

**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 las representaciones de las empresa CONTRATAS CENTRO, S.A., UGARTE FEIJOO, S.A. e INGENIERÍA Y PROYECTOS DE SEGURIDAD, S.A, que actúan en compromiso de UTE (en adelante la UTE), 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 1 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. – El día 26 de junio de 2023 se reunió la Mesa de Contratación dando comienzo a la apertura y calificación administrativa de las proposiciones, que se reanudó el 27 de junio de 2023

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 UTE 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 la UTE en el lote 1 se consideró anormalmente baja de acuerdo con lo previsto en el apartado 12 del Anexo I del PCAP. La empresa ofertó una baja del 37,10 %, siendo la media aritmética de todos los porcentajes de bajas presentadas en el Lote 1 de 30,65%, quedando el umbral de temeridad en el 33,65%, lo que implicaba que se separaba de ese umbral en un 3,45 %. 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 5 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 1 a la UTE EULEN, S.A. – INLLAMA, S.A. y se excluye a la UTE recurrente por no justificar su oferta incurso en presunción de valores anormales.

Con fecha 4 de marzo de 2024, la UTE 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 1 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, que fueron presentadas 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 4 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 incurso en presunción de anomalía quedó plenamente justificada por lo que su exclusión no es ajustada a Derecho.

Alega que el decreto impugnado no contiene los motivos por los que el órgano de contratación adopta la decisión de calificar como anormalmente baja la oferta

presentada, haciendo una genérica alusión a la propuesta de la Mesa de contratación y los informes de viabilidad.

El informe de valoración y la propuesta llegan a distorsionar la conclusión del informe técnico por cuanto éste, en su apartado resumen y conclusiones, determina que la oferta analizada *“presenta valores con presunción de anormalidad”*, lo que es un concepto distinto a la calificación contenida en la Propuesta, en la que se resuelve la *“no viabilidad de la oferta presentada”*, valoración muy distinta a una presunción de anormalidad.

Destaca que la oferta presentada ha obtenido la mayor puntuación en los criterios no valorables en cifras o porcentajes, en concreto un total de 25 puntos según el informe de fecha 19 de septiembre de 2023. El hecho objetivo de que le sea reconocida la mejor puntuación de entre las 19 empresas licitadoras impone que sea exigible una especial y fundada motivación la cual no se ha producido, tanto en el Informe Técnico, como el posterior Informe de Valoración y Propuesta y, finalmente, en el decreto cuya nulidad se solicita.

A su juicio, la argumentación de los servicios técnicos de la Dirección General de Arquitectura y Conservación del Patrimonio que ha llevado a rechazar la justificación de la baja incurra en presunción de anormalidad no resulta suficiente ni se encuentra motivada en su informe de viabilidad, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

1. Los servicios técnicos afirman que el hecho de que existan ofertas que no se encuentran entre el rango del 30% y el 40% de baja *“se trata de una apreciación que solo puede ser considerada como un juicio de valor carente de justificación, por lo que no puede ser considerada como razonamiento a tener en cuenta para la admisión de su baja”*. Al contrario de lo que exponen los servicios técnicos, es *“de clara apreciación que las ofertas que se han presentado fuera del rango anterior son anómalas, según una gráfica de dispersión que aporta”*.

Indica que de hecho, de las 118 propuestas de bajas presentadas a la licitación, 79 de ellas se encuentran entre este rango del 30 y el 40%, que suponen casi un 67% de ellas, más de las dos terceras partes. Además, por encima del 40% de baja también existen 8 ofertas, que suponen casi el 7% de las proposiciones.

La anomalía de estas ofertas se constata además tras realizar un análisis de las bajas de adjudicación de otros Acuerdos Marco anteriores de este mismo órgano contratante, que resumen en un cuadro que acompañan (El promedio baja de adjudicación de Acuerdo Marco 2016-2019, el 40,36 %, Acuerdo Marco 2020-2023, el 41,13 %).

Por otro lado, el informe señala que la diferencia de precios entre una base de precios y la siguiente, *“responde al incremento de precios que se ha experimentado a lo largo de los años transcurridos...”* A su juicio esta afirmación carece de rigor, hecho que se sustenta con la aportación de la comparativa de más de 150 precios simples entre dichas bases en su escrito de alegaciones con incrementos de precios que superan como norma general el 40% y llegando incluso a alcanzar el 127%. Este hecho supone que, si en un anterior Acuerdo Marco esta misma UTE ha desarrollado obras de forma satisfactoria para este Órgano de Contratación, con esta misma baja del 37%, es demostrable que la oferta presentada es totalmente viable técnica y económicamente y se puede llevar a cabo.

2. Los servicios técnicos indican que *“el conocimiento adquirido durante la ejecución del Acuerdo Marco de obras de reforma, reparación, conservación y demolición año 2019 no significa que los medios que asignen a cada obra sean más adecuados que los que pueda asignar cualquiera de las otras empresas licitadoras”* y que *“se trata de una afirmación generalista sin una base objetiva, ni siquiera se conocen ahora mismo cuáles serán las obras, y en que inmuebles, a ejecutar dentro del ámbito de este Acuerdo Marco”*. En este caso, el hecho que justifica la viabilidad de la oferta no es exclusivamente lo indicado. Como se describe en la justificación de la oferta presentada por la recurrente, *“la realización de las obras nos ha permitido conocer de primera mano los principales edificios municipales situados en*

la zona de influencia del LOTE 1, así como las principales necesidades de estos y las singularidades que sin duda tiene cada uno de ellos...”. A su juicio, este hecho constituye una importante ventaja diferenciadora frente al resto de los licitadores.

3. Los servicios técnicos se refieren a que *“el listado de medios auxiliares que presenta la UTE recoge los medios auxiliares normales que todas las empresas licitadoras deberán disponer para la ejecución de las obras que se engloben en el presente Acuerdo marco sin que presente ningún medio excepcional que justifique la temeridad de la baja ofertada”*. Según el recurrente en este caso, *“esta empresa no trata de enumerar los medios auxiliares disponibles, sino de que se valoren las compras de medios auxiliares y maquinaria que se efectuaron en el anterior Acuerdo Marco, motivo por el que el volumen de compras o alquileres a realizar en este nuevo Acuerdo Marco puedan considerarse de escasa entidad, redundando por tanto en un menor coste de ejecución de las obras”*.

4. Respecto a los gastos generales, los servicios técnicos afirman que *“se comprueba que no presentan ningún justificante que acredite los datos que indican, al igual que ocurre con el Beneficio Industrial indicando solamente una cifra estimada”*. Señala que los porcentajes de gastos generales y beneficio industrial son los habituales en los proyectos de la Administración Pública, no reduciéndolos esta empresa para la justificación de la oferta.

Por su parte, el órgano de contratación alega, en primer lugar, respecto a la falta de motivación del acto recurrido y de la propuesta de adjudicación realizada por la mesa de contratación, que el recurrente evidencia el desconocimiento de la previsión contenida en el art. 88.6 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas en el que se establece que *“la aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma”*. Por ello, el acto recurrido al igual que la propuesta de la mesa de contratación se encuentran motivados dado que se adoptan en base a los informes de viabilidad emitidos por la Dirección General de Arquitectura y Conservación del Patrimonio de 18 de enero de 2024 y

que se publicaron en la Plataforma de Contratación del Sector Público en la misma fecha que se notificó el acuerdo por el que se rechazaba la oferta del recurrente por estar incurso en presunción de anormalidad.

En este procedimiento de licitación el umbral de temeridad se encuentra en tres unidades porcentuales sobre la media de todas las bajas presentadas al lote concreto y por ello que se hayan presentado bajas fuera del rango que indica la UTE del 30%-40% no se puede considerar justificación de la baja anormal presentada por esta UTE como ya de indicaba en el informe de viabilidad.

En cuanto a la comparativa con las bajas presentadas en Acuerdos marcos anteriores, no se puede más que ratificar lo indicado en el informe de viabilidad *“se trata de una comparativa que no aporta ningún dato objetivo. Solamente pone de manifiesto que las bajas de adjudicación de cada uno de los lotes en aquella ocasión se aproximaban al 41,13% y las bajas medias de cada lote en este proceso de adjudicación se aproximan al 31,75%. Pero no explica el porqué de esta diferencia de una forma objetiva.”*

La UTE señala que ha realizado una comparativa de más de 150 precios simples entre la Base de Madrid 2016 y la Base de Madrid 2022, con incrementos de precios que superan el 40% e incluso llegan a alcanzar el 127%. A esto hay que decir, en primer lugar, que la comparativa de 150 precios no se puede extrapolar al conjunto de los precios incluidos no solo de la base de precios del Ayuntamiento de Madrid, sino al conjunto de las cuatro bases de precios que se pueden utilizar en este Acuerdo marco según se recoge en los pliegos. En cuanto a la base de precios 2022 del Ayuntamiento de Madrid, que se debe utilizar en primer lugar, está formada por más de 16.000 precios. Por ello los porcentajes indicados por la UTE no son extrapolables al conjunto de todos los precios ya que la baja ofertada es lineal y se aplicara sobre todos ellos.

Respecto al conocimiento adquirido durante la ejecución del Acuerdo Marco de obras de reforma, reparación, conservación y demolición año 2019 y que la

realización de las obras les ha permitido conocer de primera mano los principales edificios municipales situados en la zona de influencia del Lote 1, alegado por la recurrente en su informe justificativo, el órgano de contratación alega que esto no supone una importante ventaja diferenciadora frente al resto de los licitadores como dice la UTE, pues como ya se indicaba en el informe de viabilidad se trata de obras de reforma, reparación, conservación y demolición que pueden ejecutar las empresas licitadoras que cumplen los requisitos de solvencia exigidos en el apartado 5 del Anexo I, específico para cada Lote, del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares: “Clasificación del contratista”, por lo que no se puede considerar una justificación de la anormalidad de la baja presentada.

Respecto a lo alegado por el recurrente referido a las compras de medios auxiliares y maquinaria que se efectuaron en el anterior Acuerdo Marco, motivo por el que el volumen de compras o alquileres a realizar en este nuevo Acuerdo Marco puedan considerarse de escasa entidad, redundando por tanto en un menor coste de ejecución de las obras. El órgano de contratación sostiene que este hecho no constituye una ventaja diferenciadora frente al resto de los licitadores ya que como se indicaba en el informe de viabilidad el listado *“recoge los medios auxiliares normales que todas las empresas licitadoras deberán disponer”*, por lo que no se puede considerar que justifique la anormalidad de la baja ofertada.

Señala que la UTE indica respecto de los gastos generales, que los servicios técnicos afirman que *“se comprueba que no presentan ningún justificante que acredite los datos que indican, al igual que ocurre con el Beneficio Industrial indicando solamente una cifra estimada”*, a ello la UTE añade que los porcentajes de gastos generales y beneficio industrial son los habituales en los proyectos de la Administración Pública, por ello se ratifica en lo indicado en el informe de viabilidad.

Por su parte, el adjudicatario alega que el recurso debe ser inadmitido pues la recurrente nunca podría resultar adjudicataria del Lote 1 cuya adjudicación impugna, al ser ya adjudicataria del Lote 5.

Señala que se ha dado perfecto cumplimiento a lo previsto en el artículo 149 de la LCSP y la resolución se encuentra motivada en los acertados fundamentos del citado informe que no resultan desvirtuados por las alegaciones de la recurrente, que trata de sustituir el criterio de los técnicos municipales (funcionarios públicos independientes) por una apreciación de parte; sin aportar prueba alguna. Destaca que, según la reiterada doctrina del Tribunal, la apreciación de la viabilidad de la oferta es una cuestión sujeta al principio de discrecionalidad técnica de la administración.

A continuación, hace referencia a aspectos concretos del informe de viabilidad, manifestando su conformidad con los mismos.

Como cuestión previa, antes de entrar en el fondo del asunto, respecto a la alegación formulada por la recurrente referida a la inadmisibilidad del recurso pues la recurrente nunca podría resultar adjudicataria del Lote 1 cuya adjudicación impugna, al ser ya adjudicataria del Lote 5, hay que señalar que la adjudicación del Lote 5 ha sido objeto de recurso especial en materia de contratación, por lo que el interés en la impugnación de la adjudicación del Lote 1 es evidente ante una eventual estimación del recurso respecto de este último lote.

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 incursa 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 la UTE ha ofertado un porcentaje de baja del 37,10 %. La dispersión entre el umbral de temeridad (33,65 %) y su oferta asciende a 3,45 puntos porcentuales.

De las 19 ofertas presentadas, 9 estaban en presunción de valores anormales, a las que se requirió su justificación. Ninguna de las justificaciones presentadas fue admitida por el órgano de contratación.

Así mismo, interesa destacar, que, de los 6 lotes del presente Acuerdo Marco, 65 ofertas estaban incurso 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, hay que señalar que, 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 incurso en presunción de temeridad, es exigible que se fundamenten los motivos que justifiquen tal exclusión. En este sentido Resolución 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 3,45 puntos porcentuales.

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

Respecto a la prueba de la viabilidad de la oferta en todos sus elementos, la UTE explica que el conocimiento adquirido durante la ejecución del Acuerdo Marco de obras de reforma, reparación, conservación y demolición año 2019, ya que fueron adjudicatarios del Lote 1, le permite dotar a cada obra de los medios técnicos más adecuados, optimizar el uso de la maquinaria, medios auxiliares y mano de obra especializada realizando de manera sistematizada las tareas, el informe de viabilidad señala que el conocimiento adquirido durante la ejecución del Acuerdo Marco anterior no significa que los medios que asignen a cada obra sean más adecuados que los que pueda asignar cualquiera de las otras empresas licitadoras., se trata de obras de reforma, reparación, conservación y demolición que pueden ejecutar las empresas licitadoras que cumplen los requisitos de solvencia exigidos en el apartado 5 del Anexo I, específico para cada lote, del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares: “Clasificación del contratista”.

Sobre la posibilidad de considerar la solvencia del licitador para justificar la viabilidad de la oferta, se ha pronunciado el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del Euskadi, donde señala: *“En opinión de este OARC / KEAO, el poder adjudicador también ha infringido los límites de la discrecionalidad técnica que le asiste en la apreciación de la anormalidad de la oferta al no haber considerado la justificación basada en la solvencia de la recurrente, muy amplia en relación al contrato. Este Órgano ya ha indicado anteriormente la posibilidad de alegar este motivo y la necesidad de que el poder adjudicador lo considere para aceptarlo o rechazarlo (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 83/2013 y 62/2016), doctrina que se deriva tanto del carácter no exhaustivo de los motivos expuestos en el artículo 149.4*

de la LCSP como de la clara literalidad del artículo 85.6 del RGLCAP. No debe entenderse esta solvencia en el sentido recogido en, por ejemplo, los artículos 65.1 y 74 de la LCSP, que se refiere a los requisitos mínimos de capacidad técnica y económica que deben concurrir en un operador económico para estimar que podría ejecutar con suficientes garantías un concreto contrato en el caso de resultar adjudicatario. Por el contrario, el artículo 85.6 del RGLCAP se basa en la idea de que la capacidad de una empresa para ejecutar una prestación no se basa solo en la contraprestación que reciba a cambio de ella, sino también en su fortaleza técnica o económica para asumir una posible falta de rentabilidad del contrato concreto, la cual podría ser muy poco significativa en relación con dicha fortaleza. A juicio de este Órgano, la validez de esta justificación está reforzada por el hecho de que, entre las posibles pruebas que pueden aportarse para acreditar la seriedad de la oferta el artículo 149.4 de la LCSP menciona "...la posible obtención de una ayuda de estado", lo que demuestra que también son aceptables argumentos referidos a ingresos o consideraciones diferentes de los derivados del concreto analizado; de hecho, parece ilógico que si la LCSP acepta la justificación de la anormalidad por el potencial ingreso de una subvención, no acepte también la justificación basada en la solidez de la empresa, conseguida mediante su éxito en el mercado. Por otro lado, la reciente STJUE de 10/9/2020, asunto C-367/19, ECLI:EU:C:2020:685, establece que ni siquiera una oferta a precio "0" puede ser automáticamente descartada sin aplicación previa del procedimiento contradictorio previsto en el artículo 149 de la LCSP, en el cual el licitador sospechoso de anormalidad puede alegar lo que proceda en defensa de la viabilidad de su proposición; implícitamente, esta sentencia admite que en dicho procedimiento puedan plantearse argumentos distintos de los referidos a la mera justificación de que el precio contractual es suficiente para sufragar los costes y cubrir los riesgos del negocio pues se refiere a un caso en el que no hay ninguna contraprestación del poder adjudicador".

En efecto, el apartado 6 del artículo 85 del RGLCAP establece: "Para la valoración de las ofertas como desproporcionadas, la mesa de contratación podrá considerar la relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada".

Respecto a si la experiencia previa puede ser tenida en cuenta a la hora de justificación de los costes, procede traer a colación la Resolución 1165/2023, de 21 de septiembre del TACRC, en la que se dice: *“Es decir, la experiencia previa en la prestación del servicio o de servicios puede valorarse o tenerse en cuenta a la hora de justificar menores costes en ciertas partidas, pero lo que no permite es la exoneración de cualquier clase de justificación en cuanto a dichos costes, que es lo que acontece en el presente caso”*.

Dadas las especiales característica de un acuerdo marco de esta naturaleza en la que no se licita sobre el precio de un proyecto de obra plenamente definido, la experiencia previa de la empresa en este ámbito puede, junto con otras aportaciones, coadyuvar a la justificación la oferta. Es evidente que el conocimiento previo y la experiencia contribuyen a una mejor gestión.

En cuanto al estudio comparativo de más de 150 precios simples entre la Base de Madrid 2016 y la Base de Madrid 2022, con incrementos de precios que superan el 40% e incluso llegan a alcanzar el 127%, el órgano de contratación alega que esta comparativa no se puede extrapolar al conjunto de los precios incluidos no solo de la base de precios del Ayuntamiento de Madrid, sino al conjunto de las cuatro bases de precios que se pueden utilizar en este Acuerdo marco según se recoge en los pliegos. En cuanto a la base de precios 2022 del Ayuntamiento de Madrid, que se debe utilizar en primer lugar, está formada por más de 16.000 precios. Por ello los porcentajes indicados por la UTE no son extrapolables al conjunto de todos los precios ya que la baja ofertada es lineal y se aplicara sobre todos ellos.

Frente a estas alegaciones, hay que señalar que efectivamente, existen otras bases de precios, pero el pliego considera de aplicación prioritaria el Cuadro de Precios 2022 del Ayuntamiento de Madrid que incluye más de 16.000 precios. El Ayuntamiento de Madrid atesora una gran experiencia en la ejecución de obras, por lo que debe considerarse que ha elaborado una base de precios suficientemente completa y exhaustiva para que tengan encaje la práctica totalidad de los proyectos

de obra a realizar, sin perjuicio que, excepcionalmente, puede recurrir a la base de precios de otras entidades que figuran en los pliegos. Por tanto, a juicio de este Tribunal, es excesivo exigir análisis comparativos con otras bases de precios que van a tener una influencia muy limitada en la elaboración de los proyectos.

En relación con la justificación de los medios auxiliares la UTE parte de la base de que no se pueden conocer los medios auxiliares precisos para la ejecución del Acuerdo marco por desconocer las obras que se van a ejecutar. Por ello, han realizado un estudio a partir de los datos obtenidos en las obras realizadas en el Acuerdo Marco 2019 y presentan como Anejo 3 una relación de medios auxiliares propios con factura de compra o alquiler correspondiente al periodo de tiempo del Acuerdo Marco 2019, que incorporaran al presente Acuerdo Marco. En el informe de viabilidad se hace constar que el listado de medios auxiliares que presenta la UTE recoge los medios auxiliares normales que todas las empresas licitadoras deberán disponer para la ejecución de las obras que se engloben en el presente Acuerdo marco sin que presente ningún medio excepcional que justifique la temeridad de la baja ofertada.

Ahora bien, la justificación de la UTE no trata de enumerar los medios auxiliares disponibles, sino de que se valoren las compras de medios auxiliares y maquinaria que se efectuaron en el anterior Acuerdo Marco, motivo por el que el volumen de compras o alquileres a realizar en este nuevo Acuerdo Marco puedan considerarse de escasa entidad, redundando por tanto en un menor coste de ejecución de las obras.

En relación con la justificación del porcentaje que ha considerado de gastos generales la UTE para calcular el porcentaje de gastos generales aplicables a este Acuerdo Marco ha considerado que este concepto está formado por los costes directos de los medios auxiliares, que en el apartado anterior fijaron en un 10,42%, junto con los gastos de la estructura de la empresa, que en este caso se trata de una UTE. En una tabla recogen los gastos de estructura de cada empresa en la UTE ascendiendo a un 4,48%. Por tanto, la cifra de gastos generales de la UTE

representa un 14,90%. En relación con el porcentaje de Beneficio Industrial, la UTE estima que por su estructura de empresas en UTE es del 4,10% sobre el importe del presupuesto que se ejecute en las obras dentro del ámbito del Lote nº1 de este Acuerdo Marco.

Frente a esta justificación, el informe de viabilidad se limita a decir: *“El listado de medios auxiliares que presenta la UTE recoge los medios auxiliares normales que todas las empresas licitadoras deberán disponer para la ejecución de las obras que se engloben en el presente Acuerdo marco sin que presente ningún medio excepcional que justifique la temeridad de la baja ofertada.*

Respecto de los gastos generales se comprueba que no presentan ningún justificante que acredite los datos que indican, al igual que ocurre con el Beneficio Industrial indicando solamente una cifra estimada”.

A este respecto hay que recordar la doctrina de este Tribunal recogida entre otras en la Resolución 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.”*

El porcentaje del 6% establecido en el artículo 131 RGLCAP, únicamente se contempla para la elaboración de los proyectos, pero en modo alguno, como criterio para apreciar o no una baja temeraria.

Evidentemente, el beneficio industrial es una estimación, como no puede ser de otro modo, ya que no nos encontramos ante un proyecto de ejecución de obras perfectamente definido en unidades y precios. Lo que se trata es de determinar si es razonable con la justificación ofrecida.

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 3,45 puntos porcentuales, por lo que el grado de exhaustividad del informe del órgano de contratación debió ser elevado.

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 las empresa CONTRATAS CENTRO, S.A., UGARTE FEIJOO, S.A. e INGENIERÍA Y PROYECTOS DE SEGURIDAD, S.A , que actúan en compromiso de UTE, 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 1 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”, con retroacción de actuaciones en los términos recogidos en el fundamento de derecho quinto.

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 1.

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.