

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

En Madrid, a 21 de abril de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa G. Cueto Legal, S.L., contra la adjudicación del procedimiento de contratación “Servicio de consultoría, asistencia técnica, gestión especializada y tramitación urbanística para el desarrollo de las concesiones de obras y de explotación de dos residencias universitarias en los campus de Móstoles y Fuenlabrada de la URJC”, expediente 2020031SERA, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 10 de diciembre de 2020 se publicó, en el perfil de contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público, la convocatoria del contrato servicios de referencia para su adjudicación por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, con un valor estimado de 121.070 euros.

Segundo.- A la licitación se presentaron cuatro empresas, entre ellas la recurrente, encontrándose en presunción de anormalidad el adjudicatario en base a las siguientes ofertas:

Licitador 1: 115.017,00 euros. Baja 5,00 %

Licitador 2: 97.000,00 euros. Baja 19,88 %

Eguesan Energy, S.L.: 65.741,00 euros. Baja 45,70 %

Licitador 4: 89.591,80 euros. Baja 26,00 %

Según el apartado J del cuadro de características generales del PCAP están incursas en presunción de temeridad aquellas proposiciones cuya baja supere en 20 puntos el porcentaje de baja media, porcentaje de baja de todas las proposiciones.

Se solicita justificación de la baja a Eguesan, que contesta en un pormenorizado informe evaluado por el técnico de la Universidad, que no se pronuncia en términos concluyentes sobre la viabilidad de la oferta en escrito de 4 de febrero de 2021, asumido por la mesa de Contratación. Afirma: *“desde el punto de vista estrictamente económico, (coste/hora y técnico), la justificación de la propuesta, responde a un escenario temporal de desarrollo del trabajo excesivamente acotado, que podría entrar en contradicción con el objeto del contrato de consultoría, y en el que cualquier desviación de horas necesarias de dedicación, no tiene margen de rentabilidad, dado que el beneficio es mínimo”*. Distingue el técnico entre:

- Aspectos valorados positivamente de la justificación
- Otros aspectos positivos según los valores fijados en art. 149 apdo. 4. de la LCSP.
- Aspectos valorados negativamente de la justificación. Y en concreto:
 1. Fase inicial: realización de los estudios de viabilidad. No se contempla específicamente el coste de su ejecución, tal y como se exige en el PPT, solo la correspondencia en número de horas que asignarán para su realización. El PPT prevé que si la URJC considera insuficientes los estudios de viabilidad presentados por los licitadores de los contratos de concesión de obra pública que prepara este contrato de consultoría, será el adjudicatario de este último el encargado de su realización. En cambio, si se consideran adecuados no deberá realizar el estudio y no facturará por el mismo, debiendo indicar su importe para detracer su importe del presupuesto de adjudicación. Este aspecto se considera

subsancable “aportando la valoración específica y el compromiso de vigencia de la oferta en el caso de no realización de ambos estudios de viabilidad”.

2. Adicionalmente, en la realización del estudio de viabilidad, no se destinan horas al perfil 5: Arquitecto experto en Arquitectura y Urbanismo, al desarrollo del Estudio de Viabilidad.

3. La insuficiencia en los desplazamientos presenciales a la Universidad y a los municipios donde se construirán las residencias objeto de la concesión, tampoco se justifica.

4. No existe una previsión de horas adicionales para cubrir las incidencias que pudieran surgir durante la licitación del contrato de obra pública, puesto que la justificación de la baja se basa fundamentalmente en la reducción del número de horas por técnico, cuando el adjudicatario debe asistir a la Universidad en la resolución de cualquier incidencia que pueda surgir a lo largo del proceso de licitación y adjudicación, esté o no especificada de forma expresa en el presente pliego.

5. Existe una descomposición en el número de horas asignado a cada uno de los perfiles técnicos durante el desarrollo del trabajo. Lo que se detalla para cada uno de ellos.

- Mecanismos de seguimiento de la ejecución. *“En el caso que la mesa de Contratación admita a la presente empresa que ha estado incurso en presunción de anormalidad, como adjudicataria del contrato, se aportan una serie de medidas de seguimiento que garanticen la correcta ejecución del contrato con la adecuada calidad de los servicios”.*

La mesa de Contratación acuerda solicitar subsanación a la empresa solo sobre el coste de los estudios de viabilidad.

En fecha 19 de febrero el mismo técnico emite informe en el que entiende subsanado el punto primero anterior y respecto de los otros cuatro entiende que son aspectos no justificados y “no contestados”, pese a lo cual considera que esos aspectos no tienen entidad suficiente para rechazar la oferta: *“en relación a la justificación de los cuatro puntos valorados negativamente, se justifica el primero, y el resto, sin contestar,*

se entiende que no tienen conjuntamente o por separado la suficiente trascendencia para poner en riesgo el cumplimiento y viabilidad del contrato, o servir de base para rechazar la oferta dada”.

En base a este nuevo informe la mesa de Contratación estima justificada la baja y propone la adjudicación en fecha 24 de febrero.

Tercero.- El 29 de marzo de 2021 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Cueto Legal, S.L contra la adjudicación, basado en dos motivos:

1º El adjudicatario no incluye el IVA en su oferta como es preceptivo pudiendo perjudicar a otros licitadores que sí lo incluyen. La no inclusión es un error invalidante de su oferta.

2º El adjudicatario no ha justificado los valores anormales de su oferta, máxime siendo la baja sobre el valor estimado del contrato tan alta, de un 45,70 %.

Cuarto.- El órgano de contratación en fecha 9 de abril remitió el expediente administrativo y el informe a que se refiere el artículo 56.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP). Al informe del órgano de contratación se acompaña un informe adicional sobre la baja temeraria del técnico que informó en el expediente contradictorio sobre la misma y un informe de la Asesoría Jurídica de la Universidad Rey Juan Carlos.

Quinto.- 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, 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 solicita levantamiento de la suspensión del procedimiento.

Sexto.- Por la Secretaría del Tribunal se da traslado del recurso al adjudicatario, Eguesan Energy, S.L., 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, verificándolo en plazo.

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, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, al encontrarse clasificada en segundo lugar, resultando adjudicataria de estimarse el recurso.

Se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el Acuerdo de exclusión y adjudicación impugnado fue publicado el 25 de marzo e interpuesto recurso ante este Tribunal el 29 de marzo de 2021, por tanto dentro del plazo de quince días hábiles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El acto impugnado es recurrible por tratarse de la adjudicación de un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- El primer motivo del recurso es la no inclusión del IVA en la oferta del adjudicatario, que le haría competir en condiciones ventajosas, estando obligada la Administración en este caso a deducir el IVA autorepercutido del pago al contratista porque sino le costaría más el servicio al ingresar el IVA autorepercutido.

Alega el órgano de contratación la corrección de la no inclusión del IVA por estar radicada la empresa en Canarias, que las ofertas se comparan sin IVA y que la Administración se autorepercutirá el IVA a efectos del cumplimiento con sus obligaciones tributarias.

En el mismo sentido el adjudicatario desarrolla extensamente que está exento de consignar el IVA.

Tal y como reconoce el propio recurrente la no inclusión del IVA es consecuencia del art. 84.1 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, y cuyo apartado segundo determina expresamente que serán sujetos pasivos del referido impuesto los empresarios o profesionales para quienes se realicen las operaciones sujetas al impuesto cuando las mismas se efectúen por personas o entidades no establecidas en el territorio de aplicación del impuesto. Circunstancias, concurrentes en el caso habida cuenta la empresa adjudicataria tiene establecido su domicilio en el territorio de las Islas Canarias, espacio excluido del ámbito de aplicación del IVA.

La valoración de las proposiciones se hace con exclusión del IVA según consolidada doctrina de los órganos consultivos y Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, manifestada, entre otros muchos, en Informe 07/08 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, Informe 25/2011 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón y en la Resolución nº. 352/2017, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de 22 de noviembre de 2017, que ha determinado lo siguiente: *“En todo caso, deben considerarse los importes netos (unitarios o totales, pero sin IVA) ya que lo que se debe garantizar en*

todo caso es que el precio es adecuado y suficiente para cubrir todos los gastos imputables al producto o servicio a prestar. Así en el artículo 87 del TRLCSP dispone que

“1. En los contratos del sector público, la retribución del contratista consistirá en un precio cierto que deberá expresarse en euros, sin perjuicio de que su pago pueda hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones en los casos en que ésta u otras Leyes así lo prevean. Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados.

2. El precio del contrato podrá formularse tanto en términos de precios unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación o a las unidades de la misma que se entreguen o ejecuten, como en términos de precios aplicables a tanto alzado a la totalidad o a parte de las prestaciones del contrato. En todo caso se indicará, como partida independiente, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba soportar la Administración”.

El Informe 07/08, de 29 de septiembre de 2008, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre: “Criterio aplicable en la valoración de las ofertas cuando concurren licitadores exentos de IVA junto con otros no exentos”, ya señalaba que *“la valoración del precio como criterio de adjudicación de un contrato sujeto a la Ley de Contratos del Sector Público debe hacerse sin tomar en consideración el Impuesto sobre el Valor Añadido que recae sobre el mismo”.*

Todas las ofertas han sido valoradas sin IVA.

Admite la Universidad que será la misma la encargada de declarar, calcular e ingresar el IVA, añadiendo que *“esta Universidad, como destinataria del servicio y sujeto pasivo obligado y atendiendo siempre a un mejor criterio fundado en Derecho, repercutirá el referido impuesto, como no puede ser de otra manera, en la forma y*

condiciones que determine el Tribunal al que tenemos el honor de dirigirnos al dirimir el presente asunto”.

Pese a esta afirmación, no compete a este Tribunal hacer pronunciamiento alguno sobre la forma y condiciones de repercutir el impuesto.

Procede la desestimación de este motivo del recurso.

El segundo motivo refiere a la no justificación de la baja desproporcionada. Se afirma que la justificación debe ser mayor cuanto más grande sea la baja citando doctrina de Tribunales de contratación al respecto, siendo en el caso una baja del 45,70 % sobre el valor estimado del contrato: 55.329 euros en valor absoluto.

Se cifran los incumplimientos en la justificación en los mismos aspectos recogidos en el informe técnico de 4 de febrero como “aspectos valorados negativamente de la justificación”, y que se transcriben en el antecedente segundo.

Se afirma que existe contradicción entre los dos informes técnicos, de 4 y 19 de febrero, asumidos ambos por la mesa de Contratación, si bien erróneamente atribuye el segundo a la propia mesa, cuando es otro informe del responsable del contrato. No habiéndose solicitado por la mesa aclaraciones más que sobre el punto 1º de los consignados anteriormente, entiende globalmente la oferta justificada, recomendando controles en la ejecución.

En trámite de contestación el órgano de contratación aporta informe adicional del servicio técnico que abunda en la consideración de la oferta como globalmente justificada y en los mismos criterios expresados en el de 19 de febrero sobre los diversos puntos que entiende no justificados: en relación a la justificación de los cuatro puntos valorados negativamente, se justifica el primero, y el resto, sin contestar, se entiende que no tienen conjuntamente o por separado la suficiente trascendencia para poner en riesgo el cumplimiento y viabilidad del contrato, o servir de base para rechazar la oferta dada.

Por su parte el adjudicatario entiende que el recurso es extemporáneo considerando la propuesta de la mesa de Contratación de 24 de febrero entendiendo justificada la baja un acto de trámite cualificado del artículo 44.2, letra b) de la LCSP. Defiende los informes técnicos de 4 y 19 de febrero, parcialmente transcritos y la idoneidad del responsable de su elaboración. Transcribe numerosas resoluciones con doctrina sobre las bajas desproporcionadas en apoyo de su posición.

Respecto de este motivo de impugnación hay que manifestar que 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 y el órgano de contratación después, puedan razonar o fundar su decisión. Sólo es posible, de acuerdo con el indicado artículo, rechazar 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 parezca anormalmente baja para los servicios de que se trate y sólo se podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos, teniendo en cuenta los elementos mencionados en el apartado 2 del citado artículo”*.

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 que 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”*.

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 nº 294/2018, de fecha 26 de septiembre, la Resolución 559/2014 de fecha 22 de julio y la 685/2016, de

9 de septiembre, entre otras. En esa misma Resolución, el TACRC señala que *“hemos de analizar, tal y como señala la doctrina anteriormente sentada, la justificación presentada. Pese a tratarse de cuestiones no jurídicas sino eminentemente técnicas, sí puede este Tribunal analizar la suficiencia de tales explicaciones a los efectos de valorar en este caso los argumentos suficientes a la entidad contratante, como también puede analizar este Tribunal si la mencionada entidad ha realizado el esfuerzo de argumentación que venimos exigiendo (la llamada resolución reforzada) para poder excluir de la contratación a la empresa que ofertó el precio más bajo, que a la postre hubiese podido resultar adjudicataria del contrato ya que se trata de un contrato a adjudicar teniendo en cuenta únicamente el precio más bajo ofertado”*.

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

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

La decisión final sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde, según dispone el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP, al órgano de contratación que la adoptará a la vista de las alegaciones formuladas por la empresa licitadora 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.

No es de estimar la alegación del adjudicatario sobre la extemporaneidad del recurso. La Mesa se limita a proponer la aceptación de la oferta resolviendo el órgano de contratación, no constituyendo un acto de trámite cualificado el acuerdo de la Mesa de Contratación.

La Mesa se limita a asumir las argumentaciones de los informes técnicos suscritos los dos por el mismo arquitecto responsable del expediente, sirviendo estos informes de motivación a su propuesta y a la resolución del órgano de contratación, conforme al artículo 88.6 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: *«la aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma»*.

Sobre el primer informe de 4 de febrero solicita aclaraciones al licitador sobre uno de los puntos, el estudio de viabilidad, omitiendo el resto, no obstante lo cual el informe técnico de 19 de febrero entiende que esos aspectos no justificados no son motivo suficiente para rechazar la oferta. Entiende el recurrente que esos informes, asumidos ambos por la Mesa, son contradictorios, y que incluso el punto primero no se encuentra justificado.

En cuanto al estudio de viabilidad, punto primero, afirma la cláusula 3.1 del PPT: *“Si los estudios de viabilidad presentados por iniciativa privada de los potenciales licitadores del contrato de concesión de obra resultaran, a criterio de la Universidad Rey Juan Carlos, insuficientes de acuerdo con su propia finalidad y acorde al contenido determinado en el apartado 2 del art. 247 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, será el adjudicatario del presente contrato el encargado de su realización. En el caso de considerarse adecuados los estudios de viabilidad presentados por los licitadores según lo determinado en la citada Ley, se utilizarán aquellos y la empresa adjudicataria del contrato de servicio de consultoría no realizará*

los mismos y, por lo tanto, no se facturará por este concepto. En concreto, dentro de la fase inicial, los licitadores deberán especificar el coste de la realización de los estudios de viabilidad para sí, finalmente el adjudicatario no ejecutara éstos de acuerdo a lo determinado en este párrafo, detraer su importe del presupuesto de adjudicación”.

En el informe técnico de 4 de febrero se dice que la no realización y facturación del estudio de viabilidad no debe poner en riesgo el resto de la licitación al ser la oferta tan ajustada y que este aspecto puede ser subsanable aportando la valoración específica y el compromiso de vigencia de la oferta en el caso de no realización de ambos estudios de Viabilidad. En el informe de 19 de febrero se entiende aclarado este punto con la aportación de la valoración específica de los estudios de viabilidad que es acorde al resto de la justificación económica de la oferta, en horas y en coste. No obstante, se entiende viable con observaciones:

- Se entiende en dicha justificación que, en el caso de no realización de ambos Estudios de Viabilidad, se mantiene el compromiso de vigencia de la oferta.
- No se justifica la no necesidad de destinar horas al perfil 5: Arquitecto experto en Arquitectura y Urbanismo, al desarrollo del Estudio de Viabilidad.

Estos informes son contradictorios. En el segundo se obvia el compromiso de vigencia de la oferta que se solicitó en aclaración a la primera justificación, sin juzgar la procedencia de su solicitud. Y se soslaya el incumplimiento de la justificación de no destinar horas al perfil 5.

Sobre el resto de los puntos no se solicita aclaración, existiendo contradicción entre el primer informe técnico que no se pronuncia sobre la viabilidad de la oferta en términos concluyentes y deja la decisión al criterio de la Mesa y el segundo que admite la viabilidad de la oferta no obstante entender no justificados los mismos aspectos que en el primero.

Así sobre la insuficiencia de los desplazamientos a los municipios donde se desarrollen las concesiones (se ha estimado el precio sobre 6 desplazamientos), si bien en el primer informe se afirma que el posible exceso de los realizados sobre los presupuestados puede suponer un riesgo para la ejecución, en el segundo se dice que la presencialidad no es relevante para el desarrollo del contrato.

Sobre la falta de previsión de horas adicionales se afirma ahora que no es suficientemente relevante para desestimar la oferta, ya que su cumplimiento viene implícito en el objeto del contrato, y el riesgo por incumplimiento se reduce por la solvencia aportada, mientras en el primero se decía este punto *“el alcance del número de incidencias, o posibles recursos que se generan en cualquier licitación, o el retraso en la formalización de las adjudicaciones, son casos difícilmente predecibles, y pueden alterar la prestación. No se ha tenido en cuenta en los costes, una previsión de bolsa de horas adicional, que pudiera solventar en su caso, estas circunstancias”*.

En cuanto a la descomposición sobre el número de horas asignado a cada perfil técnico durante las tres fases del contrato se afirma ahora que no es suficientemente relevante para desestimar la oferta, ya que para cumplir el objeto de contrato no se especifica una asignación mínima de horas para cada una de las fases, pero sí una experiencia solvente de distintos tipos de profesionales en el desarrollo global del contrato. La experiencia y los perfiles mínimos están justificados. El coste de los medios aportados está justificado, y el riesgo por incumplimiento se reduce igualmente por solvencia. Mientras en el informe anterior se desarrollaban las horas dedicadas a cada uno de los perfiles de trabajadores que ejecutaban el trabajo, calificada negativamente la jornada de unos por no tener horas en determinadas fases del trabajo, de otros por déficit de horas y el resto por exceso. Todo ello de forma pormenorizada.

Esta contradicción entre ambos informes no encuentra explicación en el expediente administrativo. En cuanto a la solicitud de aclaraciones, “subsanción” en el informe técnico, solamente se menciona respecto del punto primero (estudios de viabilidad): *“este aspecto puede ser subsanable aportando la valoración específica y el compromiso de vigencia de la oferta en el caso de no realización de ambos Estudios*

de Viabilidad”. Conforme al mismo, *“la Mesa de Contratación acuerda, por la unanimidad de sus miembros, solicitar a la empresa EGUESÁN ENERGY, S.L. que realice las precisiones que consideren oportunas sobre el punto indicado anteriormente*”. No se requiere aclaración sobre punto alguno más, pese a figurar como “no contestado” en el informe de 19 de febrero.

A juicio de este Tribunal en esta contradicción de los informes técnicos asumidos por la Mesa de Contratación prevalecen las consideraciones del primero por falta de motivación en el segundo del cambio de criterio sobre la viabilidad de la oferta y pese a afirmar textualmente que no se han justificado los puntos controvertidos segundo a quinto, no existiendo tampoco un trámite de subsanaciones o aclaraciones al licitador incurso en presunción de temeridad sobre las consideraciones del propio informe técnico. La Mesa de Contratación se limita a asumir el segundo informe de 19 de febrero y proponer al adjudicatario: *“visto el Informe firmado por la Responsable del expediente, de fecha 19 de febrero de 2021, la Mesa de Contratación acuerda, por la unanimidad de sus miembros, admitir la oferta de la empresa EGUESAN ENERGY, S.L. Se adjuntan como anexo a esta acta copia de la solicitud de aclaraciones a la empresa e Informe de la Responsable del expediente”*.

En el caso esta contradicción de los informes recae sobre un porcentaje de baja sobre el presupuesto de licitación del 45,70%, un 28,74% superior a la media de baja del resto de licitadores.

Corresponde a la Mesa de Contratación, o en su defecto, el órgano de contratación evaluar *“toda la información y documentación proporcionada por el licitador en plazo y, en el caso de que se trate de la mesa de contratación, elevará de forma motivada la correspondiente propuesta de aceptación o rechazo al órgano de contratación. En ningún caso se acordará la aceptación de una oferta sin que la propuesta de la mesa de contratación en este sentido esté debidamente motivada”* (artículo 149.6. LCSP).

En ese trámite “*deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente*” (artículo 149.4).

Cabe la motivación de la Mesa por remisión al informe técnico, lo que no es admisible es que asuma de forma sucesiva a dos informes contradictorios que no fundamentan el cambio de criterio, sin hacer consideración alguna sobre la prevalencia del segundo sobre el primero en orden a fundamentar la propuesta de aceptación de la oferta, lo que es equivalente a no motivar la propuesta de aceptación de la oferta, tal y como ordena el artículo 149.6 de la LCSP transcrito.

Procede la estimación del recurso entendiendo la baja no justificada conforme a las propias consideraciones del informe del responsable del expediente de 4 de febrero.

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

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de G. Cueto Legal, S.L., contra la adjudicación del procedimiento de contratación “Servicio de consultoría, asistencia técnica, gestión especializada y tramitación urbanística para el desarrollo de las concesiones de obras y de explotación de dos residencias universitarias en los campus de Móstoles y Fuenlabrada de la URJC”, expediente 2020031SERA, declarando la nulidad de la adjudicación con retroacción de actuaciones.

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.- Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación del contrato de servicios 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, 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.