

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

En Madrid, a 15 de noviembre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don M.H.D., en nombre y representación de la empresa Alumbrados Viarios, S.A. (ALUVISA), contra la Orden de la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructuras de fecha 26 de septiembre por la que se adjudica el lote 1 el contrato de “Servicio de mantenimiento de las instalaciones semafóricas y luminosas del alumbrado exterior y del equipamiento de control de la red de carreteras de la Comunidad de Madrid. Años 2018-2021”, número de expediente A/SER-001166/2018, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios en el DOUE de fecha 1 de marzo de 2018, en el BOE de fecha 3 de marzo de 2018 y en el BOCM de fecha 7 de marzo de 2018, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y división en dos lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 13.425.760 euros. El plazo de duración es de tres años, con posibilidad de prorrogar por un año más.

Interesa destacar en relación los motivos del recurso que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), establece en la cláusula 8 lo siguiente:

“8.- Criterios de adjudicación del contrato.

1º.- CRITERIO CUANTIFICABLES MEDIANTE LA MERA APLICACIÓN DE FÓRMULAS: OCHENTA (80) PUNTOS

La oferta económica se puntuará con un máximo de ochenta (80) puntos, de los cuales un máximo de veinte (20) puntos corresponderá a la oferta económica respecto al Grupo I (sin materiales) (Oferta A) y un máximo de sesenta (60) puntos corresponderá a la oferta económica respecto a los materiales del Grupo I y al Grupo II (Oferta B), según se detalla a continuación:

A) La oferta A se puntuará con un máximo de veinte (20) puntos, de acuerdo con el siguiente criterio:

$$\text{puntuación } A_i * \frac{PBLA - OFA_i}{PBLA - OFA_{\min}}$$

Donde:

Puntuación A i: Puntuación de la oferta A del licitador “i”.

OFA i: Oferta A por el licitador “i”.

OFA min: Oferta A mínimo admitida.

PBL A: Presupuesto base de licitación sin impuestos correspondiente al Grupo I sin materiales.

Todas las puntuaciones se redondearán al segundo decimal.

(...) La puntuación obtenida por cada una de las ofertas será la resultante de interpolar linealmente entre la oferta A mínima admitida, a la que se asignará veinte (20) puntos y el presupuesto base de licitación A sin impuestos, correspondiente al Grupo I, sin materiales, a la que se asignarán cero (0) puntos. La fórmula matemática aplicable es la siguiente:

Oferta A- Se considerarán ofertas económicas con valores anormales o desproporcionados a la realidad, respecto a la Oferta A aquellas que se encuentren en los siguientes supuestos:

1. Cuando, concurriendo un solo licitador, su oferta A sea inferior al presupuesto base de licitación A sin impuestos correspondiente al presupuesto del Grupo I sin materiales (PBLA) en más de 20 unidades porcentuales.

2. Cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 15 unidades porcentuales a la otra oferta.

3. Cuando concurren tres licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media.

4. Cuando concurren cuatro o más licitadores, las que sean inferiores en más de 3 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía.

EMPRESAS DE GRUPO

En el caso de empresas pertenecientes a un mismo grupo, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos del artículo 42.1 del Código de Comercio, presenten distintas proposiciones a un mismo lote, independientemente de si se presentan individualmente o en UTE con otras empresas, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, la oferta más baja, produciéndose la aplicación de los efectos derivados del procedimiento establecido para la apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, respecto de las restantes ofertas formuladas por las empresas del grupo descrito anteriormente”.

Segundo.- A la licitación se presentaron para el lote 1 seis empresas, una de ellas la recurrente así como otra del mismo grupo empresarial. Una vez examinadas por los servicios técnicos correspondientes las proposiciones económicas presentadas, se identificó la oferta de la empresa Alumbrados Viarios S.A, como incurso en valores anormales o desproporcionados, conforme a lo establecido en el PCAP por lo que con fecha 11 de junio de 2018, se requirió a la empresa para que procediera a justificar su oferta.

El 22 de julio de 2018, se presenta la justificación requerida, a la vista de lo cual el Jefe de Área de Conservación y Explotación emite informe con fecha 25 de julio de 2018 del cual se da cuenta a la Mesa de Contratación en su sesión de fecha 26 de julio de 2018, donde acuerda excluir la oferta presentada por Alumbrados Viarios SA al considerar que no ha justificado la viabilidad de la oferta proponiendo la clasificación del resto de ofertas y la adjudicación al Órgano de Contratación.

La Resolución del Consejero de Transportes, Vivienda e Infraestructura por la que se adjudica el contrato y se excluye a la licitación a ALUVISA, fue notificada a los interesados el día 26 de septiembre de 2018.

Tercero.- El 18 de octubre de 2018 tuvo entrada en el registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de ALUVISA, en el que se solicita la inclusión de su oferta por haber sido justificada suficientemente y en consecuencia la anulación de la adjudicación acordada.

El 25 de octubre de 2018 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 (LCSP).

Cuarto.- Con fecha 23 de octubre de 2018, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida 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. Ferroser Infraestructuras, S.A. presenta escrito de alegaciones ante este Tribunal el 6 de noviembre de 2018, de cuyo contenido se dará cuenta en los fundamentos de derecho.

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, 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 acuerdo impugnado fue adoptado el 26 de septiembre de 2018, practicada la notificación el mismo día, e interpuesto el recurso, en el registro de este Tribunal el 18 de octubre 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 la adjudicación del contrato y la exclusión de una oferta, 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.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 el recurrente.

La recurrente alega en su recurso que se ha presentado un informe de justificación de la oferta amplio y pormenorizado donde se da cuenta de todos y cada uno de los gastos que concurren a la ejecución del contrato, mientras que el órgano de contratación en su informe sobre la viabilidad de la oferta presentada se ha limitado

a analizar costes de valor ínfimo en relación con el precio de licitación sin ofrecer una justificación veraz de los motivos de la exclusión. Ofrece así mismo una justificación de gastos minucioso y completo a la que acompaña documentación sobre futuras adquisiciones, compromiso de proveedores, facturación por mantenimientos y una amplia relación de los contratos que ejecuta en la actualidad y ha ejecutado anteriormente coincidentes con el objeto del que nos ocupa, como prueba de conocimiento del objeto contractual y posibilidad de ejecución.

El órgano de contratación en su informe de análisis de la viabilidad de la oferta realiza un análisis de los costes que confluyen en el contrato, llegando a la conclusión de que no puede ser prestado el servicio correctamente por no estar suficientemente presupuestados los gastos correspondientes al retén de guardia solicitado en pliegos, los vehículos y los modelos no son apropiados para el uso que tendrán, el combustible, el mantenimiento de los equipos de localización por GPS, los gastos de limpieza y mantenimiento de la nave que utilizara el recurrente como centro de operaciones y determinados gastos menores incluidos los de material de oficina.

El motivo de recurso se contrae a analizar la adecuación a derecho de la apreciación de la viabilidad de la oferta de la recurrente incurra en presunción de temeridad. El texto refundido de la Ley de Contratos del Sector público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP) en su artículo 152.3, 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 establece el artículo 152 del TRLCSP, sólo es posible 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 parezca anormalmente baja 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. Por ello la justificación ha de ir dirigida a demostrar la viabilidad de la oferta por referencia fundamentalmente al cumplimiento de las prestaciones objeto del contrato.

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; 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 justificación de una oferta es la acción de explicar, aduciendo razones convincentes o alegando otros medios, la viabilidad y acierto de una proposición, en los términos en que fue presentada al procedimiento licitatorio. Consiste pues, en la aclaración de los elementos en que el licitador fundamentó su oferta y en la verificación de que conforme a dicha aclaración, la misma es viable de forma tal que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada, en el modo y manera establecidos en los pliegos de condiciones”*.

Tal y como indica la Resolución 9/2016 de fecha 20 de enero de 2016 de este Tribunal: *“La justificación (de la oferta) ha de ir referida fundamentalmente al*

cumplimiento de las prestaciones objeto del contrato. Esto no supone que se justifique exhaustivamente cada uno de los componentes de la oferta anormal o desproporcionada, sino que se trata de argumentar de modo que permita al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo, la justificación ha de ser completa.

La apreciación de si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que componen la oferta y de las características que concurren en la propia empresa licitadora”.

El segundo paso del procedimiento contradictorio es el informe técnico valorando la justificación presentada. Según lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 152 del TRLCSP corresponde al órgano de contratación “*considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior*” 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. De no cumplirse con el requisito de motivación antes expuesto, 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.

A todo ello cabe añadir que la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde 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.

Tal y como señala la Resolución 836/2016 dictada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, ha consagrado la teoría de la denominada resolución reforzada que es aquella que: “*desmante las argumentaciones y justificaciones aducidas por el licitador para la sostenibilidad de su oferta, que debería*

referirse en particular al ahorro, las soluciones técnicas y las condiciones excepcionalmente favorables para efectuar la prestación”.

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 excluyendo toda posibilidad de arbitrariedad.

Se ha de advertir que la justificación de la oferta se inicia con el siguiente cuadro sinóptico de gastos:

DESCRIPCION	COSTE 3 AÑOS	COSTE ANUAL	PORCENTAJE
MEDIOS PERSONALES	570.687,30€	190.229,10€	46,43%
MEDIOS MATERIALES	181.816,70€	61.001,40€	14,89%
COMUNICACIÓN Y PLATAFORMA SIGESCA	432.688,00€	144.229,33€	35,20%
OTROS GASTOS	42.702,36€	14.234,12€	3,47%
SUMA DEL COSTE DIRECTO DEL CONTRATO	1.227.894,36€	409.693,95€	100,00%
GASTOS GENERALES 3%	36.836,83€	12.290,82€	
BENEFICIO INDUSTRIAL 3%	36.836,83€	12.290,82€	
TOTAL OFERTA ALUVISA (SIN IVA)	1.301.568,02€	434.275,59€	

A esta referencia se une la descripción de todos y cada uno de los gastos que concluyen en la ejecución del contrato. Así mismo se acompañan presupuestos de la mayor parte de los gastos consignados.

Por su parte el órgano de contratación en su informe rechaza de manera pormenorizada la justificación de gastos efectuada.

El adjudicatario en sus alegaciones manifiesta capítulo a capítulo la falta de justificación de los gastos consignados que considera insuficientes para la correcta ejecución del objeto del contrato.

Este Tribunal ha comprobado los distintos conceptos económicos aportados por la licitadora y contradichos por el órgano de contratación y adjudicatario, llegando a las siguientes conclusiones:

En cuanto a los gastos en vehículos, se encuentran perfectamente justificados, tanto en relación a los vehículos aportados, dos camiones de los cuales uno será tipo grúa y otro con plataforma, más dos furgonetas así como sus consumos en gasoil para los primeros y en electricidad para los segundos. El consumo por recarga de las furgonetas se encuentra consignado en los gastos de suministro eléctrico de la nave, toda vez que allí estarán situados los puntos de recarga. Consta justificado el gasto por la instalación y mantenimiento del GPS en los camiones.

En cuanto a los gastos de oficina y mantenimiento del almacén del centro de gestión, los costes están justificados incluso aportando documentación adicional sobre proveedores. Incluye este capítulo además las infraestructuras de entrada a la nave, sistemas de seguridad y extinción de incendios acometidas de suministros y otros conceptos menores. Se integran en este capítulo los gastos de oficina, que el órgano de contratación considera insuficientes cuando se consigna es de 900 euros al año y no ofrece consignación alternativa justificada.

El adjudicatario por su parte ofrece una justificación de la insuficiencia de gastos alegando los propios para este tipo de contrataciones, manifestaciones que no pueden ser comprobadas por este Tribunal.

En cuanto al capítulo de adecuación y mantenimiento de Sigescsa (plataforma informática) es junto con los gastos de personal el de mayor cuantía dentro del presupuesto. El órgano de contratación se limita a indicar que aparece como precio cerrado, cuando está abierto a las posibles incidencias y sus derivadas (dietas, desplazamientos etc.). ALUVISA considera que todos los gastos deben considerarse como cerrados, si se consideran abiertos no podrían ser presupuestados.

Por su parte el adjudicatario muestra su disconformidad con la cuantía referida. Este Tribunal considera que la justificación aportada por el recurrente es suficiente y se encuentra documentada mediante presupuestos.

En cuanto a la oposición que efectúa el órgano de contratación sobre la ausencia de presupuesto para video vigilancia, se comprueba que este concepto se encuentra recogido en el presupuesto aportado por la recurrente en el capítulo de Oficinas y Almacén.

En cuanto a los gastos de personal, se consignan los gastos totales por remuneración del personal adscrito a la ejecución del contrato con sujeción a la exigencia del Pliego de Prescripciones Técnicas y en cuantía superior a lo establecido en el Convenio Colectivo Sectorial, según manifestaciones del recurrente no opuestas por el órgano de contratación, con inclusión así mismo de los gastos por Seguridad Social y similares.

No obstante hay que advertir que en la consignación correspondiente al retén de guardia, la cuantía prevista es aparentemente baja, cuando en los PPT se solicita un retén de guardia para las urgencias que se produzcan tanto fuera del horario laboral como en festivos, incluyendo la noche en ambos casos.

En su defensa la recurrente alega su experiencia en este tipo de contratos y en consecuencia la cuantía asignada a este concepto es suficiente.

Según el apartado 2 del anejo 1 a los PPT a la ejecución de contrato se adscribirá el siguiente personal:

- Un delegado del contrato.
- Un Jefe de mantenimiento.
- Un encargado.
- Dos oficiales 1º de electrónica.
- Dos oficiales 2ª de electrónica.
- Un administrativo.

A este personal que prestará sus servicios en jornada de 8 de la mañana a seis de la tarde de lunes a viernes se unirá el retén de guardia formado por dos operarios de los cuales uno debe ser oficial de 2ª de electricidad. Si bien el recurrente no lo indica y el órgano de contratación tampoco, se desprende de la lectura de los informes que el retén de guardia no es un grupo profesional de presencia continuada en horario de 18,00 a 08,00 horas y veinticuatro horas los fines de semana y festivos, pues si se entendiera así el coste de este retén sobrepasaría el del personal exigido en los PPT. Más bien ha de entenderse como personal localizable y cuyas retribuciones irán en función de los avisos existentes. Bajo esta interpretación, única posible a la vista de las cuantías, el recurrente consigna en su oferta la cantidad de 2.288 euros al año, que justifica como suficiente a la vista de su experiencia profesional en contratos similares.

El órgano de contratación no motiva su oposición en este aspecto, limitándose a indicar que el informe de la recurrente no justifica el importe de los retenes ni de las guardias.

El adjudicatario alega que la cantidad es insuficiente, pero no aporta cifra alternativa alguna o motivación de su conclusión.

Este Tribunal considera que al no aportar el órgano de contratación una justificación cierta sobre la insuficiencia de la cuantía destinada a este gasto su admisión no pone en riesgo la viabilidad de la ejecución del contrato.

De todo ello se deduce que en el supuesto que nos ocupa, el Tribunal debe concluir que se ha seguido formalmente el procedimiento legalmente previsto en el artículo 152.2 y 3 del TRLCSP, en cuanto a la consideración y tramitación de las ofertas con valores anormales o desproporcionados; que la empresa adjudicataria, en el trámite de audiencia concedido presenta la justificación de su oferta; que el informe de apreciación de la viabilidad de la oferta emitido por el órgano de contratación con su ausencia de justificación válida y reforzada se sitúa fuera del margen de discrecionalidad que corresponde al órgano de contratación en este trámite, por lo que procede estimar 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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don M.H.D., en nombre y representación de la empresa Alumbrados Viarios S.A. (ALUVISA), contra la Orden de la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructuras de fecha 26 de septiembre por la que se adjudica el lote 1 el contrato de “Servicio de mantenimiento de las instalaciones semafóricas y luminosas del alumbrado exterior y del equipamiento de control de la red de carreteras de la Comunidad de Madrid. Años 2018-2021”, número de expediente A/SER-001166/2018, anulando la adjudicación efectuada y retrotrayendo las actuaciones hasta el momento de la exclusión de la oferta de la recurrente.

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.