

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

En Madrid, a 15 de diciembre de 2022

**VISTA** la reclamación en materia de contratación interpuesta por la representación de la empresa Naturgy Nuevas Energías S.L.U. (en adelante Naturgy), contra resolución del Director Gerente de 7 de noviembre de 2022, por la que acordó su exclusión y la adjudicando el contrato “Servicio de mantenimiento integral de las estaciones de repostado, pública y privada, de gas natural comprimido y prestación de servicios complementarios para el área pública para el centro de operaciones de Sanchinarro de la EMT de Madrid” a Gas and Go, Global Service, S.L. y Agass Energy Solution Europe, S.L., con propuesta de UTE (en adelante la UTE), este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE con fechas, respectivamente 31 de julio y 3 de agosto de 2022, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto y con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado del contrato asciende a 976.208,89 euros, con un plazo de ejecución de 26 meses.

**Segundo.-** A la presente licitación se presentaron tres empresas, entre ellas la reclamante.

El 6 de septiembre de 2022, la mesa de contratación procedió a la apertura del sobre de "*Criterios automáticos*" de adjudicación. Por aplicación de los parámetros objetivos para apreciar las ofertas incursas en baja anormal previstos en la cláusula 4.6 del PCG, se comprueba que la oferta de la UTE se encuentra en baja anormal, siendo requerido, con fecha 7 de septiembre de 2022 para su justificación, que fue presentada con fecha 12 de septiembre.

Con fecha 18 de octubre de 2022, la dirección promotora del contrato emite informe en el que considera debidamente justificada la oferta económica de la UTE, remitiendo con esa misma fecha el Informe de propuesta de adjudicación.

Con fecha 18 de octubre de 2022, la mesa de contratación, a la vista del informe de la Subdirección de Centros de Operaciones, propone la adjudicación del contrato a la UTE, siendo requerido el 19 de octubre para que presente la documentación adicional.

El 7 de noviembre de 2022, el Director Gerente acordó la exclusión de la reclamante y la adjudicación del contrato a la UTE, siendo notificada el 10 de noviembre.

**Tercero.-** El 1 de diciembre de 2022, el órgano de contratación remitió, junto a la reclamación, 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).

**Cuarto.-** 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. Con fecha 13 de diciembre de 2022, la empresa adjudicataria presentó alegaciones oponiéndose a la estimación del recurso.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato, tiene carácter privado y está sujeto al Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales (en adelante RDLSE).

El artículo 121.1 del RDLSE establece, en cuanto al régimen jurídico de la reclamación, que le serán de aplicación a las reclamaciones que se interpongan ante los órganos mencionados en el artículo anterior contra alguno de los actos a que se refiere el artículo 119, las disposiciones de la LCSP que regulan el recurso especial en materia de contratación, incluido el artículo 49 relativo a la adopción de medidas cautelares, con determinadas especialidades.

Por tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 120 del RDLSE, en relación con 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, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver la Reclamación planteada.

**Segundo.-** De acuerdo con el artículo 48 de la LCSP al que se remite el artículo 121 del RDLSE, *“podrá interponer la correspondiente reclamación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos se*

*hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto de reclamación*". La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida de la licitación, cuya exclusión todavía no es firme.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.-** El acto objeto de reclamación, corresponde a un contrato de servicios sujeto al RDLSE al superar los umbrales establecidos en su artículo 1.1. *"b) 428.000 de euros en los contratos de suministro y de servicios distintos de los referidos en la letra anterior, así como en los concursos de proyectos"*.

**Cuarto.-** Respecto al lugar de presentación de la reclamación, el órgano de contratación plantea la inadmisión de la misma por incumplimiento del artículo 120 RDL 3/2020 y artículo 18 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

Alega que la reclamación se ha presentado mediante mensaje remitido a EMT a través de la plataforma de licitación VORTAL el 28 de noviembre de 2022, cuando debía haberse interpuesto directamente ante el TACP Madrid, por previsión del artículo 120 RDL 3/2020 al señalar que *"los órganos de recursos contractuales regulados en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, serán los competentes en sus ámbitos respectivos y en relación con las entidades enumeradas en el artículo 5.1 de este Real decreto-ley, así como a las que estén adscritas o vinculadas a ellas, o a las que hayan otorgado un derecho especial o exclusivo, para ejercer las siguientes competencias respecto de los contratos cuyos procedimientos de adjudicación se regulan en este real decreto-ley"* y del artículo 18 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que se expresa en los siguientes términos: *"(...) La reclamación del artículo 101 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre y las cuestiones de nulidad al amparo de la Ley citada solo podrán*

*presentarse en el registro del órgano administrativo competente para resolverlas (...).”*

Sostiene que el régimen del lugar de interposición de recursos especiales en materia de contratación, y más concretamente, de la reclamación en el caso de los sectores especiales, representa un régimen especial frente al general administrativo.

La notificación objeto de reclamación expresamente señalaba lo siguiente:

*“Contra el acuerdo que se notifica se podrá interponer reclamación sujeta al régimen del Título VII, capítulo I del RDL 3/2020, artículos 114 a 123. El órgano competente para conocer de la reclamación será el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, ante quien debe presentarse la reclamación”.*

A efectos de resolver esta cuestión preliminar, procede destacar que la notificación a la reclamante del acuerdo de exclusión se realizó, como manifiesta el propio órgano de contratación, el día 10 de noviembre de 2022, entrando la reclamación en el registro de este Tribunal (junto al expediente e informe) el día 1 de diciembre, por tanto, dentro del plazo legalmente previsto para su interposición, siendo, a estos efectos, indiferente el lugar donde inicialmente se presentó. En este sentido, como señala el citado artículo 18 del Real Decreto 814/2015, en el caso de que la reclamación se presente en registro distinto de los especificados, se entenderá interpuesta el día que entre en el registro del órgano administrativo competente para resolverlo.

**Quinto.-** Entrando en el fondo del asunto, el recurso se fundamenta en los siguientes motivos:

- 1- Indebida exclusión de su oferta.
- 2- Falta de acreditación de la viabilidad de la oferta de la adjudicataria incurra en presunción de temeridad.

1.- Respecto al primer motivo de impugnación, la reclamante alega que su exclusión se base en la presentación de una oferta muy por encima del precio de licitación. Sobre un precio de licitación de 450.614,03 euros, Naturgy ha ofertado un precio de 829.569,78 euros. Esto se debe a un error provocado por la redacción del anexo II *“Modelo de proposición económica”*.

La causa de exclusión es haber ofertado para el mantenimiento preventivo una cantidad muy superior a la prevista para esta partida en el presupuesto base de licitación. Sin embargo, la cantidad de 829.569,78 euros sería el sumatorio de la totalidad de los servicios contratados, sin tener en cuenta el mantenimiento correctivo, que se oferta por coste del repuesto y de la mano de obra.

A su juicio, la redacción del anexo II lleva a error por el uso del concepto Mantenimiento Preventivo y la falta de un apartado para reflejar el precio global ofertado. Así, todo el mantenimiento a realizar en la instalación, que no suponga la sustitución de equipos por avería, es de carácter preventivo y por ese motivo se informó el valor global sin detraer las partidas de cromatógrafo, overhaul y retimbrado, dado que no existían apartados en el anexo para indicar estas de forma diferenciada. Luego el uso laxo de la terminología en el Pliego llevó a un error.

Concluye señalando que su exclusión se ha realizado de una manera irregular y extemporánea, y con causa en un error provocada por la redacción interpretable de uno de los anexos del pliego, sin que se haya otorgado a mi representada la opción de justificar ni subsanar dicho error.

Por su parte, el órgano de contratación alega respecto al *“error provocado en la redacción del Anexo II. Modelo de proposición económica”*, que resulta sorprendente dicha afirmación si tenemos en cuenta que la UTE adjudicataria ha formulado correctamente los términos de su oferta y que la dicción literal contenida en el Anexo II refleja lo siguiente:

*“1) Oferta económica para Mantenimiento preventivo: ..... € (Importe total a tanto alzado por el mantenimiento total preventivo para toda la vigencia del contrato”.*

Considera que si la reclamante entendía que el anexo II inducía a error tenía la posibilidad, o bien de formular una consulta vinculante en el marco del artículo 139.3 LCSP o bien, impugnar los pliegos; nada de ello tuvo lugar, luego se infiere que no le generó dudas su contenido, por lo que no había más que remitirse al cuadro de costes del apartado L del anexo I del PCG para constatar cuál era el límite que no había que superar para el mantenimiento preventivo.

En cuanto al desglose que dice haber presentado en la plataforma de contratación VORTAL, en el que se refleja por este concepto un importe de 484.188,00 euros, cabe extraer dos conclusiones: De un lado, los importes consignados en la plataforma de contratación no tienen ningún valor jurídico, simplemente estadístico y de otro parece no inferirse tanta dificultad cuando se ha indicado el importe correcto del mantenimiento preventivo en la plataforma de contratación (484.188,00 euros). En todo caso, sólo al reclamante le es imputable su falta de diligencia en la cumplimentación de su oferta económica.

Finalmente, señala que no hay obligación legal de notificar de manera independiente la exclusión de un licitador y la adjudicación cuando dicha exclusión tiene lugar tras la apertura del último sobre electrónico. Ninguna indefensión se genera en el reclamante si tenemos en cuenta que ha tenido oportunidad de presentar su reclamación y de fundamentar la misma en los términos que ha estimado oportunos sin que se logre entender qué se quiere decir con una exclusión extemporánea *“sucedida tras el trámite de comparación de ofertas”*.

Por su parte, el adjudicatario sostiene que no puede estimarse la pretensión con fundamento en la existencia de una redacción del Anexo II que induce a error, a la vista de que ningún error consta denunciado con carácter previo a la presentación de su oferta por la recurrente como tampoco ninguna petición de aclaración,

subsanción o rectificación del Pliego y sus Anexos por los que se advierta que su redacción era confusa, poco clara o de difícil comprensión.

Vistas las alegaciones de las partes procede determinar si la exclusión de la reclamante fue ajustada a Derecho.

La cláusula 4.5.3 del PCG señala lo siguiente: *“La proposición económica que se presente deberá ajustarse al modelo del Anexo II de este PCG, no aceptándose aquéllas que contengan omisiones, errores o tachaduras que impidan conocer claramente el sentido de la oferta. Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variase sustancialmente el modelo establecido, comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada mediante resolución motivada sin que sea causa bastante para el rechazo el cambio u omisión de algunas palabras del modelo si ello no altera su sentido”.*

Analizado el anexo II del PCG que recoge el modelo de proposición económica se constata que dicha proposición se desglosa en cinco apartados. El apartado 1 dice *“1) Oferta económica para Mantenimiento preventivo: ..... € (Importe total a tanto alzado por el mantenimiento total preventivo para toda la vigencia del contrato”.*

Vista la claridad del citado apartado, no cabe sino acoger plenamente las alegaciones formulada por el órgano de contratación, en cuanto que dicho apartado se refiere exclusivamente a la oferta económica del mantenimiento preventivo que debía ser igual o estar por debajo del tipo de licitación.

El propio reclamante en sus alegaciones manifiesta que en la plataforma VORTAL incluyó la cantidad correcta de 484.188,00 euros en lugar de la que figura

en el Anexo II de 829.569,78 euros, que es la que tiene virtualidad jurídica a efectos de determinar la oferta.

Como señala el órgano de contratación y la adjudicataria, si el modelo del Anexo II planteaba alguna duda en cuanto a su cumplimentación puede haber realizado las correspondientes consultas y aclaraciones al órgano de contratación, circunstancia que no se produjo.

En este momento, no queda sino traer a colación la consolidada doctrina de que los pliegos constituyen la ley del contrato entre las partes y vinculan por igual al órgano de contratación y a los licitadores.

Por otro lado, el artículo 139 de la LCSP establece *“1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea”*.

Por su parte, el 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 en su artículo 84 establece: *“Rechazo de proposiciones.*

*Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición”*.

No procede la concesión de un plazo de subsanación ya que llevaría indefectiblemente aparejada la modificación de su oferta, lo que atenta contra los principios de igualdad de trato y no discriminación respecto al resto de los licitadores.

Finalmente, debe rechazarse la alegación referida a una supuesta extemporaneidad de la resolución, ya que como acertadamente manifiesta el órgano de contratación no hay obligación legal de notificar de manera independiente la exclusión de un licitador y la adjudicación cuando dicha exclusión tiene lugar tras la apertura del último sobre electrónico. Ninguna indefensión se genera en el reclamante si tenemos en cuenta que ha tenido oportunidad de presentar su reclamación y de fundamentar la misma en los términos que ha estimado oportunos.

Por todo ello, procede la desestimación del presente motivo, consideran su exclusión ajustada a Derecho.

**2.-** Respecto al segundo motivo del recurso, se centra en la insuficiente justificación de la baja temeraria por parte del adjudicatario, por lo que procedía su exclusión del procedimiento de licitación.

Destaca que la UTE a la que se adjudica el contrato en el acuerdo recurrido presentó una oferta muy por debajo del precio de adjudicación. Sobre un precio de licitación de 450.614,03 euros ha ofertado un precio de 299.317,63 euros, lo que supone una baja del 33%.

Respecto a la justificación realizada por el adjudicatario, destaca que en los gastos de personal que ha usado un convenio del ámbito de oficinas y despachos, en lugar de un convenio del ámbito industria metal, y con esto pretende justificar que el coste de mano de obra es un 74% inferior a la calculada por la entidad contratante conforme al convenio de aplicación. Sin embargo, el adjudicatario defiende que el salario de las personas que presten el servicio estará por encima de los mínimos convencionales, lo que supone una clara contradicción. Es evidente, con un ligero

conocimiento de la regulación laboral, y a parte de la discutible aplicación de un convenio de oficinas y despachos a una labor de mantenimiento, que no existe una diferencia de salarios entre 2 convenios laborales del 74% por hora. Además, el convenio que aplica la adjudicataria establece en su artículo 36 la supresión de horas extra habituales, con lo que para la atención del servicio 24 horas/365 días debería contar con 3 operarios para cubrir todos los turnos (según este convenio) + 1 coordinador con titulación universitaria (según pliego concurso). Es contrario a derecho, pero la única manera de que cuadren los números, disponer de solo de 2 operarios trabajando 24 horas los 365 días del año, sin disponer de personal que cubra horarios nocturnos y vacaciones.

Así, la baja de la oferta de la UTE respecto al mínimo que establece el Convenio Colectivo, teniendo en cuenta los costes de seguridad social (33,5%), sería de 30.471,16 euros, según referencia del 2020, que aumentaría con la actualización del IPC para el año 2022 y sería de 44.673,54 euros, diferencia que sigue incrementándose cada año sucesivo de contrato al ser de aplicación el concurso para los años 2023 y 2024.

Respecto a partida de otros servicios, señala que adicionalmente a los precios por debajo de mercado de los materiales y de convenio de la mano de obra, la adjudicataria asume en su oferta un importe adicional de pérdidas de 10.430,79 euros por suministros de terceros. No explica cómo consigue esta eficiencia, por lo que entendemos que asume estos costes e irán contra los beneficios que prevé.

Respecto al plan de negocio, señala que este es el cajón de sastre en el que la adjudicataria basa en buena medida su oferta en que compensará los precios del mantenimiento con 300.000 euros más de beneficio por el gas natural comprimido (GNC), que prevé vender en la parte pública de la estación, respecto a las ventas históricas realizadas por el grupo Naturgy. A su juicio, esta presunción no es realista por los siguientes motivos: La actual situación del mercado del GNC, sin nuevas incorporaciones de vehículos por la falta de existencia de producto en los fabricantes, impide el crecimiento en el número de vehículos propulsados por GNC,

lo que supone una barrera al incremento de las ventas y la gran mayoría de los vehículos privados propulsados por GNC pueden funcionar alternativamente con gasolina, lo que hace a la demanda extremadamente elástica. Un precio del gas que no mejore el precio de la gasolina supone un inmediato descenso de ventas. Así mismo, si al precio de la materia prima (gas natural) se le suman los costes de mantenimiento y operación más el margen neto que contempla el adjudicatario de 0,15 euros/Kg resultante de venta al cliente final estará por encima de mercado, lo que imposibilitará una vez más alcanzar los valores indicados.

Respecto del Overhaul, señala que, aunque este argumento no se consideró para la justificación de la baja no deja de ser representativo de lo irreal de la oferta económica de materiales para mantenimiento correctivo, en la que la UTE adjudicataria ofrece un descuento del 15%, cuando el fabricante asegura que solo realiza descuentos a clientes con un alto volumen de compras y que nunca superarían un 7%.

Respecto a los repuestos en stock, manifiesta que en la actualidad tienen la responsabilidad del mantenimiento de escasas estaciones de GNC, y de manera temporal con Naturgy solo de una estación de GNC de mucha menor envergadura y con equipos de otros fabricantes. Por este motivo se pone en seria duda que puedan disponer del material necesario almacenado.

En cuanto al fondo de comercio, dice que es imposible aumentar las ventas actuales. Como referencia, en el año 2022 se produjo una pérdida de ventas en esta estación de un 25,1 % respecto al año 2021 y la tendencia sigue siendo a la baja.

Por su parte, el órgano de contratación manifiesta que lo primero que hay que señalar es el patente error del reclamante al hacer alusión al Convenio colectivo de oficinas y despachos que, entiende, aplica la UTE, al personal que pretende adscribir a la ejecución de este contrato. Esta señala claramente que los costes de personal se han calculado aplicando el Convenio colectivo de ingeniería y oficinas de estudios técnicos (código convenio 99002755011981), que contempla una

remuneración bruta anual inferior a la resultante de utilizar el Convenio colectivo de Servicios e instalaciones del metal que ha sido el empleado por EMT para el cálculo del presupuesto base de licitación y valor estimado del contrato, sin perjuicio de que, como se indica en el informe emitido por EMT, dichos salarios se encuentran por encima de los mínimos convencionales. Esta circunstancia impide apreciar, por sí sola, que la oferta del adjudicatario se encuentre en baja anormal no contraviniendo, por tanto, la previsión del artículo 149.4 LCSP: *“Se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador cuando esta sea incompleta o se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico”*. De hecho, la UTE garantiza que la reducción del importe no perjudica a ninguno de sus trabajadores y que respeta los convenios colectivos vigentes, así como las normas y procedimientos ambientales.

Respecto al plan de negocio EMT considera viable que la UTE pueda alcanzar la estimación de ingresos por la venta de gas a terceros y en estos términos se recoge en su informe: *“Las características de la instalación permite mantener el fondo de comercio existente en la estación siendo la mayoría de los clientes que la utilizan recurrentes por lo que las ventas en la instalación se mantendrán en las cifras históricas de la instalación”*.

Con relación al Overhaul, señala que la reclamante, en realidad, hace referencia al descuento del 15% ofertado por UTE en la partida de materiales sin tener en cuenta la previsión del Overhaul. En la elaboración del PBL se ha incluido una partida económica por este concepto por importe anual de 30.649,50 euros, siendo el total para el período de duración del contrato de 61.299,00 euros (IVA no incluido). Este concepto no era objeto de mejora económica al no contemplarse como un criterio de adjudicación; la misma apreciación se realiza respecto del Mantenimiento cromatógrafo por importe total de 30.000,00 euros, IVA no incluido.

Respecto a repuestos en stock, la reclamante se limita a cuestionar y a poner “*en duda*”, que puedan disponer del material necesario almacenado, sin hace ningún esfuerzo argumentativo que permita desvirtuarlo.

Finalmente, en relación al fondo de comercio, considera que, en base a los argumentos presentados por la UTE, puede ser cumplida sin comprometer la ejecución del contrato, todo ello, atendiendo al carácter discrecional que preside esta actuación.

Por su parte, el adjudicatario considera justificada su oferta ratificándose en los argumentos que expuso en el informe justificativo de la baja temeraria.

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 resulta inviable*”.

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 anormalidad 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 que 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.).

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, sirva la nº 294/2018 de fecha 26 de septiembre.

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 ha de ser “reforzada”, para excluir a la recurrente por falta de justificación de la viabilidad.

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 caso que nos ocupa, el informe de justificación de la baja temeraria por parte de la UTE es exhaustivo, centrándose en diversos apartados de su oferta. Especial mención requiere la justificación de los gastos de personal en el

mantenimiento preventivo que constituye la partida más importante del presupuesto. Como señala el órgano de contratación para los costes de personal la licitación partía de un valor de 250.414,03€ y la oferta contempla un importe de 184.173,15€, diferencia que puede atribuirse a la aplicación de los diferentes convenios colectivos. Sobre esta cuestión, cabe señalar que la obligación de respetar el contenido del convenio colectivo sectorial también se impone en el examen de las ofertas incursas inicialmente en baja anormal, ya que el art. 149.4 LCSP establece que, en ningún caso, se podrá considerar justificada la misma si el licitador incumple con ello las condiciones laborales previstas en el convenio colectivo sectorial (Informe Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 29/2019 sobre *“Análisis de los costes salariales y de las obligaciones medioambientales”*). En el caso que nos ocupa, no se produce esta situación ya que, con independencia del diferente convenio colectivo sectorial que se ha tomado como referencia, el licitador ha justificado el cálculo de los costes de personal al amparo del convenio colectivo que resulta de aplicación al objeto de la contrata, con independencia de que algunas actividades puedan estar sometidas a distintos convenios colectivos, sin que el licitador tenga que aplicar el que el órgano de contratación ha tomado de referencia. Los pliegos no pueden imponer la aplicación de un convenio, de manera que la obligación del contratista lo será con relación al convenio colectivo que resulte de aplicación.

Por tanto, a juicio de este Tribunal el informe sobre la justificación de la baja temeraria cumple las exigencias doctrinales y jurisprudencial trascritas anteriormente, conteniendo una motivación reforzada, sin que se aprecia resquicios de arbitrariedad por lo que procede la desestimación del recurso.

**Sexto.-** Respecto a la imposición de multa por apreciarse temeridad en la interposición del recurso, este Tribunal considera que no se aprecian las circunstancias suficientes para la imposición de la multa solicitada en los términos del artículo 58.2 de la LCSP.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 120 del RDLSE en relación al 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 la reclamación en materia de contratación interpuesta por la representación de la empresa Naturgy Nuevas Energías S.L.U., contra la resolución del director gerente de 7 de noviembre de 2022, por la que acordó su exclusión y la adjudicando el contrato “Servicio de mantenimiento integral de las estaciones de repostado, pública y privada, de gas natural comprimido y prestación de servicios complementarios para el área pública para el centro de operaciones de Sanchinarro de la EMT de Madrid” a Gas and Go, Global Service, S.L. y Agass Energy Solution Europe, S.L., con propuesta de UTE.

**Segundo.-** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

**Tercero.-** Levantar 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.