

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

En Madrid, a 3 de octubre de 2018.

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por don J.C.C. en nombre y representación de GHESA Ingeniería y Tecnología, S.A. y de Enero Arquitectura, S.L.P. y Antares Consulting, S.L., licitadoras en compromiso de UTE, contra la propuesta de exclusión de la Mesa de contratación y contra la Resolución del Director Gerente del Hospital La Paz de 5 de septiembre de 2018, por la que se les excluye y se adjudica el contrato de elaboración del plan funcional, plan de espacios, plan de dotación y estudio previo arquitectónico que servirá de base para la posterior licitación de un proyecto de obra que permita la reforma del todo el complejo hospitalario universitario La Paz, número de expediente 14/2018, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 21 de junio de 2018, se publicó en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, la convocatoria de licitación del contrato de servicios mencionado, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato asciende a 180.000 euros.

Interesa destacar que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) en su cláusula 1, apartado 9.1 establece lo siguiente: *“Se estimará como propuesta anormal o desproporcionada, aquella cuyo baja en el precio exceda en un 10% de la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones presentadas y admitidas a licitación. Cuando exista un único licitador, se estimará como desproporcionada la baja cuyo porcentaje exceda un 25% al presupuesto base de licitación”.*

Segundo.- A la licitación se presentaron tres licitadores, uno de ellos los recurrentes.

La Mesa de contratación se reunió el 1 de agosto de 2018 para proceder a la apertura de las proposiciones económicas. De acuerdo con el informe emitido se encontraba incurso en el supuesto de baja desproporcionada la UTE formada por Ghesa Ingeniería y Tecnología, S.A., Enero Arquitectura, S.L.P. y Antares Consulting, S.L., (en adelante UTE Ghesa) al haber ofertado un 33% de baja, por lo que se le requirió que justificase la viabilidad de su oferta.

La UTE presentó la oportuna justificación el 7 de agosto de 2018.

Se emitió informe técnico con fecha 10 de agosto, en el que tras analizar la justificación presentada se concluye que dicha empresa no justifica la baja desproporcionada por las razones que se exponen en el mismo.

La Mesa de contratación en su reunión de 14 de agosto de 2018, a la vista del informe propone la exclusión de la oferta de la UTE Ghesa y la adjudicación del contrato a la UTE formada por Gestión de Proyectos y Tecnología Médica, S.L., Estudios de Arquitectura y Consultores SN, S.L., Cincuenta y Cuatro Grados Sur, S.L. y Grant Thornton (UTE GTE 54 LA PAZ), siguiente clasificada.

Con fecha 4 de septiembre de 2018, por la representación de la UTE Ghesa se interpone ante el órgano de contratación, recurso especial en materia de contratación contra la propuesta de rechazo de su oferta.

Con fecha 5 de septiembre de 2018, mediante Resolución del Director Gerente del Hospital, se adjudica el contrato a la UTE GTE 54 LA PAZ.

La adjudicación fue notificada los interesados ese mismo día.

Tercero.- El 6 de septiembre de 2018, tuvo entrada en el Tribunal el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la UTE Ghesa, contra la Resolución de adjudicación del contrato y su exclusión, el que alega que la insuficiente motivación de la decisión de exclusión por no acreditar la viabilidad. Solicita en consecuencia que se anule la Resolución dictada y se considere justificada la viabilidad de su oferta.

Cuarto.- El 10 de septiembre de 2018, el órgano de contratación remitió copia del expediente administrativo y el informe a que se refiere el artículo 56.3 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). En el informe se solicita la desestimación del recurso por las razones que se expondrán al resolver sobre el fondo.

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se ha dado traslado del recurso al resto de interesados en el procedimiento, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Ha presentado alegaciones la UTE GTE 54 LA PAZ, en las que expone, en síntesis, que las recurrentes han malinterpretado el objeto del contrato con el fin de justificar la baja temeraria, al obviar totalmente trabajos que son parte esencial en los

pliegos y en ningún caso se puede admitir que el reparto de peso de los trabajos sea del 50% entre los planes solicitados y estudio previo. Además considera que el cálculo realizado en base al coste medio por hora de todo el personal de la empresa no es en absoluto adecuado, ya que los perfiles profesionales contenidos en la oferta de la UTE GHESA son personal directivo de las empresas de la UTE, responsables de área y especialistas, cuyos salarios en general superan considerablemente la media. En consecuencia, solicita la desestimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.41 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.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión.

La acumulación de diversos recursos administrativos constituye una facultad del órgano competente para su resolución que puede acordar de propia iniciativa.

Vistos los escritos de los recursos antes mencionados se aprecia identidad en el asunto, su fundamentación y *petitum*, se trata del mismo expediente de contratación, hay identidad en los interesados que concurren en compromiso de UTE a la licitación y la resolución que pueda dictarse en uno de ellos afectaría al otro, por lo que procede acordar la acumulación de la tramitación de los dos recursos para resolverlos en un solo procedimiento y por medio de una sola resolución.

Tercero.- Se acredita en el expediente la legitimación de la UTE Ghesa para la interposición de los recursos, de conformidad en el artículo 48 de la LCSP, al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*, puesto que su oferta ha sido rechazada y la estimación del recurso la colocaría en situación de ser adjudicataria del contrato.

Asimismo se acredita la representación de los firmantes de ambos recursos.

Cuarto.- El recurso 297/2018 se ha interpuesto contra la propuesta de la Mesa de rechazo de la oferta incurso en baja desproporcionada por considerar que no ha justificado su viabilidad. Como ya ha señalado este Tribunal en diferentes ocasiones, la propuesta de la Mesa es, en estos casos, un acto no susceptible de recurso puesto que la competencia para rechazar la oferta no justificada, en virtud de lo establecido en el artículo 149.6 de la LCSP, le corresponde al órgano de contratación que puede apartarse del criterio de la Mesa. En consecuencia, el recurso 197/2058 debe inadmitirse por haberse interpuesto contra un acto no recurrible.

Por el contrario, el recurso 301/2018 se ha interpuesto contra la Resolución de adjudicación y su exclusión de un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 44.1.c) y 2.c) de la LCSP.

Cuarto.- En cuanto al plazo de interposición del recurso, la Resolución impugnada fue dictada el 5 de septiembre de 2018, notificada el mismo día e interpuesto el recurso el 6 del mismo mes, por tanto dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1.d) de la LCSP.

Quinto.- Respecto al fondo asunto, 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.

La LCSP, al igual que anteriormente el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP), 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 establece el artículo 149.4 de la LCSP, 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”*. De igual modo se expresa el artículo 69.3 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, cuando establece que 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. La cuestión que debe abordarse es si la justificación presentada respeta las condiciones establecidas en los pliegos, porque si así no fuera el cumplimiento del contrato no sería viable y la proposición inaceptable. Es decir, el término de

comparación de la justificación, han de ser los propios pliegos que rigen la licitación.

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 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”.

El segundo paso del procedimiento contradictorio es el informe técnico valorando la justificación presentada. 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 cuatro”* 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.

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.

El Informe sobre la viabilidad de la oferta que obra en el expediente se refiere en primer lugar a las horas de dedicación de recursos expresadas en la justificación, exponiendo que *“GHESA muestra una tabla de dedicación de recursos, en ella sólo dedica al Plan funcional y de Espacios, parte más importante del procedimiento: 280h sobre 3.272h, es decir, un 8,55%, con su precio de referencia, valora ese trabajo en 12.425,00 €, lo cual resulta absolutamente injustificado. No es viable la realización de tal tarea con esas horas de dedicación y con esa valoración económica”*.

Alegan las recurrentes que a la vista de la organización de equipos y dedicaciones incluida en la justificación, la dedicación prevista del *“Equipo Redactor de Planes Funcionales”*, según la tabla, es realmente de 578 horas y no de 280 horas

como recoge el informe, lo que supone un 18% del total. Aclaran que *“La tabla de dedicación de horas propuesta alude a la totalidad de los Equipos encargados y no únicamente al responsable del Equipo. La organización interna de los distintos equipos tenderá a repartir la carga de trabajo según el reparto de porcentajes de constitución de la UTE. El reparto de tareas por empresa a partir de la citada tabla presupuesto en el informe no es por lo tanto pertinente”*.

El Tribunal comprueba que en el documento de justificación, en la tabla de dedicaciones mencionada, consta un apartado Equipo Redactor de planes funcionales, al que se asignan 578 horas y dentro de ese equipo se encuentra el responsable del equipo de modelo asistencial (98 horas), el especialista en plan de dotación (200 horas) y el especialista en modelo asistencial, plan funcional y de espacios (280 horas). Por tanto la dedicación al plan funcional y de espacios debe entenderse en el conjunto del trabajo del equipo redactor sin que pueda deducirse que se vaya a dedicar exclusivamente las horas de trabajo señaladas para el especialista.

Por otro lado debe tenerse en cuenta que estamos ante la justificación de la viabilidad económica de una oferta que ha sido calificada técnicamente con carácter previo, por lo que la cuestiones organizativas o de desarrollo técnico de la oferta no pueden revisarse en este momento, más allá de comprobar que los costes incluidos son adecuados y permiten la realización de las prestaciones sin poner en riesgo el cumplimiento de las exigencias del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT).

Respecto los costes de personal, el informe de viabilidad argumenta que *“todo el equipo propuesto por GHESA para ejecución del contrato, son responsables técnicos, arquitectos o ingenieros senior, profesionales cualificados y de primer nivel. Sin embargo, el cálculo que realizan para el hallar el coste medio de las horas de trabajo, y en el que sustentan toda la justificación económica, está realizado teniendo en cuenta todo el personal, es decir: técnicos senior, junior, administrativos, etc. (...) En el caso de GHESA, hay 330 titulados superiores, pero realiza el cálculo teniendo en cuenta titulados de grado medio, diseño y ‘otro personal’, se supone que menos*

cualificado, en un número de más de 150. De esta manera obtienen como resultado un coste/hora inferior al de los técnicos que constan realmente en la oferta”.

La recurrente opone que es práctica habitual en este tipo de ofertas incluir el coste medio /hora del conjunto de la empresa para cada año y así aparece en la justificación de costes de cada empresa en el documento de justificación.

En este sentido indica la justificación que el coste medio/hora para Ghesa: es de 31,4 €/h para 2018, de 28,1 €/hora para Enero Arquitectura S.LP y de 31,8 €/h para Antares Consulting, S.L.

Debe señalarse a este respecto que como ya se ha indicado, la justificación debe ir referida a las prestaciones del contrato. En este caso se trata de unos trabajos de carácter técnico y de contenido especializado, que deben realizarse por unos profesionales que se han determinado en la oferta técnica, a los que se les exige además de esa especialización, un nivel determinado de experiencia, por lo que el coste/hora necesariamente debe ir referido al equipo que va a participar en la realización de esos trabajos.

No puede aceptarse, como expone el informe, que el coste de referencia para la justificación de la oferta sea el coste/hora medio de toda la empresa puesto que sin duda ha de ser menor al coste /hora de los profesionales del equipo propuesto. La propia recurrente reconoce en su escrito de justificación que el trabajo lo van a realizar profesionales de niveles 1, 2 y 4 (titulados superiores, diplomados y delineantes-proyectistas y equivalentes) por lo que el coste/ hora de estos profesionales ya estaría distorsionado si lo comparamos con el coste/hora medio de la totalidad de la plantilla.

A mayor abundamiento cabe indicar que ni siquiera sería real tomar como referencia el coste/hora de los titulados superiores de cada empresa puesto que el Pliego está exigiendo profesionales de alta especialización y el coste lógicamente es mayor.

Por lo tanto debemos concluir que el informe técnico se encuentra suficientemente motivado en este punto respecto a la falta de justificación de la viabilidad de la oferta.

El resto de conceptos de la justificación, como los gastos generales y el beneficio industrial, considerados por la UTE, podrían ser aceptables puesto que ya ha declarado este Tribunal en otras ocasiones que son costes variables, dependiendo su cuantía de la actividad y organización de cada empresa y no puede establecerse un porcentaje fijo obligatorio para todos los casos.

Sin embargo, al no haberse justificado los costes de personal para este contrato, en el que las prestaciones consisten en horas de trabajo especializado del personal técnico, debemos concluir que en definitiva, no se ha justificado adecuadamente la viabilidad de la oferta.

De todo lo anterior se deduce que en el supuesto que nos ocupa, se ha seguido formalmente el procedimiento legalmente previsto en el artículo 149 de la LCSP, 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 técnico emitido se encuentra suficientemente motivado y por tanto, quedando motivada de forma razonable la exclusión de la oferta de la UTE Ghesa, procede desestimar el recurso presentado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 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.- Acumular la tramitación de los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por don J.C.C. en nombre y representación de GHESA Ingeniería y Tecnología, S.A. y de Enero Arquitectura, S.L.P. y Antares Consulting, S.L., licitadoras en compromiso de UTE, contra la propuesta de exclusión de la Mesa de contratación y contra la Resolución del Director Gerente del Hospital La Paz de 5 de septiembre de 2018, por la que se les excluye y se adjudica el contrato de elaboración del plan funcional, plan de espacios, plan de dotación y estudio previo arquitectónico que servirá de base para la posterior licitación de un proyecto de obra que permita la reforma del todo el complejo hospitalario universitario La Paz, número de expediente 14/2018.

Segundo.- Inadmitir el recurso interpuesto contra la propuesta de la Mesa de contratación al tratarse de un acto no recurrible. Desestimar el recurso interpuesto contra la adjudicación y su exclusión al no haber justificado adecuadamente la viabilidad de su oferta.

Tercero.- 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.

Cuarto.- Dejar sin efecto la suspensión mantenida por el Tribunal mediante Acuerdo de 13 de Septiembre de 2018.

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.