

Recurso nº 83/2023
Resolución nº 123/2023

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 23 de marzo de 2023, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha dictado el siguiente Acuerdo:

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las representaciones legales de las mercantiles Science & Innovation Link Office, S.L. y Mazars Auditores, S.L.P, en nombre y representación de la UTE MAZARS-SILO, contra la Orden nº 184/2023 del Vicepresidente, Consejero de Educación y Universidades de la Comunidad de Madrid, de 1 de febrero de 2023, por la que se adjudica del contrato de “Apoyo en la Gestión de los Fondos Next Generation – EU y Trabajos de Apoyo Técnico para la Gestión de Ayudas de la Dirección General de Investigación e Innovación Tecnológica, gestionadas por la Subdirección General de Investigación”, expediente A/SER-025828/2022, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en fecha 17 de noviembre de 2022, en el Perfil del Contratante de la Vicepresidencia, Consejería de Educación y Universidades, alojado en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado del contrato asciende a 905.735,09 euros y su plazo de

duración será de 36 meses.

A la presente licitación se presentaron dos licitadores, Science & Innovation Link Office, S.L. y Mazars Auditores, S.L.P, en nombre y representación de la UTE MAZARS-SILO, (en adelante, la UTE), recurrente y la mercantil adjudicataria.

Segundo.- Celebrados actos de apertura y calificación de los archivos electrónicos de las ofertas presentadas, por la Mesa de contratación en sesión celebrada el 23 de diciembre de 2022, se constata que la oferta presentada por la UTE incurre en valores anormales, por lo que de conformidad con la cláusula 1.9.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) y con el artículo 149 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 (en adelante LCSP), se acuerda pedirle justificación sobre la viabilidad de su oferta.

Emitido el correspondiente informe técnico, por la Mesa de contratación en sesión celebrada el 13 de enero de 2023, se acuerda proponer al órgano de contratación el rechazo de la oferta presentada por la UTE, rechazo que fue acordado por el órgano de contratación mediante Orden de 1 de febrero de 2023, en la que se acuerda asimismo la adjudicación del contrato a la mercantil Creatividad y Tecnología, S.A.

Tercero.- El 23 de febrero de 2023, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de la UTE, en el que solicita se declare nula la adjudicación realizada en favor de Creatividad y Tecnología, S.A., anulando el informe de valoración de las ofertas y procediéndose a la adjudicación del contrato en su favor. Con carácter subsidiario, se pretende se acuerde la anulabilidad del apartado 9 de la cláusula I del PCAP. Se solicita asimismo la adopción de la medida cautelar de suspensión de la tramitación del expediente.

El 1 de marzo de 2023, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP, solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. En el plazo establecido, se ha presentado escrito de alegaciones por parte de Creatividad y Tecnología, S.A., como adjudicataria del contrato, solicitando la desestimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica, excluida del procedimiento, *“cuyos derechos e*

intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso” (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- En relación al plazo de interposición, aunque la UTE recurrente alegue en su Fundamento de Derecho Primero que se formula recurso contra el acto de la Mesa de contratación de fecha 13 de enero de 2023, en el Suplico del recurso se menciona la interposición del mismo contra la Orden de adjudicación. Siendo el órgano de contratación el competente para la exclusión de las ofertas que no pueden ser cumplidas como consecuencia de la inclusión de valores anormales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.6 de la LCSP, se entiende presentado el recurso en tiempo y forma, pues el acuerdo de exclusión de la oferta de la UTE y adjudicación del contrato impugnado fue adoptado el 1 de febrero de 2023, practicada la notificación al día siguiente, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 23 de febrero de 2023, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acto de adjudicación en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- Antes de entrar en el fondo del asunto y, como cuestión preliminar, debe analizarse la denegación de acceso al expediente aludida por la recurrente.

Señala la UTE que, en respuesta a su solicitud de acceso al expediente de fecha 27 de enero de 2023, el órgano de contratación se limitó a indicar que el expediente completo se encontraba publicado en el Portal de Contratación Pública, si bien no requería el acceso a los documentos que obran en el Portal, sino a aquellos presentados por los licitadores para justificar los criterios de adjudicación, lo

cual le ha producido indefensión a la hora de abordar la defensa de sus intereses legítimos.

Alega el órgano de contratación que en la solicitud de acceso no se hacía mención expresa a la oferta del adjudicatario, ni a su disconformidad con la puntuación obtenida en la valoración de los criterios de adjudicación, sino más bien a su disconformidad con la exclusión por no haber justificado la baja anormal de su oferta.

Comprueba este Tribunal que la solicitud de acceso al expediente formulada por la ahora recurrente, es anterior a la fecha de la resolución que se impugna, e independientemente de que el órgano de contratación no ha atendido a la misma de la forma debida, limitándose a señalar el Portal de Contratación como punto de referencia, lo cierto es que en el escrito de interposición del recurso ante este Tribunal no se solicita el acceso al expediente por incumplimiento de la obligación que señala el artículo 52 de la LCSP para el órgano de contratación, ni se justifica la necesidad de acceso al mismo con carácter instrumental a efectos de interposición del recurso contra el acto que nos ocupa, por lo que no concurre el presupuesto determinante del acceso en sede de revisión ante este Tribunal, no procediendo acordar un acceso al expediente que no ha sido solicitado en esta vía.

Sexto.- En cuanto al fondo del recurso, este se basa en tres motivos de impugnación:

- Introducción de valoración subjetiva en los criterios de evaluación automática.
- Incorrecta evaluación contenida en el informe relativo a la justificación de los valores anormales en la oferta de la recurrente.
- Oscuridad de la cláusula del pliego reguladora de los valores anormales.

Procede analizar en primer término si se ha introducido una valoración subjetiva en la evaluación de los criterios automáticos, pues la estimación de este motivo de impugnación, haría innecesario el análisis de los otros dos.

Apunta la recurrente que el informe de valoración de criterios automáticos ha realizado una valoración subjetiva cuando los pliegos no prevén esa posibilidad. Sin embargo, como señala el órgano de contratación en su informe, no expone las razones en las que se basa para llegar a dicha afirmación, quedando su alegación vacía de justificación, no indicando a qué criterios en concreto se refiere y con qué juicio de valor se ha realizado la valoración.

Atendiendo a esta falta de concreción de la recurrente, de la lectura del informe que ha hecho este Tribunal puede interpretarse que a lo que se está refiriendo la recurrente es a la comprobación que ha hecho el órgano de contratación del ajuste al requerimiento de los pliegos de la documentación técnica aportada por las empresas al objeto de aplicar las fórmulas para los criterios distintos del precio.

A estos efectos, el apartado 10 de la cláusula I del PCAP, que no fue objeto de impugnación en su momento, bajo la rúbrica “*Documentación técnica a presentar en relación con los criterios objetivos de adjudicación del contrato*”, estipulaba que para la valoración de los criterios, debía presentarse declaración responsable acompañada de los certificados de los cursos de formación realizados , del currículum detallado de cada una de las personas que se ponen a disposición del objeto del contrato, en la que se especifique la experiencia de los trabajadores adscritos al contrato en la materia objeto de valoración, debiendo indicar necesariamente empresas y proyectos en los que se obtuvo la experiencia, funciones realizadas, así como documentos que acrediten años de experiencia (informe vida laboral y contratos de trabajo o certificados de empresa).

La plasmación en el informe técnico del razonamiento seguido para entender que no se cumplen los requisitos de experiencia demostrada del personal aportado

como gestor de expedientes en plataformas de ayudas públicas de I+D+i de las Administraciones Públicas, o de experiencia del coordinador en tareas de revisión y control económico-administrativo de ayudas públicas en I+D+i cofinanciadas con Fondos Europeos, al objeto de valorar el referido criterio mediante aplicación de la fórmula correspondiente, no constituye un juicio de valor, sino la aplicación de un parámetro técnico objetivo, por lo que procede la desestimación de este motivo.

Avanzando en los motivos de impugnación, se analiza a continuación la existencia de oscuridad en la regulación que hace el pliego de la apreciación de valores anormales en las ofertas.

Alega la recurrente que el apartado 9 de la cláusula I del PCAP no presenta a priori oscuridad en la aplicación de los parámetros que en la misma determinan cuando una oferta estará incurso en valores anormales, pero que la casuística respecto al escenario de ofertas presentadas a esta licitación han hecho que esta cláusula se convierta en oscura y pueda actualmente impugnarse extemporáneamente, pues crea un agravio comparativo en su aplicación que no pudo preverse antes de la valoración de las ofertas presentadas por las siguientes razones:

1. Únicamente se han presentado dos ofertas al procedimiento de licitación, cuando lo habitual en este tipo de procedimientos licitados por la Comunidad de Madrid es que se registren una media de cuatro.

2. La baja económica presentada por una de las dos empresas supone un 2% respecto del precio de licitación, cuando la media de baja en este tipo de licitación y servicio es de en torno a un 15%. Debido a la fórmula económica utilizada se crea una polarización de las puntuaciones, de manera que otorga la puntuación máxima a la oferta más barata y penaliza gravemente a la más cara.

3. Todos los criterios de adjudicación adicionales al precio son evaluables mediante aplicación de fórmulas matemáticas. El hecho de no presentar oferta por parte de la otra empresa de los dos perfiles de auxiliares adicionales a los mínimos requeridos para la ejecución del contrato distancia la oferta de la UTE MAZARS –

SILO en 10 puntos, que suponen la mitad de la puntuación que fija la cláusula para incurrir en valores anormales.

Manifiesta el órgano de contratación que la recurrente basa la pretendida oscuridad de la cláusula en factores externos a la misma relacionados con el escenario de ofertas presentadas a la licitación, en concreto, el número de ofertas presentadas y la oferta económica y de resto de criterios presentada por el resto de licitadores; pero en ningún momento se refiere a los términos y a la redacción de la misma, y en este sentido, el Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de Baleares, de fecha 28 de febrero de 2014 señala que: *“3. Para decidir si un pliego contiene cláusulas ambiguas, confusas, oscuras o contradictorias, es necesario analizar su redacción desde un punto de vista gramatical y, así, determinar si la redacción es correcta, inteligible y clara en cuanto al mensaje que quiere transmitir. Es necesario recordar que para interpretar las cláusulas de los contratos deben tenerse en cuenta, además de las previsiones del TRLCSP, los criterios interpretativos de las cláusulas de los contratos establecidos en el artículo 1281 y siguientes del Código Civil”*.

Considera por otro lado que la fórmula recogida en los pliegos es acorde a la doctrina de tribunales y órganos de recursos contractuales que considera aceptable cualquier fórmula que sea coherente con los principios generales de la LCSP, de modo que conceda la máxima puntuación a la oferta más baja, no atribuya puntuación a la oferta que no mejora el tipo y valore el resto de las ofertas guardando cierta proporcionalidad, de forma que ofertas más baratas obtengan más puntuación que otras más caras (entre otras, resolución 113/22 del TARC).

Procede transcribir la cláusula cuya oscuridad se pretende. Señala el apartado 9 en relación al cálculo de los valores anormales de las ofertas lo siguiente:

“En su caso, para determinar que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, se tendrán en consideración los siguientes parámetros referidos a la oferta considerada en su conjunto:

1. *En el caso de que solo sea una oferta la admitida a licitación, incurrirá en baja la oferta que sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 25 unidades porcentuales.*

2. *Cuando concurren dos licitadores, la empresa que obtenga una puntuación total (puntuación de oferta económica más puntuación de criterios evaluables forma automática por aplicación de fórmulas) superior a la puntuación total de la otra empresa en más de 20 unidades porcentuales.*

3. *Cuando concurren tres o más licitadores la empresa que obtenga una puntuación total (puntuación de oferta económica más puntuación de criterios evaluables forma automática por aplicación de fórmulas) superior a la media aritmética de la suma de las puntuaciones totales de todas las empresas en más de 10 unidades porcentuales”.*

Vista la redacción, no puede, a juicio de este Tribunal, entenderse oscuridad en la misma, pues los parámetros que permiten apreciar valores anormales en las ofertas están definidos de forma clara en los pliegos y son inteligibles para cualquier licitador diligente. Cuestión distinta es el hecho de que su aplicación dependa del número de ofertas presentadas al procedimiento y de la oferta del resto de licitadores. La determinación del umbral de anormalidad por referencia al conjunto de ofertas válidas presentadas se encuentra prevista por el artículo 149 de la LCSP para aquellos casos en que el único criterio sea el precio. Siendo el caso que nos ocupa un contrato para cuya adjudicación se tienen en cuenta una pluralidad de criterios, el órgano de contratación ha establecido este parámetro por referencia al resto de ofertas, lo cual es perfectamente lícito para valorar la oferta en su conjunto, como señala este precepto cuando haya más de un criterio.

Por lo tanto, en vista a lo expuesto, no se entiende que concurren los supuestos de oscuridad o dificultad de comprensión en el clausulado que permitiera la impugnación extemporánea de los pliegos que pretende la recurrente.

Como último motivo de impugnación, se analiza a continuación la incorrecta evaluación contenida en el informe relativo a la justificación de los valores anormales en la oferta de la recurrente.

Considera la UTE que en el requerimiento de justificación efectuado por el órgano de contratación, en relación a los valores anormales de su oferta, se incurrió en un error en la exigencia de las horas y dedicación de jornada completa de los perfiles profesionales de técnicos y auxiliares, pues se partía de una jornada completa, no lo requerida el pliego, el cual tiene carácter vinculante. A su juicio, lo previsto en pliego es una dedicación diaria de 60 horas de trabajo del conjunto del equipo, por tanto, no es procedente la redacción del requerimiento referente a la justificación de que *“tantos técnicos como auxiliares trabajen a jornada completa, a diferencia del coordinador que es a media jornada”*, puesto que esta información no se encuentra contenida en los pliegos que rigen el procedimiento.

Apunta el órgano de contratación frente a esta argumentación que el requerimiento no se aparta de lo establecido en los pliegos, pues la cláusula 5 del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT), estima necesaria la siguiente dedicación mínima para el personal relacionado a continuación:

Tipo personal	2022	2023	2024	2025
Coordinador*	0,5	0,5	0,5	0,5
Técnicos	6	6	6	6
Auxiliares	0	10	5	5

*Incluimos 0.5, ya que solo será necesario que trabaje a media jornada.

Señala asimismo que esta información consta también en la Memoria económica justificativa del presupuesto de licitación, publicada en el Perfil del Contratante, en la que se efectúa el desglose de costes. A mayor abundamiento, considera que en el desglose del presupuesto de licitación se establece el número de horas por perfil y año que se destinarán a la ejecución del contrato, considerando

el número máximo anual de horas por trabajador, establecido por convenio colectivo en 1.800 horas, arrojando la siguiente distribución de horas por perfil: Coordinador: 900 horas anuales, Técnicos: 10.800 horas anuales y Administrativos: 18.000 o 9.000 horas anuales, en función de la anualidad.

En el mismo sentido se pronuncia el adjudicatario en su escrito de alegaciones, en que apunta que la memoria económica, el PCAP y el PPT eran claros a la hora de determinar la aplicación de la media jornada únicamente al perfil del coordinador, reproduciendo la regulación en ellos contenida.

Comprueba este Tribunal que el PPT dispone en su cláusula 4.1 que el equipo de trabajo estará formado por un mínimo de:

- Un técnico coordinador
- Seis técnicos
- Un máximo de diez y un mínimo de cinco auxiliares administrativos en función de la anualidad.

Recoge igualmente que corresponde al licitador la selección de los recursos humanos más adecuados para el cumplimiento de las horas del servicio y la disposición de un número suficiente de trabajadores para poder atender las necesidades del servicio.

Por su parte, la cláusula 5ª del mismo pliego estima, como señala el órgano de contratación, la necesaria aportación mínima del siguiente personal: coordinador, técnicos y auxiliares, incluyéndose la referencia a que la dedicación anual del coordinador será de 0,5 al no ser necesario que trabaje más que a media jornada; indicación que no existe para el resto de categorías profesionales.

No se aprecia, por tanto, el error alegado por la recurrente en el requerimiento efectuado por el órgano de contratación, pues en el mismo se recoge que *“En la*

justificación deberá tenerse en cuenta que es necesario que tanto técnicos como auxiliares trabajen a jornada completa, a diferencia del coordinador que es a media jornada”.

Entiende en segundo término la UTE recurrente que la solicitud efectuada a través del requerimiento del desglose detallado que incluya las horas de ejecución del contrato y de los costes de mano de obra, es una petición concreta que no necesariamente debe justificarse si no es a través de ella que la empresa incurso en valores anormalmente bajos justifique sus ahorros de los servicios prestados, tal y como establece el artículo 149.4.a) de la LCSP.

Se opone el órgano de contratación a esta interpretación del artículo 149 de la LCSP, pues entiende que el listado de posibles motivaciones contenido en el referido precepto es abierto, no se trata de numerus clausus, pudiendo requerirse al licitador para que justifique y desglose de manera razonada y detallada el precio mediante la información que le resulte pertinente.

Este criterio apuntado por el órgano de contratación, es compartido por este Tribunal y por el TACRC no solo en la Resolución recogida en el informe administrativo, Resolución 341/20, sino asimismo en otras, como la 473/2020, de 26 de marzo, que se apoya en otra anterior, la 1147/2018, de 17 de diciembre, en la que se señala a propósito de la nueva regulación de la LCSP, *“que aquella impone las siguientes obligaciones: i) el requerimiento de la mesa para la justificación de la oferta debe ser claro sobre los extremos respecto de los que ha de versar la justificación del licitador de su oferta, ii) la justificación debe estar desglosada y detallada, aportando la documentación que sea necesaria, sin que se requiera una concreta acreditación de cada uno de los extremos alegados y, en fin, iii) la justificación debe versar sobre aquellas condiciones de la oferta que determinan el bajo precio o los bajos costes de la misma, siendo el listado de posibles motivaciones contenidos en artículo 149 de la LCSP meramente enunciativo”.*

Entrando ya en el informe de valoración de la justificación de la viabilidad técnica y económica emitido por la Dirección General de Investigación e Innovación Tecnológica respecto a la oferta presentada por la UTE considera la recurrente que en el mismo se efectúa una valoración subjetiva de criterios cualitativos sometidos a fórmula matemática; que en contra de lo alegado por el técnico en aquel informe, el desarrollo de trabajos similares para la Consejería de Familia, Juventud y Política social de la Comunidad de Madrid, no es una información adicional y nueva respecto a lo incluido en la documentación de la oferta y es un argumento que garantiza una economía de escala que permite a la UTE rebajar significativamente el porcentaje de beneficio industrial esperado, así como minorar la curva de aprendizaje; y que la UTE no incumple el convenio colectivo de referencia, como consta en dicho informe, pues las tarifas utilizadas para el cálculo del coste hora de cada uno de los perfiles es exactamente el mismo que el utilizado por el órgano de contratación para el cálculo del precio base de licitación, con la diferencia del porcentaje legal aplicado en Seguridad Social para los trabajadores de ambas firmas que forman la UTE.

En su opinión, los ahorros significativos en su oferta derivan de la evidente experiencia del equipo puesto a disposición, mayor equipo del mínimo establecido en la categoría de auxiliar y una clara redistribución de las dedicaciones (fruto de la dilatada experiencia del equipo), garantizando la correcta justificación de los ahorros que permiten ejecutar adecuadamente los trabajos conforme a lo establecido en los pliegos que rigen la licitación y no las dedicaciones incluidas *ex novo* en la solicitud de justificación.

Por último, menciona otras tres asistencias técnicas similares licitadas por la Comunidad de Madrid en que las bajas de las ofertas medias presentadas y las de la oferta finalmente adjudicataria para cada licitación, son superiores a la presentada por la UTE en el procedimiento objeto de impugnación.

De contrario, el órgano de contratación entiende que el informe no hace una valoración subjetiva, sino que emite una respuesta a cada una de las justificaciones

aportadas por la recurrente en el informe de viabilidad de la oferta, que se basan fundamentalmente en la experiencia y formación del equipo, pues la cualificación profesional en este contrato se ha considerado fundamental para su correcta ejecución. Entiende que la respuesta que debe darse a las dedicaciones incluidas ex novo en la solicitud de justificación es la misma que la recogida en el apartado anterior, que la ejecución del contrato requiere una proporción de horas del 45%-50% entre técnicos y auxiliares respectivamente, mientras que las recurrentes realizan una distribución de horas extremadamente desproporcionada: 4,64%-94,09% para técnicos y auxiliares respectivamente, lo que implicaría, en la práctica, que la ejecución del contrato se estaría realizando por el perfil de auxiliares, incumpliendo las jornadas establecidas en el contrato para cada una de las categorías. En cuanto al coordinador se le asigna una proporción de horas del 1,27% frente al 3,80% que se considera necesaria para poder desarrollar las funciones, por lo que su jornada no podría reducirse sin incurrir en incumplimiento de los pliegos, incumplimiento que también se da con la redistribución de horas que han realizado las recurrentes, lo que pone en riesgo una correcta ejecución del contrato en la medida en que se considera necesario y esencial la participación de 6 técnicos y el Coordinador con la aportación de su cualificación y experiencia profesionales.

En cuanto al incumplimiento del coste hora de cada uno de los perfiles profesionales previsto por el convenio colectivo de aplicación, informe de justificación de la baja aportado por las empresas y el número de horas que asigna a cada perfil se aprecia que las horas asignadas a la categoría profesional de auxiliar excede al número de horas máximo establecido en el artículo 20 del convenio colectivo de aplicación, establecido en 1800 horas en cómputo anual, recogándose un cuadro para demostrarlo. El número de horas extraordinarias previstas por la UTE también excede de los límites del convenio. Y no consta la compensación económica prevista para las horas extras en el convenio. Por todo ello, el órgano de contratación no podía sino rechazar la oferta, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.4 de la LCSP.

Por último, el adjudicatario entiende que la decisión del órgano de contratación de excluir la oferta de la recurrente se ajusta a derecho, se encuentra justificada y debidamente motivada y no adolece de errores, señalando que la oferta de la UTE incumple el PPT, tanto en las horas del coordinador, como en la dedicación del resto del equipo, no habiéndose justificado mínimamente los ahorros existentes, metodologías de trabajo que permitan dichos ahorros o demás elementos y aspectos señalados en el artículo 149 de la LCSP.

Vistas las alegaciones de las partes procede determinar si la oferta incurso en anormalidad se encuentra justificada.

El artículo 149 LCSP, regula las ofertas anormalmente bajas, refiriéndose a la posible justificación presentada por el licitador y a su valoración por la de contratación, en el siguiente sentido:

“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.

La petición de información que la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación dirija al licitador deberá formularse con claridad de manera que estos estén en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta.

(...)

En todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban 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.

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 o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico.

(...)

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”.

Como señalábamos en Resolución de este Tribunal 62/2023, de 9 de febrero, “la doctrina consolidada respecto a la justificación de las oferta anormalmente bajas se puede resumir apelando a la Resolución de TACRC 530/2021, de 20 de mayo que dice: ‘Sobre este precepto, es constante la doctrina de este Tribunal (por todas, recogida en la Resolución nº 473/2020 que reproduce a su vez los argumentos de la Resolución nº 747/2019 y de otras anteriores,) que hace referencia a la

discrecionalidad técnica del órgano de contratación a la hora de valorar la justificación aportada por el recurrente relativa a la justificación de su oferta:

La decisión, sobre la justificación de la viabilidad de las ofertas incursas en valores anormales o desproporcionados, corresponde al Órgano de Contratación, atendiendo a los elementos de la proposición y a las concretas circunstancias de la empresa licitadora y valorando las alegaciones del contratista y los informes técnicos emitidos, ninguno de los cuales tienen carácter vinculante. Como hemos reiterado en numerosas resoluciones, la finalidad de la Legislación de Contratos es que se siga un procedimiento contradictorio, para evitar rechazar las ofertas con valores anormales o desproporcionados, sin comprobar, antes, su viabilidad. No se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan, al órgano de contratación, llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo. En caso de exclusión de una oferta incursa en presunción de temeridad, es exigible que se fundamenten los motivos que justifiquen tal exclusión. Por el contrario, en caso de conformidad, no se exige que el cuerdo de adjudicación explicita los motivos de aceptación.

Como también señala la Directiva sobre Contratación Pública (Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero), en su artículo 69.3, 'El poder adjudicador evaluará la información proporcionada, consultando al licitador. Solo podrá rechazar la oferta, en caso de que los documentos aportados no expliquen, satisfactoriamente, el bajo nivel de los precios o costes propuestos (...)'. De otra parte, en la Resolución 786/2014, de 24 de octubre, citando la Resolución 677/2014, de 17 de septiembre, señalamos que 'la revisión de la apreciación del órgano de contratación, acerca de la justificación de las ofertas incursas en presunción de temeridad, incide directamente en la discrecionalidad técnica de la Administración y, a tal respecto, es criterio de este Tribunal (Resoluciones 105/2011 y las 104 y 138/2013) que la apreciación hecha por la entidad contratante del contenido de tales justificaciones, en relación con el de las propias ofertas, debe considerarse que responde a una valoración de elementos técnicos que, en buena medida, pueden ser apreciados, en función de parámetros o de criterios cuyo control jurídico es limitado. Aun así, hay aspectos que, aun siendo difíciles de controlar jurídicamente, por venir determinados por la

aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, pueden y deben ser revisados por el Tribunal. Tal es el caso de que, en una oferta determinada, puedan aparecer síntomas evidentes de desproporción que impidan, sin necesidad de entrar en la apreciación de criterios puramente técnicos, la ejecución del contrato en tales condiciones'. Continúa la Resolución 786/2014 declarando que para desvirtuar la valoración realizada por el Órgano de Contratación en esta materia, será preciso que el recurrente ofrezca algún argumento que permita considerar que el juicio del Órgano de Contratación, teniendo por justificadas las explicaciones dadas por el licitador, cuya oferta se ha considerado, inicialmente, como anormal o desproporcionada, resulta infundado o a apreciar que se ha incurrido, en ese juicio, en un error manifiesto y constatable (...)'.

De todas estas resoluciones debemos extraer que cuando el órgano de contratación viene a admitir la oferta incurra en presunción de baja temeraria y no a excluirla, la prolija motivación para mantener la oferta que reclama el recurrente del órgano de contratación no es exigible. Y la aceptación de la oferta resulta ajustada a derecho, ya que una vez determinada la oferta incurra en presunción de anormalidad, se dio traslado para la justificación a la misma, habiendo efectuado dicha justificación en términos asumidos por el órgano de contratación.

En este contexto, la justificación del licitador incurso en presunción de anormalidad debe concretar, con el debido detalle, los términos económicos y técnicos de la misma, en aras a demostrar de modo satisfactorio que, pese al ahorro que entraña su oferta, ésta no pone en peligro la futura ejecución del contrato con arreglo a la oferta aceptada y en los propios términos de la misma. Ello exige demostrar que, gracias a las especiales soluciones técnicas, a las condiciones especialmente favorables de que disponga para ejecutar las prestaciones del contrato, a la originalidad de la forma de ejecución de las mismas que se proponga aplicar, o a la posible obtención de ayudas, el licitador está en condiciones de asumir, al precio ofertado, las obligaciones contractuales exigidas y derivadas de su oferta, con pleno respeto de las disposiciones relativas a la protección del medio ambiente y de las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que deba realizarse la prestación, todo lo cual en aras a demostrar que su oferta, pese a ser

sensiblemente más baja que la de los demás licitadores, permite la futura viabilidad técnica y económica del contrato”.

En el caso que nos ocupa, comprobado que la oferta económica presentada por la recurrente incurría en presunción de anormalidad en aplicación de lo previsto en la cláusula 1.9 del PCAP, se le requirió en los términos establecidos en el artículo 149 de la LCSP para que justificasen adecuadamente su oferta.

Dicha justificación fue presentada por la empresa requerida, en tiempo y en forma y, tras su análisis, el departamento técnico asesor de la Mesa de contratación estimó que los argumentos expuestos por las empresas para garantizar la correcta ejecución de los trabajos y las condiciones técnicas excepcionales favorables y ahorros obtenidos no estaban fundamentados, incurriéndose en incumplimiento de las horas mínimas del perfil de coordinador y del perfil de los técnicos, desprendiéndose de la información facilitada de costes laborales un posible incumplimiento del convenio y de la normativa laboral.

Como sostiene la Resolución del TACRC 1589/2022, de 22 de diciembre *“De acuerdo con la doctrina expuesta, el control de este Tribunal ha de centrarse en estos supuestos, en determinar si el informe técnico fundamenta de forma suficiente y adecuada el carácter satisfactorio de las explicaciones dadas por la empresa licitadora incurso en baja anormal y, por ello, la admisión de su oferta o si, por el contrario, los argumentos empleados por la recurrente para descalificarlas gozan de peso suficiente para destruir las presunciones de legalidad y de discrecionalidad de la actuación administrativa impugnada”.*

En el mismo sentido la Resolución del TACRC 1561/2022, de 15 de diciembre *“Para desvirtuar la valoración realizada por el órgano de contratación en esta materia, será preciso que el recurrente ofrezca algún argumento que permita considerar que el juicio del órgano de contratación, teniendo por justificadas las explicaciones dadas por el licitador, cuya oferta se ha considerado –inicialmente–*

como anormal o desproporcionada, resulta infundado o a apreciar que se ha incurrido, en ese juicio, en un error manifiesto y constatable.

Por lo tanto, es competencia de este Tribunal analizar si la justificación del licitador, cuya oferta es considerada anormal o desproporcionada, resulta suficiente o no, y ello exige una resolución más intensa en caso de que no vayan a acogerse las justificaciones del licitador.

No ocurre así cuando el informe sobre la justificación de la oferta la estima suficiente, pues, para entender desvirtuada la presunción iuris tantum de temeridad a juicio del órgano de contratación, no es preciso la motivación del informe y de la resolución que así lo concluya tenga ese carácter más intenso”.

En nuestro caso, el incumplimiento del convenio colectivo es suficiente para el rechazo de la oferta, pues establece el artículo 149.4 de la LCSP que *“En todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban 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”.*

Este aspecto es analizado por el informe técnico sobre la justificación de la oferta, concluyendo que efectivamente se produce incumplimiento del convenio colectivo, además de otros incumplimientos, por lo que el tercer motivo debe ser también desestimado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la UTE MAZARS-SILO contra la Orden nº 184/2023 de la Vicepresidencia, Consejería de Educación y Universidades de la Comunidad de Madrid, de 1 de febrero de 2023, de adjudicación del contrato de “Apoyo en la gestión de los Fondos Next Generation – EU y trabajos de apoyo técnico para la gestión de ayudas de la Dirección General de Investigación e Innovación Tecnológica, gestionadas por la Subdirección General de Investigación”, expediente A/SER-025828/2022.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 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 de la LCSP.

LA SECRETARIA DEL TRIBUNAL

Firmado digitalmente por: REVENGA ORTEGA ANA MARIA
Fecha: 2023 03 27 19:54