

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

En Madrid, a 11 de febrero de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Api Movilidad, S.A., contra el Decreto de la Delegada del Área de Gobierno de Obras y Equipamiento del Ayuntamiento de Madrid de 18 de diciembre de 2020, por el que se acuerda rechazar las ofertas presentadas por las empresas Api Movilidad, S.A.; Hocensa Empresa Constructora, S.A.; UTE Grusamar Ingeniería y Consulting, S.L.U./Matías Arrom Bibiloni, S.L. y adjudicar a la UTE Aceinsa Movilidad, S.A.-Asfaltos y Pavimentos, S.A., el contrato de servicios “Conservación de diversos tramos de autovías de acceso a la Ciudad de Madrid competencia del Ayuntamiento de Madrid”, número de expediente 300/2020/00526, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el perfil del contratante de la Plataforma de Contratación del Sector Público el 14 de septiembre de 2020, y en DOUE el 16 de septiembre, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y no dividido en lotes.

El valor estimado del contrato asciende a 8.801.938,29 euros y su plazo de duración será de 36 meses con posibilidad de prórroga de 24 meses.

A la presente licitación se presentaron 24 licitadores, entre ellos la recurrente.

Segundo.- Tras la oportuna tramitación del procedimiento de licitación con fecha 5 de noviembre de 2020, la Mesa de contratación procede a la apertura del sobre “*criterios valorables en cifras o porcentajes*”. Del estudio de las ofertas económicas presentadas se advierte que varias ofertas estaban en presunción de anormalidad, entre ellas, la presentada por Api Movilidad, S.A., (en adelante API).

En consecuencia, se le concede un plazo a fin de que justifique la viabilidad de su oferta.

En base a la justificación presentada por la recurrente y a la vista de los informes técnicos de la Dirección General de Conservación de Vías Públicas, la Mesa de contratación, en su sesión de 1 de diciembre de 2020, acuerda elevar al órgano de contratación propuesta de rechazo de algunas de las ofertas presentadas, entre otras, la de API por estar incursas en baja anormal.

El 18 de diciembre de 2020, se adjudica el contrato a la UTE Aceinsa Movilidad, S.A.-Asfaltos y Pavimentos, S.A., (en adelante ACEINSA).

Tercero.- El 12 de enero de 2021, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de API, en el que solicita la anulación de la exclusión de su oferta.

El 18 de enero de 2021, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

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

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a la adjudicataria 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. Con fecha 3 de febrero la adjudicataria presente escrito de alegaciones en el manifiesta que la motivación del informe técnico es suficientemente clarificador y explica las razones para comprender el rechazo de la justificación dada por API.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 18 de diciembre de 2020, practicada la notificación el mismo día, e interpuesto el recurso el 12 de enero de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acuerdo de adjudicación 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.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se concreta en la discrepancia que el recurrente mantiene con el contenido del informe técnico, que asume la Mesa de contratación para acordar la propuesta de inadmisión de su oferta, por no haber justificado convenientemente su viabilidad.

Considera el recurrente que es la prestadora actual de estos mismos servicios desde hace 14 años y que en su momento el contrato se le adjudicó con un porcentaje de baja del 37,75%. Que en el contrato que está ejecutando actualmente existen una serie de mejoras que en la presente licitación ya no se introducen.

Así mismo indica que en la licitación actual obtuvo la mejor puntuación en los criterios no valorables en cifras o porcentajes, que su oferta económica solo se desvió en un pequeño porcentaje del umbral de presunción y que para justificar la viabilidad de la oferta presentó un extenso informe de 109 páginas mientras que *“el informe de justificación de ofertas en presunción de anormalidad”* emitidos por los técnicos tiene una extensión de un folio.

Continúa el recurrente, en defensa de sus pretensiones, que el informe es arbitrario porque no alcanza a comprender cómo ha sido excluida de la licitación cuando es la actual adjudicataria de la prestación del servicio y en su momento ya se le adjudicó con una oferta que estaba incurrida en temeridad.

A su juicio, el informe incurre en error y arbitrariedad, para ello vuelve a incidir

en los años que está prestando el servicio y que es perfectamente conocedora del mismo y considera que los precios están justificados y que no se ha valorado correctamente su informe de viabilidad.

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 incursa 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.

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 concreto caso que nos ocupa, se constata que se ha llevado a cabo el procedimiento legalmente establecido requiriendo al interesado para que justifique la viabilidad de la oferta.

En cuanto al informe técnico, de justificación de la oferta de API, que es el objeto de discrepancia, analizado el mismo se observa que se realiza una descripción

de la justificación aportada por la recurrente analizando los costes de la Prestación P1: gastos de personal, maquinaria, instalaciones, etc. y de la Prestación P2: renovación de señalización, repintado de marca viales, sistemas de contención reparación de pavimentos, limpiezas de pintadas, montaje y desmontaje de desvíos de tráfico.

Consta en el informe que:

“Respecto del estudio de costes y elaboración del presupuesto hay que indicar que:

- No hay margen entre el presupuesto obtenido con sus propios números y el ofertado por lo que cualquier pequeña desviación respecto de sus propias estimaciones ya supondría un coste superior al ofertado, por lo que existe un alto riesgo de incumplimiento de los requerimientos del pliego y por tanto, del contrato.

- Establecen unos gastos generales y beneficio industrial del 11 % y el 4 % respectivamente sin presentar ningún tipo de documento que acredite estos valores.

- Los materiales utilizados, consumos de instalaciones, seguros, gestión de residuos o gastos de auscultación se hacen en base a consumos y valoraciones estimadas sin justificación adecuada.

- No se justifican los precios de la maquinaria ofertada.

- No se justifican los precios de materiales indicados ya que muchos de ellos se basan en ofertas de proveedores de bastantes meses de antigüedad y con periodos de validez ya vencidos o en facturas de trabajos anteriores.

- El 4 % considerado para compensar posibles gastos no contemplados o incrementos de precios tiene que cubrir muchos aspectos como subidas de costes laborales por encima de las previstas, subidas de precios de materiales, combustibles, tarifas de servicios, etc.

- El encaje presupuestario es un mero ejercicio aritmético, con objeto de justificar la baja ofertada, sin encontrarse indicios técnicos suficientes ni circunstancias excepcionales que hagan pensar que la oferta no es anormalmente baja.

Respecto de las ventajas competitivas expuestas indicar que la disponibilidad de la maquinaria de forma inmediata es algo que el resto de las empresas licitadores

también ofrecen no pudiéndose por tanto tener en cuenta como una circunstancia excepcional de esta empresa.

Tampoco el hecho de tener fábrica propia de señales y otros elementos puede considerarse como ventaja, ya que sería discriminatorio con el resto de licitadores que presentan la solvencia exigida en la licitación, y presupone peores costes para el resto de licitadores, lo cual no se justifica, y con el único objetivo de mostrar una aparente ventaja competitiva.

Lo mismo se puede decir del hecho de que, como manifiestan en su escrito, sean líderes en aplicación de pinturas de marcas viales.

En estos dos puntos anteriores, calculan su ventaja competitiva en términos económicos respecto del resto de licitadores, estimando los costes de éstos últimos, tomando como base los precios de tarifa de los proveedores, sin tener en cuenta que dichos terceros a su vez bien pueden disfrutar de sus propios acuerdos con los proveedores o ser asimismo fabricantes y aplicadores”.

Y concluye:

“En consecuencia, a la vista de la documentación presentada por la empresa licitadora sobre los aspectos en base a los que justificar la oferta presentada, y analizadas en detalle las circunstancias expuestas, no se han encontrado indicios técnicos suficientes ni circunstancias excepcionales que hagan pensar que la oferta analizada no es anormalmente baja, conforme a los pliegos licitados, y por tanto, teniendo en consideración lo dispuesto en el artículo 149 de la LCSP, se propone el rechazo de la totalidad de la oferta analizada que presenta valores con presunción de anormalidad”.

El recurrente, como se ha expuesto anteriormente considera que las apreciaciones del informe son erróneas y arbitrarias. Ahora bien, el recurrente no puede hacer valer su dilatada experiencia en la prestación del servicio para justificar su oferta. Como apunta el órgano de contratación en su informe al recurso “Sería contrario a derecho que desde estos servicios técnicos se favoreciera a esta empresa por dicha circunstancia a la hora de valorar cualquiera de los documentos presentados en el procedimiento, y concretamente, en el de justificación de anormalidad de la

oferta, donde únicamente se pueden valorar los extremos indicados en el artículo 149 de la Ley 9/2017”.

Tampoco sirve para justificar su oferta incurrida en temeridad, que haya obtenido la mejor puntuación en los criterios no valorables en cifras o porcentajes.

Por otro lado, la mínima extensión del informe emitido por los técnicos sobre la justificación de la oferta, alegada por el recurrente, no acredita nada sobre la valía del mismo pues lo decisivo es el contenido del mismo y no su extensión.

El recurrente también alega que no está de acuerdo en que los materiales indicados se basan en ofertas de proveedores de bastantes meses de antigüedad, sin embargo, tal como se constata en la justificación presentado por API si existen facturas que se encuentran en esas circunstancias y así lo pone igualmente de manifiesto el órgano de contratación en su informe al recurso.

Sobre la discrepancia de la recurrente en que conoce perfectamente los costes para la ejecución del contrato porque para la confección del presupuesto se utilizaron los datos aportados por API, el órgano de contratación alega que en la presente licitación existe una prestación nueva que es la pavimentación y que la recurrente no la ha tenido en cuenta en su valoración.

Tampoco el recurrente está de acuerdo en que no se le valoren las ventajas competitivas para justificar la viabilidad de la oferta. A ello, alega el órgano de contratación que es algo que las demás empresas licitadoras también ofrecen, no pudiéndose tener en cuenta como una circunstancia excepcional de esta empresa. En este sentido destacar que la adjudicataria de esta licitación, ACEINSA, alega que *“Sin embargo todas estas circunstancias no suponen en modo alguno ninguna ventaja competitiva para la ejecución de este contrato, o al menos, no se ha demostrado tal ventaja. Prueba de ello es que Aceinsa Movilidad, S.A. dispone de todas esas ventajas competitivas, en las mismas condiciones que API y además, sin haber incurrido en presunción de anormalidad. Y además de todo ello, el otro socio de la UTE Asfalpasa*

tiene fábrica y realiza el servicio de extendido aglomerado, que API, no tiene dentro de su organización”.

Llegados a este punto, visto el informe y las alegaciones realizadas por las partes implicadas, no es necesario hacer una descripción detallada de todas las alegaciones del recurrente para llegar a la conclusión de que el informe técnico sobre la justificación de ofertas en presunción de anormalidad está suficientemente motivado.

Por todo lo cual, este Tribunal considera que la apreciación del órgano de contratación, de que la justificación de la oferta presentada por la recurrente no se encuentra motivada correctamente ni en su momento, 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 su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Api Movilidad, S.A., contra el Decreto de la Delegada del Área de Gobierno de Obras y Equipamiento del Ayuntamiento de Madrid de 18 de diciembre de 2020, por el que se acuerda rechazar las ofertas presentadas por las empresas Api Movilidad, S.A.; Hocensa Empresa Constructora, S.A.; UTE Grusamar Ingeniería y Consulting, S.L.U./Matías Arrom Bibiloni, S.L. y adjudicar a la UTE Aceinsa Movilidad, S.A.-Asfaltos Y Pavimentos, S.A., el contrato de servicios “Conservación de diversos tramos de autovías de acceso a la Ciudad de Madrid

competencia del Ayuntamiento de Madrid” número de expediente 300/2020/00526.

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

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.