

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

En Madrid, a 15 de julio de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la Unión Temporal de Empresas compuesta por las mercantiles Tym Asociados Arquitectos y Tpf Getinsa Euroestudios, S.L contra su exclusión por Acuerdo del Director Gerente de la Agencia de Vivienda Social de la Comunidad de Madrid del contrato “Elaboración de proyecto básico, trabajos complementarios, proyecto de ejecución y dirección de las obras para la construcción de viviendas VPPA (2 lotes), en la UVA de Hortaleza y la colonia Alto del Arenal, Madrid”. Expediente: A/SER-016431/2019. Lote 1. “128 Viviendas VPPA Hortaleza”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha de 08 de noviembre de 2019, se envió al DOUE el Anuncio de Licitación, publicándose en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid el mismo día, con un valor estimado de 1.788.863,25 euros para los dos lotes.

Segundo.- Con fecha 29 de enero de 2020, los Servicios Técnicos emitieron informe sobre las ofertas presentadas que han resultado incursas en valores anormales o desproporcionados. El 5 de febrero de 2020, se publicaron en el portal de contratación las ofertas que habían incurrido en presunción de anormalidad, dándoles diez días de plazo para justificar sus ofertas. La Mesa de contratación, el 13 de mayo de 2020, se reunió para la valoración de los informes realizados por la Unidad Promotora sobre la justificación de las ofertas económicas incursas en presunción de temeridad, para ambos lotes, del contrato de referencia. En el informe elaborado para el lote 1 se llegó a la conclusión de que, de conformidad con el mencionado Artículo 149 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, ninguna de las proposiciones incursas en valores anormales o desproporcionados han sido justificadas en lo referido al bajo nivel del precio o costes de las mismas que permite el procedimiento de ejecución del contrato, proponiendo su exclusión al órgano de contratación. Con fecha 12 de junio de 2020, recibe la UTE Resolución de fecha 9 de junio de 2020, del Director Gerente de la Agencia de Vivienda Social de la Comunidad de Madrid, por la que se adjudica el Contrato y se notifica el acuerdo de su exclusión.

Tercero.- En lo que aquí interesa, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares en su cláusula primera punto 4, señala que el presupuesto se ha establecido a tanto alzado aplicando las tarifas publicadas por la Sociedad Estatal de Gestión Inmobiliaria de Patrimonio aprobadas por la Subsecretaría del Ministerio de Economía y Hacienda. De acuerdo con dichas tarifas el porcentaje de honorarios por redacción de proyectos de edificación para obras superiores a 10 millones de euros de valor es del 3,84. El de Dirección de Obra del 3,30, igual que el de Dirección Ejecutiva de Obra.

Cuarto.- El recurrente realiza una oferta económica de 489.172,12 euros frente a un importe de licitación de 905.872,44 euros (la oferta más alta es de 842.461, 37 euros).

Quinto.- En fecha 3 de julio se presenta el recurso especial en materia de contratación solicitando la anulación de la exclusión por haber sido justificada la viabilidad de la oferta. Simultáneamente se insta la suspensión del procedimiento.

Sexto.- El expediente e informe del órgano de contratación se reciben el 10 de julio conforme al artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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). A tenor de lo dispuesto en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas no se ha estimado preciso dar plazo de alegaciones al propuesto adjudicatario de este procedimiento.

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 la empresa que hizo la mejor oferta económica, pudiendo eventualmente resultar adjudicatario y por ello *“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 notificado el 12 de junio de 2020, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 3 de julio de 2020, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acto de exclusión que a su vez inadmitía la oferta de la recurrente 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 nos encontramos ante la identificación de una oferta como temeraria y su consiguiente procedimiento contradictorio que pretende lograr la justificación de la viabilidad de la propuesta antes de su exclusión.

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 incurra 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.

Para lograr este objetivo el artículo 149 de la LCSP establece en su apartado 4 párrafo segundo que identificada una oferta como anormal se requerirá al licitador para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de precios.

El párrafo tercero del mismo apartado establece concretamente los valores sobre los que el órgano de contratación podrá solicitar aclaraciones y que son:

- a) El ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción.
- b) Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.
- c) La innovación y originalidad de las soluciones propuestas, para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.
- d) El respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral, y de subcontratación, no siendo justificables precios por debajo de mercado o que incumplan lo establecido en el artículo 201.
- e) O la posible obtención de una ayuda de Estado.

En el caso presente, una vez identificada la proposición como incurso en presunción de temeridad se insta la correspondiente justificación del licitador.

El licitador justifica su oferta en los siguientes elementos:

- a) Ahorro en la prestación de servicios: El licitador propone construir 1.330 m² menos que el límite de edificabilidad que figura el pliego, y considera que esta circunstancia supone un ahorro en la prestación de servicios superior al 12%
- b) Dentro del apartado criterios cuya cuantificación dependan de un juicio de valor del PCAP que rige el presente contrato, el punto A.2 – calidad de la propuesta - optimización de programa valora el mayor aprovechamiento de la superficie con una relación entre construida/útil óptima
- c) El licitador indica que la UTE TPF-TYM desarrolla íntegramente todos los servicios, sin subcontratación alguna, incluidos los de topografía y geotécnica.
- d) Las condiciones excepcionalmente favorables que conlleva esta licitación económicamente comparativamente con otras: el licitador incide en la idea de construir un menor número de m² de los establecidos en el pliego, y considera que esta circunstancia conlleva un menor tiempo de diseño, menos costes de seguros, menor tiempo de dirección de obra y de dirección de ejecución.
- e) Indica también que los volúmenes de trabajo son muy semejantes a los elaborados en otras promociones, y los precios contratados y el desarrollo con plena satisfacción del cliente erran semejantes a esta oferta.
- f) La innovación en la prestación de servicios: El licitador relaciona los sistemas de calidad de los que dispone. Asimismo afirma que realizó hace años una importante reducción de costos con la contratación de seguros profesionales en el mercado libre y de avales, por lo que considera que la línea de avales abierta y el seguro que poseen suponen una importante ventaja competitiva.
- g) El estricto cumplimiento en nuestra oferta de las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral y de subcontratación: el licitador expone que en su larga experiencia ha tenido tres casos de primer premio ex aequo, lo que hace que cuiden especialmente sus ofertas económicas y no incurrir en precios excesivos ni por debajo de coste de mercado o convenios laborales. Según el licitador, y cito textualmente “la suerte no nos acompañó”, por lo que no resultaron adjudicatarios en ninguno de los tres concursos.
- h) Presenta también una tabla de gastos y beneficios, según la cual la UTE trabaja con una expectativa de beneficio económico del 15%.

Los técnicos informan punto por punto, en un extenso informe, que el licitador no justifica ninguno de los elementos en los que pretende fundar la baja y no presenta justificación documental alguna sobre los mismos, concluyendo que:

“Revisada la documentación presentada por el licitador, no se puede analizar si la oferta presentada cumple o se ajusta a las condiciones requeridas en el Artículo 149.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, tal y como se indica en las consideraciones que se recogen en el presente informe, sobre la justificación presentada en lo referido al bajo nivel del precio o costes de la misma que permite el procedimiento de ejecución del contrato.

De acuerdo con el Artículo 149.6 de la LCSP, se considera que la información recabada en la justificación del licitador no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los costes propuestos y que, por tanto, la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales”.

En particular señalan que la disminución de la superficie construida vulnera el Pliego *“Dentro del apartado criterios cuya cuantificación dependan de un juicio de valor del pcap que rige el presente contrato, el punto A.2 – calidad de la propuesta - optimización de programa valora el mayor aprovechamiento de la superficie con una relación entre construida/útil óptima, por lo que la propuesta del licitador de reducir la superficie contradice las prescripciones del pliego”.*

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”*.

Doctrina compartida por este Tribunal contenida entre otras, en las resoluciones nº 803/2018 y 877/2017.

En este momento, la función del Tribunal sería meramente de control del cumplimiento de los principios y de los trámites legales, Los elementos de control serían, además del cumplimiento de las formalidades jurídicas, que no se han efectuado correctamente en este concreto caso, 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.

Los técnicos del órgano de contratación motivan suficientemente su informe.

Este Tribunal Administrativo de Contratación comparte el criterio del órgano de contratación conforme al cual el licitador no ha explicado su baja oferta en modo alguno, no presentando justificación documental alguna.

Su principal fundamento es la menor superficie edificada que según él supone exactamente un ahorro del 12% en los costes trasladando porcentualmente la

disminución de la superficie construida. Sin embargo, no se entiende en qué modo puede influir en el coste de la redacción de proyecto, dirección facultativa y dirección ejecutiva de la obra que la superficie construida sea menor. Influye en el contrato de obra, al disminuir el coste de los materiales y salarios, pero no en los honorarios de los facultativos, cuyo coste se ha determinado a tanto alzado en función del valor de la obra construida. No se justifica en modo alguno qué ahorro en el trabajo de redacción de proyectos o dirección de obra puede suponer que la superficie a proyectar o construir sea menor. No explica en modo alguno porque implica menor tiempo de diseño, menores costes de seguros, menor tiempo de dirección de obra y de dirección de ejecución. Ni siquiera parece un argumento racional.

Solo la desestimación de este motivo conlleva la total desestimación de su argumentación, pues es su base.

Sin embargo, no se comparte que la ecuación superficie construida/útil vulnere el pliego. De hecho, no es excluida por este extremo.

El coste de obras similares no es término de comparación idóneo a efectos de justificar la oferta.

Y el resto de elementos no viene acompañado de soporte documental alguno.

Procede la desestimación de todos los motivos del recurso.

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 la representación de la Unión Temporal de Empresas compuesta por las mercantiles Tym Asociados Arquitectos y Tpf Getinsa Euroestudios, S.L contra su exclusión del contrato “Elaboración de proyecto básico, trabajos complementarios, proyecto de ejecución y dirección de las obras para la construcción de viviendas VPPA (2 lotes), en la UVA de Hortaleza y la colonia Alto del Arenal, Madrid”. Expediente: A/SER-016431/2019. Lote 1. “128 Viviendas VPPA Hortaleza”,

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.- 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.