



Expediente:06-SRAD-1169.6/2022

BG/

ORDEN DE LA CONSEJERÍA DE TRANSPORTES E INFRAESTRUCTURAS, POR LA QUE SE RESUELVE EL RECURSO DE ALZADA IMPROPIO INTERPUESTO POR . , EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE “AFESA MEDIOAMBIENTE, S.A” CONTRA SU EXCLUSIÓN DE LA LICITACIÓN NÚMERO 6012200104 CONVOCADA POR “METRO DE MADRID, S.A.” PARA LA CONTRATACIÓN, POR PROCEDIMIENTO ABIERTO SIMPLIFICADO CON PLURALIDAD DE CRITERIOS DE UNAS “OBRAS DEFINIDAS EN EL PLAN DE SEGUIMIENTO AMBIENTAL REDACTADO POR EL CIERRE TEMPORAL DE LA ACTIVIDAD FERROVIARIA DE LA COCHERA DE CUATRO CAMINOS” NOTIFICADA CON FECHA 6 DE OCTUBRE DE 2022

### ANTECEDENTES DE HECHO

1.- Con fecha 17 de junio de 2022, “METRO DE MADRID, S.A.” publicó en el Perfil del Contratante del Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, la **licitación nº 6012200104** para la contratación, por procedimiento abierto simplificado, con pluralidad de criterios, de las “OBRAS DEFINIDAS EN EL PLAN DE SEGUIMIENTO AMBIENTAL REDACTADO POR EL CIERRE TEMPORAL DE LA ACTIVIDAD FERROVIARIA DE LA COCHERA DE CUATRO CAMINOS” para adjudicar la oferta con la mejor relación calidad precio, de conformidad con los siguientes criterios:

- Criterios cualitativos: 30%.
- Criterios económicos: 70%.

El plazo de presentación de ofertas finalizó el 11 de julio de 2022, a las 12 horas.

2.- El pliego de prescripciones técnicas de la licitación fue elaborado por la empresa “AFESA MEDIO AMBIENTE, S.A.”, al ser la encargada de redactar el Plan de Seguimiento Ambiental, cuyo contenido íntegro pasó a ser el pliego de prescripciones técnicas de la licitación, en el que constaba como presupuesto base el de 555.784,99 euros (IVA excluido).

3.- A dicha licitación se presentaron las siguientes empresas:

- “CODEC OBRAS SERVICIOS Y PROYECTOS, S.L.”.
- “AFESA MEDIOAMBIENTE, S.A”



La autenticidad de este documento se puede comprobar en [www.madrid.org/csv](http://www.madrid.org/csv) mediante el siguiente código seguro de verificación: 0907584590126008203564

Expediente:06-SRAD-1169.6/2022

4.- De conformidad con lo previsto en el apartado 25 del cuadro resumen del pliego de condiciones particulares, por parte de Metro de Madrid se verificó que las dos ofertas presentadas cumplían con los requisitos de contenido mínimo y con los requerimientos del pliego de prescripciones técnicas.

Durante la fase de valoración técnica de las ofertas, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 27 del cuadro resumen del pliego de condiciones particulares, se procedió a aplicar los criterios cualitativos evaluables mediante juicios de valor y evaluables mediante fórmulas, con el siguiente resultado:

EMPRESAS	Total criterios evaluables mediante juicios de valor	Total criterios evaluables mediante aplicación de fórmulas	Total valoración técnica
CODEC OBRAS SERVICIOS Y PROYECTOS S.L.	7,00	14,50	<b>21,50</b>
AFESA MEDIO AMBIENTE, S.A.	6,50	22,50	<b>29,00</b>

En cuanto a la oferta económica, habiendo fijado el pliego de prescripciones técnicas elaborado por Afesa un presupuesto base de licitación de **555.784,99 euros (IVA excluido)**, por parte de Metro de Madrid, S.A., se procedió a analizar las ofertas económicas presentadas, declarándose válidas y completas, las cuales se recogen en el siguiente cuadro:

EMPRESAS	IMPORTE DE SU OFERTA (Iva no incluido)
CODEC OBRAS SERVICIOS Y PROYECTOS S.L.	550.110,78 euros
AFESA MEDIO AMBIENTE, S.A.	375.327,12 euros

Expediente:06-SRAD-1169.6/2022

Por ello, teniendo en cuenta la puntuación técnica y la puntuación económica se obtenía el siguiente resultado:

EMPRESAS	VALORACIÓN TÉCNICA	VALORACIÓN ECONÓMICA	PUNTUACIÓN TOTAL
<b>CODEC OBRAS SERVICIOS Y PROYECTOS S.L.</b>	21,50	47,76	<b>69,26</b>
<b>AFESA MEDIO AMBIENTE, S.A.</b>	29	70.00	<b>99,00</b>

5.- Analizada dicha información por parte de “METRO DE MADRID, S.A.” se verificó que la oferta presentada por “AFESA MEDIO AMBIENTE, S.A.” resultaba ser anormalmente baja, de conformidad con la previsiones contenidas en la documentación que regía dicha licitación, al ser inferior en un 32,47% al presupuesto base de la licitación que ella misma había estimado al elaborar el pliego de prescripciones técnicas, motivo por el cual, con fecha 29 de agosto de 2022, se procedió a dar audiencia a la empresa licitadora, con el fin de que aportar informe justificativo de su oferta y condiciones de la misma.

6.- El 6 de septiembre de 2022, “METRO DE MADRID, S.A.” requirió a “AFESA MEDIO AMBIENTE, S.A.”, la acreditación de los requisitos de capacidad de obrar, personalidad jurídica, representación, clasificación, adscripción de medios y garantía definitiva, de conformidad con lo dispuesto en la condición 9.4 del pliego de condiciones particulares.

7.- No obstante lo anterior, dada la sustancial diferencia entre el presupuesto estimado de la licitación elaborado por la propia recurrente y su oferta económica, con fecha 20 de septiembre de 2022, se dio de nuevo audiencia al licitador para que justificara que su participación en la fase preparatoria no tuvo el efecto de falsear la competencia o de dispensarle un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras, todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 70 de La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

8.- Del informe presentado por dicha licitadora se dio traslado al Departamento Técnico de Metro de Madrid para su estudio y valoración y, de acuerdo con el informe de compatibilidad elaborado por el mismo, con fecha 6 de octubre de 2022 se notificó la exclusión de la licitación



Expediente:06-SRAD-1169.6/2022

6012200104 a “AFESA MEDIO AMBIENTE, S.A.”, mediante notificación electrónica, al no aceptarse la justificación de la oferta presentada por la misma.

En concreto, el motivo de la exclusión fue que dicha empresa, al ser la encargada de redactar el Plan de Seguimiento Ambiental incluido como pliego de prescripciones técnicas de la licitación, se encontraba en una posición de privilegio con respecto al resto de las empresas licitadoras y poseía un conocimiento de los trabajos a contratar, como concedora de las especificaciones técnicas y cálculo del presupuesto, que le habían permitido generar la posibilidad de que su oferta hubiera podido ser mucho más ajustada que la del resto de licitadores.

9.- El 10 de octubre de 2022, de acuerdo con lo dispuesto en la condición 9.4 del pliego de condiciones particulares, “METRO DE MADRID, S.A.” requirió a “CODEC, OBRAS SERVICIOS Y PROYECTOS S.L.”, como siguiente oferta mejor valorada, la acreditación de los requisitos previos a la adjudicación del contrato y, una vez analizada la documentación presentada, la misma fue considerada válida y completa.

10.- Contra la exclusión de la licitación 6012200104, notificada el 6 de octubre de 2022, “AFESA MEDIO AMBIENTE, S.A.” interpuesto recurso de alzada impropio, en el que, en síntesis, alegaba:

- Nulidad en la formalización de la resolución administrativa impugnada.
- Nulidad de la exclusión de la oferta presentada por “AFESA MEDIO AMBIENTE, S.A.”.
- Como conclusión manifestaba que la participación de un licitador en la preparación de la documentación técnica previa no implicaba la automática exclusión de la misma y, en el presente caso, las circunstancias en las que se había desarrollado la licitación habían permitido que cualquier candidato participara en términos de igualdad y competencia con la misma.

11.- Por parte de “METRO DE MADRID, S.A.” se ha emitido informe en el que se propone la **desestimación** del recurso.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La competencia para resolver el presente recurso le viene atribuida a esta Consejería, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 1/1983, de 13 de





Expediente:06-SRAD-1169.6/2022

diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, el Decreto 194/2021, de 3 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Transportes e Infraestructuras y el artículo 44.6 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

**SEGUNDO.-** En relación con el régimen jurídico del contrato, el Manual Interno de Contratación de Metro de Madrid, S.A., aprobado por el Consejo de Administración de la misma en su reunión de 6 de marzo de 2018 y el apartado 5 (*"Naturaleza, objeto y régimen jurídico del contrato"*) del cuadro resumen del pliego de condiciones particulares que regía la licitación del contrato establecían que:

*"La preparación y adjudicación del contrato se regirá por lo señalado en el Título I del Libro Tercero de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (...) concretamente por los artículos 316 a 318 de la LCSP. En cuanto a la ejecución, efectos y extinción del contrato, éstos se regirán por lo establecido en el propio contrato, en la documentación contractual, en el Derecho privado y por aquellas normas a las que expresamente se refiere el artículo 319 de la LCSP.*

*El régimen jurídico particular del contrato es el previsto en el Pliego de Condiciones Particulares (en adelante, el PCP) y en el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, el PPT)."*

Respecto a la procedencia del recurso interpuesto, el artículo 44.6 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público dispone que:

*"Los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas que no reúnan los requisitos del apartado 1 podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (...).*

***En el caso de actuaciones realizadas por poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas, aquellas se impugnarán en vía administrativa de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ante el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela (...).***

**TERCERO.-** En relación con el objeto del presente recurso, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público dispone en su artículo 70.1 en cuanto a las condiciones especiales de compatibilidad:



Expediente:06-SRAD-1169.6/2022

*“1. El órgano de contratación tomará las medidas adecuadas para garantizar que la participación en la licitación de las empresas que hubieran participado previamente en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato o hubieran asesorado al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento de contratación, no falsee la competencia. Entre esas medidas podrá llegar a establecerse que las citadas empresas, y las empresas a ellas vinculadas, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio, puedan ser excluidas de dichas licitaciones, cuando no haya otro medio de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato.*

*En todo caso, antes de proceder a la exclusión del candidato o licitador que participó en la preparación del contrato, deberá dársele audiencia para que justifique que su participación en la fase preparatoria no puede tener el efecto de falsear la competencia o de dispensarle un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras.*

*Entre las medidas a las que se refiere el primer párrafo del presente apartado, se encontrarán la comunicación a los demás candidatos o licitadores de la información intercambiada en el marco de la participación en la preparación del procedimiento de contratación o como resultado de ella, y el establecimiento de plazos adecuados para la presentación de ofertas.*

*Las medidas adoptadas se consignarán en los informes específicos previstos en el artículo 336.”*

Respecto a las ofertas anormalmente bajas, el artículo 149 de la citada Ley establece el siguiente procedimiento de actuación:

*1. En los casos en que el órgano de contratación presuma que una oferta resulta inviable por haber sido formulada en términos que la hacen anormalmente baja, solo podrá excluirla del procedimiento de licitación previa tramitación del procedimiento que establece este artículo.*

*2. La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación deberá identificar las ofertas que se encuentran incursas en presunción de anormalidad, debiendo contemplarse en los pliegos, a estos efectos, los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal.*

*La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación realizará la función descrita en el párrafo anterior con sujeción a los siguientes criterios:*

*(...) b) Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los*



Expediente:06-SRAD-1169.6/2022

*parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto.*

*4. Cuando la mesa de contratación, o en su defecto el órgano de contratación hubiere identificado una o varias ofertas incursas en presunción de anormalidad, deberá requerir al licitador o licitadores que las hubieren presentado dándoles plazo suficiente para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos.*

*(...) 6. La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación evaluará toda la información y documentación proporcionada por el licitador en plazo y, en el caso de que se trate de la mesa de contratación, elevará de forma motivada la correspondiente propuesta de aceptación o rechazo al órgano de contratación. En ningún caso se acordará la aceptación de una oferta sin que la propuesta de la mesa de contratación en este sentido esté debidamente motivada.*

*Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuatro, 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 cuanto a la presente licitación, el apartado 26 del cuadro resumen del pliego de condiciones particulares establece los siguientes criterios de adjudicación del contrato y ponderación de los mismos, adjudicándose el mismo a la oferta que tuviera la mayor puntuación tras la suma de ambos criterios, siempre que se hubiera superado el umbral de suficiencia previsto en el apartado 27 de dicho cuadro resumen, que regula la valoración de las ofertas:

- a. Criterios cualitativos: 30%
- b. Criterios económicos: 70%

Respecto a los criterios para la consideración de las ofertas como anormalmente bajas, el apartado 9.2.1 del pliego de condiciones particulares señala que la consideración de ofertas como anormalmente bajas se aplicará exclusivamente sobre las ofertas económicas y los criterios serán, en todo caso, los siguientes:



Expediente:06-SRAD-1169.6/2022

*“a. Cuando concurren dos licitadores, la oferta que sea inferior en más de veinte unidades porcentuales a la otra oferta (...).”*

En cuanto al procedimiento en caso de ofertas anormalmente bajas, el apartado 9.2.2 del pliego de condiciones particulares establece que:

*“El procedimiento para la evaluación y declaración de las ofertas anormalmente bajas, así como para la justificación de las mismas y para la decisión sobre su admisión o rechazo, será el establecido en el artículo 149 de la LCSP.*

*En particular, cuando una o varias de las ofertas sean consideradas desproporcionadas o anormalmente bajas, se comunicará a los interesados la valoración de su oferta, así como el detalle de las condiciones de la misma, requiriéndoles para que en el plazo de tres días hábiles para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de la información y documentos que resulten pertinentes*

*(...) Metro de Madrid analizará la justificación recibida para garantizar el correcto cumplimiento de la oferta recibida y, por tanto, la aceptación o rechazo y consiguiente exclusión de la misma, lo que deberá decidirse en todo caso motivadamente.*

*Metro de Madrid rechazará las ofertas si comprueba que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen 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 de la LCSP. Adicionalmente, se rechazarán aquellas ofertas incursas en presunción de anormalidad si están basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde una perspectiva técnica, económica o jurídica.”*

**CUARTO.-** En cuanto a las alegaciones de la entidad recurrente procede manifestar:

**1ª)** En cuanto a la nulidad en la formalización de la resolución administrativa impugnada, alega la entidad recurrente que la misma prescinde de los requisitos formales exigidos al no constar fecha ni firma, ni incluir motivación alguna, por lo que la misma incluye en la causa de nulidad recogida en el artículo 47.1.a) de la Ley 39/2015, al haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

No obstante, dicha afirmación no resulta correcta, dado que, con independencia de la naturaleza jurídica de Metro de Madrid, S.A. como empresa pública de la Comunidad de Madrid con forma de sociedad mercantil, en el Perfil del Contratante del Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid, dentro del apartado Gestión, figura dicho documento en el subapartado



Expediente:06-SRAD-1169.6/2022

*“Exclusiones de Compatibilidad”*, documento que está fechado a 6 de octubre de 2022 y que está debidamente firmado.

Por el contrario, el escrito al que se refiere la entidad recurrente se trata de una comunicación a la misma, notificada a través del sistema de notificaciones de Metro de Madrid *“Comunícate”*, que no incorpora fecha, dado que la fecha de efectividad es la correspondiente a dicha notificación.

En lo referente a la falta de motivación de la exclusión, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo número 1806/2017, de 23 de noviembre señala que:

*“la motivación (...) exige que pueda conocerse y entenderse la razón de lo decidido, ordenado o regulado”.*

La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2011 ha declarado que:

*“Los límites y el alcance de lo que debe ser una adecuada o suficiente motivación, puede bastar una justificación escueta y concisa, siempre que permita al destinatario del acto (...) conocer el contenido, el sentido y el motivo de lo resuelto a los específicos efectos de su ulterior impugnación. Debe recordarse así que, según se desprende de una muy consolidada doctrina jurisprudencial “la contenida, entre otras muchas, en las sentencias de esta Sala Tercera de fechas 10 de marzo de 2003 (recurso 7083/1997), 7 de junio de 2005 (recurso 2775/2002, 16 de diciembre de 2009 (recurso 2375/2006) y 2 de junio de 2011 (recurso 2787/2008)-los postulados constitucionales y legales de la exigencia de motivación, conforme a las previsiones establecidas en el artículo 24.1 de la Constitución-motivación judicial-y 54 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común-motivación administrativa-, no requieren, siempre y necesariamente que se dé respuesta a todas y cada una de las cuestiones planteadas (...).”.*

Por último, cabe destacar, entre la numerosa jurisprudencia existente en relación con dicha cuestión, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2011, la cual señala que:

*“La motivación (..) consiste en un razonamiento, en una explicación, en una expresión racional de las causas que han conducido a una determinada resolución, lo que ha de hacerse tras la fijación de los hechos de que se parte y tras la inclusión de estos en una norma jurídica.”*

Por tanto, lo relevante a efectos de la motivación, lo que debe valorarse es que la resolución recurrida, en este caso la exclusión de la presente licitación realizada el 6 de octubre de 2022 haya



Expediente:06-SRAD-1169.6/2022

permitido al recurrente, tras *“la fijación de los hechos”* y la *“inclusión de estos en una norma jurídica”* conocer *“las causas que han conducido”* a la decisión adoptada e interponer el correspondiente recurso y que en la resolución del presente recurso de alzada se dé respuesta a las alegaciones formuladas en el mismo.

En el presente caso, los requisitos de la motivación exigidos e interpretados jurisprudencialmente en el sentido expuesto, se cumplen perfectamente en la resolución impugnada, dado que en la misma literalmente se señala que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 70 (condiciones especiales de compatibilidad) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, *“AFESA MEDIO AMBIENTE, S.A., siendo la encargada de redactar el Plan de Seguimiento Ambiental incluido como Pliego de Prescripciones Técnicas de la presente licitación, se encuentra en una posición de privilegio con respecto al resto de las empresas licitadoras y posee un conocimiento de los trabajos a contratar, como conocedora de las especificaciones técnicas y cálculo del presupuesto, que le han permitido generar la posibilidad de que su oferta económica haya podido ser mucho más ajustada que la del resto de licitadores, decantado la valoración de las ofertas a su favor.”*

De conformidad con lo anterior, la resolución recurrida no incurre en causa alguna de nulidad.

**2ª)** Respecto a la nulidad de la exclusión de la oferta presentada por *“AFESA MEDIO AMBIENTE, S.A.”*, tal y como informa *“METRO DE MADRID, S.A.”* dicha entidad fue previamente contratada para redactar el Plan de Seguimiento Ambiental, documento que se ha trasladado íntegramente como pliego de prescripciones técnicas de la licitación 6012200104, convocada para contratación de las obras de descontaminación del suelo del depósito de Cuatro Caminos, en el que figura el emblema de dicha empresa.

Por ello, como señala Metro de Madrid, la entidad hoy recurrente se encontraba en una situación privilegiada, por el profundo conocimiento de las especificaciones técnicas adquirido como consecuencia de su definición y elaboración, lo que le ha proporcionado un pleno conocimiento del coste de los trabajos y del margen existente para elaborar la oferta más competitiva posible.

Así, por parte de *“METRO DE MADRID, S.A.”*, se procedió a examinar la documentación aportada por *“AFESA MEDIO AMBIENTE, S.A.”*, concluyéndose que la oferta presentada cumplía con el contenido mínimo establecido en el apartado 25 del cuadro resumen del pliego de condiciones particulares de la licitación, consistente en una memoria y estudio de la obra y en una memoria de análisis de impacto ambiental.





Expediente:06-SRAD-1169.6/2022

En cuanto a los criterios económicos, que suponían un 70% de la puntuación total, según el apartado 26 del cuadro resumen del pliego de condiciones particulares, por parte del órgano de asistencia de "METRO DE MADRID, S.A." se verificó que la oferta económica presentada por "AFESA MEDIO AMBIENTE, S.A." era anormalmente baja, dado que el presupuesto base de licitación incluido pliego de prescripciones técnicas que había elaborado dicha empresa, era de 555.784,99 euros (IVA excluido) y la oferta presentada por la misma ascendía a 375.327,12 euros, es decir un 32,47% inferior a dicho presupuesto base.

En relación con dicha cuestión, como se ha señalado anteriormente, el apartado 9.2.1.a) (*"Criterios para la consideración de las ofertas anormalmente bajas"*) del pliego de condiciones particulares señalaba que la consideración de ofertas como anormalmente bajas se aplicaría exclusivamente sobre las ofertas económicas, estimándose así, en el caso de que concurrieran dos licitadores, a aquella oferta que fuera inferior en más de veinte unidades porcentuales a la otra oferta.

Por ello, tal y como informa Metro de Madrid, una vez verificada dicha circunstancia, con fecha 29 de agosto de 2022, solicitó a la entidad hoy recurrente una primera aclaración respecto de la oferta anormalmente baja realizada por la misma, de conformidad con el procedimiento establecido en el apartado 9.2.2. del pliego de condiciones particulares, respecto a la valoración de su oferta y precisión de las condiciones de la misma, en particular en lo que se refería al ahorro que permitiera el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que dispusiera para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas o la posible obtención de una ayuda del Estado.

Como pone de relieve Metro de Madrid, aunque la oferta presentada por "AFESA MEDIO AMBIENTE, S.A." constituía la mejor oferta, tanto en términos económicos como en términos técnicos, no cabe concluir, como manifiesta la entidad recurrente, que, de la evaluación del cómputo de los requisitos técnicos y económicos valorados en conjunto, su oferta resultase adjudicataria con toda seguridad.

Así, la puntuación técnica de "CODEC OBRAS SERVICIOS Y PROYECTOS, S.L." fue de 21,5 puntos y la de "AFESA MEDIOAMBIENTE S.A" de 29 puntos, por lo que la diferencia en la valoración de los requisitos técnicos entre ambos era únicamente de siete puntos y medio, siendo el criterio económico el determinante de la adjudicación del contrato, al suponer el 70% del total de la valoración, criterio en el que "CODEC,OBRAS SERVICIOS Y PROYECTOS, S.L." obtuvo 47,76 puntos y "AFESA MEDIOAMBIENTE S.A" 70 puntos.

Por ello, al haber elaborado la entidad hoy recurrente el Plan de Seguimiento Ambiental, cuyo contenido íntegro pasó a ser el pliego de prescripciones técnicas del contrato, en el que la misma había estimado como presupuesto base de la licitación el de 555.784,99 euros (IVA



Expediente:06-SRAD-1169.6/2022

excluido) y haber presentado una oferta por un importe sustancialmente inferior al que ella misma había calculado, con el fin de garantizar la igualdad de trato de todos los licitadores, resultó necesario solicitar a “AFESA MEDIOAMBIENTE, S.A” nueva información al respecto, requiriéndose a la misma para que justificara que su participación en la fase preparatoria no podía tener el efecto de falsear la competencia o de dispensarle un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras, lo cual se llevó a cabo con fecha 20 de septiembre de 2022.

Y una vez analizada justificación técnico-económica de la oferta realizada por AFESA, al no acreditarse adecuadamente por parte de la misma que su participación en la fase preparatoria no tuviera el efecto de falsear la competencia o de dispensarle un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras, Metro procedió a su exclusión, al considerarse vulnerado lo establecido en el artículo 70 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

En concreto, en la resolución de 6 de octubre de 2022 por la que la entidad hoy recurrente fue excluida de la licitación, notificada a la misma en ese mismo día, constaba que, siendo dicha empresa la encargada de redactar el Plan de Seguimiento Ambiental incluido como pliego de prescripciones técnicas de la licitación, se encontraba en una posición de privilegio con respecto al resto de las empresas licitadoras y poseía un conocimiento de los trabajos a contratar, de las especificaciones técnicas y cálculo del presupuesto, que le habían permitido generar la posibilidad de que su oferta económica hubiera podido ser mucho más ajustada que la del resto de licitadores, decantando la valoración de las ofertas a su favor.

En cuanto a la alegación de la entidad recurrente de que la aplicación automática de la norma que se realiza para la excluirla de la licitación resulta indebida y desproporcionada a la vista de las circunstancias concurrentes y de la finalidad pretendida por dicha norma, como pone de relieve Metro de Madrid, los pliegos de la licitación no establecen en modo alguno la prohibición de que las empresas que hubieran participado en la elaboración de los mismos concurrieran a la misma posteriormente, lo cual conllevaría su exclusión automática.

Por el contrario, la exclusión de AFESA no se ha llevado a cabo de forma automática, al haberse concedido el correspondiente trámite de audiencia a la misma, de conformidad con lo establecido en el artículo 70 de la Ley de Contratos del Sector Público y el apartado 9.2.2 del pliego de condiciones particulares, ofreciéndole, con fecha 29 de agosto de 2022, la posibilidad de aclarar su oferta económica y, con fecha 20 de septiembre de 2022, la de justificar las condiciones especiales de compatibilidad, tal y como la propia entidad recurrente reconoce en el escrito de interposición del recurso (página 4).

No obstante lo anterior, Metro de Madrid, como órgano de contratación, es responsable de adoptar las medidas necesarias para proteger la igualdad de trato de todos los licitadores y el





Expediente:06-SRAD-1169.6/2022

respeto a la libre competencia, tal y como han puesto de relieve numerosas resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, a las que alude Metro de Madrid en su informe.

Así, en la Resolución nº 527/2013, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 20 de noviembre (recurso número 594/2013) se señala que:

*“(...) Por lo tanto, se considera adecuado entender que se da esta segunda circunstancia y, por lo tanto, la incompatibilidad especial prevista en el artículo 56.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, si se da el más mínimo indicio de que la participación pueda provocar restricciones a la concurrencia o suponer un trato privilegiado y, en definitiva, atentar contra los principios aplicables a la contratación pública mencionados. (...)”*

De igual forma dicho Tribunal, en su Resolución nº 1206/2021, de 16 de septiembre (recurso número 853/2021 C. Valenciana 189/2021) ha considerado que:

*“(...) De este precepto se deduce que, en principio, la exclusión de un licitador por su relación con una licitación puede proceder en el caso que haya participado en la forma prevista en el artículo 70.1 de la LCSP en la preparación de la misma licitación para la que se plantea su exclusión (si bien como última medida, en defecto de otras), o bien si su labor es la vigilancia, supervisión, control y dirección de la ejecución de cualesquiera otros contratos en que sea contratista (así como la coordinación en materia de seguridad y salud), en los términos del artículo 70.2 de dicha norma legal.*

*Por su parte, el artículo 64 de la LCSP establece que los órganos de contratación adoptarán las medidas adecuadas para prevenir y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que pudieran surgir. Aunque en este caso el control y supervisión corresponderá a los funcionarios integrados en la Dirección General correspondiente, es evidente que la elaboración de informes, en el marco del contrato de asesoramiento técnico en materia de seguridad ferroviaria, que se justifica precisamente por la falta de personal técnico cualificado según su PPT, podría poner en peligro la independencia e imparcialidad de no acordar la exclusión, pudiendo producirse un conflicto de intereses en la medida en que una de las empresas encargada de la elaboración del proyecto estaría asimismo encargada de elaborar el informe para obtener la preceptiva autorización administrativa. Lo expuesto nos lleva a afirmar que concurre la incompatibilidad que justifica la exclusión de las recurrentes que, por lo tanto, ha de considerarse ajustada a Derecho. (...)”*

Así, en el presente caso, como informa Metro de Madrid, la misma ha procedido a analizar las circunstancias concretas que concurren en el presente caso y ha valorado si ha existido o no un



Expediente:06-SRAD-1169.6/2022

falseamiento de la competencia, limitación o desconocimiento de la libre competencia, de forma que para AFESA exista una situación de privilegio con respecto al resto de los licitadores.

En tal sentido, la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 1184/2019, de 21 de octubre (recurso número. 948/2019 C. Valenciana 197/2019) ha señalado que:

*“(...) Como puede apreciarse, la doctrina derivada de las resoluciones transcritas es bastante casuística, requiriendo realizar un análisis de las concretas circunstancias de hecho de cada caso con objeto de determinar si ha existido o no un falseamiento de la competencia o limitación o desconocimiento del principio de libre concurrencia, colocando a una empresa en una situación de privilegio respecto del resto de posibles licitadores. En este análisis, además, deben tenerse presentes tanto las consideraciones del propio órgano de contratación como las razones esgrimidas por la empresa a la que se le achaque tal posición de privilegio.*

*Por ello procede ahora aplicar la anterior doctrina a las circunstancias de hecho específicas del supuesto que nos ocupa, realizando en último término una apreciación o valoración conjunta de las mismas.(...)”*

Y la Resolución nº 554/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 8 de julio (recurso número 529/2016), al referirse a a las condiciones de exclusión de los licitadores ha considerado que :

*“(...) Por ello el TRLCSP, en su artículo 56.1 no establece la exclusión sin más de estas empresas, sino que condiciona la exclusión del procedimiento a que ‘dicha participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras’. Es decir, la mera participación de una empresa en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato no determina por sí misma y de forma automática la exclusión de la misma del procedimiento, sino que ha de acreditarse que dicha participación puede provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras, circunstancia que deberá ser adecuadamente motivada en la resolución de exclusión. Para ello, ha de concederse previamente a esa empresa la posibilidad de ofrecer explicaciones sobre ello, justificando que la experiencia adquirida no supondrá una ruptura de la competencia en ese procedimiento de contratación.*

*Conforme a lo expuesto, la incompatibilidad recogida en el PCP impugnado es contraria a los principios del artículo 19 de la LCSE y a Derecho, por cuanto que:*

*No se fundamenta en la previa participación de los licitadores en la elaboración de las especificaciones técnicas o documentos preparatorios del contrato. - Impone una prohibición de licitar que afecta a cuatro concretos adjudicatarios de anteriores contratos*



Expediente:06-SRAD-1169.6/2022

*de servicios de AENA, no con la finalidad de salvaguardar la concurrencia, sino por el interés de AENA de protegerse de riesgos potenciales (que no concreta) en el ámbito de las TIC. - Dicha incompatibilidad, además, se establece de forma obligatoria en el PCP, por lo que opera de forma automática, sin conferir a los licitadores afectados el trámite de audiencia que impondría el efecto directo del artículo 41 de la Directiva 2014/24/UE (de considerarse aplicable dicho precepto, como parámetro para valorar el respeto a los principios impuestos en la LCSE) (...)"*

3ª) Como conclusión la entidad recurrente manifestaba que la participación de un licitador en la preparación de la documentación técnica previa no implicaba la automática exclusión de la misma y, en el presente caso, las circunstancias en las que se había desarrollado la licitación habían permitido que cualquier candidato participara en términos de igual y competencia con la misma.

No obstante lo anterior, de conformidad con lo señalado anteriormente, procede concluir, como informa Metro de Madrid, que, dada la información facilitada por la licitadora hoy recurrente, la previa participación de la misma en la elaboración de las especificaciones técnicas o documentos preparatorios del contrato, que ella misma valoró en 555.784,99 euros (IVA no incluido), ha posibilitado que la entidad hoy recurrente haya podido presentar una oferta económica por un importe inferior en un 32,47% inferior al que ella misma estimó al elaborar la documentación del contrato.

Por el contrario, otros licitadores carecían de dicha posibilidad, a pesar de que Metro de Madrid hubiera publicado el pliego de prescripciones técnicas elaborado por AFESA, o facilitado la visita a las instalaciones a las que afectaba la contratación, tal y como lo demuestra la reducción llevada a cabo en la oferta económica de la entidad recurrente.

Como informa Metro de Madrid, la exclusión de Afesa es, por tanto, ajustada a derecho, al haberse llevado a cabo, una vez analizadas las circunstancias concurrentes y, tras el correspondiente trámite de audiencia, teniendo por objeto evitar un posible falseamiento de la competencia, dada la obligación que compete a Metro de Madrid, como órgano de contratación, de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato, siendo aplicada dicha medida de manera restrictiva y como último recurso.

De conformidad con lo anterior, procede la **desestimación** del recurso.



Expediente:06-SRAD-1169.6/2022

VISTOS los correspondientes artículos de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y demás preceptos de aplicación,

### DISPONGO

DESESTIMAR el recurso de alzada impropio interpuesto por , en nombre y representación de “AFESA MEDIO AMBIENTE, S.A.” contra su exclusión de la licitación número 6012200104 convocada por “METRO DE MADRID, S.A.” para la contratación por procedimiento abierto simplicado con pluralidad de criterios de unas “OBRAS DEFINIDAS EN EL PLAN DE SEGUIMIENTO AMBIENTAL REDACTADO POR EL CIERRE TEMPORAL DE LA ACTIVIDAD FERROVIARIA DE LA COCHERA DE CUATRO CAMINOS” notificada con fecha 6 de octubre de 2022.

Contra la presente Orden, que pone fin a la vía administrativa, cabe interponer recurso contencioso–administrativo ante la Sala de lo Contencioso–Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el plazo de dos meses, computados a partir del día siguiente al de recepción de la presente notificación.

Madrid,

*El presente documento, emitido a efectos de cumplimiento de obligaciones en materia de transparencia, es copia fiel del original, en el que constan las firmas auténticas y completas de las personas firmantes.*

*En cumplimiento de las obligaciones de protección de datos personales, no constan en esta copia datos identificativos adicionales a nombre y apellidos.*

