

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

En Madrid, a 17 de febrero de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Orange España S.L., contra el acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 12 de noviembre de 2021, por el que proponen la inadmisión de la oferta presentada por la recurrente al contrato de servicios de “Telecomunicaciones de la Comunidad de Madrid, Lote 5” número de expediente ECON/00293/2021, promovido por la Agencia para la administración digital de la Comunidad de Madrid, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en fecha 31 de mayo y en el BOCM el 8 de junio ambos de 2021, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 7 lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 197.033.058,24 euros y su plazo de duración será de 42 meses.

A la presente licitación en lo que se refiere al lote 5, objeto de recurso se presentaron tres propuestas, entre ellas la del recurrente.

Segundo.- Llegados al momento procesal de conocimiento de las ofertas económicas y analizadas estas, se determina que la oferta presentada por Orange España S.L. (en adelante Orange) al lote 5 se encuentra en situación de baja temeraria con un porcentaje de baja respecto a la media de resto de licitadores del 57,12%.

Solicitado el informe de viabilidad de la oferta tal y como establece el artículo 149 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), es aportado por Orange en plazo y forma, no obstante de su contenido la Mesa de contratación solicita ciertas aclaraciones que son presentadas también en tiempo y forma.

A la vista de la totalidad de la documentación presentada y tras la emisión del oportuno informe técnico la Mesa de contratación acuerda proponer la inadmisión de la oferta de Orange al lote 5 por no haber justificado adecuadamente su oferta. Dicho acuerdo se recoge en el acta de la Mesa celebrada el 17 de diciembre de 2021, y publicada en el perfil de contratante el 27 de diciembre de 2021.

Paralelamente el 20 de diciembre el órgano de contratación admite la propuesta de la Mesa en cuanto a la clasificación de las ofertas y la exclusión de la propuesta de Orange al lote 5, ordenando requerir la documentación preceptiva y previa a la adjudicación a las empresas cuya oferta ha sido clasificada en primer lugar en cada lote. Este acuerdo fue notificado a los interesados y publicado en el perfil de contratante el 30 de diciembre de 2021.

Con fecha 3 de diciembre de 2021, se procede a adjudicar los lotes 1,2,3,4,6 y 7 del contrato de “Servicios de Telecomunicaciones de la Comunidad de Madrid”, notificándose publicándose la resolución el mismo día.

Tercero.- El 19 de enero de 2022, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Orange en el que solicita sea admitida su oferta al lote 5, considerando suficientemente justificada la viabilidad de esta según los informes aportados.

El 20 de enero fue enviado al órgano de contratación comunicación de la interposición del recurso, solicitando en el mismo la remisión del expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP.

Con fecha 3 de febrero de 2022, fue remitida a este Tribunal la documentación solicitada.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por acuerdo sobre medidas provisionales adoptado por este Tribunal el 27 de enero de 2022, hasta que se resuelva el recurso y se acuerde expresamente el levantamiento de la suspensión, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP, debido a que si bien la adjudicación del contrato no se había producido aún y en consecuencia este recurso no se acogía a la prórroga automática que establece el artículo 56 de la LCSP, los plazos procesales que se desprendían tanto del recurso presentado como de la publicidad de la contratación, nos podían llevar a sospechar que la adjudicación se hubiera producido en el momento de presentación del recurso o estuviera a punto de acordarse.

Recordamos que el plazo del que goza el órgano de contratación para trasladar el expediente de licitación y su informe al recurso es de dos días hábiles, plazo ampliamente superado por Madrid Digital que aporta dicha documentación el 3 de febrero de 2022.

Por todo ello este Tribunal consideró conveniente suspender la tramitación del expediente de licitación en lo que afectaba al lote 5, a fin de evitar la formalización del contrato y con ello consecuencias de difícil reparación.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. El primer clasificado la UTE Telefónica de España y Telefónica de España móviles S.A.U presentan el 15 de febrero de 2021, escrito de alegaciones en las que manifiestan los criterios sobre la discrecionalidad técnica y veracidad de los informes técnicos, admitidos tanto por los Tribunales especiales de contratación como por la Jurisdicción Contencioso administrativa. A partir de esta manifestación considera que la justificación ofrecida por Orange en primer término y su ampliación en segundo, no justifican los gastos de mantenimiento que se determinan en esta licitación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida, *“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 se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el

procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

A este respecto este Tribunal quiere matizar que si bien el recurso ha sido interpuesto contra el acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 17 de diciembre de 2021, la propuesta que ésta efectuaba se admitió en todos sus términos por el órgano de contratación en fecha 30 de diciembre, por lo que en aras de la eficacia administrativa que debe presidir las acciones de los órganos de la Administración, se considera recurrido el acuerdo adoptado por el órgano de contratación sobre la exclusión de la oferta considerada anormal por no justificar su viabilidad.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 20 de diciembre de 2021, practicada la notificación el 30 de diciembre de 2021, e interpuesto el recurso, en este Tribunal el 19 de enero de 2022, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se limita a considerar que la oferta presentada al lote 5 y declarada anormal ha sido justificada correctamente en cuanto a su viabilidad, considerando en consecuencia que no debería haber sido excluida sino clasificada en primer lugar.

Manifiesta, se solicitó por parte de Madrid Digital justificación de la oferta presentada al lote 5 concretado en: *“(i) desglose de los costes del equipamiento en cuanto a imputación de los distintos activos solicitados, esto es, terminales y auriculares; (ii) justificación detallada de los costes relativos a la implantación y el mantenimiento, explicitando el coste de los recursos según el equipo presentado, y de partidas que se entiende que necesariamente se han de considerar como costes derivados de circunstancias propias de la ejecución del proyecto, como desplazamientos, dietas u otras necesidades específicas, para poder valorar la viabilidad de la oferta, y (iii) justificación de costes indirectos”*.

Que tras la presentación de toda la información solicitada así como de la aclaración de ciertos aspectos, la Mesa de contratación asumiendo el informe técnico elaborado adopta el acuerdo de proponer la inadmisión de la oferta, fundamentando su decisión en los siguientes términos: *“Orange no ha justificado adecuadamente la valoración económica de una de las 6 cuatro partidas pendientes de aclaración, pues ‘carece de la suficiente explicación y respaldo, en alguna de las partidas presentadas como desglose de su oferta económica, y en concreto, en lo referente a los costes del servicio de mantenimiento’”*.

Incluye en su recurso la textualidad del acuerdo adoptado por la Mesa de contratación:

*“**LOTE 5. ORANGE ESPAGNE S.A.U** no ha justificado adecuadamente la valoración económica de su oferta. En concreto, y en relación con las aclaraciones solicitadas, se puede concluir lo siguiente:*

- *En relación a los **costes de equipamiento**:*

Con respecto a las inversiones, el informe las cuantifica y las clasifica según el desglose solicitado.

- *En relación a los **costes estructurales**, la empresa pone al servicio de este contrato personal de plantilla que participará de manera directa e indirecta en la ejecución del contrato. En el documento de justificación, mantiene que estos costes de personal no son objeto de imputación en los planes de negocio de los diferentes contratos ya que son costes hundidos, en los que se incurre independientemente de los contratos adjudicados, por lo que indica que, en ningún caso, los costes estructurales afectan al menoscabo del beneficio de explotación de cada contrato.*

No obstante, aporta como justificación una extrapolación del porcentaje de sus costes estructurales de compañía sobre sus ingresos totales para aplicarlo sobre el volumen de ingresos previsto en este contrato. De todo ello, se puede concluir que, si se minorara el beneficio que ORANGE declara obtener con este contrato, con el coste estructural inicialmente no imputado al proyecto, el balance global seguiría siendo positivo.

• *En relación a los **costes relativos a la implantación y al mantenimiento**: ORANGE presenta un ejercicio de costes con un modelo que denomina ‘coste por puesto’, el cual se divide en dos conceptos:*

- Servicio de Implantación.
- Servicio de Mantenimiento.

Indica que toma en consideración la volumetría de unidades recogidas en pliego durante el primer año, y dice aplicar un porcentaje adicional por reparación, mantenimiento y desgaste, aunque luego, en los cálculos de costes presentados no lo tiene realmente en cuenta.

Cabe indicar que el pliego contemplaba un periodo de puesta en marcha de 3 meses para desplegar 20.800 unidades, cantidad que luego debía ir creciendo a 21.500, 22.000 y 22.500 respectivamente, en periodos anuales a partir de los 15 meses desde el arranque del contrato.

El cálculo del coste total del ‘Servicio de Implantación’ queda debidamente acreditado, ya que se infiere directamente de la multiplicación del número de unidades por el coste unitario de cada unidad, si bien no se tiene en cuenta en dicho cálculo, ni el crecimiento estimado en pliego a lo largo de los años, ni el porcentaje adicional por reparación y desgaste.

*Sin embargo, de los datos aportados en el informe de justificación, **no ha sido posible deducir la justificación de la cuantía imputada por el concepto ‘Servicio de Mantenimiento’.** No se incluye ninguna explicación sobre el cálculo aplicado para llegar a los totales indicados, ni se puede intuir ningún cálculo adicional o alternativo que pueda explicar el coste propuesto de mantenimiento de las 20.800 extensiones del primer año.*

Teniendo simplemente en cuenta el número de unidades y el importe total propuesto, el coste unitario resultante sería una cantidad muy alejada a la propuesta por ORANGE en su informe. En cualquier caso, dicho coste debería haber quedado debidamente justificado para que esta Agencia pueda efectivamente comprobar la viabilidad de la propuesta. Si se tiene en cuenta en la volumetría, adicionalmente, el crecimiento a lo largo de los años y la tasa de reposición por mantenimiento y desgaste, el coste por unidad sería todavía

menor, y por tanto, con más motivo, requeriría una explicación que ORANGE no aporta.

Alternativamente, si se toma en consideración el coste unitario indicado en su justificación para este servicio, el importe para este servicio sería muy superior al beneficio declarado por la empresa en el informe y, por tanto, la oferta resultaría económicamente inviable”.

Considera el recurrente que: *“En resumen, se acepta la justificación remitida por Orange respecto a los costes de equipamiento y costes estructurales y entiende, erróneamente, que procede la exclusión de la oferta de Orange para el Lote 5 por no incluir una explicación sobre el cálculo aplicado para llegar al importe total de 93.184 euros en concepto de costes de mantenimiento. Sin embargo, procede señalar que la conclusión de la Mesa de Contratación en cuanto al motivo para proceder a la exclusión de la oferta de Orange se basa en un mero error interpretativo, lo cual acreditamos por medio del presente escrito de recurso. Error en el que incurre también la Resolución Impugnada en tanto en cuanto hace suyas las conclusiones de la Mesa”.*

Centrando su recurso en dicho concepto de gasto, es decir los costes de mantenimiento por importe de 93.184 euros.

Considera Orange, que Madrid Digital ha erado al considerar la justificación de los costes de mantenimiento y ello en base a que:

“Se señaló la necesidad de aplicar la tasa de rotación del 14% fijada por Orange sobre los puestos de usuarios de voz para llegar al total de 93.184 euros. Es lo que mi representada volvió a explicar en el escrito de manifestaciones presentado el 3 de enero de 2022, facilitando el siguiente desglose:

[A] Puestos de usuario de voz	20.800
[B] Tasa de rotación	14%
[C] Unidades resultantes (A x B)	2.912
[D] Coste unitario	32
[E] Coste total (C x D)	93.184

Derivado de lo anterior, el cálculo alternativo propuesto en el informe técnico elaborado el 16 de diciembre de 2021, sobre el que se fundamenta la exclusión, pues así se indica en la propuesta de exclusión de la Mesa de contratación, no es correcto. Señala que *‘si se toma en consideración el coste unitario de [CONFIDENCIAL] por unidad declarado por ORANGE para el Servicio de Mantenimiento, el coste total para 20.800 unidades ascendería a [CONFIDENCIAL] €. La diferencia entre el coste total propuesto por ORANGE [CONFIDENCIAL] € y este **nuevo importe** resulta ser de [CONFIDENCIAL] €, valor muy superior al beneficio declarado en el informe por ORANGE, y por tanto a oferta se encuentra inviable económicamente bajo este supuesto’.*

No obstante, si utilizamos los valores declarados por Orange, el cálculo realizado en dicho informe debía haber sido el siguiente:

[A] Puestos de usuario de voz	20.800
[B] Coste unitario	32
[C] Coste total (C x D)	665.600
[D] Diferencia con el coste de 93.184 declarado por Orange	572.416

Esto es, el ‘nuevo importe’ al que se refiere el informe técnico no es tal habida cuenta de que el coste total se obtiene multiplicando el coste unitario por las unidades resultantes de aplicar la tasa de rotación del 14% sobre los puestos de usuarios de voz y no por los puestos de usuarios de voz. Como consecuencia de ello, las afirmaciones de que el coste es muy superior al beneficio declarado y que, por tanto, la oferta es inviable económicamente deben ser rechazadas. Tal y como se ha demostrado, el coste está perfectamente ajustado a la oferta de mi representada y el desglose trasladado a la Administración así lo confirma. El problema es que la Administración no ha interpretado el desglose correctamente. Se equivoca y, como consecuencia de dicha equivocación, excluye la oferta de Orange”.

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, como la Resolución 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 la más reciente de fecha 11 de enero y número 10/2019 Se recoge la reiterada doctrina de este Tribunal sobre esta materia, contenida entre otras, en las resoluciones nº 803/2018 y 877/2017. Señala el Tribunal, que en los casos en que se inicie un procedimiento contradictorio dando audiencia al licitador cuya oferta esté incurso en presunción de anormalidad, para que pueda justificar el bajo nivel de precios ofertados o de costes propuestos, el rechazo de la oferta exige de una resolución **debidamente motivada** que razone por qué las justificaciones del licitador no explican satisfactoriamente el bajo nivel de precios ofertados. Por el contrario, cuando de lo que se trata es de admitir la justificación presentada por el licitador, no es necesario que se contenga una motivación exhaustiva.

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.

Es doctrina de este Tribunal 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.

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.

En el caso concreto que nos ocupa y una vez vistos los argumentos de la recurrente debemos analizar los propios del órgano de contratación recogidos en su inicial informe de inadmisión y reiterados ahora, en el informe al recurso plantados.

Madrid Digital considera que: *“A la vista de las justificaciones presentadas y del informe emitido por la dirección promotora del expediente en fecha 16 de diciembre de 2021, se concluyó lo siguiente:*

LOTE 5:

ORANGE ESPAGNE S.A.U no ha justificado adecuadamente la valoración económica de su oferta. En concreto, y en relación con las aclaraciones solicitadas, se puede concluir lo siguiente:

- **En relación a los costes de equipamiento:**

Con respecto a las inversiones, el informe las cuantifica y las clasifica según el desglose solicitado.

- **En relación a los costes estructurales,** *la empresa pone al servicio de este contrato personal de plantilla que participará de manera directa e indirecta en la ejecución del contrato. En el documento de justificación, mantiene que estos costes de personal no son objeto de imputación en los planes de negocio de los diferentes contratos ya que son costes hundidos, en los que se incurre independientemente de los contratos adjudicados, por lo que indica que, en ningún caso, los costes estructurales afectan al menoscabo del beneficio de explotación de cada contrato.*

No obstante, aporta como justificación una extrapolación del porcentaje de sus costes estructurales de compañía sobre sus ingresos totales para aplicarlo sobre el volumen de ingresos previsto en este contrato. De todo ello, se puede concluir que, si se minora el beneficio que ORANGE declara obtener con este contrato, con el coste estructural inicialmente no imputado al proyecto, el balance global seguiría siendo positivo.

- **En relación a los costes relativos a la implantación y al mantenimiento:**

ORANGE presenta un ejercicio de costes con un modelo que denomina ‘coste por puesto’, el cual se divide en dos conceptos:

- *Servicio de Implantación.*
- *Servicio de Mantenimiento.*

Indica que toma en consideración la volumetría de unidades recogidas en pliego durante el primer año, y dice aplicar un porcentaje adicional por reparación, mantenimiento y desgaste, aunque luego, en los cálculos de costes presentados no lo tiene realmente en cuenta.

Cabe indicar que el pliego contemplaba un periodo de puesta en marcha de 3 meses para desplegar 20.800 unidades, cantidad que luego debía ir creciendo a 21.500, 22.000 y 22.500 respectivamente, en periodos anuales a partir de los 15 meses desde el arranque del contrato.

El cálculo del coste total del 'Servicio de Implantación' queda debidamente acreditado, ya que se infiere directamente de la multiplicación del número de unidades por el coste unitario de cada unidad, si bien no se tiene en cuenta en dicho cálculo, ni el crecimiento estimado en pliego a lo largo de los años, ni el porcentaje adicional por reparación y desgaste.

*Sin embargo, de los datos aportados en el informe de justificación, **no ha sido posible deducir la justificación de la cuantía imputada por el concepto 'Servicio de Mantenimiento'. No se incluye ninguna explicación sobre el cálculo aplicado para llegar a los totales indicados, ni se puede intuir ningún cálculo adicional o alternativo que pueda explicar el coste propuesto de mantenimiento de las 20.800 extensiones del primer año.***

Teniendo simplemente en cuenta el número de unidades y el importe total propuesto, el coste unitario resultante sería una cantidad muy alejada a la propuesta por ORANGE en su informe. En cualquier caso, dicho coste debería haber quedado debidamente justificado para que esta Agencia pueda efectivamente comprobar la viabilidad de la propuesta. Si se tiene en cuenta en la volumetría, adicionalmente, el crecimiento a lo largo de los años y la tasa de reposición por mantenimiento y desgaste, el coste por unidad sería todavía menor, y por tanto, con más motivo, requeriría una explicación que ORANGE no aporta.

Alternativamente, si se toma en consideración el coste unitario indicado en su justificación para este servicio, el importe para este servicio sería muy superior al beneficio declarado por la empresa en el informe y, por tanto, la oferta resultaría económicamente inviable.

Se ha de concluir que la documentación aportada por ORANGE ESPAGNE S.A.U para el lote 5, no ha justificado adecuadamente la valoración económica de su oferta. Carece de la suficiente explicación y respaldo, en alguna de las partidas

presentadas como desglose de su oferta económica, y en concreto, en lo referente a los costes del Servicio de Mantenimiento. A este respecto se ha de indicar que la justificación de una oferta es la acción de explicar, aduciendo razones convincentes o alegando otros medios, de forma tal que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato quede garantizada, en el modo y manera establecidos en los pliegos de condiciones, y corresponde al licitador, dentro del procedimiento contradictorio instrumentado para la prueba en contrario de la presunción, precisar las condiciones de la composición de la oferta que garanticen la ejecución correcta del contrato”.

Alega en el informe al recurso que: “Obviar estos costes de mantenimiento podría llegar a tener sentido en crecimientos pequeños de servicio, pero no en crecimientos importantes por encima de un determinado porcentaje (en este caso más de un 10%), que pongan en riesgo la capacidad de atención al servicio del propio proveedor y los acuerdos de nivel de servicio comprometidos. No se puede pretender proporcionar el mismo servicio con los mismos recursos, asumiendo sin más un crecimiento significativo del servicio a cubrir. (...)

*En relación a los **costes estructurales**, que fue motivo de análisis tanto por los servicios técnicos como por la Mesa de Contratación de la Agencia, cabe indicar que los costes asociados al servicio de mantenimiento nunca fueron contemplados dentro de dichos costes estructurales por lo anteriormente expuesto (crecimiento de planta de más de un 10% y costes unitarios por extensión) y porque el propio licitador así lo indica en su justificación de fecha 4 de octubre de 2021, tal y como se ha indicado anteriormente.*

En caso de considerar que los costes de mantenimiento solo incluyeran los costes asociados a la sustitución de terminales averiados y el resto de costes de mantenimiento fueran considerados como costes estructurales, tal y como argumenta el licitador en escrito de recurso, el resultado de esta consideración llevaría a concluir que el coste estructural declarado por el licitador (46.855 € anuales), tiene que cubrir demasiados costes indirectos (incluido todo el personal asociado al servicio, además del relacionado con el del mantenimiento), lo que hace inviable el propio servicio de

mantenimiento, elemento esencial para cumplir con los requisitos de acuerdos de nivel de servicio requeridos en el pliego”.

Es criterio reiterado de este Tribunal que la información justificativa, tal como está diseñado el procedimiento contradictorio de verificación de la oferta anormal o desproporcionada ha de ir 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.

Más aún en casos como en el presente, en el que el porcentaje de baja es demás del 57%, que requieren de una justificación exhaustiva. Según doctrina consolidada la exhaustividad de la justificación que debe aportar el licitador cuya oferta está incurso en valores anormales o desproporcionados ha de ser tanto mayor cuanto mayor sea la baja en que haya incurrido la oferta.

En otro orden, se ha de indicar que las aclaraciones efectuadas en fecha 3 de enero de 2022, no se pueden tener en consideración, toda vez que en ese momento ya había sido interpuesto el presente recurso especial, por lo que aportar a la Mesa de contratación nuevas alegaciones carece de sentido procesal y sustantivo, no pudiendo en ningún caso ser tenidas en cuenta.

Vistas las posturas y posiciones de las partes y analizadas las fundamentaciones del recurrente y las alegaciones del órgano de contratación y del licitador cuya oferta ha sido clasificada en primer lugar en el lote 5, este Tribunal considera que la apreciación del órgano de contratación de que el informe justificativo de la oferta no se encuentra motivado correctamente en este apartado, ni en el recurso planteado, se aprecia como razonable, motivada y dentro 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 desestimarse el recurso en cuanto a este motivo.

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

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por representación legal de Orange España S.L., contra el acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 12 de noviembre de 2021, por el que proponen la inadmisión de la oferta presentada por la recurrente al contrato de servicios de “Telecomunicaciones de la Comunidad de Madrid, Lote 5” número de expediente ECON/00293/2021, promovido por la Agencia para la administración digital de la Comunidad de Madrid.

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 acordada por este Tribunal el 27 de enero de 2022.

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.