

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

En Madrid, a 27 de junio de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la mercantil EY TRANSFORMA SERVICIOS DE CONSULTORÍA, S.L. (en adelante, “EY”), contra el acuerdo de exclusión de su oferta en la licitación del “Contrato mixto de servicios y suministro para la Plataforma de Robotización y Automatización de Procesos del Ayuntamiento de Madrid”, del Organismo Autónomo Informática del Ayuntamiento de Madrid, número de expediente 300/2023/00524, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Mediante anuncios publicados los días 3 y 4 de marzo de 2024, respectivamente, en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto, sujeto a regulación armonizada, con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado del contrato asciende a 2.198.347,50 euros y su plazo de duración será de 36 meses.

A la presente licitación presentaron oferta 10 licitadores, entre ellos, la recurrente.

Segundo. - Tras la apertura y calificación de la documentación relativa al cumplimiento de requisitos previos, apertura y valoración de las ofertas técnicas y, posterior apertura de archivos correspondientes a la oferta económica y resto de criterios evaluables mediante fórmula, por la Mesa de contratación, en sesión celebrada el 22 de mayo de 2024, identifica la oferta de EY como incurso en presunción de anormalidad y acuerda requerir a esta empresa para que justifique su oferta. En concreto, se señala: *“Especialmente, al ser el objeto de este contrato mixto de servicios y suministro la dotación al Ayuntamiento de Madrid de las licencias y servicios necesarios para el funcionamiento de una plataforma RPA (Robotic Process Automation) de robotización y automatización de procesos y, en concreto respecto del suministro, proveerle de los derechos de uso de licencias de una solución RPA del fabricante UiPath, (según indica en su oferta técnica EY), a fin de garantizar la disponibilidad de las licencias en todo momento y durante toda la vigencia del contrato, EY deberá acreditar el coste de adquisición de los derechos de uso para IAM mediante el presupuesto o factura proforma del fabricante.”*

En fecha 6 de mayo de 2024, EY presenta contestación al citado requerimiento de justificación, que una vez analizado por los servicios técnicos, da lugar a solicitud de aclaración a efectos de presentar el compromiso del fabricante de las licencias UiPath de que no existe impedimento contractual para la dotación de dichos derechos de uso a IAM, según lo estipulado en el referido acuerdo de licencias global que había suscrito EYGS LLP.

En fecha 10 de mayo, EY presenta documentación aclaratoria.

A la vista de lo aportado por EY, los servicios técnicos concluyen que no ha presentado ni el presupuesto o factura proforma del fabricante, ni el citado acuerdo

global, ni el compromiso del fabricante de las licencias UIPATH de que no existe impedimento contractual para la dotación de dichos derechos de uso a IAM, por lo que la Mesa, en sesión celebrada el 22 de mayo de 2024, considerando que la empresa no ha justificado razonada y detalladamente su oferta de acuerdo con lo requerido y los parámetros objetivos establecidos en el PCAP, apartado 20 del Anexo 1, acuerda elevar al órgano de contratación la exclusión de la oferta presentada por la ahora recurrente.

Mediante Resolución del Gerente de IAM de fecha 24 de mayo de 2024, se acuerda excluir de la licitación a EY, *“según lo acordado por la mesa de contratación, por considerar que su oferta resulta inviable por ser incompleta y fundamentarse en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico, especialmente respecto del suministro de los derechos de uso de las licencias de una solución RPA del fabricante UiPath, de acuerdo con lo establecido en el artículo 150.4 de la LCSP. EY TRANSFORMA SERVICIOS DE CONSULTORÍA, S.L. no ha acreditado lo requerido y fundamenta la viabilidad de su oferta en una argumentación de la que se desprende que no ha interpretado correctamente los requisitos del pliego, o que ha hecho una interpretación que le permitiría utilizar el acuerdo global de licencias suscrito por EYGS LLP con UiPath para la ejecución de este contrato basándose en un principio de servicio gestionado, en lugar de suministrar los derechos de uso de las licencias a IAM para su instalación en la infraestructura de este organismo, con plena seguridad y garantías de no vulnerar los requisitos establecidos en el acuerdo global de software y servicios de UiPath, sin limitar la legítima capacidad de decisión de IAM sobre el uso de las licencias. Esto le habría permitido realizar un descuento del 58% sobre el precio base de licitación, cuando la media de los descuentos del resto de licitantes es del 10%.”*

En la citada Resolución se acepta igualmente la propuesta de la Mesa de adjudicación del contrato en favor de ATOS IT SOLUTIONS AND SERVICES IBERIA, S.L.

De acuerdo con lo informado por el órgano de contratación y con la información que consta tanto en el expediente de contratación, como en PLACSP, el contrato no ha sido adjudicado.

Tercero. - El 12 de junio de 2024 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de EY, en el que solicita la anulación de su exclusión. Se solicita asimismo la adopción de medida cautelar de suspensión del procedimiento.

El 17 de junio de 2024, 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 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), solicitando su desestimación y oponiéndose a la suspensión del procedimiento.

Cuarto. – No se procede a la adopción de medida cautelar de suspensión por entrar este Tribunal directamente a conocer del fondo del asunto y a dictar resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. - De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo. - El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida de la licitación, que pretende la anulación de su exclusión y, por tanto, *“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”*, de conformidad con lo

establecido en el 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 de la Mesa que identifica la recurrente como objeto de impugnación fue adoptado el 22 de mayo de 2024, publicándose al día siguiente en la Plataforma, e interponiéndose el recurso, ante este Tribunal, el 12 de junio de 2024, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la misma Ley.

Cuarto. - El recurso se interpuso contra un acto dictado en el marco de un contrato mixto de servicios y suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, por tanto, recurrible al amparo del artículo 44.1.a) de la LCSP.

Impugna la recurrente el acuerdo de la Mesa de 22 de mayo de 2024 que, a su juicio, resuelve la exclusión de su oferta.

Desea aclarar este Tribunal que el acto impugnado es un acto de trámite que no reúne los requisitos de acto de trámite cualificado conforme a lo establecido en el artículo 44.2.b) de la LCSP, pues la exclusión de un licitador por no haber justificado debidamente los valores anormales en su oferta, corresponde al órgano de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 149.6 de la LCSP, por lo que procedería la inadmisión del recurso.

No obstante lo anterior, el órgano de contratación, por Resolución de fecha 24 de mayo de 2024, a la vista de lo actuado por la Mesa, acuerda excluir de la licitación a EY, acto que sí determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, lo que, por razones de economía procesal, aconseja admitir el recurso considerando el acto recurrible al amparo del artículo 44.2.b).

Quinto. - En cuanto al fondo del recurso, el motivo de impugnación se circunscribe a la incorrecta exclusión de su oferta, a juicio de la recurrente, por entender que procedió a la justificación de su oferta, inicialmente incurrida en presunción de anormalidad, en tiempo y forma, conforme a pliegos.

Sostiene la recurrente que, una vez requerida para ello, presentó la justificación con detalle pormenorizado de los valores de su proposición, indicando el detalle de los costes del software necesario para la ejecución del contrato, basándose en la existencia de un acuerdo de suministro de licencias, suscrito entre UiPath Inc. y EY Global Limited, entidad independiente de EY, aunque ambas pertenecen a la red internacional de EY.

Añade que, en respuesta al segundo requerimiento de aclaración, presentó nueva justificación de los términos requeridos por el IAM, señalando que el *“acuerdo global suscrito con UiPath permite (...) ceder a terceros (...) los derechos de uso de las licencias”*, aportando confirmación por correo electrónico del propio suministrador, UiPath de este extremo.

Apunta el error en el criterio seguido por el órgano de contratación para su exclusión, que interpreta que EY carecería de capacidad de suministro de los derechos de uso de las licencias a IAM y, por tanto, no podría cumplir la prestación del contrato relativa al suministro, pues considera que dicha entidad tendría que ser la titular de las licencias. No obstante, atendido el contenido de los pliegos en ninguna cláusula se recoge esta previsión, sino que se alude en todo momento a “derechos de uso de licencias” (vid. cláusulas 1.2, 3.2 del Pliego de prescripciones técnicas). Es decir, los propios pliegos recogen que las licencias son de otro titular (en el caso de la proposición de EY, ésta sería la titular) si bien el adjudicatario deberá otorgar un derecho de uso a un tercero (el IAM sería el usufructuario) en cuyas infraestructuras se instalaría la licencia.

Entiende que esta previsión de los pliegos es la recogida expresamente en el acuerdo suscrito entre EY Global Services y Uipath, al indicar que “EY será el licenciatario y desplegará sus propias licencias para el cliente”.

Prosigue señalando que el PPT incluye como prestación 3, la “explotación, monitorización y mantenimiento de los procesos en producción”, donde es el adjudicatario el encargado no solo de la gestión de las licencias, sino de los desarrollos informáticos de automatización de procesos que se programan y se ejecutan sobre esas.

Y prevé, en su cláusula 3.2, que *“la empresa adjudicataria deberá aportar, instalar y configurar el software necesario para la ejecución de los procesos automatizados previamente existentes, así como aquellos desarrollados e implantados como resultado del servicio de automatización de procesos incluido en este pliego. Las herramientas de diseño/development correrán a cargo de la empresa adjudicataria”*.

Asimismo, y con el fin de garantizar la correcta prestación del servicio gestionado, el IAM establece un Modelo de Servicio donde se garantiza que los automatismos desarrollados así como las licencias que éstos utilizan (licencias Uipath) funcionan correctamente, tal y como recoge la cláusula 4 del PPT: *“Monitorizar y controlar el estado del servicio en tiempo real a través de la plataforma de orquestación, garantizando una disponibilidad del 99,5%, así como el nivel de utilización de cada robot”*.

En esta misma línea, señala que los apartados 5.1 y 5.2 del PPT establecen un conjunto de Acuerdos de Nivel de Servicio, los cuales se vinculan a las penalizaciones previstas en el Contrato.

De esta forma, en su opinión, no cabe pensar que el IAM realice actuación alguna sobre las licencias o los procesos que las utilizan, ya que en ese caso no serían

exigibles dichos Acuerdos de Nivel de Servicio al adjudicatario, en tanto en cuanto la responsabilidad pasaría a ser compartida con el IAM y, por tanto, no exigible al adjudicatario.

En consecuencia, el IAM requiere un servicio gestionado integral, donde el adjudicatario suministra el usufructo de licencias y se encarga que los desarrollos informáticos que las utilizan, funcionen a satisfacción, realizando el IAM una labor de supervisión del Nivel de Servicio Requerido; lo cual se encuentra dentro del servicio gestionado previsto en el certificado de UiPath, en el que EY es propietario de unas licencias y está en disposición de ceder el usufructo de las mismas en el marco del servicio solicitado por el IAM.

Acompaña a su recurso una carta de confirmación de UiPath de fecha 6 de junio de 2024 en la que, según traduce EY, el fabricante informa que: *“El Partner [en este caso, EY] también está autorizado a proporcionar licencias de Servicios Gestionados a sus clientes en los dos escenarios siguientes:*

- (i) en los que mediante la adquisición de estas licencias los clientes no pueden acceder a los productos de UiPath, excepto con fines de supervisión/informes;*
- (ii) o alternativamente, los clientes que necesiten un acceso más amplio a los productos de UiPath pueden obtener dicho acceso mediante la adquisición de licencias que ofrezcan a los clientes el derecho a ejecutar o hacer funcionar los productos de UiPath. En cualquier escenario de Servicios Gestionados, la propiedad de las licencias seguirá siendo del Partner.”*

Por ello, concluye, en la medida en que el presente contrato no tiene como objeto la provisión de licencias al IAM sino únicamente de derechos de uso, y, en virtud del acuerdo global suscrito entre EY Global Limited y UiPath Inc esta dotación está permitida, su proposición debe ser admitida.

El órgano de contratación opone en su informe que, tal y como describe en el apartado 1 del Anexo I del PCAP “*El objeto del contrato mixto de servicios y suministro consiste en la dotación al Ayuntamiento de Madrid de las licencias y servicios necesarios para el funcionamiento de una plataforma RPA (Robotic Process Automation) de robotización y automatización de procesos*”.

En concreto, prevé el pliego la dotación de las siguientes licencias:

Servicio de Licenciamiento/Derechos de uso:

- Licencia UiPath o equivalente para la orquestación y ejecución de robot desatendido (Automation Cloud)
- Licencia UiPath o equivalente de desarrollo
- Licencia UiPath o equivalente Test Robot
- Licencia UiPath o equivalente 60K AI Units

Aclara el órgano de contratación en su informe que mediante el símbolo de la barra (/) en Licenciamiento/Derechos, el pliego separa claramente el servicio de licenciamiento (SaaS) de los derechos de uso propiamente dichos para cada tipo de licencia requerida en función de la infraestructura sobre la que se instalarán las licencias, en la nube de UiPath (SaaS) o en el hardware de IAM, tal y como se especifica en el PPTP.

Asimismo, advierte que según se refleja en el estudio económico de la licitación, los costes de los derechos de uso y mantenimiento de hardware y software de la plataforma RPA son costes directos, ascendiendo el total a 599.676,00 euros IVA incluido, lo que representa el 39,22 % del precio total de contrato, basándose estos importes en los precios de mercado correspondientes al licenciamiento de uso y mantenimiento de los productos y en los presupuestos solicitados a los diferentes proveedores.

Manifiesta que se trata de un suministro con el que IAM pretende adquirir, de acuerdo con lo establecido en el artículo 300 de la LCSP y la cláusula 41 del PCA, unos bienes inmateriales (las licencias) para sí, no para el adjudicatario del contrato, a cambio de un precio que le permita como licenciataria utilizar/installar el software en su infraestructura propia, fijando el PCAP los correspondientes plazos de entrega y recepción. Y por definición, en las licencias informáticas lo que se adquiere siempre es solo un derecho de uso del software sin adquirir la propiedad de mismo, ya que por normativa en materia de propiedad intelectual la propiedad es única y exclusivamente del licenciataria.

Señala que en el apartado 7 del Anexo I del PCAP respecto del régimen de pagos se establece lo siguiente:

...Derechos de uso Plataforma RPA: Las licencias objeto del contrato han de entregarse en tres momentos diferentes y por tanto serán objeto de recepciones parciales, respectivamente, dentro del mes siguiente al contar desde el día de su entrega:

1ª. Entrega de las licencias correspondientes a los primeros 12 meses de ejecución del contrato: se realizará el primer día de ejecución del mismo, que será objeto de recepción en el plazo de un mes.

2ª. Entrega de las licencias correspondientes a los meses 13 a 24: se realizará el primer día del mes 13.

3ª- Entrega de las licencias correspondientes a los meses 25 a 36: se realizará el primer día del mes 25.

En caso de prórroga, la entrega de las licencias correspondientes al período de prórroga se realizará el primer día de ejecución de la misma, recepcionándose en el plazo de un mes.

En el caso de que el adjudicatario del contrato hubiera presentado

licencias adicionales como mejora de su oferta, éstas deberán entregarse conjuntamente a las exigidas en el PPTP en cada uno de los hitos anteriormente establecidos...

En el apartado 8 de dicho Anexo I se recogen también los plazos de entrega y recepción de las licencias.

Y considerando esta regulación de los pliegos, EY presentó una oferta incurso en presunción de anormalidad, en la que la enorme desproporción de su oferta trae causa en el precio ofertado para el suministro objeto del contrato (58%), de ahí la necesidad de justificar especialmente las características del suministro ofertado a tales precios, a lo que EY contestó de manera genérica, poco clara y sin acompañar la documentación requerida del fabricante de UiPath, limitándose a argumentar:

- Tener el mayor nivel de partnership/alianza mundial con los principales fabricantes del software lo que le permite conseguir mayores descuentos que sus competidores.
- Formar parte de la red internacional de firmas de EY, independientes cada una de ellas entre sí, que le permite disponer, de un acuerdo del que pueden ser beneficiarias cualquier entidad de la red internacional, con un distribuidor global de derechos de uso de licencias UiPath basadas en una plataforma SaaS, y acompaña como anexo, los precios que le ofrecía EYGS.
- Las sinergias y unas economías de escala que les permite la utilización de este distribuidor al aglutinar demanda a nivel mundial.

Añade en este punto que no siendo clara ni concluyente la documentación que inicialmente presentó EY para justificar su baja, IAM determinó solicitar una aclaración para evitar su exclusión del procedimiento, ya que las características de los derechos de uso de las licencias solicitadas eran obligatorias y la Administración está obligada a comprobar que las cumplen todas las ofertas presentadas, en aras a garantizar la seguridad jurídica y el cumplimiento de los principios de igualdad de trato y no

discriminación de los licitadores.

Nuevamente, a juicio del órgano de contratación, EY tampoco aportó lo requerido: el compromiso del fabricante de las licencias UiPath de que los derechos de usos serán puestos a disposición de IAM para su uso exclusivo durante toda la vigencia del contrato y que no existe impedimento contractual para ello en virtud del EY's UiPath global license agreement alegado por EY. En su lugar, EY manifestó que dicho acuerdo global suscrito con UiPath por EYGS permite utilizar las licencias a EY y cederlas a terceros (en este caso a IAM), si bien no acompañó el acuerdo alegando que contiene "aspectos de naturaleza confidencial"; confidencialidad que EY ni explicaba razonablemente ni justificaba legalmente, por lo que no cabría admitir dicho argumento entonces y, en todo caso, dicha confidencialidad operaría para los demás licitadores si solicitaran analizar la justificación de la baja EY, pero no contra la Administración que la requiere para demostrar la viabilidad de la oferta.

Apunta que, a mayor abundamiento, lo que era imposible aportar en fase de licitación, EY lo presenta ahora en fase de recurso, indicado que lo aportado en este momento tampoco contesta exactamente a lo requerido por IAM porque parte de la hipótesis de que el objeto del contrato es únicamente un servicio gestionado, cuando se trata de un contrato mixto de servicio (gestionado) y suministro de derechos de usos de las licencias.

Por ello, concluye, la exclusión debe considerarse conforme a Derecho.

Vistas las alegaciones de las partes procede determinar si la oferta incurra en anomalía se encuentra debidamente justificada y si el órgano de contratación ha motivado suficientemente su decisión.

El artículo 149 LCSP, regula las ofertas anormalmente bajas, refiriéndose a la posible justificación presentada por el licitador y a su valoración por la mesa de contratación, en el siguiente sentido:

...4. Cuando la mesa de contratación, o en su defecto el órgano de contratación hubiere identificado una o varias ofertas incursas en presunción de anormalidad, deberá requerir al licitador o licitadores que las hubieren presentado dándoles plazo suficiente para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos.

La petición de información que la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación dirija al licitador deberá formularse con claridad de manera que estos estén en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta.

(...)

En todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201.

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.

(...)

6. La Mesa de Contratación, o en su defecto, el órgano de contratación evaluará toda la información y documentación proporcionada por el licitador en

plazo y, en el caso de que se trate de la mesa de contratación, elevará de forma motivada la correspondiente propuesta de aceptación o rechazo al órgano de contratación. En ningún caso se acordará la aceptación de una oferta sin que la propuesta de la mesa de contratación en este sentido esté debidamente motivada.

Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuatro, estimase que la información recabada no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador y que, por lo tanto, la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la mejor oferta, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo 150. En general se rechazarán las ofertas incursas en presunción de anormalidad si están basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde una perspectiva técnica, económica o jurídica...

Como ya hemos señalado en numerosas resoluciones, la doctrina consolidada respecto a la justificación de las ofertas anormalmente bajas se puede resumir apelando a la Resolución del 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 incurso 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 incursas 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 (...)

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...

En el caso que nos ocupa, EY presentaba en su oferta sobre los derechos de uso de licencias un descuento del 58%, cuando la media del descuento de todos los licitadores presentados era del 14%. Por este motivo, la Mesa requirió a la recurrente, en aplicación del artículo 149.4 de la LCSP, para que presentara informe con justificación y desglose razonado y detallado de los precios ofertados. Y en el requerimiento de justificación se solicitaba expresamente la acreditación del coste de adquisición de los derechos de uso para IAM mediante el presupuesto o factura proforma del fabricante, a fin de garantizar la disponibilidad de las licencias en todo momento y durante toda la vigencia del contrato.

En el plazo otorgado, EY aporta justificación de su baja, con un desglose pormenorizado de costes. En el documento de justificación, respecto a lo solicitado

por la Mesa en relación con la disponibilidad de las licencias, la ahora recurrente hacía constar:

...EY Transforma Servicios de Consultoría SL es una sociedad que forma parte de la red internacional de firmas de EY, independientes cada una de ellas entre sí, si bien no forma parte de ningún grupo empresarial en los términos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio, según se indica en el DEUC de la licitación. La pertenencia a esta red internacional permite disponer, entre otros, de un acuerdo del que pueden ser beneficiarias cualquier entidad de la red internacional, con un distribuidor global de derechos de uso de licencias UiPath basadas en una plataforma SaaS (Software as a Service) requeridas por IAM en los pliegos que rigen la licitación. En el Anexo 1 se incluye presupuesto firmado por dicho distribuidor.

La utilización de este distribuidor permite obtener unas sinergias y unas economías de escala muy significativas al aglutinar demanda a nivel mundial...

Analizado por este Tribunal el citado Anexo 1 presentado en la justificación, se trata de un documento en inglés del que parece desprenderse que EY global proveerá de determinadas licencias a EY Transforma Servicio de Consultoría S.L., bajo el acuerdo global UiPath, lo cual no cumple lo solicitado en el requerimiento de la Mesa.

Es en este momento en el cual el órgano de contratación toma conocimiento de que el suministro que debía ofertar parecía no ser acorde con lo requerido en los pliegos. Y ello porque según señala el órgano de contratación en su informe al recurso: *“EY en su oferta técnica (documento titulado Enfoque y metodología del proyecto, pág. 12) diferencia claramente el orquestador en modo SaaS (nube UiPath, no de EY) de los robots en la infraestructura de IAM, por lo que nada hacía sospechar en el momento de valoración de la oferta técnica del servicio, que el suministro que debía ofertar no fuera a ser acorde a lo requerido en el PPTP.”*

Por este motivo, se cursa solicitud de aclaración en el sentido de presentar compromiso del fabricante de las licencias UiPath de que los derechos de usos serán puestos a disposición de IAM para su uso exclusivo durante toda la vigencia del contrato y que no existe impedimento contractual para ello en virtud del EY's UiPath global license agreement alegado por EY.

En contestación a esta aclaración EY presenta escrito en el que manifiesta lo siguiente: *“el citado acuerdo global suscrito con UiPath permite a EY, en el caso de contratos mixtos (servicios y suministros), ceder a terceros, en este caso al IAM, los derechos de uso de las licencias, tal y como se exige para la ejecución del presente contrato, manteniendo EY la titularidad de las mismas. Así, EY puede ser propietario de una licencia por un tiempo que exceda al contrato, y traspasar durante la ejecución del servicio el uso de la misma al IAM. No obstante, en la medida en que el plazo conferido por el IAM a EY para acreditar esta situación ha sido breve, no ha sido posible obtener un certificado de tal extremo, ni la autorización expresa de UiPath para aportar el meritado acuerdo global, en tanto contiene aspectos de naturaleza confidencial”*.

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. La función de este Tribunal no es la de suplantar el acierto técnico en la valoración de las ofertas de los licitadores, pues en esta materia rige el principio de discrecionalidad técnica sustentada en la especialización técnica y la objetividad de los órganos competentes para efectuar dicha valoración; sino que la función debe ser la de comprobar que tal valoración se ha ajustado a la legalidad, por ser coherente con los pliegos y la normativa de aplicación, y por ser suficientemente motivada.

Como ya señalamos en nuestra Resolución 129/2024, 4 abril: *“Debe partirse de la reiterada doctrina de este Tribunal que recuerda que la exhaustividad de la justificación aportada por el licitador habrá de ser tanto mayor cuanto mayor sea la baja en que haya incurrido la oferta, por relación con el resto de ofertas presentadas. Y del mismo modo, a menor porcentaje de baja, menor grado de exhaustividad en la justificación que se ofrezca”.*

Por ello, a juicio de este Tribunal resulta especialmente aplicable la doctrina expuesta respecto que la exhaustividad de la justificación aportada por el licitador habrá de ser tanto mayor cuanto mayor sea la baja en que haya incurrido la oferta, por relación con el resto de ofertas presentadas.

Del mismo modo, en el caso del informe del órgano por el que se excluye una oferta en presunción de anormalidad requiere de argumentos que permitan inferir que la duda sobre la viabilidad de la oferta es lo suficientemente fundada para desarticular las explicaciones de la justificación, manteniendo con ello la presunción de inviabilidad

de la oferta.

En el caso que nos ocupa resulta de interés tener en consideración que la recurrente no aportó la documentación requerida por el órgano de contratación y necesaria para justificar económica y técnicamente la viabilidad de su oferta, en lo referido a del coste de adquisición de los derechos de uso para IAM.

Por su parte, el informe técnico alude a que en el acuerdo maestro de software y servicios de Uipath, que es de acceso público en <https://www.uipath.com/assets/downloads/mssa>, se indica expresamente: “3.1. *Licencia. Sujeto a los términos y condiciones de este Acuerdo, UiPath otorga al Cliente y a sus afiliados, en el momento de la entrega y durante el Plazo de la Licencia, un derecho mundial limitado, no exclusivo, no sublicenciable e intransferible para acceder y utilizar la tecnología especificada en la petición, únicamente para sus fines comerciales internos y de acuerdo con la política de licencias y la documentación asociada.*”

Por lo que el informe que sirvió de base a la exclusión señala que Uipath otorga el acceso y el uso de su tecnología al propietario, únicamente para fines internos, por lo que, salvo autorización expresa del fabricante, impide su utilización en la infraestructura de IAM. Y, a juicio del técnico el descuento del 58% sobre el precio base de licitación se basa en la utilización del acuerdo global de licencias suscrito por EYGS LLP con UIPATH para la ejecución de este contrato, en lugar de suministrar los derechos de uso de las licencias a IAM con plena seguridad y garantías de no vulnerar los requisitos establecidos en el acuerdo global de software y servicios de Uipath, sin limitar la legítima capacidad de decisión de IAM sobre el uso de las licencias.

La justificación del rechazo de la oferta anormal se fundamenta en este caso en un único motivo: la constatación de que la oferta presentada no cumple con un requisito mínimo exigido en el Pliego: la exigencia del suministro de los derechos de uso de las licencias a IAM.

De la consulta de los pliegos se constata que el apartado 5 de la Cláusula 1 del Anexo I al PCAP, dentro del presupuesto base de licitación cuantifica el importe correspondiente a los derechos de uso de licencias de una solución RPA, en el importe total de 495.600,00 euros, al que corresponde por IVA la cuantía de 104.076,00 euros, totalizándose en 599.676,00 euros, IVA incluido, siendo el sistema de determinación del presupuesto el de unidades de ejecución-unidades de suministro de cada licencia.

El apartado 7 del Anexo I del PCAP respecto del régimen de pagos se establece expresamente los momentos de entrega de los derechos de uso de las licencias de la Plataforma RPA.

Y, finalmente, el apartado 6.1 del PPT, bajo el título “PROVISIÓN Y LICENCIAMIENTO DE UNA SOLUCIÓN RPA”, señala que la parte del contrato correspondiente al derecho de uso de las licencias de la solución RPA no conlleva la aplicación de acuerdos de nivel de servicio. Y que el importe a facturar será el correspondiente al importe de adjudicación del contrato respecto de los derechos de uso de la plataforma RPA en los términos previstos en el Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP).

Decae, a juicio de este Tribunal, la argumentación de la recurrente centrada en que “no cabe pensar que el IAM realice actuación alguna sobre las licencias o los procesos que las utilizan, ya que en ese caso no serían exigibles dichos Acuerdos de Nivel de Servicio al adjudicatario”, por cuanto que precisamente para esa parte del contrato el pliego prevé la no aplicación de acuerdos de nivel de servicio.

A mayor abundamiento, EY en su aclaración a la justificación presentada sí habla de la cesión de los derechos de uso de dichas licencias en favor del IAM, pero no lo acredita amparándose en la brevedad del plazo y la confidencialidad, por lo que no se atiende al requerimiento efectuado.

Debe considerarse, por tanto, que el órgano de contratación, en el ámbito de la doctrina expuesta anteriormente, ha actuado legítimamente al considerar no justificada razonada y detalladamente la oferta presentada por EY de acuerdo con lo requerido, al no quedar acreditada la adquisición de los derechos de uso de las licencias para IAM de la solución RPA del fabricante UiPath en el momento en que fue requerida para ello, en el trámite del procedimiento contradictorio previsto por el artículo 149 LCSP, no pudiendo este Tribunal entrar al examen de la documentación aportada por la recurrente en vía de recurso por no coincidir con la que fue objeto de examen en el procedimiento por parte del órgano de contratación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad de sus miembros, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero. - Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por representación legal de la mercantil EY TRANSFORMA SERVICIOS DE CONSULTORÍA, S.L., contra el acuerdo de exclusión de su oferta en la licitación del “contrato mixto de servicios y suministro para la Plataforma de Robotización y Automatización de Procesos del Ayuntamiento de Madrid”, del Organismo Autónomo Informática del Ayuntamiento de Madrid, número de expediente 300/2023/00524.

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.