

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

En Madrid, a 8 de mayo de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.M.R., en nombre y representación de la empresa AEBIA TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.L. (en adelante AEBIA) contra el acuerdo adoptado por el Consejero Delegado de la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid (en adelante EMVS) de exclusión de la licitación del contrato “Servicio de intervención y acompañamiento social en la gestión de viviendas compartidas y de emergencia residencial en el distrito de Vicálvaro promovido por la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid”, expediente 002/2019, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El anuncio del contrato de referencia se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 11 de febrero de 2019.

El valor estimado de contrato asciende a 413.223,14 euros. La duración del contrato es de un año, prorrogable por otro año más.

Segundo.- Interesa destacar a efectos de resolver el presente recurso que la Cláusula 20 de Anexo I del PCAP establece. - *“Ofertas anormalmente bajas.*

Procede: Si

Serán excluidas las proposiciones que se presenten superando el precio de licitación.

1. El presente criterio será tomado en consideración a efectos de apreciar, en su caso, que una proposición no pueda ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. En orden a apreciar las proposiciones que presenten dichas circunstancias, se hallará una media aritmética de las ofertas según se indica a continuación:

- Si el número de proposiciones es igual o superior a quince (15), no se tendrán en cuenta ni las dos ofertas más altas ni las dos ofertas más bajas.

- Si el número de proposiciones es igual o superior a siete (7) e inferior a quince (15), no se tendrán en cuenta ni la oferta más alta ni la oferta más baja.

- Si el número de proposiciones es menor que siete (7), se tendrán en cuenta para la determinación de la baja media todas las proposiciones económicas.

- Se considerará como baja desproporcionada o anormal, la baja de toda oferta cuyo porcentaje exceda en al menos 5 unidades enteras a dicha media aritmética, sin perjuicio de la facultad del órgano de contratación de apreciar, no obstante, previos los informes técnicos del servicio correspondiente y considerando adecuada la justificación del licitador, que la oferta puede ser cumplida a satisfacción de EMVS.

2. El órgano de contratación rechazará las ofertas que se comprueben que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación.

3. Del mismo modo, se rechazarán aquellas ofertas que no cumplan las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201 LCSP.

- Plazo para la justificación de la anomalía de la oferta: 2 días hábiles

Tercero.- Tras la tramitación del procedimiento de licitación y en la fase de conocimiento de las ofertas económicas se observa que la oferta presentada por la recurrente tiene carácter desproporcionado, procediéndose con fecha 19 de marzo

de 2019 a requerir la justificación de viabilidad de la oferta según lo establecido al efecto en el artículo 149 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 (LCSP). Con fecha 21 de marzo de 2019 la recurrente presenta la justificación de viabilidad de su oferta que es informada el día 27 de marzo. Con fecha 29 de marzo de 2019 el Consejero Delegado de la EMVS acuerda rechazar la oferta presentada por la recurrente por considerarla inviable, notificándose dicho acuerdo a la interesada el 1 de abril.

Cuarto.- El 23 de abril de 2019 tuvo entrada en el registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de AEBIA, en el que solicita dejar sin efecto la exclusión de la empresa, por considerar justificadas sus ofertas.

El 25 de abril de 2019 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP.

Quinto.- Con fecha 26 de abril de 2019 se dio traslado del recurso a los interesados para que presentasen las alegaciones que estimen oportunas, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP, sin que se haya presentado alegación alguna.

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 de la licitación *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

El órgano de contratación alega falta de legitimación del recurrente ya que si se hubieran puntuado los criterios sometidos a fórmulas, su puntuación hubiese sido inferior a la del adjudicatario.

A este respecto, hay que señalar que la Mesa de Contratación no procedió a realizar valoración alguna sobre dichos criterios al haber propuesto su exclusión. Por tanto, la hipotética valoración asignada para justificar su alegación carece de virtualidad jurídica, por lo que no procede la admisión de esta alegación.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 29 de marzo de 2019, practicada la notificación el 1 de abril, e interpuesto el recurso, ante este Tribunal el 23 de abril, 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 exclusión, 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.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso el recurrente considera justificada la viabilidad de la oferta, poniendo en tela de juicio el informe técnico del órgano de contratación en base a los siguientes argumentos: *“Efectivamente, hemos señalado en nuestro informe de justificación, en relación a los costes derivados de las viviendas que: Aunque el propio pliego de condiciones, dado que la vivienda se intentará que sean designadas de común acuerdo, prevé que no sea necesaria la*

incorporación de todas las viviendas desde el momento inicial del contrato, nosotros hemos hecho nuestros cálculos sobre el alquiler de las viviendas desde el inicio del contrato y durante la duración del mismo.

Atendiendo a los criterios marcados en los pliegos hemos localizado viviendas a un coste de 630 euros mensuales. Coste que coincide con las ratios de coste medio de alquiler en Vicálvaro, conforme a lo indicado en el informe de febrero de una de las más grandes empresas de localización de vivienda por internet y al informe sobre los costes de vivienda del Informe elaborado por el Ayuntamiento de Madrid que aparece en su página web. Todo ello en consonancia con los datos de viviendas sacados del Informe del Ayuntamiento sobre los planes de barrio, en concreto del Barrio de Ambroz. Por tanto, el coste previsto en este apartado asciende a 45.360 euros”.

A continuación manifiesta que ha sido excluida en base a que tres portales inmobiliarios consultados (que no son los únicos) carecen, según el informe, de ofertas de viviendas al precio medio calculado por Aebia. A más, esta exclusión se realiza por una diferencia monetaria tan ínfima como son 2.000 Euros sobre lo que no se estima baja temeraria y que se reducen a la partida monetaria designada al alquiler de viviendas, ya que, como se ha ido exponiendo anteriormente, el resto de costes del servicio están justificados y conformes, según lo señalado por los técnicos.

A esta argumentación el órgano de contratación manifiesta que la prescripción 1ª del PPT, establece que el objeto del contrato “es el desarrollo de un proyecto de carácter preventivo de intervención y acompañamiento social a personas y/o familias residentes en el distrito de Vicálvaro de la ciudad de Madrid que precisan de información y asesoramiento especializado del problema habitacional y/o que se encuentren en una situación de dificultad socioeconómica y/o de vulnerabilidad, con una previsible pérdida de su vivienda o por inadecuación de la vivienda donde residen, poniendo a disposición un recurso temporal de alojamiento, atendiendo a la perspectiva de género”, de lo que se colige que, además de la partida de costes de

personal, la partida económica relativa al coste del alquiler y mantenimiento de las seis viviendas que han de ponerse a disposición del servicio -tres viviendas compartidas y tres viviendas destinadas a emergencia residencial-, se convierte en un coste clave.

Señala a continuación que en la memoria económica del contrato, y atendiendo al alto precio del alquiler de la vivienda en la ciudad de Madrid -del que no puede sustraerse el distrito de Vicálvaro-, se ha estimado un importe medio de renta mensual por vivienda de 1.100 euros. Se trata, no sólo de poner a disposición del servicio viviendas en alquiler de propietarios particulares sino, además, de alojar a determinado colectivo de personas o familias en situación de vulnerabilidad económica, lo que representa una dificultad añadida para su disponibilidad.

Según el órgano de contratación, el informe de los servicios técnicos de EMVS de fecha 27 de marzo de 2019, asumido por la Mesa de contratación considera que no queda justificada la partida correspondiente a costes derivados de las viviendas ante la omisión, por parte del recurrente, tanto de los documentos en los que se apoya para justificar el precio medio de la renta mensual de las viviendas a alquilar, como de cualquier enlace web que hubiese permitido su verificación. Del mismo modo, el recurrente tampoco señala si las viviendas dispondrán o no de mobiliario y equipamiento, en cuyo caso, de estar vacías, sería necesaria su correspondiente inversión, con el consiguiente incremento de costes.

Finalmente manifiesta que la EMVS desconocía y desconoce, tanto los portales inmobiliarios a los que el recurrente se refiere, como el informe elaborado por el Ayuntamiento de Madrid relativo a los Planes de Barrio y, específicamente, el relativo al Plan del Barrio de Ambroz -uno de los que conforma el distrito de Vicálvaro-. Sobre este último y realizando una labor que resulta de todo punto ajena a esta EMVS se intentó buscar dicha documentación, localizando un documento que no hacía referencia al precio de la vivienda, sino a la superficie media. En concreto, que el 26,32% de las viviendas cuentan con una superficie que varía entre los 61 m²

y los 75 m2. Seguidamente se sitúan las viviendas 76-90 m2, con un 25,96%, suponiendo las viviendas grandes, con superficie superior a los 90 m2, el 9,15% del total de viviendas del Distrito.

Señala que el mismo método empleado por EMVS para realizar dicha previsión económica -los precios de mercado-, se ha empleado para justificar la inadecuación del precio medio del alquiler propuesto por el recurrente. A tal fin, tal y como se indica en el informe justificativo de la baja anormal, se ha recurrido a distintos portales inmobiliarios –“Idealista”, “Milanuncios” y “Fotocasa”-, siendo necesario que la búsqueda responda a la tipología de viviendas que el servicio requiere.

Al efecto, la prescripción 4.1 d) y 4.2 d) del PPT, establece la necesidad de que, tanto las viviendas compartidas, como las viviendas de emergencia residencial, dispongan de cinco plazas cada una de ellas, lo que se hace equivalente a viviendas de, al menos, tres dormitorios. Del mismo modo, una de las cinco plazas de las viviendas compartidas, deberá estar adaptada para personas con movilidad reducida.

Vistas las alegaciones de las partes, respecto al motivo referido a la indebida exclusión por falta de justificación de la baja temeraria, 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, en su propuesta, 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 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 (TACRC) 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, siendo la más reciente la nº 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 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.

Se trata por tanto, de determinar si 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.

El reconocimiento de los principios de libre concurrencia, no discriminación y transparencia exigen de una resolución «reforzada» por parte del órgano de contratación, que desmonte las argumentaciones y justificaciones aducidas por el licitador para la sostenibilidad de su oferta.

En el presente caso, este Tribunal considera que el informe del órgano de contratación sobre la justificación de la oferta, se encuentra motivado suficientemente, al haber realizado un análisis exhaustivo de los diferentes aspectos en que el recurrente justifica su proposición, considerando viables los aspectos referidos a costes de personal, costes de suministro, mantenimiento y reparación, costes de seguros y costes varios. Sin embargo, no considera justificados los costes derivados de las viviendas, con una diferencia muy sustancial del precio de mercado utilizado por el órgano de contratación, 1.100 euros/mes de alquiler, respecto de la oferta del recurrente de 630 euros/mes, sin que éste haya acreditado que a ese precio su oferta sea viable.

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 J.M.R., en nombre y representación de la empresa AEBIA TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.L. contra el acuerdo adoptado por la el Consejero Delegado de la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid de exclusión de la licitación de oferta del contrato “Servicio de intervención y acompañamiento social en la gestión de viviendas compartidas y de emergencia residencial en el distrito de Vicálvaro promovido por la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid”, expediente 002/2019.

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.