

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

En Madrid, a 19 de septiembre de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don A.D.E., en representación de la empresa COARSA S.A., contra el Decreto de la Concejal Presidenta del Distrito de Barajas del Ayuntamiento de Madrid de fecha 18 de julio de 2019, por el que se adjudica el lote 4 del Acuerdo Marco para las “Obras de Reforma, Reparación y Conservación del Conjunto de Edificios y Espacios Públicos cuya competencia pertenece al Distrito de Barajas” número de expediente 121/2018/01712 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE de fecha 19 de febrero y en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid alojado en la Plataforma de Contratos del Sector Público de fecha 18 de febrero de 2019, se convocó la licitación del Acuerdo Marco de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en cuatro lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 16.666.336 euros.

Segundo.- Tras la tramitación del expediente de licitación, se dicta por la Concejal Presidenta del Distrito de Barajas acuerdo de adjudicación motivando la resolución con el siguiente textual:

“1.- Adjudicar el contrato de obras tramitado por procedimiento abierto titulado Acuerdo Marco de las obras de reforma, reparación y conservación del conjunto de edificios y espacios públicos cuya competencia corresponde al Distrito de Barajas 2019-2020, LOTE 4 a la empresa ACSA OBRAS E INFRAESTRUCTURAS S.A. (NIF A08112716) de acuerdo con la propuesta formulada por la Mesa de Contratación en fecha 13 de junio de 2019, efectuada conforme al informe técnico de valoración de ofertas de fecha 10 de junio de 2019, por ser la empresa que ha obtenido la mayor puntuación según la ponderación de los criterios de adjudicación establecidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

El contrato se adjudica con un porcentaje de baja lineal sobre todos y cada uno de los precios que figuran en la base de precios del Acuerdo Marco de 40,40%.”

“(…) RELACIÓN DE LICITADORES:

- *UTE ORTHEM SERVICIOS Y ACTUACIONES AMBIENTALES, S.A.U INFRAESTRUCTURAS, S. L.*
- *COARSA, S.A.*
- *UTE EULEN, S.A / INSTALACIÓN DIRECTA, S.L.*
- *LICUAS, S.A.*
- *ACSA OBRAS E INFRAESTRUCTURAS, S.A.U.*

(…)

Resumen:

Criterios no valorables en cifras o porcentajes

Criterios valorables en cifras o porcentajes

		Criterios Valorables	Criterios no Valorables	total
1	<i>UTE ORTHEM SERVICIOS Y ACTUACIONES AMBIENTALES, S.A.U INFRAESTRUCTURAS, S. L.</i>	50,19	12,50	62,69
2	<i>COARSA, S.A.</i>	70,45	22,50	92,95

3	LICUAS, S.A.	54,36	13,75	68,11
4	ACSA OBRAS E INFRAESTRUCTURAS, S.A.U.	75	18,75	93,75

Realizado el cálculo de la puntuación total obtenida por cada oferta, la empresa que ha obtenido mayor puntuación es ACSA OBRAS S.A.U., con un total de 93,75 puntos". (...)

A la presente licitación se presentaron cinco licitadoras siendo excluida Eulen S.A./Instalación Directa S.L. por no haber justificado convenientemente la viabilidad de su oferta que fue considerada en baja temeraria.

Tercero.- El 7 de agosto de 2019 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Coarsa en el que solicita la anulación de la adjudicación por considerar que su oferta estaba clasificada en segundo lugar antes de excluir a Eulen, clasificada en primer lugar por no haber justificado la viabilidad de su oferta que fue considerada temeraria. Considera que el órgano de contratación al declarar excluida la oferta de Eulen, ha reclasificado las ofertas adjudicando a ACSA, Obras e Infraestructuras S.A.U. (en adelante ACSA).

El 13 de agosto de 2019 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

El órgano de contratación manifiesta que no se ha tenido en consideración la oferta económica presentada por Eulen S.A./Instalación Directa S.L. (en adelante Eulen) a la hora de puntuar este criterio de adjudicación

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 (RPERMT), 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 del procedimiento

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. La adjudicataria ACSA presento alegaciones con fecha 30 de agosto de cuyo contenido se dará cuenta en el fundamento de derecho quinto.

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 clasificada en segundo lugar, *“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.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 18 de julio de 2019, practicada la notificación el día siguiente, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 7 de agosto de 2019, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un Acuerdo Marco de obras cuyo valor estimado es superior a 3.000.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.e) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la clasificación de las ofertas.

Manifiesta el recurrente que una vez clasificadas las ofertas, Eulen figuraba como la primera de ellas, seguida de la suya. Incide en que tras la exclusión de la oferta de Eulen por no acreditar la viabilidad de su oferta declarada en baja temeraria, debería haber sido ella la requerida para la presentación de la preceptiva documentación como trámite previo a la adjudicación. Constata que el órgano de contratación ha vuelto a calcular la puntuación por el concepto precio y de esa nueva operación pasa a ser primera clasificada ACSA, perdiendo ella el lugar que le correspondía.

El órgano de contratación manifiesta que el cálculo de las puntuaciones totales y concretamente de la relativa al precio no se efectúa hasta la admisión definitiva de todas las empresas que se produce cuando se acuerda por la Mesa de Contratación en sesión de fecha 6 de junio de 2019, excluir definitivamente a Eulen. Siendo a partir de ese momento cuanto se puntúa el criterio económico.

Por su parte ACSA en su escrito de alegaciones manifiesta que: *“A la vista de los porcentajes de baja ofrecidos por las distintas empresas licitadoras la Mesa de Contratación detectó, **con carácter previo a efectuar clasificación alguna**, que la oferta económica de la empresa EULEN -que es la que presentaba un mayor porcentaje de baja- resultaba presuntamente anormal.*

Por ello, y en cumplimiento de lo previsto en el artículo 149 de la LCSP, la Mesa de Contratación requirió a dicha empresa para que justificara la viabilidad de su oferta.

*Por consiguiente, **NO existió, como falsamente afirma COARSA, ninguna clasificación de las ofertas previa al requerimiento formulado a EULEN** a efectos de justificar su baja y en virtud de la cual COARSA quedaba virtualmente clasificada en segundo lugar. Se trata de una mera hipótesis de COARSA que únicamente hubiera tenido sentido si EULEN hubiera justificado la viabilidad de su oferta. En ese caso COARSA sí hubiera obtenido la segunda posición, pero nunca habría podido resultar adjudicataria del contrato, porque para serlo EULEN hubiera tenido que resultar excluida.*

La cuestión es que la oferta presentada por la empresa EULEN fue considerada anormal -cuestión no discutida- y, tras los trámites procedimentales oportunos, fue excluida de la licitación.

Una vez excluida la oferta de EULEN se procedió a clasificar las ofertas, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 149 de la LCSP, donde se indica que las ofertas incursas en anormalidad no podrán ser tenidas en cuenta a la hora de clasificar al resto de ofertas.

Ello comportó que el órgano de contratación formulara la correspondiente clasificación tomando como base, únicamente, las ofertas válidas presentadas y no incursas en anormalidad, por tanto, sin tomar en consideración la oferta de EULEN”.

Comprueba este Tribunal mediante la aplicación de la fórmula que consta en los pliegos, las puntuaciones otorgadas a cada una de las ofertas económicas presentadas, expresadas mediante un porcentaje de baja, no considerando la oferta de Eulen por haber sido excluida, resultando:

Lote 4	Oferta económica	Valoración económica
ACSA	40,40%	65
COARSA	37,57%	60,455
LICUAS	27,57%	44,36

Siendo estas puntuaciones parciales idénticas a las determinadas por la Mesa de contratación y que han contribuido a la valoración total de las ofertas y por consiguiente a la clasificación de estas.

Desconocemos en qué documento basa su pretensión el recurrente, toda vez que en el expediente relativo a esta licitación no figura ninguna clasificación de ofertas que incluya la propuesta de Eulen.

El Informe 3/2017 de 5 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón; se pronuncia en términos muy sencillos, con gran claridad, en relación al modo en que por el órgano de contratación debe proceder a la clasificación de ofertas en aquellos casos en que alguna o algunas de ellas incurran inicialmente en valores anormales o desproporcionados: *“Se trata de una cuestión que ha venido generando una gran confusión entre los órganos administrativos que intervienen en el procedimiento de valoración y clasificación de ofertas: tras la apertura de las ofertas económicas –o cualesquiera otros criterios de valoración evaluables de forma automática respecto de los cuales el Pliego de cláusulas administrativas haya establecido parámetros para apreciar la posible incursión de la oferta en valores anormales o desproporcionados, de conformidad con lo establecido en el artículo 152.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público–, suele ser habitual que al mismo tiempo que se identifican las ofertas inicialmente incursas en dichos valores anormales, se proceda por la Mesa de contratación al cálculo de las puntuaciones en dicho criterio, lo que permitiría, al conocerse ya previamente las puntuaciones obtenidas en los criterios sujetos a juicio de valor, disponer ya de una clasificación de ofertas que incluirá por tanto a todas, también aquellas que podrían resultar,*

finalmente, calificadas como temerarias tras la instrucción del procedimiento contradictorio previsto en el artículo 152.3 TRLCSP.

Pues bien, tal proceder es incompatible con la regulación de las bajas temerarias en el TRLCSP, y así lo señala de forma tajante la JCA al inicio de su informe: “La calificación de una oferta como anormalmente baja incide, siempre, en la clasificación de las mismas.” Precisamente el planteamiento consultado por el Departamento de Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda del Gobierno de Aragón, que se revela acertado, se refiere a “si resulta conforme a derecho realizar el cálculo de la puntuación económica de las ofertas con posterioridad al análisis y valoración de la justificación de las ofertas anormales o desproporcionadas, excluyendo aquellas finalmente temerarias”; recordemos que a este respecto los artículos 151.1 y 152.4 TRLCSP parecen claros, a priori, en dar una respuesta afirmativa a la cuestión: “El órgano de contratación clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas y que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales conforme a lo señalado en el artículo siguiente”.../...“Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior, estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la excluirá de la clasificación.../...”

La Junta reconoce sin embargo que el legislador induce a error, en el sentido de que el artículo 151 regula el procedimiento de clasificación de las ofertas –incluso la documentación a presentar por el licitador propuesto como adjudicatario– mientras el siguiente artículo, 152, pasa a regular, como si de un trámite posterior se tratara, el procedimiento de detección de ofertas inicialmente anormales o desproporcionadas y los trámites a seguir para decidir su aceptación o rechazo, lo que debe sin embargo resolverse antes de proceder a la clasificación de ofertas: “parece que la norma contenida en el artículo 151 TRLCSP debería ser posterior a las previsiones que contiene el artículo 152 TRLCSP, se trata de actos completamente independientes, que han de tramitarse en el orden correcto. Primero la tramitación de las ofertas anormales o desproporcionadas, que la Mesa de contratación

propondrá para que sean aceptadas o rechazadas, una vez realizado el trámite de audiencia a las ofertas anormales y propondrá la clasificación.”

Admitida esta doctrina unánimemente, se ha de advertir que la crítica efectuada a la sistemática del extinto Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, ha quedado superada por la LCSP. En la nueva norma encontramos que el artículo 149 dedicado a la consideración de ofertas como incursas en baja temeraria y el procedimiento contradictorio para su justificación o exclusión es el anterior al dedicado a la clasificación de ofertas y posterior adjudicación, evitando la confusión que el informe anteriormente invocado manifestaba.

Es necesario destacar, no obstante que la redacción del artículo 149.6 de la LCSP complica con su textual la interpretación ya referida. Efectivamente establece: *“Si el órgano de contratación considerando la justificación efectuada por el licitador estimase (...) que 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”*.

Indudablemente este artículo solo puede interpretarse como que la exclusión de la oferta incursa en baja anormal no será de la clasificación sino para efectuar dicha clasificación, al igual que el resto de ofertas que puedan ser excluidas por otros motivos, como por el incumplimiento de algún requisito técnico solicitado en pliegos.

Interpretar de otro modo este apartado del artículo 149, conllevaría a la desnaturalización de la calificación del criterio precio, toda vez que permitiría la presentación de ofertas temerarias sin posibilidad de justificación pero que permitirían la reducción de la proporcionalidad de la puntuación por este criterio al resto de ofertas, alterando así el principio general de la contratación pública de determinar y adjudicar el contrato a la oferta más ventajosa en relación calidad

precio.

Es habitual que en las normas se aprecien defectos de redacción que pueden dar lugar a interpretaciones distorsionadas en relación con el resto del articulado de la ley. Podemos observar en este caso concreto como el artículo 150.1 manifiesta que *“La mesa de contratación (...) clasificará por orden decreciente las propuestas presentadas (...)”* cuando debería decir *“las propuestas admitidas”*, toda vez que de lo contrario habría que clasificar también aquellas ofertas que han sido excluidas por falta de documentación administrativa o incumplimiento de los requisitos técnicos solicitados en el pliego, hecho este del todo inaceptable.

Las normas han de interpretarse tal y como establece el código Civil en su artículo 3.1 *“según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”*. Por lo cual y en relación con el contexto del resto de la normativa en materia de contratación pública y sobre todo con la sistemática de la Ley y con los artículos 148 y 150 de ésta, solo puede interpretarse el artículo 149.6 como ya se ha manifestado anteriormente.

Por todo lo cual este Tribunal considera que la actuación de la Mesa de contratación, calificando los criterios no sujetos a juicio de valor solo a las ofertas admitidas y procediendo a su posterior clasificación en orden decreciente ha sido correcta y ajustada a Derecho, por lo que se desestima el recurso por ser este el único motivo alegado.

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 don A.D.E., en representación de la empresa COARSA S.A., contra el Decreto de la Concejal Presidenta del Distrito de Barajas del Ayuntamiento de Madrid de fecha 18 de julio de 2019, por el que se adjudica el lote 4 del Acuerdo Marco para las “Obras de Reforma, Reparación y Conservación del Conjunto de Edificios y Espacios Públicos cuya competencia pertenece al Distrito de Barajas” número de expediente 121/2018/01712.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- 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.