

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

En Madrid, a 14 de febrero de 2018.

VISTA la reclamación interpuesta por don F.F.P., en nombre y representación de Martínez Segovia, Fernández, Pallás y Asociados, Ingeniería y Arquitectura, S.A. (MSFP), contra la adjudicación y su exclusión del procedimiento de licitación del contrato “Servicios de redacción del proyecto de ejecución y dirección facultativa del nuevo Centro de Operaciones de la Elipa de la EMT”, número de expediente: 17/079/3, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 12, 21 y 24 de julio de 2017, se publicó respectivamente en el DOUE, BOE, BOCM y Perfil de contratante de la EMT, el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, a adjudicar mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios, con un valor estimado de 1.800.000 euros.

Interesa destacar que el objeto del contrato consiste en la *“Redacción del Proyecto de Ejecución del nuevo Centro de Operaciones de La Elipa y dirección facultativa durante la ejecución de las obras del proyecto redactado.”*

El Pliego de Condiciones Generales (PCG) que rige la licitación establece en su apartado 4.6, lo siguiente:

“Oferta anormalmente baja o desproporcionada.

(.....)

Cuando concurran cuatro o más licitadores, las que sean inferiores en más del 10% respecto de la media aritmética de las ofertas presentadas, si bien, en caso de que concurran licitadores cuyas ofertas sean superiores en más del 10% de la referida media se procederá al cálculo de una nueva media excluyendo del cómputo a los licitadores que se encuentren en aquélla situación. Sin embargo, si el número de licitadores fuese inferior a tres la media se calculará respecto de las tres ofertas de menor cuantía.

(.....)

En el caso de existir alguna oferta incursa inicialmente en valores anormalmente bajos o desproporcionados, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 152.3 del TRLCSP, se dará al licitador o licitadores trámite de audiencia, para que en el plazo de tres días hábiles a contar desde el siguiente al que reciban la notificación, justifiquen por escrito la valoración de la oferta y precisen las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al ahorro que permite el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado.

Por EMT se indicará al licitador que incurra en oferta desproporcionada, las preguntas aclaratorias que habrá de responder para justificar su oferta.

Antes de adoptar la decisión sobre la viabilidad o no de la oferta, se realizará un análisis exhaustivo y técnico, considerando todas las respuestas justificadoras alegadas por el licitador y realizándose pronunciamiento sobre cada una de ellas, recogiendo en el informe, de manera precisa, los motivos por los que se desestima la oferta. Se rechazarán las ofertas que sean anormalmente bajas o

desproporcionadas por no cumplir las obligaciones en materia medioambiental, social y laboral".

Por otra parte, de acuerdo con lo establecido en el apartado M del Cuadro de Características Específicas (CCE), el contrato tendrá una duración de 6 meses para la redacción del proyecto de ejecución a contar desde la formalización del contrato y 24 meses para las labores de dirección facultativa durante la ejecución de las obras del proyecto presentado, a contar desde la firma del acta de comprobación del replanteo.

A la licitación convocada fueron admitidas 6 empresas, entre ellas la reclamante.

Segundo.- Con fecha 15 de noviembre de 2017, se reúne la Mesa de contratación para la apertura de las proposiciones económicas o criterios valorables en cifras o porcentajes y se realiza el cálculo de las ofertas que podían estar incursas en baja desproporcionada, según lo establecido en el PCG, resultando que la oferta de MSFP estaba incursa en presunción de temeridad, habiendo ofertado 426.000 euros para la redacción del proyecto, 279.000 euros para la dirección facultativa y un plazo de entrega del proyecto de 16 semanas.

Se requirió, con fecha 17 de noviembre de 2017, a MSFP para que justificara la viabilidad de su oferta en los siguientes términos:

- *"Descomposición del precio ofertado desglosando el coste de los medios humanos, materiales y auxiliares que se van a destinar para la consecución del contrato.*
- *Listado de organigrama aportado valorado con dedicación en la obra.*
- *Justificación del cálculo de la baja presentada incluyendo % costes directos e indirectos así como beneficio industrial considerado.*
- *Justificación de que el coste de mano de obra será el fijado en el convenio colectivo de aplicación, indicando cuál es éste y la comparación entre lo*

dispuesto en el convenio y lo previsto a abonar a los trabajadores adscritos a la ejecución del contrato”.

La empresa presentó la documentación justificativa con fecha 21 de noviembre de 2017.

Con fecha 4 de diciembre de 2017 se emite por el Responsable del Departamento de Nuevas Construcciones, informe de adjudicación del contrato en el que se concluye que “*Una vez analizada la documentación presentada para justificar la baja ofertada por MARTINEZ SEGOVIA, FERNANDEZ, PALLAS Y ASOCIADOS, INGENIERIA Y ARQUITECTURA, 5.4, incursa en baja anormal o desproporcionada, desde nuestro punto de vista técnico, entendemos que la explicación ofrecida no se puede considerar como válida, dado que pese a que en la descomposición de precios unitarios de salarios no incurre en ninguna incongruencia ni incumplimiento de salarios mínimos de convenio, ni en el desglose de costes directos, indirectos, gastos generales y beneficio industrial propuesto, no obstante, entendemos que la rebaja económica ofertada, sustentada según su justificación en el empleo de la tecnología BIM y, en consecuencia, en una reducción de plazos, si bien puede tener cierta base, no justifica una disminución del tiempo de ejecución del proyecto tan elevada, del orden del 38%, entrando en clara contradicción respecto al resto de licitadores que también incluyen esta misma tipología de tecnología para el desarrollo del proyecto, alguno incluso con un mayor número de medios humanos en los organigramas presentados en este departamento y no ofrecen una reducción de plazos ni de precio similar. MFP propone la ejecución del proyecto en 16 semanas plazo que también lo consideramos anormalmente bajo, dada la entidad y volumen de desarrollo técnico que requiere tanto el diseño constructivo como las instalaciones que se introducen en este proyecto, ciertamente innovador que va a requerir un elevado número de horas de trabajo para el desarrollo y diseño de las mismas”.*

En consecuencia propone la adjudicación a favor de la empresa Ghesa Ingeniería y Tecnología, S.A. (Ghesa), al haber resultado la mejor clasificada.

Tercero.- La Mesa de contratación en su reunión de 18 de diciembre de 2017 acepta el contenido del informe señalado y eleva la propuesta correspondiente.

Finalmente, con fecha 20 de diciembre de 2017, la Comisión Delegada acuerda: *"Excluir la oferta presentada por la entidad MARTINEZ SEGOVIA, FERNANDEZ, PALLÁS Y ASOCIADOS, INGENIERÍA YARQUITECTURA, S.A. (CIF A-78261427), por presentar una oferta anormalmente baja y considerar que la justificación presentada no garantiza la viabilidad técnico económica de la ejecución del contrato.*

Adjudicar, condicionada a la presentación de la documentación administrativa correspondiente, el contrato relativo a los "SERVICIOS DE REDACCIÓN DE PROYECTO DE EJECUCIÓN Y DIRECCIÓN FACULTATIVA DEL NUEVO CENTRO DE OPERACIONES DE LA ELIPA DE LA EMT", a la ENTIDAD GHESA INGENIERÍA Y TECNOLOGÍA, S.A. (CIF A-28126274) por un importe máximo de 916.200 €, IVA excluido, correspondiendo 687.150 € a los trabajos de redacción y 229.050 € a los correspondientes a la Dirección Facultativa".

El Acuerdo de adjudicación y exclusión fue notificado a MSFP el 22 de diciembre de 2017, indicándose como causas de la exclusión: *"por incurrir en valores anormalmente bajos o desproporcionados y considerar EMT que la justificación presentada, sustentada en el empleo de la tecnología BIM, no justifica una disminución del tiempo de redacción del proyecto, del orden del 38%, lo que supone un plazo de redacción del proyecto de 16 semanas, plazo que no resulta adecuado dada la entidad y volumen de desarrollo técnico que requiere tanto el diseño constructivo como las instalaciones singulares que comprende el proyecto, y que EMT considera que no garantiza la oferta presentada por ustedes."*

Cuarto.- El 16 de enero de 2018, previa la presentación del anuncio a que se refiere el artículo 104.1 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre Procedimientos de Contratación en los Sectores del Agua, la Energía, los Transportes y los Servicios Postales (en adelante LCSE), efectuado el día 8 de enero, MSFP

presentó reclamación, ante este Tribunal, lo que se comunicó al órgano de contratación a efectos de que remitiera el expediente administrativo y el informe preceptivo a que hace referencia el artículo 105.2 de la LCSE, que fue remitido el día 19 de enero de 2018.

Alega la reclamante la falta de motivación de la exclusión y solicita por tanto que se declare nulo el acto, puesto que considera que ha justificado debidamente la viabilidad de su oferta por las razones que explica en la reclamación y solicita igualmente que se deje sin efecto tanto su exclusión como la adjudicación recaída.

Por su parte el órgano de contratación en el informe preceptivo a que se refiere el artículo 105.2 de la LCSE, concluye solicitando que desestime la reclamación considerando que la reclamante *“propone la ejecución del proyecto en solo 16 semanas, plazo que se considera insuficiente, dada la entidad y volumen de desarrollo técnico que requiere tanto el diseño constructivo como las instalaciones que se introducen en este proyecto, ciertamente innovador, que va a requerir un elevado número de horas de trabajo para el desarrollo y diseño de las mismas. Adicionalmente, se considera que esta reducción de plazo y coste tan agresiva puede poner en riesgo la calidad y el detalle del proyecto de ejecución que se redacte, por necesitar un mayor número de horas de las que ha previsto dedicar, preocupando fundamentalmente las dedicadas al diseño de instalaciones singulares que incluye el proyecto, como las instalaciones fotovoltaicas y/o la recarga eléctrica de autobuses, que pueden denotar que se dispondrá de pocos recursos para personalizar las soluciones genéricas de mercado, válidas, que aportaron en su información técnica y que deberán ser adaptadas a las necesidades de carga de la flota de EMT”.*

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se ha concedido trámite de audiencia al resto de interesados en el expediente administrativo, habiendo presentado escrito de alegaciones la empresa adjudicataria Ghesa, que argumenta que la exclusión se encuentra debidamente motivada por las razones expuestas por el órgano de

contratación y que constan en el expediente, y por tanto la reclamación debe ser desestimada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación con el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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 la presente reclamación.

Segundo.- La reclamación se interpone contra la adjudicación de un contrato de servicios, de la categoría 12 del Anexo II A de la LCSE, en cuanto se excluye la oferta de la reclamante, cuyo valor estimado supera los umbrales establecidos en el artículo 16 de la misma, por lo que es susceptible de reclamación.

Tercero.- La recurrente se encuentra legitimada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 102 de la LCSE, *“podrá interponer la correspondiente reclamación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de reclamación”*, al haber sido excluida del procedimiento por no justificar la viabilidad, de manera que al haber presentado la oferta más baja, la eventual estimación del recurso la colocaría en la posición de ser adjudicataria del contrato.

Se acredita asimismo la representación con que actúa el firmante de la reclamación.

Cuarto.- Respecto del plazo de interposición de la reclamación, ésta se dirige contra la exclusión y adjudicación del contrato, cuya notificación le fue remitida por correo electrónico el día 22 de diciembre de 2017, interponiéndose la reclamación ante este Tribunal el día 16 de enero de 2018, por tanto se encuentra dentro del plazo establecido en el artículo 104.2 de la LCSE.

Quinto.- Entrando al fondo del asunto, la reclamante alega falta de motivación del Acuerdo de exclusión y además incumplimiento de lo previsto en el apartado 4.6 del PCG, puesto que habiendo recibido la respuesta de MSFP al requerimiento considera que *“la EMT debería haber realizado un análisis exhaustivo y técnico de esta respuesta, considerando todas las respuestas justificadoras alegadas por mi representada, y realizando un pronunciamiento expreso sobre cada una de ellas, confeccionando un informe que recogiera, de manera precisa, los motivos por los que se desestimaba su oferta. Igualmente, se indica en la meritada condición 4.6. que “por EMT se indicará al licitador que incurra en oferta desproporcionada, las preguntas aclaratorias que habrá de responder para justificar su oferta”. Esta obligación de análisis técnico aparece igualmente reflejada en el también transcritº artículo 152.3 del Real Decreto Legislativo 3/2011”.*

La LCSE en su artículo 82, 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.

Por ello la justificación ha de ir referida fundamentalmente al cumplimiento de las prestaciones objeto del contrato y en relación obviamente con las exigencias y requerimientos del mismo, de modo que permita al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo.

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.). Para apreciar si se ha cumplido con tal premisa 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.

La apreciación de si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que componen la oferta y de las características que concurren en la propia empresa licitadora, por tanto, a la vista de la justificación y de los informes técnicos emitidos, el órgano de contratación, a quien corresponde la decisión sobre la apreciación de la posibilidad de cumplimiento de la oferta ha contado con el asesoramiento preceptivo y este está debidamente motivado en base a la justificación aportada por la recurrente.

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.

Debemos pues centrarnos en el análisis de la justificación de la viabilidad de la oferta y su rechazo en los términos en que fue planteado en el procedimiento contradictorio previsto en el artículo 82 de la LCSE, que como más arriba hemos señalado, solo puede tener como parámetro la garantía de cumplimiento de las prestaciones objeto del contrato, basándose en el contenido del escrito de justificación y la denegación del mismo.

Como ha señalado este Tribunal en su Resolución 9/2016, de 20 de enero, la justificación ha de ir referida fundamentalmente al cumplimiento de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato. Esto no supone que se justifique exhaustivamente cada uno de los componentes de la oferta anormal o desproporcionada, sino que se trata argumentar de modo que permita al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo. La justificación ha

de ser completa, pero obviamente, tales argumentos o justificaciones deberán ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta, y la complejidad de las prestaciones.

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 emitidos por los servicios técnicos, sin que las alegaciones ni los informes tengan carácter vinculante. La apreciación de si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que componen la oferta.

La reclamante alega en primer lugar que el requerimiento de justificación plasma de manera específica los puntos sobre los que habría de formular la oportuna justificación y que la documentación aportada responde a cada uno de ellos de forma exhaustiva y completa. Sin embargo, la notificación de su exclusión a su juicio no da cumplimiento a los requisitos de motivación técnica a los que la EMT está obligada.

Comprueba el Tribunal que la notificación indica como causa del rechazo de la oferta el hecho de que la documentación presentada no justifica una disminución del tiempo de redacción del proyecto, plazo que entiende no resulta adecuado, por las razones que explican brevemente.

Sin embargo, esta motivación nada tiene que ver con los cuatro apartados a los que se hacía referencia en el requerimiento de justificación. En dicho requerimiento no se pidió ninguna aclaración sobre la reducción del plazo por lo que nos encontramos con una inadecuada motivación de la exclusión. Motivación que se reproduce esencialmente en el informe de adjudicación y en el de la reclamación.

Por otro lado, debemos analizar lo que establece el PGC respecto de las bajas desproporcionadas. Dice claramente que serán las que sean inferiores en más de un 10% respecto de la media aritmética de las ofertas presentadas.

En este caso, las ofertas presentadas, a efectos de cálculo de la temeridad, son las proposiciones económicas, puesto que el plazo, aunque se haya incluido en el modelo de proposición económica, no constituye un criterio valorable ni de forma automática ni sometido a juicio de valor. Por lo que no puede formar parte de la oferta, al objeto de calcular la posible temeridad y de hecho se ha calculado ésta teniendo en cuenta exclusivamente, las proposiciones económicas.

Por lo tanto debemos concluir que, en el caso analizado, el plazo de redacción del proyecto no es un parámetro objetivo independiente en función del cual se pueda apreciar que la proposición no puede ser cumplida por valores desproporcionados.

En consecuencia, si bien es cierto que el plazo puede tener repercusión en la calidad del trabajo y también en el precio del mismo, por lo que puede ser objeto de análisis y de valoración, no puede motivar por sí, en este caso, la exclusión por inviabilidad de la oferta, de acuerdo con el PCG.

Cabe señalar que el PCG establece como criterio no sujeto a fórmula, la Memoria Técnica (25 puntos) y dentro de ella, como subcriterios, el desarrollo del anteproyecto, aporte de fotografías y videos, organigrama del personal y la aportación de planificación de fases e hitos a cumplir durante la redacción del proyecto.

Consta en el expediente que la reclamante obtuvo la mayor puntuación en la Memoria Técnica, 23 puntos de 25 posibles y obtuvo 1 punto, igual que los demás licitadores en el subcriterio *“aportación de planificación de fases e hitos a cumplir durante la redacción del proyecto”*, por lo que debe entenderse que la planificación propuesta no se consideró que afectase a la calidad del trabajo.

En cuanto a la viabilidad de la oferta, que es la cuestión esencial planteada, comprobamos que el informe de adjudicación, como ya se ha indicado, tampoco

ofrece las razones detalladas, si quiera someramente, por las que no deba considerarse aceptable la misma. Es más, reconoce incluso que la justificación no incurre en incongruencia, ni incumplimiento de salarios, ni desglose de costes, etc. Es decir, parece que la reclamante ha justificado todos los apartados requeridos y es únicamente el plazo el que “*puede poner en riesgo la calidad y el detalle del proyecto de ejecución que se redacte.*”

Sin embargo, tampoco se especifican las razones por las que pueda existir esa posibilidad de forma cierta, derivadas de los datos aportados en el documento de justificación.

Debe recordarse que el segundo paso del procedimiento contradictorio previsto en el artículo 152 del TRLCSP, al que se remite expresamente el PCG, es el informe técnico valorando la justificación presentada. Según lo dispuesto en el apartado 4 de dicho artículo, corresponde al órgano de contratación “*considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior*”, 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, o cuando estando motivado, dicha motivación no sea adecuada o razonable, en función de las prestaciones del contrato, la decisión debe ser anulada.

En conclusión, en el caso que nos ocupa se ha procedido a la tramitación legalmente prevista para los supuestos de bajas incursas en valores anormales o desproporcionados, analizadas las razones y justificación ofrecida ésta no se ha

considerado viable, pero las razones expuestas en el informe técnico no desvirtúan las argumentaciones de la reclamante en cuanto a la justificación de su oferta, por lo que no quedando motivada de forma razonable la exclusión, procede estimar la reclamación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación al 41.3 del TRLCSP 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 la reclamación interpuesta por don F.F.P., en nombre y representación de Martínez Segovia, Fernández, Pallás y Asociados, Ingeniería y Arquitectura, S.A. (MSFP), contra la adjudicación y su exclusión del procedimiento de licitación del contrato “Servicios de redacción del proyecto de ejecución y dirección facultativa del nuevo Centro de Operaciones de la Elipa de la EMT”, número de expediente: 17/079/3, anulando el Acuerdo impugnado y retrotrayendo el procedimiento al momento previo a su exclusión.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 106 de la LCSE.

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 108 de la LCSE.