

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

En Madrid, a 4 de abril de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS, S.A., (en adelante, ORTIZ), contra el Decreto del Área de Gobierno de Obras y Equipamientos del Ayuntamiento de Madrid de 12 de febrero de 2024 por el que se adjudica el contrato y se excluye la oferta del Lote 4 del “Acuerdo Marco de obras de reforma, reparación, conservación y demolición del conjunto de edificios demaniales, patrimoniales y aquellos que estén sujetos a cualquier tipo de uso del Ayuntamiento de Madrid”, dividido en 6 lotes, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE con fechas, respectivamente, de 22 y 30 de junio de 2023, se convocó la licitación del Acuerdo Marco de referencia, mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado del contrato asciende a 210.710.184 euros y su duración es

de 24 meses.

Segundo. – Con fecha 9 de octubre de 2023 se procedió a la valoración de las ofertas presentadas en relación con los criterios de adjudicación no valorables en cifras o porcentajes, atribuyendo a la empresa ORTIZ la máxima puntuación posible y concretamente 25 sobre 25 puntos.

Con fecha 18 de octubre de 2023, se procedió a la apertura de las proposiciones económicas comprobándose que la oferta presentada por ORTIZ en el Lote 4 se consideró anormalmente baja de acuerdo con lo previsto en el apartado 12 del Anexo I del PCAP. La empresa ofertó una baja del 36,97%, siendo el umbral de temeridad el 34,69%, lo que implicaba que se separaba de ese umbral en un 2,28%. Por ello fue requerida para que aportase la correspondiente justificación y desglosase de forma razonada y detallada de su oferta, precisando las condiciones de esta en los términos recogidos en dicho requerimiento.

En base al informe de viabilidad emitido por la Dirección General de Arquitectura y Conservación del Patrimonio de fecha 18 de enero de 2024, la Mesa de Contratación en la misma fecha propuso el rechazo de la oferta y la adjudicación del Lote nº 4 del Acuerdo marco de referencia.

Mediante Decreto del Área de Gobierno de Obras y Equipamientos del Ayuntamiento de Madrid de 12 de febrero de 2024 se acuerda la adjudicación del Lote 4 a DURANTIA INFRAESTRUCTURAS, S.A. e INDUSTRIAL DE ENERGIA Y TECNOLOGIA, S.L. y se excluye de dicho lote a ORTIZ por no justificar su oferta incurso en presunción de valores anormales.

Con fecha 1 de marzo de 2024, ORTIZ presentó recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato y su exclusión del procedimiento de licitación para el lote 4 del acuerdo marco de referencia.

Tercero. - En fecha 13 de marzo de 2024, se recibe el expediente administrativo e informe del órgano de contratación 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 (en adelante LCSP).

Cuarto. - La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida para el Lote 4 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 (en adelante RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

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, siendo presentadas en plazo y de cuyo contenido se dará cuenta en el fundamento de derecho quinto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. - La competencia para resolver el recurso corresponde a este Tribunal, al amparo del artículo 46.4 de la LCSP, así como lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público.

Segundo. - El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una empresa excluida de la licitación *“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 de los firmantes de los recursos.

Tercero. - El recurso se interpone en plazo. El acuerdo de adjudicación se notificó el 12 de febrero de 2024, presentándose el recurso el día 1 de marzo, dentro del plazo de quince días hábiles del artículo 50.1 de la LCSP.

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

Quinto. – Antes de entrar en el fondo del asunto conviene destacar que de conformidad al apartado 12 del Anexo I del PCAP se consideran ofertas anormalmente bajas o desproporcionadas las siguientes:

I.- Cuando concurriendo una sola oferta, la misma sea superior a 25 unidades porcentuales.

II.- Concurriendo varias ofertas, la baja cuyo porcentaje exceda en 3 unidades a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones.

El recurso se fundamenta en que su oferta incurra en presunción de anomalía quedó plenamente justificada por lo que su exclusión no es ajustada a Derecho.

Con carácter preliminar, alega que no ha sido admitida ninguna justificación de ofertas temerarias en ninguno de los lotes. En el Lote 4, se presentaron diecinueve licitadores de los que doce de ellos, sus ofertas estaban incursas en presunción de temeridad; ninguna de las justificaciones fue admitida por los servicios técnicos municipales por lo que finalmente, solo fueron admitidos siete

licitadores. En el total de los seis lotes, sesenta y cinco ofertas estaban incursas en temeridad y ninguna de las justificaciones fue admitida por el Ayuntamiento de Madrid.

1- Trae a colación la baja de licitación del anterior Acuerdo Marco, señalando que el 23 de julio de 2020 resultó adjudicataria del Lote 4 con una baja del 41,50 % aplicando los cuadros de precios del Ayuntamiento de Madrid de 2016. Si tomamos como referencia el cuadro de precios 2016 y cuadro de precios 2022, ambos del Ayuntamiento de Madrid, veremos que en la mayoría de las unidades se ha producido un sustancial incremento, sin embargo, la baja de ORTIZ en el anterior concurso (en el que se aplicaba el cuadro de precios de 2016) era del 41,50 %, y para el actual acuerdo marco del 36,97 %, lo que nos lleva a la conclusión de que es posible cumplir el nuevo acuerdo marco con la baja ofertada.

2- Alega la existencia de otros Acuerdos Marcos adjudicados a ORTIZ por el Ayuntamiento de Madrid. Ha resultado adjudicataria recientemente o mantiene en vigor diversos Acuerdos Marco de idénticas características con bajas porcentuales similares, todos ellos para el Ayuntamiento de Madrid. Todos los contratos basados y derivados de los acuerdos marcos, relacionados anteriormente han sido ejecutados en plazo y la satisfacción del Ayuntamiento de Madrid, lo que demuestra as viabilidad de las bajas ofertadas.

3- De la comparación de ofertas en todos los lotes, obtiene los siguientes datos:

- Hay 118 ofertas presentadas para los seis Lotes, de las que 65 ofertas están en presunción de temeridad, lo que supone el 55,08% del total de los licitadores.
- Hay 79 ofertas cuyas bajas están en el segmento del 40%-30%, lo que supone el 66,95% del total de los licitadores.

- La Baja media del sector 40%-30%, donde concurren la mayoría de los licitadores es del 35,53%, lo que supondría una temeridad atendiendo a la baja+3% del 38,53%.
- -Ofertas consideradas con baja desproporcionada en 10 puntos porcentuales respecto de la media es de 16 licitadores, lo que supone el 13,55% de los licitadores.
- - Se desestiman las ofertas de más de la mitad de los licitadores presentados, en concreto se rechazan el 55,08% de todas las ofertas.

Partiendo de la premisa que el PCAP establece la baja anormal o desproporcionada en la baja media más tres puntos, criterio asumido por todos los licitadores, si en vez de ese criterio se hubiese fijado el establecido en el artículo 85 del Real Decreto 1098/2011 (baja media más diez puntos), la mayor parte de los licitadores, incluido ORTIZ, no hubiesen estado en temeridad.

4- La justificación de la viabilidad de la proposición presentada por ORTIZ al Lote 4 y valoración del órgano de Contratación.

Como primer apunte, señala que el informe técnico no indica que la oferta de ORTIZ no sea viable, sino que *“no se han encontrado indicios técnicos suficientes ni circunstancias excepcionales que hagan pensar que la oferta analizada no es anormalmente baja”*; el informe no indica tajantemente que la oferta de ORTIZ no puede cumplirse ni justifica dicha apreciación.

A continuación, procede a rebatir cada una de los extremos del informe técnico de 18 de enero de 2024.

A) Ahorro atribuible al departamento de compras de ORTIZ. Acreditación de

bajas de proveedores

Presentó la carta de proveedores de materiales (nueve) y subcontratistas de diferentes oficios (catorce) en las que se comprometían a prestar servicios y suministros con una baja concreta respecto del Cuadro de Precios del Ayuntamiento de Madrid año 2022. La baja promedio de los suministros era del 28,20 % y de las subcontratas del 27,98 %.

El rechazo de la justificación de ORTIZ obedece únicamente a que no se han presentado ofertas de proveedores con bajas a otros cuadros de precios y que, estima que no se puede asegurar que se vayan a aplicar las ofertas aportadas. El informe técnico no hace una justificación motivada ni razonada, técnica ni económicamente, de porqué considera que con las ofertas presentadas no se justifica la oferta de ORTIZ. Por ese solo motivo debe considerarse que el informe técnico municipal incurre en una clara arbitrariedad.

Solo se rechaza por aportar ofertas de proveedores a otros Cuadros de Precios. Esta interpretación tan restrictiva podría llevar al absurdo de justificar el rechazo de la justificación de temeridad por no aportar ofertas de proveedores a todas y cada una de las unidades que pudieran estar implicadas en los futuros contratos basados, incluso respecto de aquellas unidades que debieran redactarse “ad hoc”.

A mayor abundamiento se rechaza la justificación sobre la base *“que no se puede asegurar que se vayan a aplicar los descuentos comprometidos a todas las unidades de obra”*. Es decir, se desestima la justificación sobre una hipótesis de futuro. Esto nos llevaría a poder desechar cualquier justificación que hiciese cualquier licitador pues valdría con afirmar *“no se puede asegurar que se vaya a cumplir”*.

B) Ahorro por la existencia de plantilla de personal técnico y laboral propio. En

su informe de justificación presentó un cuadro detallado con el coste de cada operario preciso para acometer el acuerdo marco y, lo que es más importante, un cuadro comparativo del ahorro generado en la mano de obra por aplicación de los salarios del citado Convenio y los precios de mano de obra contenidos en el Cuadro de Precios 2022 del Ayuntamiento de Madrid. Ahorros que si se comparan ronda entre un 15 % y un 20 % dependiendo de la categoría profesional, y con un promedio total de ahorro del 25,56 %.

Frente a esta justificación el informe municipal se limita a indicar: *“El cumplimiento de la normativa, el número de trabajadores, las negociaciones con el Comité de Empresa o la escasa o nula incidencia del encarecimiento de los costes salariales de los últimos años no suponen condiciones excepcionales que la diferencie del resto de las empresas y pueda justificar la temeridad de la baja presentada.*

Pero nada dice del cálculo económico realizado de los ahorros de mano de obra ni de su repercusión sobre la justificación de la baja. Muy al contrario, afirma, de forma genérica y vaga, que dichas explicaciones no pueden “justificar la temeridad de la baja presentada”.

A su juicio, el informe municipal incurre en arbitrariedad y no contiene una motivación, ni tan siquiera somera, técnica y económica sobre la justificación de ahorros derivados de la mano de obra.

C) Ahorro por existencia de personal fijo de estructura en contratos similares.

En el informe de justificación ORTIZ indicaba: *“Por tanto, las sinergias que se darían entre nuestro personal fijo de estructura en estos contratos similares, de los que ORTIZ C. y P., S.A. es adjudicataria a fecha actual, redundará en una optimización de la mano de obra propia, evitando tiempos muertos y por tanto generando un incremento de producción, así como dando lugar a una menor*

incidencia del coste del precio/hora improductiva entre la totalidad de las obras adjudicadas.”

D) Ahorro por gestión medios propios la prevención de riesgos laborales, baja siniestralidad. A este respecto ORTIZ ha argumentado y explicado el ahorro del 1,90 % de gastos de personal derivados de su mejora en la ratio de siniestralidad. Aquí el informe técnico municipal se limita a describir en nueve líneas el régimen aplicable en Prevención de Riesgos Laborables. Pero, nuevamente, no explica ni razona, con los datos aportados, porque no considera que la mejor ratio de siniestralidad no sirva para reducir los costes de personal ni porqué, según su criterio, dicha mejor ratio no sirve a los efectos de los costes finales del acuerdo marco analizado.

El informe municipal nada dice al respecto obviando esta justificación.

E) Ahorro por aseguramiento de la calidad. ORTIZ ha detallado las normas ISO de las que dispone y los procesos de aseguramiento de calidad que aplica lo que redundara en la disminución de costes de las obras a ejecutar y que ha estimado en un 1,8 % de la mano de obra (directa e indirecta) y que supone una mejora en el sistema de producción.

El informe del técnico municipal no dice al respecto.

F) Ahorro por costes de medios auxiliares. ORTIZ ha indicado que dispone de un parque propio de maquinaria que redundara en la disminución de costes de las obras a ejecutar y que ha estimado en un 2,8 %.

El informe del técnico municipal únicamente dice: *“Las empresas deben disponer de los medios auxiliares necesarios para la ejecución de las obras y disponer de un parque propio es habitual en las empresas del sector.”*

No se trata de confirmar si se debe disponer o no de ese parque de

maquinaria sino de analizar el ahorro o no que ello puede suponer.

Aquí, como en los anteriores apartados, el informe municipal no niega ni rechaza ese ahora, sino que únicamente indica que es normal tener parque maquinaria. Entiende que el informe municipal incurre en arbitrariedad y falta de la necesaria motivación.

G) Porcentaje considerado de gastos generales y beneficio industrial. En el apartado 4 de la justificación de la oferta, ORTIZ indicaba que, para el presente contrato y lote, la repercusión de gastos generales sería del 6 % y el beneficio industrial previsto del 3,5 %.

A tal efecto se realizaba el cálculo de los gastos generales y beneficio en base a los datos de las Cuentas Anuales del año 2022 de gastos incurridos/facturación total y resultado ejercicio/facturación.

El informe del órgano de contratación dice en este apartado: *“Respecto del cálculo de los gastos generales presentado y que dicen realizar a partir de las cuentas anuales del año 2022 decir que no se han podido comprobar algunos datos. Como ejemplo el dato de coste de personal imputado a gastos generales pues solo se puede comprobar el coste de todo el personal de la empresa.*

En cuanto al beneficio industrial, el porcentaje propuesto es una estimación establecida por motivos propios de la empresa y teniendo en cuenta las cuentas anuales del año 2022. Se concluye por tanto en relación con este subapartado de “Justificar los costes de los medios auxiliares necesarios para la ejecución de las obras, así como el porcentaje que se ha considerado de gastos generales y beneficio industrial”, que la proposición presentada no contiene una justificación suficiente.”

A juicio de la recurrente, si su beneficio se estima en el 3,54% y, ello a los

datos de beneficio año 2022/facturación año 2022, habría que admitir la oferta en la presente licitación dado que la oferta de ORTIZ supera en un 2,28% la baja media por lo que con el beneficio esperado cubriría el exceso de baja sobre la media.

Respecto al beneficio industrial, el informe técnico únicamente dice que el beneficio industrial del 3,5% es una estimación. Lógicamente cualquier previsión futura de beneficios es una estimación adoptada en base a la experiencia de las empresas o a sus históricos más recientes. Siendo así que, parece más que razonable, que ORTIZ estime su beneficio industrial para el presente contrato en el 3,5 %. Pero lo más importante es que no existe ninguna argumentación del técnico municipal que rebata dicho dato.

Por su parte, el órgano de contratación señala respecto a que no ha sido admitida ninguna justificación de oferta temeraria en ninguno de los lotes, concretamente en el Lote 4 se presentaron diecinueve empresas de las cuales doce se encontraban incursas en presunción de anormalidad y ninguna fue admitida; que de las doce, realmente solo cinco presentaron justificación de su oferta.

Señala que en julio de 2020 ORTIZ fue adjudicataria del Lote 4 del Acuerdo marco de reformas, con una baja del 41,50%, que se aplicaba sobre la base de precios de 2016 del Ayuntamiento Información de Madrid, el cuadro de precios Precio Centro 2018 y la base de precios de la construcción de la comunidad de Madrid 2017 recogida en el anexo II del PPTP. La empresa dice que se ha producido un incremento sustancial, entendemos en el precio, en el cuadro de precios de 2022 respecto del de 2016, pero que no concreta en ningún porcentaje. Indica que incluye como Documento nº 14 detalle de algunas de las unidades y su incremento entre la base de precios de 2016 y 2022. La actualización de la base de precios del Ayuntamiento de Madrid debería reflejar la variación que han sufrido los precios en el sector de la construcción desde el año 2016 al año 2022, no desde el año 2019 en que se tramitó el anterior Acuerdo marco.

Asimismo, los parámetros para la determinación de las ofertas incursas en presunción de anormalidad son los previstos en el apartado 12 del Anexo I, específico para este lote, del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), y han sido establecidos de conformidad con el art. 149.2.b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, de manera que no sería ajustado a Derecho aplicar un método de cálculo diferente al establecido en el PCAP.

Respecto al ahorro atribuible al departamento de compras de ORTIZ, mediante acreditación de bajas de proveedores, manifiesta que no se desestima la justificación sobre una hipótesis de futuro si no porque no se aportan datos objetivos que aseguren que esos descuentos se vayan a aplicar a todas las unidades de obra que se pueden utilizar en este Acuerdo marco. La empresa no justifica la baja presentada y por tanto, se considera anormal según el pliego que rige este proceso de licitación.

Respecto al ahorro por la existencia de plantilla de personal técnico y laboral propio, incluye nuevas argumentaciones no recogidas en el informe de viabilidad, para concluir que la recurrente sigue sin justificar la anormalidad de la baja presentada en este punto.

En relación al ahorro por existencia de personal fijo de estructura en contratos similares, en el informe de justificación de la baja ORTIZ indicaba que las sinergias que se darían entre su personal fijo de estructura en los contratos similares redundarían en una optimización evitando tiempos muertos y generando un incremento de producción, dando lugar a una menor incidencia del coste del precio/hora. Sin embargo, la empresa no presentó ninguna cuantificación concreta que pudiera justificar la baja anormal presentada ni tampoco lo hace ahora.

Respecto al ahorro por costes de medios auxiliares, señala que ORTIZ ya indicó en la justificación de la baja que dispone de un parque propio de maquinaria y

medios auxiliares propios que evitará muchos gastos de transporte, alquiler y arrendamientos de maquinaria, vehículos y equipos específicos, así como de medios auxiliares que redundará en la disminución de costes en los contratos basados de obras a ejecutar y ello supone un ahorro del 2,80%. Esta estimación no se pudo considerar una justificación de la baja presentada por no aportar cálculos concretos.

Con relación al porcentaje considerado de gastos generales y beneficio industrial, señala que ORTIZ indicaba que, para el presente contrato y lote, la repercusión de gastos generales sería del 6% y el beneficio industrial previsto del 3,5%. La empresa presentó un cálculo de los gastos generales como resultado del cociente de los gastos imputados a los gastos generales respecto de la facturación de la empresa, calculado del año que 2022. En el informe de viabilidad ya se indicaba que no se había podido comprobar algunos de los datos aportados por la empresa. En cuanto al beneficio industrial, la propia empresa ORTIZ indica que estima el porcentaje de 3,54% a partir del informe de pérdidas y ganancias de las cuentas anuales del año 2022. La empresa dice que si su beneficio se estima en el 3,54% superaría el 2,28% en que su oferta supera la baja media, por lo que con el beneficio esperado cubriría el exceso de baja sobre la media. Sin embargo, la baja media de este lote es del 31,69% y su oferta del 36,97%, por lo que la diferencia entre ambas cantidades es de 5,28% superior al 3,54% estimado por la empresa para el beneficio industrial. Por todo ello, no se puede considerar los argumentos aportados como justificación de la baja anormal presentada por la empresa.

Por su parte, el adjudicatario alega que, partiendo de los criterios doctrinales, el recurso no atribuye al acto que impugna ninguna infracción del procedimiento legalmente establecido para la apreciación de la anormalidad de las ofertas, de modo que, habiéndose seguido el procedimiento legalmente establecido para concluir que la oferta de ORTIZ está incurso en anormalidad, no parecen necesarias más consideraciones sobre la correcta observancia de los aspectos formales de la detección de tal tipo de ofertas.

A su juicio, gran parte de los motivos sustantivos del recurso son ajenos al debate propio de un recurso contra la exclusión por anomalía de la oferta y, por ello, carecen de virtualidad para acreditar que el acto impugnado sea contrario a derecho.

Considera que el recurso critica el informe de viabilidad que contiene un pormenorizado análisis de las justificaciones dadas por ORTIZ en el correspondiente trámite de justificación de la viabilidad de su oferta y responde todas ellas. El informe está motivado y no es arbitrario, y el recurso no puede prosperar porque aquél no incurre en error ni es infundado, conforme establece la doctrina de este Tribunal.

Añade que, conforme a esa doctrina, la justificación en el trámite del art. 149 LCSP tiene que tener “el debido detalle” y “demostrar de modo satisfactorio” que se puede cumplir el contrato a pesar de la baja expresada en la oferta. El recurso que aquí se impugna ni tiene el debido detalle ni efectúa la demostración requerida por estar basado en una especulación a partir de la experiencia, tampoco demostrada, de la empresa en años anteriores.

Respecto a las soluciones técnicas adoptadas, la justificación dada por ORTIZ a la pretendida viabilidad de su oferta no pasa de ser una hipótesis, pues la funda, literalmente, en las sinergias que se “darían”, como consta en el párrafo de tal justificación que más arriba se ha insertado, de manera que, por el modo en que se formula la justificación, no queda asegurada la viabilidad. Por eso, la justificación no contiene ninguna demostración, en los términos exigidos por la doctrina del Tribunal, de la viabilidad de la oferta. Sin perjuicio de ello, importa recordar que la viabilidad de las ofertas se predica de ellas por entero, globalmente consideradas, no de sus partes o elementos.

Es congruente con tal modo de razonar ORTIZ en su justificación que el informe de viabilidad diga que el hecho de disponer de tal Servicio de Prevención propio no es ninguna condición excepcional, cualidad ésta que, conforme al art.

149.4.b) de la LCSP, ha de concurrir en las condiciones favorables para la ejecución de las obras. Por lo que no siendo ésta una cualidad excepcional de la oferta de ORTIZ, sobre lo que expresamente se pronuncia el informe, no procede que el informe examine si el ahorro del 1,9 por 100 de los gastos de personal que aduce aquélla es relevante para acreditar que la oferta es viable.

En relación con el ahorro por costes de medios auxiliares, señala que no es cierto que el informe sea, en relación con este extremo de la justificación de la oferta de ORTIZ, arbitrario y carente de motivación.

En relación con el porcentaje considerado de gastos generales y beneficio industrial, considera plenamente justificado el informe de viabilidad.

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 mesa 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...

La doctrina consolidada respecto a la justificación de las ofertas 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 incursa 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 incurso 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, la mesa de contratación requirió a la recurrente, en aplicación del artículo 149.4 LCSP, para que presentara informe con justificación y desglose razonado y detallado de los precios ofertados. Dicha justificación fue presentada por la empresa requerida, en tiempo y en forma y considerada insuficiente por el departamento técnico asesor de la mesa de contratación.

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 incurrida 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 el caso que nos ocupa resulta de interés tener en consideración las singularidades de este Acuerdo Marco que, el propio informe de viabilidad realizado por la Subdirección General de Arquitectura hace constar. En dicho informe se dice que para cuantificar y conocer la viabilidad de una baja económica en un procedimiento de estas características, hay que conocer las singularidades que existen en un Acuerdo marco de este tipo. A este respecto, destaca:

- Las bajas económicas de estas ofertas se realizan a cada uno de los precios de los cuadros incluidos en los Pliegos, y no sobre el presupuesto de un proyecto de obras.
- Todos los precios unitarios que se aplican en estas obras de reforma están contenidos y definidos en los cuadros de precios que se incluyen en el pliego. No se pueden incorporar a los proyectos de obras de reforma precios de mercado, que sí se podrían aplicar en obras de nueva planta.
- El Pliego de Prescripciones Técnicas del Acuerdo marco no determina una relación de inmuebles sobre los que se realizarán obras de reforma y, en consecuencia, tampoco el contenido de las actuaciones, dado que la relación de inmuebles que incluye dicho pliego es indicativa.
- Destacar que, para elaborar la baja económica en este Acuerdo marco, la incidencia del coste económico de las diferentes instalaciones recogidas en las obras de reforma es considerable, puede suponer hasta un 30-40 % del presupuesto de un proyecto.

Por tanto, estas especiales características del Acuerdo Marco deben ser consideradas a la hora de enjuiciar la viabilidad de las ofertas.

Como se ha señalado anteriormente, el PCAP establece que concurriendo varias ofertas, la baja cuyo porcentaje exceda en 3 unidades a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones se considerará incurso en presunción de anormalidad. Recordemos que el artículo 85 del Real Decreto 1098/2011, fija como criterio con carácter general la baja media más diez puntos, si bien es cierto que se refiere a criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en las subastas, circunstancia que no se da en el presente caso, por lo que la citada cláusula debe considerarse ajustada a Derecho, máxime cuando no fue

objeto de impugnación por ningún licitador.

Como antecedentes de interés cabe destacar que ORTIZ ha ofertado un porcentaje de baja del 36,97 %. La dispersión entre el umbral de temeridad (34,69 %) y su oferta asciende a 2,28 puntos porcentuales.

De las 19 ofertas presentadas, 11 estaban en presunción de valores anormales, a las que se requirió su justificación. Ninguna de las presentadas fue admitida por el órgano de contratación.

Así mismo, interesa destacar, que, de los 6 lotes del presente Acuerdo Marco, 65 ofertas estaban incursas en temeridad y ninguna de las justificaciones fue admitida por el Ayuntamiento de Madrid. Esas sesenta y cinco ofertas suponen el 55,08 % de todas las ofertas presentadas a los seis lotes.

Respecto al requerimiento realizado por el órgano de contratación, en el mismo se hace constar que deberán justificar y desglosar razonada y detalladamente su oferta económica y precisar las condiciones de la misma.

Como hemos señalado anteriormente en la doctrina de los Tribunales de resolución de recursos contractuales, 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. En este sentido Resolución del TACRC 1165/2023, de 21 de septiembre: *“Por lo que respecta al contenido y alcance de este procedimiento, como alega el recurrente, también hemos señalado que las alegaciones del licitador no deben justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino proveer de argumentos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo (Resoluciones 457/2016, de 10 de junio; 907/2017, de 5 de octubre)”*.

También debe partirse de la reiterada doctrina de este Tribunal que recuerda que la exhaustividad de la justificación aportada por el licitador habrá de ser tanto mayor cuanto mayor sea la baja en que haya incurrido la oferta, por relación con el resto de ofertas presentadas. Y del mismo modo, a menor porcentaje de baja, menor grado de exhaustividad en la justificación que se ofrezca. En el presente caso, la oferta de la recurrente se encuentra en presunción de anormalidad por 2,28 puntos porcentuales.

A la luz de los antecedentes citados, procede analizar la justificación del órgano de contratación para considerar inviable la oferta presentada.

Así, respecto al ahorro atribuible al departamento de compras y la acreditación de bajas de proveedores, ORTIZ presentó la carta de proveedores de materiales (nueve) y subcontratistas de diferentes oficios (catorce) en las que se comprometían a prestar servicios y suministros con una baja concreta respecto del Cuadro de Precios del Ayuntamiento de Madrid año 2022. La baja promedio de los suministros era del 28,20 % y de las subcontratas del 27,98 %. El rechazo obedece únicamente a que no se han presentado ofertas de proveedores con bajas a otros cuadros de precios y que, estima que no se puede asegurar que se vayan a aplicar las ofertas aportadas.

A este respecto, hay que señalar que el propio PCAP establece precisamente que la base de precios prioritaria que se debe utilizar es el Cuadro de Precios del Ayuntamiento de Madrid año 2022, que es a la que hace referencia a Ortiz en su justificación. Exigir la misma justificación de ofertas de proveedores respecto a las otras bases de precios no prioritarios se antoja, a juicio de este Tribunal, excesivamente riguroso.

Así mismo, el informe dice que *“que no se puede asegurar que se vayan a aplicar los descuentos comprometidos a todas las unidades de obra”*. Esta exigencia

de aseguramiento sobrepasa los límites de lo razonable, dado el número y complejidad de los precios unitarios incluidos en el cuadro de precios.

Respecto al ahorro por la existencia de plantilla de personal técnico y laboral propio, en su informe de justificación ORTIZ presentó un cuadro comparativo del ahorro generado en la mano de obra por aplicación de los salarios del Convenio aplicable y los precios de mano de obra contenidos en el Cuadro de Precios 2022 del Ayuntamiento de Madrid, que si se comparan ronda entre un 15% y un 20% dependiendo de la categoría profesional, y con un promedio total de ahorro del 25,56 %.

Frente a esta justificación, el informe del órgano de contratación se limita a afirmar que el cumplimiento de la normativa, el número de trabajadores, las negociaciones con el Comité de Empresa o la escasa o nula incidencia del encarecimiento de los costes salariales de los últimos años no suponen condiciones excepcionales que la diferencie del resto de las empresas y pueda justificar la temeridad de la baja presentada. Sin embargo, no entra a valorar si efectivamente se produce el ahorro de costes en los términos planteados por ORTIZ. No obstante, en el informe del recurso, incluye argumentos nuevos no contemplados en el informe de viabilidad que no pueden ser tenidos en consideración, ya que lo que se valora es la justificación dada en el informe de viabilidad que sirvió de base para la exclusión de su oferta.

En relación al ahorro por costes de medios auxiliares, ORTIZ ha indicado que dispone de un parque propio de maquinaria que redundara en la disminución de costes de las obras a ejecutar y que estima en un 2,8 %.

El informe del técnico municipal únicamente dice: *“Las empresas deben disponer de los medios auxiliares necesarios para la ejecución de las obras y disponer de un parque propio es habitual en las empresas del sector.”*

A este respecto, como alega la recurrente, no se trata de confirmar si se debe disponer o no de ese parque de maquinaria, lo cual parece obvio, sino de analizar el ahorro o no que ello puede suponer, aspecto que no aborda el informe del órgano de contratación.

Tampoco queda justificado el rechazo a la justificación de que la repercusión de gastos generales sería del 6 % y el beneficio industrial previsto del 3,5 %. A este respecto, como ha señalado este Tribunal en diversas resoluciones, sirva por todas la 449/2022, de 24 de noviembre: *“En cuanto al beneficio industrial es criterio de los tribunales de contratación, que la ausencia de beneficio industrial no desvirtúa ni hace temeraria una oferta, pudiendo admitirse sin riesgo alguno, los casos en que los presupuestos rebajan e incluso anulan este concepto, ya que en muchas ocasiones el beneficio industrial no se limita a una cantidad monetaria sino a otras formas remunerativas que podríamos calificar como en especie, tales como adquisición de solvencia técnica, mantenimiento de trabajos para la empresa, posicionamiento en el mercado, etc.”*

Hay que reseñar que el licitador ha realizado una propuesta sobre gastos generales y beneficio industrial que evidentemente es una estimación, ya que al tratarse de un acuerdo marco de unidades de obra, no existe un proyecto de ejecución con unidades y precios definidos sobre el que se puede efectuar un cálculo certero sobre tales parámetros. Lo que debe realizar el informe de viabilidad es un análisis sobre su razonabilidad de la propuesta y no limitarse a señalar su falta de acreditación.

De acuerdo con la doctrina expuesta anteriormente, para la determinación de si una oferta anormalmente baja o desproporcionada, está o no justificada, rige el principio de discrecionalidad técnica sustentada en la especialización técnica y la objetividad de los órganos competentes para efectuar dicha valoración. Ahora bien, la decisión de rechazar una oferta requiere de una justificación exhaustiva que exponga claramente que las razones aducidas por el licitador no justifican

satisfactoriamente el bajo nivel de precios propuesto.

Este criterio aparece claramente expuesto en la Resolución 195/2022 del TACRC: *“El análisis del órgano de contratación debe, pues, centrarse en evaluar las hipótesis planteadas por el licitador a la luz de las establecidas en la documentación contractual, concluyendo su razonabilidad o excluyendo la oferta por resultar inviable en los términos en los que ha sido formulada. Y, en este último caso, según hemos manifestado reiteradamente, motivando adecuadamente decisión. Aplicando la doctrina expuesta al supuesto planteado, no advierte el Tribunal que el órgano de contratación haya abordado el análisis de la justificación presentada por el recurrente. Tal análisis exige, por un lado, un contraste efectivo de las hipótesis del licitador con las que el órgano del contrato ha manejado (y consignado en la documentación contractual, según hemos manifestado) y, de resultar irrazonables, fundamentar tal conclusión; y, por otro, motivar que el efecto conjunto de las inconsistencias apreciadas determina la inviabilidad de la oferta.”*

Dadas las especiales características de este acuerdo marco, que el propio informe de viabilidad dice deben ser tenidas en cuenta para determinar dicha viabilidad, hay que destacar las dificultades que entraña la justificación de las ofertas.

Las bajas se realizan a cada uno de los precios de los cuadros incluidos en los pliegos, del que solo el del Ayuntamiento de Madrid tiene más de 16.000 precios. La oferta se realiza sobre unas unidades de obra que se utilizaran en un proyecto de ejecución que a la fecha de licitación no deja de ser una pura entelequia, en cuanto que se desconoce la tipología de la obra, sus características, el número de obras a realizar, plazos de ejecución etc. Por tanto, no se puede exigir al licitador una justificación cuasi matemática de su oferta, a diferencia de otros contratos de obra en que el proyecto viene definido en todas sus unidades.

Por ello, a juicio de este Tribunal resulta especialmente aplicable la doctrina

expuesta respecto que la exhaustividad de la justificación aportada por el licitador habrá de ser tanto mayor cuanto mayor sea la baja en que haya incurrido la oferta, por relación con el resto de ofertas presentadas. Y del mismo modo, a menor porcentaje de baja, menor grado de exhaustividad en la justificación que se ofrezca. En el presente caso, la oferta de la recurrente se encuentra en presunción de anormalidad por 2,28 puntos porcentuales, por lo que el grado de exhaustividad del informe de viabilidad del órgano de contratación debió ser más elevado.

No basta con que el informe técnico suscite dudas sobre la justificación aportada, es necesario que recoja los argumentos que permiten inferir que esa duda es lo suficientemente fundada para desarticular las explicaciones de la justificación, manteniendo con ello la presunción de inviabilidad de la oferta.

Por cuanto antecede, a nuestro juicio, el informe del órgano de contratación no entra a debatir ni analizar suficientemente los ahorros propuestos por la recurrente en su justificación de la baja incurrida en presunción de anormalidad, sin que este Tribunal prejuzgue la certeza y veracidad de los mismos.

En definitiva, considerando las especiales características de este Acuerdo Marco expuestas anteriormente y analizada la justificación de la oferta y el informe al respecto del órgano de contratación, no resulta, a juicio de este Tribunal, suficientemente justificada la exclusión de la recurrente, careciendo el informe de argumentos suficientes para motivarla.

Por todo lo anterior, procede la estimación del recurso especial, anulando la adjudicación del lote recurrido, retrotrayendo las actuaciones al momento previo a su exclusión, admitiéndole a la licitación y continuando el procedimiento en los términos que legalmente procedan.

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. – Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS, S.A., contra el Decreto del Área de Gobierno de Obras y Equipamientos del Ayuntamiento de Madrid de 12 de febrero de 2024 por el que se adjudica el contrato y se excluye la oferta del Lote 4 del “Acuerdo Marco de obras de reforma, reparación, conservación y demolición del conjunto de edificios demaniales, patrimoniales y aquellos que estén sujetos a cualquier tipo de uso del Ayuntamiento de Madrid”.

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. - Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP para el lote 4.

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.