

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

En Madrid, a 15 de abril de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Quality Objectcs, S.L. (en adelante Quality) contra su exclusión del procedimiento de contratación del Lote 5 “Administración Electrónica Gestión Administrativa Digital” del contrato de “Servicios de desarrollo, renovación, mantenimiento y evolución de los sistemas de información en diferentes ámbitos de la Comunidad de Madrid (seis lotes)”, número de expediente ECON/000173/2020, mediante Resolución 64/2021, de 16 de febrero de la Consejera Delegada de la Agencia para la Administración Digital de la Comunidad de Madrid, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 23 de noviembre de 2020 se publicó, en el DOUE y en el perfil de contratante del Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en el anuncio de licitación del contrato de servicios de referencia, así como el 3 de diciembre de 2020 en el BOCM, mediante licitación electrónica a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado total del contrato asciende a

87.047.801,70 euros, correspondiendo al lote 5 la cantidad de 8.567.762 €, para un plazo de ejecución de 36 meses.

Segundo.- A la licitación se presentaron 19 empresas, concurriendo 15 licitadoras al lote impugnado, entre ellas la recurrente.

La mesa de contratación se reunió el 28 de diciembre de 2020 para la apertura pública de la proposición económica y criterios de adjudicación evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, identificando con baja anormal tres ofertas, entre ellas la presentada por la recurrente. Tras la tramitación del procedimiento previsto en el artículo 149 de la Ley de Contratos del Sector Público, la Mesa el 5 de febrero de 2021, a la vista de los informes técnicos emitidos, acuerda proponer al órgano de contratación la exclusión de Quality, al no haber quedado acreditada la viabilidad de su oferta, así como la aceptación de las ofertas presentadas por las empresas Neoris España S. L. (Neoris), e Hiberus Tecnologías de la Información, S.L.(Iberus), dado que pueden ejecutar el contrato en los términos previstos en los pliegos que lo rigen, y que dotan a la Agencia de mecanismos suficientes para vigilar el correcto cumplimiento de las condiciones establecidas. Asimismo, resulta clasificada en primer lugar para la adjudicación del Lote 5 la oferta presentada por Altia Consultores S.A. (Altia), en aplicación de lo dispuesto en a cláusula 1.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP).

El 16 de febrero de 2021 el órgano de contratación admite la propuesta efectuada por la Mesa de exclusión, admisión y mejor oferta, que fue publicada en el perfil y notificada a los interesados el 17 de febrero de 2021.

Tercero.- El 8 de marzo de 2021, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Quality, en el que la recurrente impugna su exclusión, solicitando la nulidad o subsidiariamente anulabilidad de la Resolución recurrida, con retroacción de las actuaciones al momento de exclusión de su oferta para su admisión. Asimismo, solicita la suspensión del procedimiento de adjudicación en tanto se resuelve el recurso.

Cuarto.- El órgano de contratación el 17 y 18 de marzo de 2021 remitió, respectivamente, el preceptivo informe y el expediente administrativo 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).

La Agencia informa que ha cumplido escrupulosamente con el procedimiento legalmente establecido, para determinar si la justificación de todas las ofertas desproporcionadas o con valores anormales, permitían la viabilidad de las mismas, aplicando a todas ellas los mismos criterios de valoración. Por tanto, a su juicio la oferta de la recurrente ha de ser rechazada por no justificar adecuadamente su viabilidad, evidenciando la existencia de riesgos en el correcto cumplimiento del contrato y en la satisfacción del interés público perseguido con el mismo, siendo obligación de este órgano de contratación velar por que el servicio pueda prestarse con las máximas garantías, sin dejar margen a posibles dudas sobre la viabilidad del contrato. Asimismo, se opone a la suspensión del procedimiento, manifestando que en la solicitud de la recurrente no concurre ninguna de las causas legalmente previstas para declararla y que dada la relevancia del Lote 5, desarrollo, renovación, mantenimiento y evolución, de los sistemas de información en de la Comunidad de Madrid, en el ámbito de Administración Electrónica y Gestión Administrativa Digital, la suspensión del procedimiento causaría perjuicios a los intereses generales, al considerarse servicios identificados como esenciales.

Quinto.- Con fecha 18 de marzo de 2021 este Tribunal adopta acuerdo sobre las medidas cautelares solicitadas, respecto a la tramitación del expediente de contratación correspondiente al lote 5, sin que los lotes restantes se vean afectados por la decisión, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 21.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales

(RPERMC), permitiendo que el órgano de contratación continúe la tramitación administrativa del procedimiento hasta el momento inmediato anterior a la adjudicación del contrato, a partir del cual queda suspendido el procedimiento hasta que se resuelva el recurso presentado.

Sexto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no figurar en el procedimiento ni ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por la interesada, 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 (LPACAP), aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56.1 de la LCSP.

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 presente recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de la recurrente para interponer recurso especial al haber sido excluida su proposición al lote impugnado, por oferta anormalmente baja, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, al tratarse de 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”*.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El acuerdo de adjudicación del contrato, es susceptible de recurso especial en materia de contratación al tratarse 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.b) de la LCSP.

Cuarto.- En cuanto al plazo de interposición del recurso el acto impugnado fue adoptado el 16 de febrero de 2021, notificado y publicado el 17 de febrero e interpuesto el recurso el 8 de marzo de 2021, por tanto, dentro del plazo de quince días hábiles establecido en el artículo 50.1.c) de la LCSP.

Quinto.- El fondo del asunto, se concreta en analizar si la oferta presentada por la recurrente al lote 5 es viable o no, comprobando si las justificaciones aportadas por Quality a la proposición realizada, inicialmente incurrida en valor anormal o desproporción, es o no satisfactoria en cuanto al bajo nivel de precios o costes propuestos.

5.1.- La recurrente manifiesta que su oferta al Lote 5 supone una baja económica del 29,13%, existiendo dos licitadoras que han presentado oferta con un porcentaje mayor de baja, Neoris con un 30,10% e Hiberus con un 36,20%, siendo admitida la justificación económica presentada por ambas licitadoras lo que puede suponer una flagrante vulneración del principio de igualdad de trato a los licitadores. Asimismo alega que el 14 de enero de 2021, presentó el correspondiente Informe acreditativo de viabilidad de la oferta presentada aportando un resumen completo de la estructura de costes (costes de personal), considerando el Convenio Colectivo de aplicación y otros costes, mostrando claramente el análisis de coste beneficio del mismo, a efectos de que se pudiera estimar la viabilidad de la oferta, conforme a la literalidad del requerimiento realizado.

Quality indica que el informe de justificación de la viabilidad económica explica los cálculos realizados (cuenta de explotación) para la elaboración de su oferta, teniendo en consideración los ingresos previstos para los años 2021, 2022 y 2023 (cuota fija y servicios bajo demanda y renovación SS.II), presentando los costes asociados del servicio, realizando los siguientes cálculos: (I) Cálculo del esfuerzo (horas por perfil) necesario para la ejecución del mismo. (II) Estimación de los costes

directos del proyecto con base en los costes salariales del equipo que ejecutará el mismo y el esfuerzo necesario para ello. (III) Estimación de los costes indirectos imputados al proyecto. De tal forma que concluye que se estima cubrir los Costes Directos, los Indirectos (Gastos Generales) y la obtención de un relevante Beneficio Industrial o margen de la ejecución de la oferta presentada. Considera de especial relevancia el margen de explotación presentada para este proyecto que cifra en 8,42%, beneficio/margen que proporciona una provisión importante para los riesgos que puedan presentarse durante la ejecución del servicio, contando además con un relevante importe de costes indirectos (Gastos de Estructura o Gastos Generales) que pueden perfecta y sobradamente absorber los posibles conceptos que no se hayan definido concretamente.

Por otra parte, indica que los técnicos valoradores no basan la exclusión en que resulte inviable económicamente, sino en que no se acreditan todos los costes de nuestra oferta. Costes menores que por su importe y relevancia son perfectamente despreciables por un lado y, perfectamente asumibles, por otro, mediante el importe de Beneficio Industrial o Gastos Generales estimados. En este sentido alega que a la hora de justificar la oferta económica no se demanda una justificación exhaustiva sino el aporte de información bastante que sustente su viabilidad, por lo que no puede sustentarse el rechazo de la justificación realizada en que no se hayan desglosado todos los costes.

El informe técnico estima correctos los costes directos justificados por mi mandante, de personal y de seguridad social, aplicando las tarifas conforme a los valores del convenio estatal por el que se rigen, que suponen la partida económica más relevante. En cuanto a los costes indirectos la recurrente señala que los gastos generales, de estructura o indirectos del contrato, no suponen un incremento de coste real, puesto que la estructura e infraestructura actual de la empresa se encuentra dimensionada para un volumen de negocio mucho mayor del necesario puesto que la empresa ha decidido contar con la estructura necesaria para acometer un importante crecimiento antes de que éste se produzca lo que nos permite mejorar sustancialmente los márgenes de beneficio de la compañía al disponer y asumir

dichos costes antes de la posible adjudicación de los contratos o servicios. Los técnicos valoradores pese a realizar un análisis equivocado de nuestra justificación al respecto de los gastos generales, estiman que el importe de dichos costes indirectos se ajusta a la realidad de los requerimientos del contrato.

Por otro lado, indica que ejecuta en la actualidad el contrato de “Diseño, desarrollo, implantación y mantenimiento del sistemas de información analíticos para la transformación digital de la Comunidad de Madrid (lote 1)”, lo que le otorga suficiente experiencia similar (equipo base y equipo extendido) para la preparación y redacción de la presente oferta y la estimación de los cálculos económicos y márgenes de ejecución (Beneficio Industrial) resultantes de su posible adjudicación, lo que otorga un claro plus de viabilidad a nuestra oferta económica.

Respecto a no haber desglosado “los costes de las licencias y líneas de comunicación necesarias para la ejecución de los trabajos”, alega que se encuentran amortizados por haber sido utilizadas en la ejecución de otros contratos, que representan un porcentaje despreciable con relación a la ejecución del contrato, y pueden ser absorbidos por el margen de explotación o beneficio industrial. Con relación a las mejoras ofertadas destaca que el importe del coste de ejecución supone el 0,66% de los costes de ejecución, y que serán ejecutadas mediante recursos internos que pertenecen al Departamento de Operaciones que dan soporte a todos los Proyectos en ejecución y cuyos costes están incluidos en los costes indirectos o gastos generales. Por tratarse de mejoras sin contraprestación los costes han de ser soportados necesariamente mediante los Gastos Generales/Costes Indirectos o contra el Beneficio Industrial. El coste de las mejoras para toda la ejecución del contrato sobrepasaba, por poco, los veinte mil euros resultando viable la ejecución de las mismas con el porcentaje de beneficio estimado. Además, el informe técnico ha admitido como válidos costes similares para la ejecución de mejoras de otras ofertas incursas inicialmente en temeridad.

En definitiva, alega que si restáramos el importe de todas las partidas que han argumentado los técnicos para rechazar nuestra oferta, comprobamos que sin tocar

la partida de Costes Indirectos / Gastos Generales, el Beneficio Industrial alcanzaría el 4,27% de la cuota fija (del 7,82% si tuviéramos en consideración también los servicios bajo demanda), por lo que podemos concluir que la oferta económica, en los términos que se ha efectuado, resulta viable y no hay motivo alguno de exclusión.

Además, manifiesta la recurrente que si los técnicos valoradores consideraban que había partidas sin justificar, podrían haber solicitado una ulterior aclaración al respecto pero no decidir la exclusión de la oferta sin realizar un completo análisis acerca de la viabilidad de la oferta, con el pretexto de no haber justificado unas partidas menores, a cuyos efectos cita la Resolución 85/2019, de 14 de noviembre, de la Comisión Jurídica de Extremadura.

Sobre los costes indirectos y la consideración de la parte variable del contrato señala que el estudio de costes se ha planteado, tanto sobre el supuesto de agotamiento del 100% de consumo correspondiente a la partida variable, como teniendo en cuenta únicamente la parte fija. Si se contempla únicamente el importe de los costes fijos, los costes indirectos asociados no descenderían al 10,75% como bien reportan los técnicos valoradores, (aunque manteniendo el 13,05% se advierte que el beneficio de explotación del contrato continúa siendo positivo cercano al 4%), por lo que en el caso de tener que soportar todos los gastos (directos e indirectos) correctamente calculados, la oferta resulta perfectamente viable en su ejecución y no pone en peligro la ejecución del contrato, arrojando unos relevantes beneficios. Asimismo hace referencia al histórico de ejecución de otros contratos similares, como el que se encuentra ejecutando en la actualidad para Madrid Digital, que consta igualmente de parte fija y parte variable, en el que el consumo de la parte variable alcanza en la actualidad el 93,09% del presupuesto de ejecución, motivo por el cual se plantearon las dos hipótesis. De no estar de acuerdo con una de ellas, se dispone de la correcta, desglosándose en el informe de justificación los márgenes/beneficio Industrial tanto en función del consumo de la parte variable como únicamente en la parte fija, apreciándose un Beneficio Industrial, tanto en la cuota fija, como en la variable, y sobre el total. Ello acredita que, una vez contemplados todos los costes de ejecución y un importante porcentaje de gastos generales o costes indirectos, el

contrato ofertado genera un importante beneficio industrial que podría absorber todos los supuestos y nimios costes que supuestamente no se han justificado, quedando justificado el margen de viabilidad, incluso en el improbable caso de que el consumo de la parte variable fuera 0%.

En cuanto a las otras ofertas incursas en presunción de valores anormales o desproporción destaca que licitadoras con bajas económicas muy superiores han resultado admitidas, aceptando los técnicos que el servicio objeto de este Lote en cuestión puede ser ejecutado con normalidad (resulta viable económicamente) con una oferta económica inferior en trescientos cincuenta mil euros a la efectuada por Quality, puesto que dichos licitadores no han justificado su viabilidad en ahorros particulares propios ni tampoco han declarado disponer de ventajas exclusivas a los mismos, sino porque con el precio ofertado se pueden cubrir todos los costes de exploración y obtener un adecuado y suficiente Beneficio Industrial. En consecuencia, en aplicación del principio de igualdad de trato no alcanzamos a entender cómo la oferta presentada puede ser considerada inviable por no haber concretado unos conceptos que no tienen entidad económica alguna para desvirtuar la viabilidad del contrato, con los márgenes de Gastos Generales y Beneficio Industrial que hemos acreditado, y admitir la justificación de las ofertas de otras licitadoras con bajas económicas más relevantes.

5.2.- Por su parte el órgano de contratación manifiesta que 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, y que el informe técnico emitido está debidamente motivado y resulta racional y razonable, sin que se advierta arbitrariedad, siendo aceptado por la mesa de contratación y por el órgano de contratación, por considerar que la justificación de la recurrente no explica suficientemente por qué la oferta puede ser cumplida. La información justificativa 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, como es el caso, atendiendo a la inicial presunción y para preservar el interés público de la licitación la oferta, ha de ser rechazada.

La Agencia alega que no se puede apreciar la existencia de arbitrariedad o discriminación tal y como alega la recurrente, dado que todas las ofertas desproporcionadas o con valores anormales, se han valorado y tenido en cuenta siguiendo los mismos criterios. Quality estima un coste indirecto de un 10,75% suponiendo el impacto en el volumen de negocio que representa el presente contrato en su compañía, y lógicamente siempre que sean propuestos como adjudicatarios y se consuma el 100% de la partida variable del contrato, señalando el informe técnico que este tipo de costes no deben depender de la consecución del contrato, y menos teniendo en cuenta lo indicado en la cláusula 4ª del PCAP y en el apartado 3º de la cláusula 11 del pliego de prescripciones técnicas particulares (PPTP), en el que se manifiesta que Madrid Digital “*no adquiere ningún compromiso con los Adjudicatarios de consumir porcentaje alguno del presupuesto asociado a dicha Cuota Variable*”, por lo que no es cierta la afirmación de la recurrente en cuanto a que “los técnicos valoradores estiman que el importe de dichos costes indirectos se ajusta a la realidad de los requerimientos del contrato”, pues el porcentaje indicado no se encuentra suficientemente justificado. Tampoco desglosa los costes de las licencias y líneas de comunicaciones necesarias para la ejecución de los trabajos. Y no hace referencia a los costes relacionados con los criterios evaluables mediante fórmulas 2, 4 y 6 en la justificación de costes presentada, siendo costes necesarios y obligatorios que deberían haber quedado desglosados por tratarse de mejoras ofertadas y evaluadas. Por tanto la recurrente no justificó adecuadamente la valoración económica de su oferta, careciendo la información aportada de la suficiente explicación y respaldo, para cada una de las partidas presentadas como desglose de su oferta económica.

Corresponde al licitador la prueba en contrario de la presunción, precisando las condiciones de la composición de la oferta que garanticen la ejecución correcta del contrato por lo que la ausencia de una justificación completa motivó la decisión de

excluir la oferta presentada por la empresa Quality, al no haber quedado acreditada la viabilidad de la misma, todo ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.4 de la LCSP al estipular que se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador cuando esta sea incompleta o se fundamente en hipótesis. El hecho de que algunas de las partidas de gastos del contrato vayan a ser asumidas por la empresa, con sus propios medios, no exime de que deban aparecer descritas en la justificación y que se calcule su coste, porque además ese coste debe minorar el beneficio previsto de la empresa y de ahí que deban cuantificarse. La justificación aportada omite información que tiene una repercusión económica en el precio de la oferta y por ello se han tenido en cuenta por los técnicos a la hora de decidir sobre la viabilidad de la misma y su exclusión. Al omitirse la referencia a esas partidas difícilmente puede deducirse el coste económico total de su propuesta.

La justificación aportada por el licitador debió desglosar con claridad todas las partidas de gastos, no es admisible la justificación de que algunos de los costes quedan absorbidos dentro del beneficio estimado por el licitador para este proyecto, ni del beneficio general de la empresa. Si bien es cierto los costes directos del personal son relevantes en este tipo de proyectos para la adecuada viabilidad de la oferta, no podemos obviar la necesidad de que queden debidamente justificados todos los aspectos de la oferta, y desde luego no es admisible que se incorporen en este momento procedimental nuevas justificaciones que el licitador debió aportar en el informe presentado al órgano de contratación cuando fue requerido para ello. Tampoco es admisible que el licitador se remita a especulaciones o situaciones futuras de otros negocios que la empresa en cuestión tiene contemplados, que nada tienen que ver con el que nos ocupa. Se ha de indicar que el acto está motivado de forma racional y suficiente, permitiendo al interesado tener conocimiento de los motivos de su exclusión y articular su defensa.

La Agencia concluye indicando que el no aportar información suficiente, omitiendo partidas necesarias para la prestación del servicio, como los costes relativos a las mejoras ofertadas, entre otros, y la inadecuada justificación de los costes

indirectos, difícilmente puede valorarse de forma positiva la viabilidad en su conjunto de la oferta presentada. Resulta necesario que los licitadores que hayan presentado ofertas que, en aplicación de los criterios establecidos en los Pliegos que rigen el contrato, se consideren desproporcionadas, prueben la seriedad y viabilidad de sus ofertas en todos los elementos que la componen, de modo que permita al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo. La justificación aportada es insuficiente, dado que se omiten elementos importantes de la configuración de su oferta. A la vista de sus alegaciones no queda acreditada la existencia de error en los motivos que justificaron la exclusión, y utiliza argumentos e información que no incluyó en el informe justificativo de su oferta.

5.3.- Este Tribunal ha de destacar en primer lugar que en la tramitación del expediente de contratación se ha seguido lo dispuesto en las siguientes cláusulas del PCAP: cláusula 1.1 “Los licitadores podrán presentar oferta a cualquiera de los seis lotes, pero únicamente podrán resultar adjudicatarios de uno de ellos”; 1.8 relativa al criterio nº 1 de adjudicación del contrato Valoración de la oferta económica (Hasta 50 puntos), aplicable a todos los Lotes “*se tomará en consideración a efectos de apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o con valores anormales, el siguiente límite: toda proposición cuyo porcentaje de baja exceda en diez unidades porcentuales, por lo menos, a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones presentadas.*”; y cláusula 13 relativa a la actuación de la mesa de contratación “*Si se identificase alguna proposición que pueda ser considerada anormalmente baja, de acuerdo, en su caso, con lo indicado en la Cláusula 1 Apartado 8, se realizará la tramitación prevista en el Artículo 149 de la LCSP*”.

Como viene manteniendo este Tribunal en sus anteriores Resoluciones, el artículo 149 de la LCSP establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad. La justificación de una oferta es la acción de explicar, aduciendo razones convincentes o alegando otros medios, la viabilidad y acierto de una proposición, en los términos en que fue presentada al procedimiento licitatorio. Consiste pues, en la

aclaración de los elementos en que el licitador fundamentó su oferta y en la verificación de que conforme a dicha aclaración, la misma es viable de forma tal que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada, en el modo y manera establecidos en los pliegos de condiciones.

Es regla común general en el Derecho español, por influencia del Derecho Comunitario, la de adjudicar el contrato a favor de la oferta económicamente más ventajosa, estableciéndose como excepción que la adjudicación pueda no recaer a favor de la proposición que reúna tal característica cuando ésta incurra en valores anormales o desproporcionados, sin que implique la exclusión automática, sino la necesidad de conferir trámite de audiencia para que el licitador justifique la viabilidad económica de su proposición, recabando los asesoramientos técnicos procedentes, sin que sea necesaria una prueba exhaustiva, bastando acreditar una convicción de que el licitador será capaz de ejecutar plena y satisfactoriamente el contrato. Si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que concurren en la oferta y de las características de la propia empresa licitadora.

El segundo paso del procedimiento contradictorio es el informe técnico valorando la justificación presentada. 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 de asesoramiento técnico 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. De no cumplirse con el requisito de motivación antes expuesto, 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.

En todo ello se debe resaltar que la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde al órgano de contratación que la adoptará a la vista de las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y teniendo en cuenta los informes preceptivos emitidos por los servicios técnicos, sin que las alegaciones ni los informes tengan carácter vinculante.

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 excluyendo toda posibilidad de arbitrariedad.

Interesa destacar en primer lugar que ni el informe justificativo de la baja presentada por la recurrente, ni el informe técnico que analiza la justificación en el que se basa la exclusión del licitador por parte del órgano de contratación adolecen de ambigüedad ni carecen de la debida razonabilidad, no obstante observarse evidentes defectos en el primero, así como cierta debilidad en el segundo, si se toma en consideración, que los otros dos licitadores con ofertas inicialmente incursas en valor anormal o desproporción en el Lote 5 objeto de impugnación, con un porcentaje de baja sensiblemente superior al presentado por Quality, han sido admitidos a la licitación por la Agencia al considerar viables sus respectivas ofertas, que presentaban además las mismas mejoras ofertadas por la recurrente.

La comparativa plantea la duda razonable de la posibilidad de la viabilidad de la ejecución del servicio con la oferta económica realizada por Quality, teniendo en cuenta las argumentaciones realizadas y el perfil de la empresa. Ello debería haber llevado al órgano de contratación a haber solicitado ampliación u aclaración de aquellos aspectos que no habían sido debidamente desglosados por la recurrente, ante el hecho evidenciado por los técnicos, en los tres informes emitidos el 5 de febrero de 2021 por la Directora de Sistemas de Información Sectoriales, de la

viabilidad de la prestación del servicio por importe inferior al ofertado por Quality, al admitir la posibilidad de cumplir el contrato con bajas de cuantía superior a la presentada por la recurrente. Además teniendo en cuenta que siguiendo el requerimiento del órgano de contratación estaban debidamente justificadas las partidas más importantes económicamente hablando como son los costes directos (gastos salariales tratándose de un servicio intensivo en mano de obra), figuraban desglosados los costes indirectos, si bien adoleciendo de los defectos no baladís observados por el informe técnico, y se recogía el beneficio industrial que se estima obtener, con desagregación del importe correspondiente a la cuota fija y a los servicios bajo demanda y renovación SS II.

Por otra parte se observa que las argumentaciones de la recurrente, en cuanto a las escasa cuantificación económica de los aspectos no desglosados en los costes indirectos y su absorción sin dificultad en los gastos generales y el margen de beneficio estimado, no son rebatidos en el informe de alegaciones del órgano de contratación, por lo que si bien es cierto que deberían haberse efectuado en el momento de la justificación también es cierto que el órgano de contratación al considerar insuficiente la información proporcionada podía haber solicitado aclaración, en su caso, con aportación de la información y documentación necesaria para completar la justificación proporcionada, respecto a los aspectos dudosos no solicitados expresamente en su requerimiento.

Así convenimos con el órgano de contratación en que el licitador debería haber justificado mejor los costes indirectos recogiendo los costes de las licencias y líneas de comunicaciones y los costes relacionados con las mejoras ofertadas, sin que se considere como justificación el que algunas de las partidas vayan a ser asumidas por la empresa, con sus propios medios, puesto que siguen representando un coste a calcular que debe tenerse en cuenta a los efectos de minorar el beneficio estimado, y teniendo en cuenta además que como ha mantenido este Tribunal en su Resolución 33/2020, expresamente citada por la Agencia, *“las mejoras que los licitadores ofertan, sobre los mínimos exigidos en los pliegos, sin duda tienen una repercusión en los costes del contrato a realizar, que no pueden ni deben ser desdeñadas a los efectos*

de considerar viable la prestación del servicio en los términos ofertados, pues de otra manera no quedaría garantizado que la realización del servicio se puede llevar a cabo y que se va a ejecutar según la oferta adjudicada. Por tanto la correcta ejecución de las prestaciones contratadas incluyen también las mejoras que ofertadas por el contratista han sido aceptadas por el órgano de contratación, y cuya ponderación puede haber llegado a ser determinante en la selección del contratista para la ejecución del contrato”.

No obstante, las alegaciones de la recurrente en cuanto a su cuantificación, no rebatidas por el órgano de contratación, nos llevan a considerar que la repercusión económica en el precio de la oferta de los costes omitidos no tiene la suficiente entidad como para hacer inviable la oferta presentada, suponiendo por tanto un defecto formal en la justificación de la misma. En este sentido se estima desproporcionado que una omisión susceptible de aclaración dé lugar a la exclusión de la oferta económicamente más ventajosa, habiendo sido admitidas ofertas de importe muy inferior al haber formulado una justificación más exhaustiva, debiendo aplicarse a estos efectos los principios generales de la contratación pública recogidos en los artículos 1 y 132.1 de la LCSP relativos a la selección de la mejor oferta, igualdad y proporcionalidad.

El artículo 149 de la LCSP establece que si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes técnicos del servicio correspondiente, estimase que la información recabada no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador y que, por lo tanto, la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la mejor oferta, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo 150. En general se rechazarán las ofertas incursas en presunción de anormalidad si están basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde una perspectiva técnica, económica o jurídica. En este sentido se ha de señalar que no se observan en la justificación a la oferta presentada por la recurrente hipótesis, ni prácticas inadecuadas de carácter técnico, económico ni jurídico, si bien adolece de los defectos que se han observado con anterioridad, pero

sin que quede acreditado que se puedan considerar concluyentes de cara a la inviabilidad de la oferta presentada, desprendiéndose claramente de la regulación establecida en el citado artículo que la exclusión ha de obedecer al previsible incumplimiento material del servicio y no a defectos formales en la justificación aportada por el licitador.

Todo ello sin perjuicio de que en aplicación de lo dispuesto en el apartado 7 del citado artículo 149 de la LCSP el órgano de contratación deba establecer mecanismos adecuados para realizar un seguimiento pormenorizado de la ejecución del contrato, con objeto de garantizar la correcta ejecución de la prestación sin que se produzca merma en la calidad de los servicios, por tratarse de una empresa que ha estado incurso en presunción de anormalidad.

Por todo lo expuesto se considera procedente estimar el recurso especial, debiendo el órgano de contratación anular el acuerdo de exclusión, retrotrayendo el procedimiento al momento de valoración y clasificación de las ofertas presentadas, con admisión de la proposición presentada por la recurrente.

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 la empresa Quality Objectcs, S.L. contra su exclusión del procedimiento de contratación del Lote 5 “Administración Electrónica Gestión Administrativa Digital” del contrato de “Servicios de desarrollo, renovación, mantenimiento y evolución de los sistemas de información en diferentes ámbitos de la Comunidad de Madrid (seis lotes)”, número de expediente ECON/000173/2020,

mediante resolución de la Consejera Delegada de la Agencia para la Administración Digital de la Comunidad de Madrid de 16 de febrero de 2021, anulando el acuerdo de exclusión, con retroacción de las actuaciones al momento de valoración y clasificación de las ofertas, para que se admita la oferta de la recurrente y continúe el procedimiento de adjudicación del contrato.

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 del procedimiento de contratación del lote 5 del contrato que fue acordada por este Tribunal el 18 de marzo de 2021, conforme a 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 del LCSP.