Resolución de exclusión se apoya en un informe técnico y en contra de lo alegado por el recurrente se indica que la falta de justificación se refiere al Lote 1.

Como señalábamos en nuestra Resolución 86/2021, de 18 de febrero *“En definitiva, la resolución de exclusión se apoya en un informe técnico suficientemente motivado, publicado a través del perfil del contratante, de forma que existe una motivación “in aliunde” jurídicamente admisible. En este sentido, el Tribunal Supremo considera válida esta forma de motivación; así cabe citar su sentencia de 11 de febrero de 2011: “Siguiendo con las exigencias propias de la motivación, debemos añadir que la motivación puede contenerse en el propio acto, o bien puede realizarse por referencia a informe o dictámenes, ex artículo 89.5 de la Ley 30/1992, cuando se incorporen al texto de la misma. Ahora bien, esta exigencia de la incorporación de los informes contenida en el mentado artículo 89.5 ‘in fine’ ha sido matizada por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo – sentencias de 21 de noviembre de 2005, 12 de julio de 2004, 7 de julio de 2003, 16 de abril de 2001, 14 de marzo de 2000 y 31 de julio de 1990– en el sentido de considerar que si tales informes constan en el expediente administrativo y el destinatario ha tenido cumplido acceso al mismo, la motivación mediante esta técnica ‘in aliunde’ satisface las exigencias de la motivación, pues permite el conocimiento por el receptor del acto de la justificación de lo decidido por la Administración”.*

Consta en el expediente el informe técnico, sin embargo el mismo ha sido objeto de publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 2 de enero de 2023, una vez interpuesto el recurso. Al respecto se recuerda al órgano de contratación la necesidad de publicar la documentación correspondiente de forma casi

inmediata a efectos de que los licitadores puedan tener conocimiento puntual de las actuaciones realizadas en el procedimiento de contratación.

No obstante, el recurrente podía haber solicitado al Ayuntamiento dichos informes en virtud del derecho que le asiste el artículo 52 de la LCSP.

El informe técnico sobre la justificación de la viabilidad de la oferta señala “Por parte de la empresa ELDU ELECTROAPLICACIONES, S.A. se aporta un informe en el que se garantiza la correcta realización del servicio, de acuerdo con el importe ofertado, y expone los recursos, materiales y humanos, de los que dispone para la realización del servicio. No aportando en ningún caso un desglose económico de las distintas partidas que justifique el precio ofertado.

En virtud del anterior, se concluye que el documento aportado no justifica ni desglosa razonadamente los motivos y cálculos de su oferta, no permitiendo identificar con exactitud la estructura de costes que aplican para obtener el precio ofertado, no haciendo alusión a cada uno de los costes que repercuten al servicio ni justificando documentalmente y de manera concreta los motivos que les permiten conseguir el ahorro y el cumplimiento de lo indicado en el artículo 149 de la LCSP, por lo que con el informe presentado no se considera justificado el precio ofertado”.

A la vista del mismo se concluye que se encuentra debidamente motivado, constatándose que la justificación presentada por ELDU no aporta cálculo económico para defender la viabilidad de su oferta.

Por último, no procede conceder un trámite de subsanación pues en este caso supondría no una subsanación o aclaración sino aportar otra justificación distinta.

Como señalábamos en nuestra Resolución 78/2022, de 24 de febrero, *“Expuesto lo que antecede, no puede darse por válida, por improcedente y contraria al procedimiento legal de tramitación de las bajas desproporcionadas, la segunda justificación asumida por la mesa y el órgano de contratación, prevaleciendo la primera, que a juicio de los técnicos y la mesa no muestra la viabilidad de la oferta,*

ello puesto necesariamente en conexión con la magnitud de la misma, que globalmente es del 42,13%. Admitir lo contrario, además de vulnerar la tramitación legal de las bajas desproporcionadas, infringiría los principios de concurrencia e igualdad de trato que rigen la contratación del sector público”.

De acuerdo con lo anterior, procede desestimar el recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de ELDU ELECTROAPLICACIONES, S.A. contra la Resolución, de 20 de diciembre de 2022, de la Concejala Delegada de Hacienda y Régimen Interior por la que se le excluye del lote 1 del contrato “Servicio de mantenimiento y conservación de las instalaciones de calefacción, climatización, agua caliente sanitaria, producción solar térmica y gas en centros docentes, colegios, edificios municipales y centros deportivos de Arganda del Rey (3 Lotes)”, número de expediente 307/2022/27006.

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 multa 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 de la LCSP.