

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

En Madrid, a 17 de julio de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.B.L. en nombre y representación de Abalo, Arquitectura e Ingeniería S.L. y don G.C., en nombre y representación de la empresa Proger Spain Engineering & Managemant S.L. (en adelante UTE recurrente), ambas licitadoras en compromiso de UTE, contra el Decreto del Concejal del Área de Gobierno de Economía y Hacienda de fecha 23 de mayo, por el que se adjudica el “Acuerdo Marco de Servicios de trabajo de apoyo a la ejecución de obras en el Ayuntamiento de Madrid y sus Organismos Autónomos. Lote 1” número de expediente 135/2018/0023 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios en el DOUE y en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid de fecha 17 de enero de 2019, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en cuatro lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 20.987.813,58 euros y su plazo de duración se establece en dos años con posibilidad de prórroga por otro año más.

Segundo.- A la presente licitación se presentaron 25 ofertas entre ellas la de la UTE recurrente.

Tras la tramitación del procedimiento de licitación se procede a la apertura de las ofertas económicas considerándose como desproporcionada la presentada por la UTE recurrente, iniciándose los tramites recogidos en el artículo 149 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).

De conformidad con el informe técnico elaborado con fecha 10 de abril, la Mesa de Contratación en su sesión de 16 de abril de 2019, acordó rechazar la justificación de viabilidad aportada por la UTE recurrente.

El órgano de contratación hizo suya esta propuesta de exclusión y junto con la adjudicación del lote 1 del Acuerdo Marco que nos incumbe dictó resolución en fecha 24 de mayo de 2019.

Tercero.- El 19 de junio de 2019 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Abalo, arquitectura e ingeniería S.L. y Proger Spain Engineering & Managemant S.L en el que solicita la anulación de su exclusión al considerar que su oferta ha sido perfectamente justificada y que el informe técnico de valoración de este extremo está basado en dos errores de facto que provocan su propuesta de exclusión de la oferta.

El 27 de junio de 2019 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMT), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Finalizado el plazo no se ha recibido ninguna alegación.

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 un compromiso de empresas para licitar al presente contrato cuya oferta ha sido excluida de la licitación al lote 1 del Acuerdo Marco que nos interesa, *“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 24 de mayo de 2019, practicada la notificación el 29 de mayo de 2019 e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 19 de junio de 2019, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la exclusión de una oferta, en el seno de un acuerdo marco de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.b) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la inadmisión de la justificación de viabilidad de la oferta presentada por la UTE recurrente.

Como ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones la apreciación de la viabilidad de las ofertas incursas en presunción de temeridad responde al concepto de discrecionalidad técnica que corresponde al órgano de contratación. Según lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP corresponde al órgano de contratación “considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuarto” estimar si la oferta puede ser o no cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. De acuerdo con ello, es imprescindible que el informe de los servicios técnicos esté suficientemente motivado, a los efectos de que la Mesa de contratación primero, en su propuesta, y el órgano de contratación después, puedan razonar o fundar su decisión.

Sólo es posible, de acuerdo con el indicado artículo, excluir una oferta que contenga valores anormales cuando, a la vista de la justificación aportada y los informes sobre la misma, se estime que “la oferta no puede ser cumplida”. O, como expresa también el artículo 69.3 de la nueva Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, los poderes adjudicadores exigirán a los operadores

económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando ésta parezcan anormalmente bajas para los servicios de que se trate y sólo se podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos, teniendo en cuenta los elementos mencionados en el apartado 2 del citado artículo.

No resulta posible la aplicación automática de los criterios de temeridad rechazando la oferta incurso en dicho umbral, pues la ley requiere solicitar explicaciones sobre la composición de la oferta y una valoración de los diferentes elementos puestos de manifiesto en la justificación y de las características de la propia empresa para poder apreciar de forma motivada si es posible o no el cumplimiento de la proposición en términos satisfactorios que ponga de manifiesto que esa anomalía no afectará a la ejecución del contrato. Para ello la LCSP, en su artículo 149, establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad. Y ello exige, en un primer momento, otorgar al licitador la posibilidad de que explique los elementos que ha tenido en cuenta a la hora de formular su oferta de manera que no se produzca un rechazo automático y que el órgano de contratación pueda llegar a la convicción de la oferta se puede cumplir garantizando la correcta ejecución del contrato. Estos trámites tienen por objeto evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y garantizar la sana competencia entre las empresas (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 29 de marzo de 2012, dictada en el asunto C-99/10, SAG EV Slovensko a.s.).

Tal como se indica en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña 3/2012, de 30 de marzo, *“Según se desprende de la normativa mencionada, con la regulación de las ofertas o proposiciones con valores anormales o desproporcionados se persigue un doble objetivo: en primer lugar, garantizar la ejecución correcta del contrato, es decir, que la ejecución del contrato no se pueda frustrar como consecuencia del hecho de que una oferta o una proposición contenga valores anormales o desproporcionados y, por lo tanto,*

comprobar que estas ofertas o proposiciones son viables y que en caso de ser seleccionadas se podrán cumplir correctamente en los términos establecidos; y, en segundo lugar, establecer unos mecanismos de protección para la empresa licitadora, de manera que su oferta o proposición no pueda ser rechazada de forma automática, sino que tenga la posibilidad de defenderla”.

La información justificativa, tal como está diseñado el procedimiento contradictorio de verificación de la oferta anormal o desproporcionada va dirigida a convencer al órgano de contratación de que con la oferta formulada, anormalmente más baja en comparación con las demás del mismo procedimiento competitivo, y con la justificación de su desglose, se pueden cumplir las prestaciones objeto del contrato, de manera que si la justificación es insuficiente o motivadamente no garantiza adecuadamente la ejecución del contrato, atendiendo a la inicial presunción y para preservar el interés público de la licitación la oferta ha de ser rechazada.

Es conveniente señalar además el criterio mantenido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en numerosas Resoluciones y que este Tribunal comparte, en cuanto a que “en aquellos casos en los que el informe técnico no comparta la justificación dada por el licitador para justificar la anormalidad de su oferta, resulta evidente que debe motivarse el informe pues éste tendrá que salir al paso de lo alegado por el interesado rebatiendo su argumentación – “resolución reforzada”, como se ha dicho por este Tribunal en otras resoluciones, siendo la más reciente la nº 294/2018 de fecha 26 de septiembre (Resolución 559/2014 de fecha 22 de julio; 685/2016, de 9 de septiembre, entre otras).

En esa misma Resolución, el TACRC señala que “hemos de analizar, tal y como señala la doctrina anteriormente sentada, la justificación presentada. Pese a tratarse de cuestiones no jurídicas sino eminentemente técnicas, sí puede este Tribunal analizar la suficiencia de tales explicaciones a los efectos de valorar en este caso los argumentos suficientes a la entidad contratante, como también puede

analizar este Tribunal si la mencionada entidad ha realizado el esfuerzo de argumentación que venimos exigiendo (la llamada resolución reforzada) para poder excluir de la contratación a la empresa que ofertó el precio más bajo, que a la postre hubiese podido resultar adjudicataria del contrato ya que se trata de un contrato a adjudicar teniendo en cuenta únicamente el precio más bajo ofertado”.

En este momento, la función del Tribunal sería meramente de control del cumplimiento de los principios y de los trámites legales, no siendo posible la sustitución del juicio técnico del informe ni de la decisión sobre la posibilidad de cumplimiento que como ya se ha dicho corresponde exclusivamente al órgano de contratación. Los elementos de control serían, además del cumplimiento de las formalidades jurídicas, que exista motivación y que la misma resulte racional y razonable, así como la comprobación de que el informe correspondiente efectuado por el órgano de contratación contiene la suficiente motivación, que en este caso ha de ser “reforzada”, para excluir a la recurrente por falta de justificación de la viabilidad.

De no cumplirse con estos requisitos de racionalidad o motivación reforzada antes expuestos, la decisión discrecional del órgano de contratación calificando una oferta de anormal o desproporcionada cuando no constan en el expediente las circunstancias que el citado órgano tomó en consideración en el momento de adoptar la correspondiente decisión, podría ser considerada arbitraria.

La decisión final sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde, según dispone el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP, al órgano de contratación que la adoptará a la vista de las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y teniendo en cuenta los informes emitidos por los servicios técnicos, sin que las alegaciones ni los informes tengan carácter vinculante pudiendo, por tanto de manera motivada, separarse de la propuesta.

A la vista de lo anteriormente alegado, corresponde comprobar la racionalidad

y refuerzo del informe de técnico que ha servido de base para la adopción por la mesa de contratación de la propuesta de rechazo de la oferta, asumida por el órgano de contratación.

De esta forma observamos que la justificación requerida por el órgano de contratación a la recurrente alcanzaba las siguientes cuestiones:

- “a) Justificación del porcentaje de descuento ofertado sobre todos y cada uno de los precios que figuran en la base de precios del acuerdo marco, teniendo en cuenta que por la naturaleza del acuerdo marco se desconoce el número de actuaciones que deberán llevarse a cabo por el adjudicatario.*
- b) Se deberán justificar los costes del personal adscrito al acuerdo marco para cada una de las categorías, indicando el convenio colectivo al que pertenece el personal y acreditando que dicho personal tiene unas retribuciones iguales o superiores al citado convenio, desglosando costes sociales.*
- c) Se deberán indicar los costes directos e indirectos de los medios auxiliares necesarios para la ejecución del acuerdo marco, así como el porcentaje que se ha considerado de gastos generales y beneficio industrial*
- d) Probar la viabilidad de la oferta en todos sus elementos, pudiendo aportar todo tipo de justificantes.*
- e) Precisar las condiciones de la oferta o las concretas soluciones adoptadas para este acuerdo marco, en virtud de las cuales se asegura la viabilidad de la oferta.”*

La justificación presentada por la UTE recurrente versaba sobre:

“Índice

- 1. Introducción*
- 2. Justificación del precio de la oferta*
 - a. Importe de la baja respecto al umbral de consideración de baja desproporcionada*
 - b. Ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato*

3. *Justificación de los costes del personal adscrito*
4. *Los costes directos e indirectos de los medios auxiliares necesarios para la ejecución del acuerdo*
 - a. *Plazo de desarrollo del proyecto*
5. *La viabilidad de la oferta en todos sus elementos*
 - a. *Las condiciones técnicas favorables para ejecutar la prestación*
- 6 *Condiciones de la oferta y las concretas soluciones adoptadas para asegurar la viabilidad de la oferta (...)*”.

Como ha reconocido el Tribunal en la resolución 291/2018 de 29 de septiembre, “*Son varias las formas de justificar la viabilidad de una oferta, pudiendo ofrecerse el desglose de costes de acuerdo con criterios contables, como parece pretender la recurrente, pero también con cualquier otro sistema que logre generar en el órgano de contratación el convencimiento de que la oferta puede ser cumplida en sus propios términos*”.

Entrando en el fondo del informe técnico de valoración de la justificación de viabilidad de la oferta comprobamos que el órgano de contratación en su informe admite y acepta la justificación en cuanto a los costes de personal y los costes directos e indirectos de los medios auxiliares. Pero no admite la opción de la recurrente en cuanto a dividir la ejecución del contrato en cuatro.

Efectivamente la recurrente en su informe indica: “*El precio de la licitación para el Lote 1 se establece en el Pliego de Condiciones del Acuerdo Marco en 5.827.125,00 euros, IVA excluido. Considerando que el pliego de condiciones indica que se elegirán como adjudicatarios del Lote 4 (debemos de entender que se trata de un error tipográfico y debe leerse el lote 1) que tengan mejor puntuación, entendemos que le corresponderían a cada empresa aproximadamente 1.456.781,25 euros IVA excluido. Si a esta cantidad le aplicamos el baja ofertada por la UTE Proger-Abalo, resultan unos honorarios de 681.336,59 euros, que en apartados siguientes justificamos su viabilidad económica para la ejecución de los*

trabajos, garantizando en todo momento la buena calidad del servicio y la disposición de los medios humanos y materiales requeridos en el pliego de condiciones”.

El órgano de contratación a este respecto indica que la fundamentación de la oferta en hipótesis basada en un reparto de trabajos y honorarios equitativo entre las cuatro empresas es errónea. Considera que a la tramitación de los contratos basados, las empresas adjudicatarias podrán y deberán mejorar sus ofertas, por lo que el reparto equitativo es un principio a todas luces inaplicable en este caso.

No obstante como manifiesta la UTE recurrente en su recurso, es matemáticamente irrelevante la división en cuatro partes del total del presupuesto de licitación que en una que en dos, toda vez que la oferta económica se configura como un tanto por ciento de descuento sobre los precios unitarios que figuran en el PPT. Si bien ha optado con considerar un reparto equitativo de los contratos basados entre las cuatro licitadoras, partiendo de una suposición excesiva, la argumentación en contra de esta división por parte del órgano de contratación no desvirtúa la justificación de la viabilidad de la oferta.

Incluye la recurrente una amplia descripción de distintos servicios similares al licitado, con el fin de demostrar la viabilidad de su oferta. No podemos admitir como justificación la remisión a otras ejecuciones llevadas a cabo por la empresa. Como sostuvo el Tribunal en su Resolución 2/2017 de 11 de enero *“El contenido de la justificación ha de ir referido a las prestaciones objeto del contrato. Las empresas deciden libremente la composición de sus ofertas económicas de acuerdo a los criterios establecidos en el Pliego y son conocedoras de los factores de todo tipo que han tenido en cuenta para su formulación en los términos en que la han presentado, valorando incluso el riesgo de exclusión al que se exponen, si sus propuestas son anormalmente bajas y el riesgo de no resultar adjudicatarias, si los precios que proponen son demasiado altos o cercanos a los máximos establecidos por el Pliego”.*

El segundo motivo que invoca el órgano de contratación para rechazar la justificación de la viabilidad de la oferta es que la fundamentación del informe se basa en una hipótesis errónea al fundamentarse en la reducción del 25 por ciento del plazo de duración del Acuerdo marco.

El recurrente alega en su favor que la interpretación efectuada por el técnico redactor del informe parte de un error, pues la viabilidad no se basa en la reducción de la vigencia del acuerdo marco, sino en la reducción de los proyectos encargos en un 25%. Hay que señalar que la reducción del plazo para la entrega de los proyectos encargados es un criterio de valoración. Esta reducción redundaría en un ahorro de costes, pues el personal adscrito a la ejecución de dicho encargo, una vez terminado podrá ser adscrito a proyectos distintos de contratos distintos, redundando con ello en un ahorro significativo en el coste del proyecto que nos ocupa. Así lo manifiesta textualmente la UTE recurrente: *“El plazo máximo previsto para el desarrollo de los trabajos objeto de este contrato según el pliego para la redacción es de 24 meses, nosotros hemos ofertado una reducción del 25% en la redacción de los proyectos que nos sean encomendados dentro del Acuerdo Marco, con lo que la previsión de duración de la redacción de proyectos se reduce a 18 meses en cuanto a estimación de costes del personal asignado a este contrato, pudiendo ocupar la optimización del 25% en la reducción del plazo para la redacción de los proyectos, redundaría en una optimización del gasto de costes directos e indirectos y de los medios auxiliares previstos para la ejecución del contrato”*.

Comprobamos de la redacción del informe de justificación de la oferta que la reducción del 25% del plazo de ejecución de cada encargo se proyecta sobre el total como una reducción del mismo porcentaje en la totalidad del contrato, es decir que llega a la reducción general a través de las reducciones parciales. Este Tribunal considera suficientemente claro y entendible el concepto manejado por la UTE recurrente en su primer informe y solo puede considerar como fruto de un error de interpretación la inadmisión del argumento por parte del órgano de contratación.

Por todo lo cual este Tribunal considera que la apreciación del órgano de contratación de que el informe justificativo de la oferta no se encuentra motivado correctamente en el recurso planteado, se aprecia como errónea y se excede del ámbito de discrecionalidad que le es dada al órgano de contratación a la hora de apreciar la viabilidad de las ofertas incursas en presunción de temeridad, por lo que debe estimarse el recurso planteado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.B.L. en nombre y representación de Abalo, Arquitectura e Ingeniería S.L. y don G.C., en nombre y representación de la empresa Proger Spain Engineering & Managemant S.L. (en adelante UTE recurrente), ambas licitadoras en compromiso de UTE, contra el Decreto del Concejal del Área de Gobierno de Economía y Hacienda de fecha 23 de mayo, por el que se adjudica el “Acuerdo Marco de Servicios de trabajo de apoyo a la ejecución de obras en el Ayuntamiento de Madrid y sus Organismos Autónomos. Lote 1” número de expediente 135/2018/0023, considerando válida su oferta de conformidad con lo expuesto en el fundamento quinto de esta resolución y en consecuencia valorando dicha propuesta y clasificando la oferta de los recurrentes, obrando en consecuencia con el resultado de dicha clasificación.

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.