

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

En Madrid, a 26 de abril de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por don J.M.C., en nombre y representación de la mercantil Viarium Ingeniería, S.L., (en adelante Viarium) contra la adjudicación del contrato denominado “Servicios de auditoría de la gestión realizada en las instalaciones ubicadas en el Parque Tecnológico de Valdemingómez” número de expediente 300/2016/01546, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 9 y 16 de noviembre de 2016 se publicó respectivamente en el DOUE y en el BOE la convocatoria de licitación del contrato para la prestación del servicio mencionado a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato es de 319.980 euros y el plazo de ejecución 6 meses improrrogables.

Interesa destacar en relación con el objeto del recurso que el apartado 20 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) dispone: *“Límite de baja con inclusión de valores anormales o desproporcionados: 10% superior a la media de los porcentajes de baja de las ofertas presentadas por todas las empresas*

licitantes admitidas, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en el Art. 152 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

El porcentaje de baja media se calculará como la media aritmética de todos los porcentajes de bajas ofertadas”.

Segundo.- A la licitación concurren tres empresas, entre ellas la recurrente, una de las cuales fue rechazada al no haber aportado correctamente la documentación que le fue requerida.

Realizada la tramitación oportuna, la Mesa de Contratación en su sesión de fecha 2 de febrero de 2017, sobre la base del informe técnico emitido, propuso la adjudicación del contrato a favor de la UTE Tecnigral, S.L.-Conurma Ingenieros Consultores, S.L., por un precio de 216.275,69 euros.

Mediante Decreto de 23 de marzo de 2017, la Delegada del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad, acordó la adjudicación del contrato, a favor del licitador propuesto por la mesa. La adjudicación fue notificada el 24 de marzo de 2017, y publicada en la misma fecha en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid.

Tercero.- El 4 de abril de 2017, se presentó en el registro del órgano de contratación por la representación de Viarium, recurso especial en materia de contratación contra el Acuerdo de adjudicación del contrato por considerar que la baja ofertada por la adjudicataria presenta un valor que inicialmente, conforme a los criterios establecidos en el PCAP, debe ser considerado anormal o desproporcionado, sin que conste se haya pedido la justificación de su oferta, ni en su caso los motivos en que se basa su aceptación.

El 12 de abril el órgano de contratación remitió el recurso, copia del expediente y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

En su informe el órgano de contratación sostiene que ninguno de los licitadores concurrentes se encontraba incurrido en baja temeraria, siendo su actuación conforme a derecho y solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto.- Con fecha 19 de abril de 2017 el Tribunal acordó mantener la suspensión automática, *ex artículo 45 del TRLCSP*, del expediente de contratación.

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se da traslado del recurso a la adjudicataria del contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndole un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Dentro del plazo se ha recibido escrito de la UTE Tecnigral, S.L.-Conurma Ingenieros Consultores, S.L., en el que expone que a su juicio caben dos interpretaciones del Pliego respecto de la apreciación de bajas desproporcionadas pero que la interpretación de la recurrente llevaría a situaciones alejadas del sentido común *“Por lo tanto, en nuestra consideración, no cabe más interpretación que la que hace el órgano de contratación ya que, en caso contrario, no se estaría fomentando la concurrencia de empresas licitadoras y se desestimarían, en multitud de ocasiones, ofertas económicamente más ventajosas, lo cual no puede conciliarse con el principio de eficiente utilización de los fondos públicos, o bien se debería estar a lo dispuesto en el Art. 152 del TRLCSP y habría que solicitar la justificación económica de ofertas presuntamente anormales o desproporcionadas que no deberían tener tal consideración, con la consiguiente dedicación poco o nada justificada de cuantiosos recursos tanto públicos como privados”*. Solicita en consecuencia la desestimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP 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 recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de Viarium para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP al tratarse de una persona jurídica que presentó oferta *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*, al estar clasificada en segundo lugar por lo que la estimación del recurso la colocaría en posición de ser adjudicataria del contrato si finalmente la empresa adjudicataria no acreditase la viabilidad de su oferta.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se dirige contra la adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 40.2.c) del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el Acuerdo impugnado se notificó el 24 de marzo de 2017, se interpuso el recurso el día 4 de abril, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto.- El motivo del recurso es la no apreciación por la mesa de contratación de los límites de temeridad de la oferta económica de la adjudicataria, por lo que la adjudicación acordada sin la preceptiva justificación conforme a lo establecido en el artículo 152 del TRLCSP, sería nula.

De acuerdo con los cálculos realizados por la recurrente el umbral de temeridad se sitúa en una baja del 30,37% y siendo la baja del adjudicatario del 32,41% debió ser considerada como desproporcionada, ya que el resultado de la apertura de las ofertas fue el siguiente:

Empresa	Oferta	Baja
UTE Ternigral-Conurma	216.275,69 €	32,41%
Viarium Ingeniería	247.000,00 €	22,81%
Baja media		27,61%
Baja temeraria = Baja media x 1,1		30,31%

Opone el órgano de contratación que de conformidad con el informe técnico de valoración de las ofertas, suscrito el 30 de enero de 2017, por los servicios técnicos de la unidad promotora, que efectuaron los cálculos para apreciar si alguno de los licitadores estaba incurso en temeridad, ninguno lo estaba de acuerdo con el siguiente razonamiento a partir de lo preceptuado en el PCAP:

“Como límite de temeridad: 10% superior a la media de los porcentajes de baja de las ofertas presentadas por todas las empresas licitantes admitidas.

Teniendo en cuenta las bajas ofertadas, la media de los porcentajes de baja, será: $32,41\% + 22,81\% / 2 = 27,61\%$.

10 puntos porcentuales (10%) superior a esta media sitúan la baja temeraria por encima de 37,61 %”.

Advierte que el criterio de la recurrente, sería el de incrementar el porcentaje de baja media (27,61%), con otro porcentaje (10% de 27,61%), que situaría el límite de temeridad en el 30,37%, esto es, a menos de 3 puntos porcentuales de la baja media. No siendo de aplicación lo dispuesto para la subasta en el artículo 85 del Reglamento General de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, al tratarse de una licitación por concurso, habrá que atender a lo dispuesto en el Pliego para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias.

Comprueba el Tribunal que efectivamente, como afirma el propio órgano de contratación el *“10 % superior a la media de los porcentajes de baja ofertas presentadas por todas las empresas licitantes admitidas”*, es 3 puntos porcentuales, pero eso es lo que literalmente ha establecido el PCAP, no siendo correcto el cálculo

realizado por los técnicos en su informe ya que no es equivalente la expresión “10% superior a media de los porcentajes de baja” a 10 puntos porcentuales superior a la media de las bajas.

Probablemente el órgano de contratación tenía intención de aplicar otro criterio, cuya formulación debiera haber sido *“superior en 10 puntos porcentuales a la media de los porcentajes de baja”* de las ofertas presentadas por todas las empresas licitantes admitidas. Sin embargo no es ese el criterio establecido en el PCAP. Confunde el órgano de contratación punto porcentual y porcentaje:

- El porcentaje se utiliza para escribir los números bajo la apariencia de una fracción de cien. El símbolo de este concepto es el %, el cual se denomina “por ciento” y se traduce como “de cada cien”. Diez por ciento es un porcentaje que se escribe como 10% y que se entiende como diez de cada cien. En el caso del recurso el 10% de la media aritmética de las bajas es 2,76, por lo que el umbral de la baja temeraria es 30,37% ($27,61+2,76$).

- Los puntos porcentuales se utilizan para denominar la diferencia existente entre dos porcentajes, en este caso el cálculo se realiza como si los porcentajes fueran unidades reales. En el caso del recurso 10 puntos más de la media aritmética de las bajas sitúa el umbral de la baja temeraria en 37,61 ($27,61+10$).

El hecho de que la aplicación del Pliego en sus estrictos términos traiga una consecuencia no pretendida por el órgano de contratación, no permite la modificación del mismo por la vía de su aplicación. Es de destacar que no es que existan dos interpretaciones de la cláusula, como indica la UTE en trámite de alegaciones, la interpretación es única y efectivamente lleva a considerar que porcentajes de baja pequeños pueden hacer que la oferta se encuentre en el supuesto de baja desproporcionada pero el Pliego así lo establece y no existe oscuridad, ni imposibilidad de aplicación que puedan invalidar la cláusula que por otra parte tampoco fue impugnada en su momento. Como ha señalado el Tribunal en

infinidad de ocasiones, los Pliegos, conforman la ley del contrato y obligan, en sus propios términos, tanto a los licitadores como a los órganos de contratación.

Por lo tanto, comprobado que la oferta de la adjudicataria se encuentra incurso en el supuesto de temeridad, de acuerdo con lo establecido en el Pliego y que no se ha seguido el procedimiento previsto en el artículo 152 del TRLCSP, procede estimar el recurso por este motivo, sin que quepa en este momento analizar la alegación relativa a la viabilidad de la oferta, debiendo anularse la adjudicación recaída y retrotraerse el procedimiento al momento en que se debió solicitar la justificación de la viabilidad de su oferta a la UTE Tecnigrál, S.L.-Conurma Ingenieros Consultores, S.L.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 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 el recurso especial interpuesto don J.M.C., en representación de la mercantil Viarium Ingeniería, S.L., contra la adjudicación del contrato denominado “Servicios de auditoría de la gestión realizada en las instalaciones ubicadas en el Parque Tecnológico de Valdemingómez” número de expediente 300/2016/01546, debiendo retrotraer el procedimiento para solicitar la justificación de la oferta presuntamente temeraria, de conformidad con lo establecido en el art. 152 del TRLCSP.

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 47.5 del TRLCSP.

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 49 del TRLCSP.