

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

En Madrid, a 14 de diciembre de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa KONE Elevadores, S.A, contra su exclusión por baja temeraria del procedimiento P.A. 39/2023 HUP que tiene por objeto el “Servicio de mantenimiento integral de los aparatos elevadores del Hospital Universitario de La Princesa y del Centro de Especialidades Hermanos García Noblejas”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La licitación se convoca el 18 de agosto de 2023 en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid, el 21 del mismo mes y año en el DOUE y el 25 en el BOCM.

El valor estimado asciende a 384.000,00 euros.

La duración del contrato es de dos años, pudiendo prorrogarse hasta los 48 meses.

Concurren dos licitadores.

Segundo.- Las ofertas recibidas son las siguientes.

TK Elevadores España S.L. (B46001897)

Lotes	Artículo	Base Imponible	IVA 21 %	Importe Total IVA incluido
Único	Servicio de mantenimiento integral de los aparatos elevadores del HUP y CEHGN	153.600,00 €	32.256,00 €	185.856,00 €
TOTAL	TK ELEVADORES ESPAÑA S.L.	153.600,00 €	32.256,00 €	185.856,00 €

Kone Elevadores S.A. (A28791069)

Lotes	Artículo	Base Imponible	IVA 21 %	Importe Total IVA incluido
Único	Servicio de mantenimiento integral de los aparatos elevadores del HUP y CEHGN	91.104,00 €	19.131,84 €	110.235,84 €
TOTAL	KONE ELEVADORES S.A.	91.104,00 €	19.131,84 €	110.235,84 €

El criterio de bajas desproporcionadas es la aplicación del artículo 85 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 Públicas.

Tercero.- En fecha 27 de octubre, se notifica la exclusión a KONE con la siguiente motivación: *“tras el estudio de la documentación presentada... se considera que la viabilidad de la dicha oferta, con un descuento sobre el precio de licitación de un 52%, se puede ver seriamente comprometida por la antigüedad de los equipos elevadores, el aumento del precio de los repuestos, combustibles y de los sueldos del personal cualificado y necesario para el correcto cumplimiento de los pliegos que regulan este contrato”.*

Cuarto. - El 9 de noviembre, presenta recurso especial en materia de contratación instando la nulidad de la Resolución por falta de motivación y volviendo a justificar su baja. En fecha 16 de noviembre se dicta resolución por este Tribunal *“anulando la resolución de exclusión para que sea debidamente motivada y notificada al recurrente”.* En dicha Resolución se afirma que la contestación al recurso recoge unas alegaciones que no coinciden con la motivación de la Resolución notificada y estas alegaciones son conformes al informe técnico obrante en el expediente.

Quinto.- En fecha 21 de noviembre, se cumple nuestra resolución y se excluye nuevamente a Kone con la siguiente motivación:

“Primero. Excluir la oferta de KONE ELEVADORES, S.A. (A28791069), de la valoración de este concurso, al no haber acreditado su viabilidad, ya que de su informe de justificación se deduce:

1º. Los gastos consignados en la propia justificación del licitador son superiores a la oferta realizada, ya que en dicha justificación figura un gasto anual de 79.261,22 euros para una oferta total de 110.235,84 euros (oferta de dos años).

2º. Además, según el apartado 2.1 de su justificación (condiciones genéricas que permiten un ahorro general) no justifican de modo alguno ahorros económicos presumibles en lo relacionado con el alza de materias primas y gastos en RRHH.

Se le adjunta el informe completo del Servicio Técnico”.

Sexto.- En fecha 30 de noviembre, Kone presenta nuevo recurso especial en materia de contratación en la que insta “se anule la decisión tomada y se dicte una nueva resolución en la que se deje constancia de que la oferta presentada por mi representada ha sido debidamente justificada y por tanto nunca debió ser excluida, y por tanto deberá ser tenida en cuenta a la hora de la valoración final del concurso, tras lo que se deberá adjudicar el concurso a la oferta que finalmente obtenga la mayor puntuación de conformidad con los criterios establecidos por el propio pliego”.

Solicita la suspensión del procedimiento.

Séptimo.- El 4 de diciembre de 2023, 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 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 (en adelante LCSP).

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 licitadora, *“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 acto impugnado fue notificado el día 21 de noviembre de 2023, interponiéndose el recurso ante este Tribunal el 30 de noviembre de 2023, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la exclusión adjudicación 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) y c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, la recurrente alega que la resolución de exclusión no está debidamente motivada debiendo ser anulada porque le causa indefensión. Se extiende nuevamente en la justificación de su baja en relación con los elementos recogidos en la motivación, coste de repuestos, combustibles, personal, etc.

Afirma que la consignación de un gasto anual de 79.261,22 euros para una oferta total de 110.235,84 euros, que figura en su justificación, es un dato erróneo

“que en modo alguno coinciden con lo manifestado por mi representada en la justificación de su oferta, ya que como se verá a continuación parece que el redactor del informe se ha limitado a manipular, malinterpretar, tergiversar los datos ofrecidos por mi representada en la justificación de su oferta, para alcanzar unas conclusiones que nada tienen que ver con la realidad”...”Lo que no es de recibo es que con el objetivo de excluir a mi representada se emita un informe tan “chafardero” y “chapucero” como el que se ha emitido, especialmente cuando los propios argumentos alegados por el redactor del informe para excluir la oferta presentada por mi representada, quedan desmontados con la simple y detenida lectura de la justificación ofrecida por mi representada”.

Dice que es un error, pues ese gasto correspondería al mantenimiento de 75 ascensores (ruta estándar), cuando solo son 26, con lo que por una regla de tres el coste es de 27.477,22 euros.

A este respecto el órgano de contratación afirma que se comprueba en la ficha 004, “análisis de gastos de ruta de mantenimiento”, que los gastos son de 79.261,22 euros, lo que en cómputo de dos años son 158.522,44 euros, muy superior a la oferta de KONE de 110.235,84 euros. Esta contestación responde al informe técnico causa de la exclusión, el cual afirma:

“El informe presentado por la empresa KONE ELEVADORES, S.A., no solo no recoge justificación clara y acreditada acerca de la viabilidad económica del contrato, de duración 2 años, y dentro del término entendido como “baja temeraria”, siendo esta inferior al 52,5% respecto al precio base de licitación, si no que recoge unas pérdidas económicas directas para la empresa de 24.143,72 € anuales, es decir asumen que el contrato es deficitario desde el origen.

- Precio de Licitación por dos años 232.320,00 € (IVA incluido).
- Precio ofertado por KONE ELEVADORES, S.A. por dos años 110.235,00 € (IVA incluido).
- Gastos sin beneficio industrial anuales justificados según documento aportado por

KONE ELEVADORES, S.A. 79.261,22€, dicho informe justificativo según ficha de datos 004-Análisis de Gastos de Ruta de Mantenimiento Estandar ha sido calculado para un año.

- Desfase anual -24.143,72€, en contrato -48.287,44€.”

Y añade:

“Además, según el apartado 2.1 de su justificación, Condiciones genéricas que permiten un ahorro general, no justifican de modo alguno ahorros económicos presumibles en lo relacionado con el alza de materias primas y gastos en RRHH que hemos sufrido en los últimos años fruto de los retos socioculturales a los que nos hemos visto enfrentados y por todos conocidos que han supuesto en muchos casos alzas por encima del 30% de su valor referencia en 2019.

Por otro lado, no deja de ser relevante la cantidad de veces que, en el contrato anterior, el hospital se ha visto forzado a retrasos e incomodidades en el mantenimiento/reparación de sus equipos de elevación debido fundamentalmente a no disponer de esos materiales, muchos de ellos comunes o de primera necesidad para la realización de los mantenimientos preventivos básicos y máxime teniendo en cuenta que el fabricante de los equipos es la propia KONE ELEVADORES, S.A., pues son equipos originales suyos. Esto es debido, a la falta de stock de dichos materiales y a una política de minimización del dinero en inmovilizado material, es decir, no se compra/fabrica hasta que su necesidad es manifiesta, con los retrasos que esta política conlleva para el desempeño de los equipos en el Hospital”.

Se comprueba por este Tribunal que en la justificación de KONE figura efectivamente bajo el epígrafe “coste anual- ruta estandar”: 79.261,22 euros y debajo otra leyenda, “número medio de equipos-ruta estandar:75”. La misma cantidad figura otras cuatro veces asociada a tipo de ruta, incluso en el desglose de gastos en el total. También en los mismos cuadros consta el número real de ascensores: 26. Finalmente, en la antepenúltima página de la justificación se encuentra en un extremo un desglose de gastos por elevador, del que resultarían los gastos consignados por el recurrente.

Esta operativa responde a la metodología explicada en la propia justificación en cuyo apartado 14 se afirma que la justificación se realiza sobre una ruta estándar para después ajustar por unidad o ascensor:

“La oferta económica presentada está configurada tomando como referencia de cálculo, los costes / gastos asociados a la prestación del servicio de mantenimiento de una ruta estándar compuesta por un número fijo de equipos (ascensores), para finalmente analizar el coste final que implica la prestación del servicio de mantenimiento para un solo ascensor (“ascensor tipo / ascensor estándar”) al que por sus características técnicas se le ha asignado un perfil 3 – ver ficha 4 y 5”.

Efectivamente en la página 165 de la justificación se contempla el coste por ascensor que es de 1.056,82 €, el cual multiplicado por 26 da los 27.477,22 euros. Más abajo figura el coste total para 19 equipos, que son los del Hospital, 20.079.58 euros.

Existe un error en la valoración técnica, que con una lectura atenta de la justificación no se hubiera cometido.

Procede estimar esta alegación del recurrente, única a la que contesta el órgano de contratación afirmando que presenta nuevas alegaciones en el recurso no ajustadas a lo que se pedía en la licitación.

Estas alegaciones impugnan la segunda valoración del informe técnico: *“Además, según el apartado 2.1 de su justificación, Condiciones genéricas que permiten un ahorro general, no justifican de modo alguno ahorros económicos presumibles en lo relacionado con el alza de materias primas y gastos en RRHH que hemos sufrido en los últimos años fruto de los retos socioculturales a los que nos hemos visto enfrentados y por todos conocidos que han supuesto en muchos casos alzadas por encima del 30% de su valor referencia en 2019”.*

El recurrente hace un desarrollo pormenorizado de sus costes, explicando que no existe esa subida del 30%. Así sus costes de personal con convenio colectivo propio han crecido en un 12% (se consigna la publicación del convenio).

Y en cuanto a las materias primas, se han tenido en cuenta los costes actuales, tal y como se recoge en la justificación y no se contesta en el informe técnico.

Este Tribunal, admitiendo la discrecionalidad técnica del órgano de contratación ha afirmado que puede destruirse su presunción de acierto si se acredita error en la valoración, que cuando se trata de excluir debe contener una motivación reforzada suficiente para desvirtuar las alegaciones justificatorias del licitador, todo ello en función de la cuantía de la baja.

La doctrina consolidada respecto a la justificación de las ofertas anormalmente bajas se puede resumir apelando a la Resolución de TACRC 530/2021, de 20 de mayo que dice: *“Sobre este precepto, es constante la doctrina de este Tribunal (por todas, recogida en la Resolución nº 473/2020 que reproduce a su vez los argumentos de la Resolución nº 747/2019 y de otras anteriores,) que hace referencia a la discrecionalidad técnica del órgano de contratación a la hora de valorar la justificación aportada por el recurrente relativa a la justificación de su oferta:*

‘La decisión, sobre la justificación de la viabilidad de las ofertas incursas en valores anormales o desproporcionados, corresponde al Órgano de Contratación, atendiendo a los elementos de la proposición y a las concretas circunstancias de la empresa licitadora y valorando las alegaciones del contratista y los informes técnicos emitidos, ninguno de los cuales tienen carácter vinculante. Como hemos reiterado en numerosas resoluciones, la finalidad de la Legislación de Contratos es que se siga un procedimiento contradictorio, para evitar rechazar las ofertas con valores anormales o desproporcionados, sin comprobar, antes, su viabilidad. No se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan, al órgano de contratación, llegar a la convicción de que se

puede llevar a cabo. En caso de exclusión de una oferta incurrida en presunción de temeridad, es exigible que se fundamenten los motivos que justifiquen tal exclusión. Por el contrario, en caso de conformidad, no se exige que el cuerdo de adjudicación explicita los motivos de aceptación.

Como también señala la Directiva sobre Contratación Pública (Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero), en su artículo 69.3, 'El poder adjudicador evaluará la información proporcionada, consultando al licitador. Solo podrá rechazar la oferta, en caso de que los documentos aportados no expliquen, satisfactoriamente, el bajo nivel de los precios o costes propuestos...' (...) De otra parte, en la Resolución 786/2014, de 24 de octubre, citando la Resolución 677/2014, de 17 de septiembre señalamos que 'la revisión de la apreciación del órgano de contratación, acerca de la justificación de las ofertas incurridas en presunción de temeridad, incide directamente en la discrecionalidad técnica de la Administración y, a tal respecto, es criterio de este Tribunal (Resoluciones 105/2011 y las 104 y 138/2013) que la apreciación hecha por la entidad contratante del contenido de tales justificaciones, en relación con el de las propias ofertas, debe considerarse que responde a una valoración de elementos técnicos que, en buena medida, pueden ser apreciados, en función de parámetros o de criterios cuyo control jurídico es limitado. Aun así, hay aspectos que, aun siendo difíciles de controlar jurídicamente, por venir determinados por la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, pueden y deben ser revisados por el Tribunal. Tal es el caso de que, en una oferta determinada, puedan aparecer síntomas evidentes de desproporción que impidan, sin necesidad de entrar en la apreciación de criterios puramente técnicos, la ejecución del contrato en tales condiciones'. Continúa la Resolución 786/2014 declarando que para desvirtuar la valoración realizada por el Órgano de Contratación en esta materia, será preciso que el recurrente ofrezca algún argumento que permita considerar que el juicio del Órgano de Contratación, teniendo por justificadas las explicaciones dadas por el licitador, cuya oferta se ha considerado, inicialmente, como anormal o desproporcionada, resulta infundado o a apreciar que se ha incurrido, en ese juicio, en un error manifiesto y constatable (...).'

De todas estas resoluciones debemos extraer que cuando el órgano de contratación viene a admitir la oferta incurso en presunción de baja temeraria y no a excluirla, la prolija motivación para mantener la oferta que reclama el recurrente del órgano de contratación no es exigible. Y la aceptación de la oferta resulta ajustada a derecho, ya que una vez determinada la oferta incurso en presunción de anormalidad, se dio traslado para la justificación a la misma, habiendo efectuado dicha justificación en términos asumidos por el órgano de contratación.

En este contexto, la justificación del licitador incurso en presunción de anormalidad debe concretar, con el debido detalle, los términos económicos y técnicos de la misma, en aras a demostrar de modo satisfactorio que, pese al ahorro que entraña su oferta, ésta no pone en peligro la futura ejecución del contrato con arreglo a la oferta aceptada y en los propios términos de la misma. Ello exige demostrar que, gracias a las especiales soluciones técnicas, a las condiciones especialmente favorables de que disponga para ejecutar las prestaciones del contrato, a la originalidad de la forma de ejecución de las mismas que se proponga aplicar, o a la posible obtención de ayudas, el licitador está en condiciones de asumir, al precio ofertado, las obligaciones contractuales exigidas y derivadas de su oferta, con pleno respeto de las disposiciones relativas a la protección del medio ambiente y de las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que deba realizarse la prestación, todo lo cual en aras a demostrar que su oferta, pese a ser sensiblemente más baja que la de los demás licitadores, permite la futura viabilidad técnica y económica del contrato”.

Como sostiene la Resolución del TACRC 1589/2022, de 22 de diciembre “De acuerdo con la doctrina expuesta, el control de este Tribunal ha de centrarse en estos supuestos, en determinar si el informe técnico fundamenta de forma suficiente y adecuada el carácter satisfactorio de las explicaciones dadas por la empresa licitadora incurso en baja anormal y, por ello, la admisión de su oferta o si, por el contrario, los argumentos empleados por la recurrente para descalificarlas gozan de peso suficiente para destruir las presunciones de legalidad y de discrecionalidad de la actuación administrativa impugnada”.

En el mismo sentido la Resolución del TACRC 1561/2022, de 15 de diciembre, *“Para desvirtuar la valoración realizada por el órgano de contratación en esta materia, será preciso que el recurrente ofrezca algún argumento que permita considerar que el juicio del órgano de contratación, teniendo por justificadas las explicaciones dadas por el licitador, cuya oferta se ha considerado –inicialmente– como anormal o desproporcionada, resulta infundado o a apreciar que se ha incurrido, en ese juicio, en un error manifiesto y constatable.*

Por lo tanto, es competencia de este Tribunal analizar si la justificación del licitador, cuya oferta es considerada anormal o desproporcionada, resulta suficiente o no, y ello exige una resolución más intensa en caso de que no vayan a acogerse las justificaciones del licitador.

No ocurre así cuando el informe sobre la justificación de la oferta la estima suficiente, pues, para entender desvirtuada la presunción iuris tantum de temeridad a juicio del órgano de contratación, no es preciso la motivación del informe y de la resolución que así lo concluya tenga ese carácter más intenso”

En el caso presente existe un error manifiesto y constatable en la valoración técnica, error evitable empleando una mayor diligencia en la lectura de la justificación de KONE. La demostración de este error destruye la presunción de acierto de la que gozan estos informes técnicos.

El resto de la valoración es extremadamente genérico en cuanto no desciende al detalle de los gastos consignados por el licitador, que sustituye por una afirmación no demostrada y global de incremento en un 30% desde el 2019, sin acreditación alguna de ese porcentaje. No desciende a valorar si los gastos de KONE, en materias primas, consumos y personal están o no justificados. No cumple el parámetro de motivación requerido.

Aunque la baja de KONE es muy alta y no hubiera requerido por ello una motivación muy extensa, el informe técnico no hace un mínimo estudio que contravenga los costes que afirma KONE.

Por todo ello procede la estimación del 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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa KONE Elevadores, S.A, contra su exclusión por baja temeraria del procedimiento P.A. 39/2023 HUP que tiene por objeto el “Servicio de mantenimiento integral de los aparatos elevadores del Hospital Universitario de La Princesa y del Centro de Especialidades Hermanos García Noblejas”, anulando la resolución de exclusión con retroacción de actuaciones para la continuidad de KONE en el procedimiento.

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 de la LCSP.