

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

En Madrid, a 28 de enero de 2021.

VISTA la reclamación en materia de contratación interpuesta por la representación de Emo Obras, Construcciones, Contratas y Proyectos, S.L.U., contra el acuerdo de 10 de noviembre de 2020 de Canal Gestión Lanzarote, S.A.U., de exclusión y adjudicación del Lote 2 del contrato de “Obras de actuaciones urgentes de renovación y reparación en las redes de las islas de Lanzarote y la Graciosa”, expediente 02/2019, dividido en dos lotes, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La convocatoria del procedimiento de licitación se publicó el 4 de junio de 2019, en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el DOUE, y el 11 de junio de 2019, en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 15.753.000 euros para una duración de tres años prorrogable hasta un máximo de 5 años.

Segundo.- A la licitación del lote 2 se presentaron 4 empresas licitadoras, entre ellas la reclamante.

Con fecha 25 de junio de 2019, la empresa Emo interpone ante este Tribunal reclamación contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) del procedimiento de licitación, que fue resuelto mediante Resolución 311/2019, de 17 de julio de 2019, con estimación parcial de la reclamación debiendo tenerse por no puesta la parte de la cláusula recogida en el Anexo I en su punto 1, en los términos señalados en el fundamento de derecho quinto.

El 5 de agosto de 2019 EMO interpuso reclamación contra la exclusión de su oferta, comunicada por la Mesa de Contratación en el acto público de apertura de proposiciones celebrado el 24 de julio de 2019, por no haber incluido en el sobre nº 1 ninguna documentación relativa a las especificaciones técnicas tal como se requería en el apartado 6 del Anexo 1 del PCAP. Reclamación que fue estimada por este Tribunal mediante Resolución 418/2019, de 2 de octubre, anulando la exclusión con retroacción de las actuaciones dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 12 del PCAP.

Con fecha 19 de mayo de 2020 Emo interpuso reclamación contra el acuerdo de la Mesa de Contratación, de 20 de febrero de 2020, de propuesta de adjudicación del Lote 2 a favor de INESCO, S.A., inadmitida por este Tribunal mediante Resolución 120/2020 de 11 de junio, por presentar reclamación contra un acto no susceptible de impugnación según lo dispuesto en el artículo 44.2 de la LCSP.

En fecha 10 de noviembre de 2020, el Administrador Único de Canal Gestión Lanzarote, Órgano de contratación de la sociedad, acuerda adjudicar a la empresa licitadora INESCO S.A. el lote 2 del procedimiento de licitación nº 02/2019, y excluir a la reclamante porque “no justificó de forma suficiente, dentro del plazo concedido al efecto, la viabilidad de su oferta económica incurso en presunción de valor anormal o desproporcionado...”. El acuerdo fue notificado y publicado el 11 de

noviembre de 2020.

Tercero.- El día 1 de diciembre de 2020, tuvo entrada en este Tribunal reclamación formulada por la representación de Emo Obras, Construcciones, Contratas y Proyectos, S.L.U., (en adelante Emo) contra la adjudicación del contrato de obras de referencia a la entidad mercantil INESCO y su exclusión, así como contra los informes del Director Técnico de Canal Gestión de 20 de febrero de 2020 de valoración de ofertas, y de inviabilidad de la oferta en presunción de temeridad o desproporción de 14 de febrero de 2020, por no considerarlos ajustados a derecho, solicitando la nulidad o anulabilidad de la adjudicación y de su exclusión, por no estar incurso en baja anormal o desproporcionada, con retroacción de las actuaciones. Asimismo, solicita la suspensión del procedimiento de adjudicación, en tanto se resuelva la presente reclamación.

Cuarto.- La entidad contratante ha remitido a este Tribunal, con fecha 23 de diciembre de 2020, 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 (en adelante LCSP), solicitando la desestimación de la reclamación presentada por Emo al Lote 2 del contrato por ser conformes a derecho los acuerdos adoptados por la entidad contratante.

Quinto.- El 11 de enero de 2021 por la Secretaría de este Tribunal se da traslado de la reclamación al adjudicatario, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 56.3 de la LCSP y 29.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), por un plazo de cinco días hábiles, para que formule las alegaciones y aporte los documentos que considere oportuno.

El 19 de enero de 2021 el adjudicatario presenta escrito manifestando que no va a efectuar alegaciones.

Sexto.- La tramitación del expediente de contratación correspondiente al lote 2 se encuentra suspendida por haberse interpuesto reclamación contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, sin que el lote restante se vea afectado por la suspensión en aplicación de lo dispuesto en el artículo 21.3 del RPERMC, 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 la entidad contratante en su informe no solicita levantamiento de la suspensión del procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato, tiene carácter privado y está sujeto a la a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en adelante LCSE), en virtud de lo establecido en el apartado 1 de la disposición transitoria primera Real Decreto Ley 3/2020, de 4 de febrero de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales (en adelante RDLCSSE), sin perjuicio de que a la tramitación de la Reclamación le sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 119 y siguientes del mencionado Real Decreto, por haberse dictado el acto objeto de reclamación con posterioridad a la entrada en vigor del mismo, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 de la citada disposición transitoria.

El artículo 121.1 del RDLCSSE establece, en cuanto al régimen jurídico de la

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

Por tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 120 del RDLCSE, en relación con el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver la Reclamación planteada.

Segundo.- La reclamación ha sido interpuesta 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”*, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, a la que se remite el artículo 121 del RDLCSE.

Asimismo, se acredita la representación de la firmante de la reclamación.

Tercero.- El acto objeto de reclamación, corresponde a un contrato de obras sujeto al RDLCSE al superar los umbrales establecidos en su artículo 1.1. *“c) 5.350.000 de euros en los contratos de obras”*.

Cuarto.- La reclamación se ha interpuesto en tiempo y forma al haberse presentado ante el Tribunal el 1 de diciembre de 2020, contra la adjudicación del contrato acordada el 10 de noviembre, notificada y publicada en el perfil de contratante el 11 de noviembre de 2020, dentro del plazo de 15 días hábiles previsto en el artículo 50.1.d) de la LCSP.

Quinto.- El fondo del asunto impugnado se concreta en determinar si la oferta presentada por la reclamante con una baja de 31,04% está incurso en valor anormal y si la proposición presentada es inviable.

A los efectos de la resolución de la reclamación presentada resulta de interés señalar lo dispuesto en el apartado 8.1 del Anexo I del PCAP:

“8.1 Ofertas anormalmente bajas.

Se considerarán, en principio, anormalmente bajas las ofertas que se encuentren en los siguientes supuestos:

- 1. Cuando, concurriendo un solo licitador, sea inferior al importe máximo de licitación en más de 25 unidades porcentuales.*
- 2. Cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.*
- 3. Cuando concurren tres licitadores, las que sean inferiores en más de 5 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. (...)*
- 4. Cuando concurren cuatro o más licitadores, las que sean inferiores en más de 5 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. (...)*

Para la aplicación de las reglas indicadas con anterioridad, se considerará como precio de cada oferta la cifra resultante de restar a 100 el porcentaje de baja”.

5.1.- La reclamante plantea como primer motivo de impugnación que su oferta no está incurso en baja anormal, conforme a lo dispuesto en el artículo 82 de la LCSE y el apartado 8.1.4 del PCAP. EMO alega error aritmético en el cálculo del umbral de temeridad, *“Dicho error consistiría resumidamente en calcular para dicho umbral de temeridad, un porcentaje sobre una cifra que también es un porcentaje (baja ofertada), y no sobre un importe (oferta económica), lo que genera, que en vez de establecer una diferencia de 5 unidades porcentuales sobre dicha media, se esté*

estableciendo como umbral de temeridad el 3.658% sobre la media aritmética de las proposiciones ofertadas. Si se aplicasen los cálculos correctos se podría comprobar que nuestra oferta (31,04%) se encuentra por debajo de la media aritmética de las ofertas presentadas en un 4,21%, y por lo tanto no se encuentra por debajo en más de 5% (unidades porcentuales) que exige el pliego, y por lo tanto no sería necesario ni siquiera justificar la oferta presentada al no encontrarse en presunción de temeridad”, aportando informe pericial realizado por Doña M.L.F.P. licenciada en matemáticas, el 12 de mayo de 2020.

Para el supuesto de considerar que los cálculos aritméticos han sido correctos, plantea que la aplicación del punto 8.1 del anexo I del PCAP infringe lo preceptuado en el artículo 85.5 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), RD 1098/2001, de 12 de octubre, por exceder del límite excepcionalmente previsto en el mencionado artículo, pues “5 unidades porcentuales” es una reducción mayor a un tercio (33.3%) sobre las 10 unidades que marca el punto anterior del RGLCAP, que supondría establecer como máximo el umbral de temeridad en el 6,66% de la media de las ofertas presentadas, una vez descontadas las ofertas que se encuentran en más de 10 unidades porcentuales de dicha media aritmética.

Por su parte la entidad contratante informa que la redacción del apartado 8.1 del PCAP es idéntica en los distintos procedimientos de licitación del Canal GL, salvo el último inciso, “*Para la aplicación de las reglas indicadas con anterioridad, se considerará como precio de cada oferta la cifra resultante de restar a 100 el porcentaje de baja*”, que únicamente se incluye en aquellos pliegos en los que se prevé la presentación de oferta económica no mediante la indicación de un importe total (práctica más habitual), sino mediante la expresión de un porcentaje de baja aplicado al importe máximo de licitación y al cuadro de precios recogido como Anexo II del PCAP, como es el caso, sin que la reclamante haya presentado en anteriores ocasiones reclamación alguna.

En cuanto al error aritmético planteado alega que se trata de una confusión en la interpretación de la cláusula “Así, siendo en este caso inicialmente el valor de las ofertas un porcentaje, la lectura de dicho apartado 8.1 puede llevar a algún observador a concluir erróneamente que para la determinación del umbral de temeridad bastaría con hallar una media de las bajas ofertadas igualmente en clave porcentual, y sumar 5 puntos a dicha baja media, tal como alega la reclamante. Así, si la media de los porcentajes de baja ofertados es 26,84%, entiende E.M.O. que una baja del 31,84% establecería el umbral de temeridad. El error de esta interpretación consiste en que el valor de esos 5 puntos estaría siendo determinado con referencia al importe máximo de licitación, al sumarse a unos porcentajes de baja que son tales en relación a dicho importe máximo. Pero no es este el procedimiento indicado por las reglas del apartado 8.1, que establece que, para los casos en que concurren cuatro o más licitadores, estarán en presunción de valor anormal o desproporcionado las ofertas “que sean inferiores en más de 5 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas” (debe tenerse en cuenta, en este sentido, que no tiene el mismo valor una unidad porcentual hallada con referencia al importe máximo de licitación que respecto de la media de las ofertas presentadas). El apartado 8.1 no contempla la toma en consideración del importe máximo de licitación para determinar el umbral de temeridad salvo en los supuestos en que sólo exista una única oferta, por razones obvias. En todos los demás supuestos, cuando exista más de un licitador los porcentajes de desviación que determinan dicho umbral se aplicarán sobre la media de las ofertas o, si sólo hubiese dos licitadores, con respecto a la otra oferta, no interviniendo, en ninguno de esos casos, el importe máximo de licitación como referencia a considerar.”

Asimismo añade que la incorrección del método aplicado por la reclamante se ve clara en la lectura de los criterios del apartado 8.1 pues solo se refiere a ofertas sin hacer referencia al cálculo del porcentaje de baja de las ofertas y su media, lo que sería imprescindible para proceder en la forma defendida por EMO, ni al importe máximo de licitación como factor a tener en cuenta en los supuestos en los que concurra más de un licitador. Así el citado inciso final del punto 8.1 hace que en el

momento de proceder al cálculo de la temeridad, no sea necesario para la determinación del precio de las ofertas hallar su valor total real en euros, sino que bastará con restar a 100 los porcentajes de baja ofertados, de modo que para un porcentaje de baja de 31,04% como el ofertado por E.M.O., será suficiente en dicho momento con obtener el valor 68.96 para hallar la media de las ofertas presentadas, sin necesidad de emplear el valor real de la oferta, 5.153.380,80 € (resultado de restar al importe máximo de licitación el porcentaje de baja ofertado). Así se determinó que el precio medio ofertado en el Lote 2 era de 73,16, hallándose el umbral de temeridad mediante la reducción de dicho importe en 5 unidades porcentuales ($73,16 \times 0,95$, o lo que es lo mismo, $73,16 - 5/100 \times 73,16$), obteniéndose el umbral de 69,50, lo que equivale a un porcentaje de baja ofertado de 30,50 %, por lo que la oferta de E.M.O., con un precio de 68,96 (porcentaje de baja de 31,04%), está incurso en presunción de valor anormal o desproporcionado.

Lo alegado por E.M.O., además del error interpretativo ya mencionado, contiene un error de cálculo manifiesto, toda vez que el cálculo de las 5 unidades porcentuales no presenta ninguna diferencia de resultado si se lleva a cabo sobre un importe total o sobre otra representación porcentual, solo resulta del importe máximo de licitación como referencia determinante del valor de la unidad porcentual, en lugar de la media aritmética de las ofertas, como señala el PCAP.

Por último indica que no resulta de aplicación el RGLCAP, sin perjuicio de que Canal GL, en defecto de criterios y reglas concretas previstas en la LCSE para determinar la anormalidad o desproporción de las ofertas, pueda hacer un uso parcial o total de las recogidas en el referido Reglamento, siendo importante señalar, que el artículo 82 de la Ley 31/2007 no impone ninguna obligación de incluir parámetros de valor anormal o desproporcionado, ni, en caso de ser incluidos por el Órgano de contratación, fija cuáles han de ser dichos parámetros a establecer para la determinación de las ofertas incursas en la referida presunción.

Este Tribunal a la vista de lo dispuesto en el PCAP y de las alegaciones

formuladas por las partes considera que no queda acreditada la existencia de error en el cálculo sobre el valor anormal o desproporción de las ofertas realizadas por los licitadores que efectúa la entidad contratante, conforme al informe del Secretario de la Mesa de contratación que obra en el expediente, por estar correctamente calculado y ajustarse a la literalidad de lo que establece el apartado 8.1 del Anexo I del PCAP. Por tanto, no hay duda de que la oferta presentada por la reclamante está incurso en presunción de baja anormal según lo previsto en el PCAP, siendo correcto que la entidad contratante proceda a realizar el procedimiento previsto en el artículo 82 de la LCSE para los supuestos de ofertas anormalmente bajas.

La LCSE al regular los pliegos de condiciones en su artículo 32 determina que *“Las entidades contratantes incluirán en el pliego de condiciones propias de cada contrato las prescripciones jurídicas, económicas y técnicas que hayan de regir la ejecución de la prestación, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente Ley.”*, siendo claro que corresponde a Canal GL determinar en su caso los parámetros objetivos que permitan identificar los supuestos en que una oferta sea considerada anormal, y que lo ha hecho claramente en el citado apartado 8.1 del PCAP, sin que proceda efectuar interpretaciones por resultar clara la literalidad del mismo. Asimismo convenimos con la entidad contratante en que en el presente caso no cabe la aplicación de lo dispuesto en el artículo 85 del RGLCAP que regula los criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en las subastas, ni siquiera a efectos interpretativos, toda vez que estamos ante una licitación con pluralidad de criterios de adjudicación y el PCAP determina claramente los casos en que una oferta incurre en desproporción.

Asimismo, se han de recordar los criterios unánimemente admitidos relativos a que las condiciones del pliego son ley *inter partes*, y a que no procede plantear disconformidad con el clausulado de un pliego aceptado íntegramente por el reclamante al presentar su oferta, como es el caso del criterio para determinar las ofertas incursas en baja anormal, que no fue impugnado por el reclamante en el momento procedimental oportuno.

Por lo expuesto procede desestimar la primera motivación de la reclamación presentada.

5.2.- En cuanto a la justificación de su oferta EMO alega que ha justificado en tiempo y forma su viabilidad, que cumple todos los requisitos y criterios de adjudicación, con adscripción de los recursos al contrato que avalan la calidad del servicio, máxime cuando en la actualidad viene ejecutando la licitación previa en el mismo lote contando con la experiencia y conocimiento de las particularidades del contrato a ejecutar. Así manifiesta que realizó un exhaustivo detalle de los costes, ofertas de proveedores, análisis de tiempos, análisis de actuaciones, tipología de las mismas, incluyendo desglose de las unidades más importantes, con estudio pormenorizado de rendimientos de equipos y unidades, e identificando las 8 unidades más importantes, que representan un mayor peso en el contrato total, el 58.46% de la facturación en la licitación actual, siendo el resto de precios unitarios poco representativos. Analizado el desglose de estas partidas se obtienen unos márgenes de maniobra, descontada la baja de adjudicación y todos los costes, de los siguientes porcentajes: 32,74%; 9,92%; 5,99%; 27,11% 24,61% 41,20%; 1,36%; 26,21%, que servirían para aumentar el beneficio previsto, y por lo tanto siendo absolutamente viable la oferta presentada.

EMO alega que su oferta se encuentra en presunción de temeridad por un escaso 0,54% con respecto al umbral de temeridad del lote 2, siendo la diferencia con el licitador propuesto adjudicatario del lote 1 en menos de un 1% (0,86%). También observa que el expediente 10/2020, configurado de una manera “excepcional” para seguir prestando el servicio, cuyos precios unitarios son exactamente los mismos, se adjudica a HORMICONSA, S.A. con una baja de 37,30%. Del análisis de las ofertas presentadas a los 3 procedimientos de 2016, 2019 y 2020, deduce que el precio ofertado, no sólo es un precio de mercado acorde, sino que además la justificación aportada es exhaustiva en demasía, en comparación al porcentaje de “temeridad”, siendo viable cumplir el contrato. A estos

efectos la doctrina mantiene que el grado de 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.

Asimismo alega falta de motivación de los acuerdos de adjudicación y de exclusión, considerando que el informe de justificación de temeridad realiza meras apreciaciones subjetivas, con escaso o nulo apoyo documental, rebatiendo cifras y datos que se justifican en la Memoria presentada con un respaldo documental amplio y exhaustivo, pese al poco tiempo ofrecido (el mínimo legal), además de un trato discriminatorio con respecto a otros ofertantes, tanto en la licitación anterior (2016), como en la posterior (2020), cuando las ofertas en presunción de temeridad eran mucho más agresivas, y con unas ofertas muchos más bajas (35,10% y 34,10% en 2016; 37,60% y 35,60% en 2020), quebrando de manera manifiesta los principios que rigen la contratación pública, de no discriminación y transparencia.

Plantea que el técnico en su informe, no ha tenido en consideración aspectos especialmente favorables alegados por EMO como el extracto contable de los años anteriores en el que se puede observar que la prestación del servicio objeto del contrato reporta un resultado de explotación positivo y las sinergias con otras obras. Así como la existencia de errores en las afirmaciones del informe que va concretando en relación a los costes del programa de detección de fugas propuesto, el período de garantía de sus trabajos, los costes de personal idénticos en el escenario pesimista y en el escenario optimista, el no tener en consideración el incremento de precios que se ha podido producir en las diferentes partidas de precios desde la licitación anterior de 2016, y los potenciales incrementos que se producirán a lo largo de la duración del contrato y sus posibles dos años de prórrogas, el posible incremento de costes de personal, debido principalmente a las actualizaciones salariales de los años 2019, 2020 y 2021, concluyendo que aprecia una infravaloración totalmente subjetiva a la vista de los importes puestos de

manifiesto en el informe de valoración sobre la justificación de temeridad presentada, y un trato discriminatorio respecto de los demás licitadores. Consta en el propio documento de necesidad e idoneidad para licitación del próximo contrato Licitación nº 10/2020 (antecedente de hecho 15º documento Nº030.1) que estima un importe de licitación de 2.491.000 euros excluido I.G.I.C., con un aumento con respecto al contrato actual del 14,96% y un porcentaje sobre el importe adjudicado del 55,36%. Confirma la doble vara de medir con que la entidad adjudicadora ha tratado a nuestra justificación.

Por último indica que su exclusión atenta contra los principios de riesgo y ventura, que se han excedido ampliamente los plazos de comunicación previstos por causa imputable a la entidad contratante, y que atenta a la competencia que Hormiconsa adjudicataria del Lote 1 sea a su vez subcontratista de INESCO, adjudicataria del lote 2, y adjudicataria del expediente 10/2020.

La entidad contratante informa que Canal GL ha fundamentado sus actos en el procedimiento de contratación, como se desprende de la totalidad de actas de la Mesa de Contratación, informes de valoración de ofertas y de la justificación de viabilidad económica y acuerdos que conforman el procedimiento, publicados en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, así como de las notificaciones remitidas a adjudicatarios y no adjudicatarios en fecha 11 de noviembre de 2020 poniendo en su conocimiento el resultado del procedimiento de licitación y, en el caso de la reclamante, la razón de la exclusión. Los términos de todos los actos de la entidad contratante resultan claros, pues la motivación de los mismos figura en los citados informes (sobre la justificación de las ofertas anormalmente bajas y de valoración final de ofertas), publicados en el perfil de contratante del Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y que igualmente han sido puestos a disposición de la reclamante en los múltiples accesos al expediente de contratación que se le han facilitado siempre que ha sido solicitado, con independencia del momento y estado en el que se encontraba el mismo.

Respecto a la justificación mantiene que no aparece en las alegaciones presentadas por EMO ningún argumento que indique que sus cálculos de ingresos en los distintos escenarios son correctos y tampoco de los cálculos obtenidos de “el margen de maniobra del contrato” y el “Total Margen Previsto” que aparecen en los cuadros comparativos del informe de valoración de la justificación de viabilidad de la oferta.

La justificación de los “Costes de Mano de Obra destinada al servicio” no hace mención sobre los posibles incrementos de costes de personal a considerar en las proyecciones de costes anuales, ni tampoco a posibles sobrecostes por los requisitos de experiencia detallados en los pliegos, comprobándose que la reclamante presenta un coste fijo anual que se corresponde con el calculado únicamente para el año 2019, manteniendo el mismo coste para la proyección de los tres años. Cuando desde el 26 de abril de 2019 eran oficiales y conocidos los incrementos salariales a aplicar tanto para el ejercicio 2019 como para el 2020 y 2021, en virtud de la publicación en el BOE de la Resolución de la Dirección General de Trabajo por la que se publicaba la modificación del Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción, que recoge: *"(Las partes) han decidido fijar el incremento salarial para los años 2019, 2020 y 2021 (...) incrementándolas en un 2,25 por 100 para el año 2019, en un 2,25 por 100 para el año 2020 y en un 2,50 por 100 para el año 2021, todos ellos con efectos desde el día 1 de enero del respectivo año". "Por tanto, ya desde el referido mes de abril de 2019, y desde luego en la fecha en que la reclamante aportó su informe de viabilidad económica de la oferta (4 de noviembre de 2019), eran conocidos los distintos incrementos salariales que debía aplicarse para los ejercicios 2019-2021, y por tanto la reclamante debía haberlos incorporado en sus cálculos presupuestarios, sin perjuicio de posteriores publicaciones en diarios provinciales que puedan recoger las tablas salariales pormenorizadas, lo cual resultaba innecesario a efectos de la elaboración del referido informe, por lo que lo expresado por E.M.O. en este sentido carece de fundamento"*.

EMO prevé en su justificación de forma errónea un considerable incremento de obras en el periodo de tiempo de ejecución del próximo contrato debido a que compara el presupuesto base de la licitación actual (2019) que es de 12.455.000 €, con el importe de la anterior licitación del contrato actualmente en vigor (2016) de 6.500.000 €, cuando el importe de la licitación actual (2019) incluye tres años de contrato y dos años de prórroga, y el anterior (2016) no incluye prórroga, contemplando solo tres años de contrato. Así en sus alegaciones no hacen ninguna mención explícita a los capítulos relacionados con “Incremento de precios sobre la licitación anterior” y “Costes de materiales directos”.

Respecto al Programa de Detección de Fugas solo se contempla el coste de las horas empleadas por un trabajador sin hacer referencia a los costes de los medios necesarios especificados en el apartado 4 del Pliego de Prescripciones Técnicas, solo justifica que dispone de un “geófono” sin hacer mención alguna al resto de equipamiento y medios necesarios para llevar a cabo esta actuación (vehículos, dos operarios, señalización, correladores, consumo de combustible, etc.), argumentando que están englobados dentro de los costes indirectos de la obra y gastos generales, pero no aparecen contemplados dentro de esos costes y gastos en el informe de justificación de la oferta, explicaciones insuficientes para justificar económicamente la ejecución de una campaña de detección de fugas de 100 km de red. Respecto al periodo de garantía de los trabajos solo contempla, el gasto de un oficial fontanero para afrontar cualquier tipo de reparación del periodo de garantía de 5 años, debiendo justificarse como un gasto adicional en todas sus partidas.

Por último manifiesta que resulta sorprendente la falta de transparencia y desigualdad de trato alegada por la reclamante considerando las veces que Canal GL le ha dado acceso a los expedientes de contratación tramitados por la entidad, hasta en tres ocasiones en el año 2020, además en la notificación remitida a la reclamante en fecha 11 de noviembre de 2020, comunicándole el resultado de la adjudicación y la razón de la exclusión de su oferta, se le indicaba *“Estamos a su disposición para facilitarle cualquier otra información adicional que precise sobre el*

contenido de la presente notificación, incluida la facultad de solicitar por escrito la información referida en el artículo 84.3 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (LCSE), difícilmente puede argumentarse que la reclamante haya visto menoscabado su legítimo derecho a la defensa de sus intereses por falta de transparencia alguna llevada a cabo por nuestra entidad, habiendo dispuesto de toda la información necesaria para interponer reclamación suficientemente fundada, y accedido a los distintos expedientes de contratación siempre que ha sido solicitado”.

Este Tribunal en primer lugar ha de recordar, que el artículo 82 de la LCSE establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad, disponiendo en su apartado 1 que *“Si las ofertas resultasen anormalmente bajas en relación con la prestación que se ha de ejecutar, la entidad contratante, antes de poder rechazarlas, pedirá por escrito a quienes hubieran presentado dichas ofertas las precisiones que juzgue oportunas sobre la composición de la oferta correspondiente y comprobará dicha composición teniendo en cuenta las explicaciones que le sean facilitadas, para lo cual podrá fijar un plazo de respuesta no inferior a tres días contados desde la recepción de la petición de estas explicaciones”*. Como hemos mantenido en anteriores resoluciones la justificación de una oferta es la acción de explicar, aduciendo razones convincentes o alegando por 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.

Así, es regla común general en el Derecho español, por influencia del Derecho Comunitario, la de adjudicar el contrato a favor de la oferta

económicamente más ventajosa, estableciéndose como excepción que la adjudicación pueda no recaer a favor de la proposición que reúna tal característica cuando ésta incurra en valores anormales o desproporcionados, sin que implique como hemos dicho la exclusión automática, sino la necesidad de conferir trámite de audiencia para que el licitador justifique la viabilidad económica de su proposición, recabando los asesoramientos técnicos procedentes, sin que sea necesaria una prueba exhaustiva, bastando acreditar una convicción de que el licitador será capaz de ejecutar plena y satisfactoriamente el contrato. Si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que concurren en la oferta y de las características de la propia empresa licitadora.

En el presente caso se ha de señalar que Canal GL ha seguido el procedimiento contradictorio previsto en la ley, figurando en el expediente la justificación de la oferta por parte del licitador, así como informe técnico argumentando la no viabilidad de la oferta presentada. Corresponde al Órgano de contratación estimar si la oferta puede ser o no cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes técnicos recabados. 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 la 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.

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.

Visto lo anterior, procede destacar que el objetivo de la justificación de una baja temeraria no es otro que comprobar que la oferta o proposición son viables y que en caso de ser seleccionadas se podrán cumplir. En definitiva, se trata de realizar los cálculos de los componentes del precio que llevan a determinar la oferta y justificar los diferentes ahorros en su composición que permitan a la entidad contratante llegar al convencimiento de la viabilidad de la oferta de cara a garantizar una correcta ejecución del contrato.

Se comprueba en el expediente la existencia de un informe técnico debidamente motivado y publicado, si bien con cierto retraso pero cumpliendo en definitiva con la obligación prevista en el artículo 63 de la LCSP, rebatiendo con argumentos que se consideran suficientes lo alegado por el reclamante en su justificación, por lo que no hay motivo para entender que en el presente caso no se da la “resolución reforzada” exigida por la doctrina y la jurisprudencia.

Como manifiesta EMO su oferta se encuentra en presunción de temeridad por superar en un 0,54% el umbral de temeridad del lote 2, sin embargo se ha de puntualizar que la diferencia porcentual con el licitador propuesto adjudicatario se ha de hacer respecto del Lote 2, siendo de un 2,53%, sin que proceda la comparativa efectuada con el lote 1, (0,94%) por tratarse a los efectos de otro contrato.

De igual manera se ha de señalar que este Tribunal no puede entrar a considerar las cuestiones planteadas por la reclamante en relación al expediente 10/2020, procedimiento negociado sin publicidad por imperiosa urgencia, tramitado por Canal GL ante la imposibilidad de adjudicar en tiempo el lote 2 del Procedimiento 02/2019 que nos ocupa, en aplicación de los principios de congruencia y

competencia. El citado contrato no es objeto de impugnación en la presente reclamación, y tampoco podría plantearse reclamación ante este Tribunal al no ser competente para resolver por razón de su cuantía, según disponen los artículos 44.1.a) y 55.c) de la LCSP. No obstante, como apunta la entidad contratante en su informe, el citado contrato puede ser objeto de recurso en vía administrativa ordinaria ante el titular de la Consejería de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Sostenibilidad de la Comunidad de Madrid, conforme a lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 44 de la LCSP.

Respecto al plazo concedido para la justificación de la oferta convenimos con la reclamante en que en atención a la complejidad y cuantía del contrato hubiera sido mejor disponer de un plazo mayor, no obstante el otorgado es el previsto expresamente en el apartado 8.1 del Anexo I del PCAP, que además se ajusta a lo dispuesto en el artículo 82 de la LCSE, al ser escasamente mayor (3 días hábiles) al mínimo previsto de 3 días naturales, en aplicación del cómputo de plazos establecido en el artículo 71 de la LCSE.

En cuanto a la subcontratación en el presente contrato no está restringida, regulándose en la cláusula 30 y apartado 10.3 del Anexo I del PCAP en los términos previstos en el artículo 87 de la LCSE, por ello compete al contratista concertar o no la realización parcial de la prestación, y decidir con qué empresa o empresas, siempre que cumplan con los requisitos relativos a la capacidad económica, financiera, técnica y profesional exigidos en el pliego, sin perjuicio de las penalidades en que pueda incurrir si incumple las condiciones de comunicación previstas y la falta de acreditación de la aptitud del subcontratista, quedando los subcontratistas obligados exclusivamente ante el contratista principal que asumirá, la total responsabilidad de la ejecución del contrato, con arreglo estricto a los pliegos y a los términos del contrato.

Se ha de resaltar por su importancia que, como afirma la entidad contratante, EMO no ha contemplado debidamente en su justificación, en la partida de gastos de

personal los incrementos salariales, así como los sobrecostos por experiencia del personal cualificado exigida en los pliegos. De otra parte, es innegable señalar que la apreciación de la entidad contratante de la justificación de la oferta incurrida en baja anormal conlleva una importante carga de discrecionalidad técnica, puesto que toma en consideración y valora cuestiones relativas a elementos técnicos cuya apreciación o control jurídico es limitado, sin que este Tribunal haya detectado errores manifiestos y constatables. Tampoco ha quedado acreditada la falta de transparencia ni discriminación alegada por la reclamante, por lo que procede desestimar también el segundo motivo de impugnación planteado por la reclamante.

Por todo lo expuesto este Tribunal, considera que debe respetar los resultados de la valoración sobre la no viabilidad de la oferta presentada por la reclamante efectuada por la entidad contratante, desestimándose la reclamación presentada por EMO al no apreciarse vulneración de lo dispuesto en los pliegos que rigen la contratación, ni en la LCSE, y sin que conste en la decisión impugnada desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda justificación, ni error manifiesto.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 120 del RDLCSSE en relación al 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar la reclamación en materia de contratación interpuesta por la representación de Emo Obras, Construcciones, Contratas y Proyectos, S.L.U., contra el Acuerdo del Canal Gestión Lanzarote, S.A.U., de exclusión y adjudicación del Lote 2 del contrato de "Obras de actuaciones urgentes de renovación y

reparación en las redes de las islas de Lanzarote y la Graciosa”, expediente 02/2019.

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

Tercero.- Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación del lote 2 de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.3 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 10.1, 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 los artículos 59 de la LCSP y 122.1 del RDLCSSE.