

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

En Madrid, a 3 de junio de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de OHL Servicios-Ingosan S.A.U., contra el acuerdo de fecha 29 de abril de 2021, del Concejal Presidente del Distrito Fuencarral- El Pardo, del Ayuntamiento de Madrid por el que se adjudica el contrato de servicios de “Mantenimiento integral de los colegios públicos y otros centros educativos del Distrito de Fuencarral-El Pardo” número de expediente 300/2020/00448 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE y en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid, alojado en la PCSP el día 12 de enero de 2021, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y sin división en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 3.952.053,36 euros y su plazo de duración será de 24 meses.

A la presente licitación se presentaron 11 licitadores, entre ellos el recurrente.

Segundo.- Interesa destacar a los efectos de resolución del presente recurso el apartado 20 del Anexo 1 al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que indica.

“20.- Ofertas anormalmente bajas. (Cláusula 19).

Procede: Si.

Criterios adjudicación y designación de los parámetros objetivos que permiten identificar que una oferta se considera anormal.

Dado que el contrato se adjudicará atendiendo a una pluralidad de criterios se han establecido dos parámetros para identificar las ofertas que se encuentren en situación de baja anormal.

Un primer parámetro relacionado con el precio por el cual se valorará la situación de anormalidad en términos de competencia entre las ofertas económicas presentada para lo que se ha establecido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149 de la LCSP, que se considerará como oferta con valores anormales o desproporcionados aquélla cuyo porcentaje exceda, al menos, en diez (10) unidades a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones admitidas, sin perjuicio de la facultad del órgano de contratación de apreciar, no obstante, previos los informes técnicos del servicio correspondiente y considerando adecuada la justificación del licitador, que la oferta puede ser cumplida a satisfacción de la Administración.

Si sólo se presentase y admitiese un licitador, se consideraría anormal su oferta, IVA excluido, si representara una baja, al menos, del 25% del presupuesto del contrato, IVA excluido.

Conjunto de criterios: Complementario del anterior y dado que se utilizan una pluralidad de criterios se ha establecido un parámetro que permita identificar una baja anormal considerando la puntuación obtenida, individualmente por cada licitador pero teniendo en cuenta el conjunto de criterios, de forma que se identifiquen ofertas con altas prestaciones y un precio muy bajo, así se tomarán en consideración a efectos

de apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de valores anormales o desproporcionados cuando conjuntamente se hayan obtenido más del 80% de los puntos en los siguientes apartados.

-Criterio sujeto a evaluación previa: Más de 28 puntos.

-Criterio oferta económica: Más de 28 puntos.

-Resto de criterios sujetos a evaluación posterior: 24 puntos.

Plazo para la justificación de la anomalía de la oferta.

El plazo que se concederá al licitador cuya proposición pueda ser considerada desproporcionada o anormal para que justifique por escrito los términos de su oferta y precise las condiciones de la misma, así como la viabilidad de ejecutar satisfactoriamente el contrato en las condiciones ofertadas, será de tres (3) días hábiles.

La Mesa de contratación, en virtud de la competencia que le atribuye el artículo 22.1.f) del RLCSP, podrá acordar excepcionalmente un segundo requerimiento para solicitar a los licitadores aclaraciones a las respuestas justificadoras inicialmente presentadas (que en ningún caso podrán consistir en ampliar nuevas justificaciones) cuando entienda que las aclaraciones presentadas puedan conducir a la aceptación de la proposición (...)

Tercero.- El 19 de mayo de 2021, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de OHL Servicios-Ingosan S.A.U. (en adelante OHL) en el que solicita la anulación de la adjudicación así como la inadmisión de la oferta del adjudicatario y del segundo clasificado por entender que no han justificado correctamente la viabilidad de su oferta declarada en baja temeraria.

El 24 de mayo de 2021, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

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

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. Finalizado el plazo solo SACYR ha presentado escrito de alegaciones, en el que se comparte la línea argumental del órgano de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica que si bien se encuentra clasificada en tercer lugar, recurre no solo la adjudicación sino también la admisión de la oferta del segundo clasificado por lo que en caso de estimación del recurso le pondría en situación de primer clasificado. En consecuencia podemos afirmar que se trata de un licitador *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado y notificado el día 29 de abril de 2021, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 19 de mayo de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

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

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se centra en determinar si las ofertas presentadas por Sacyr Facilities, S.A., y por ACSA obras e infraestructuras, S.A.U., inicialmente declaradas temerarias, han sido suficientemente justificadas, de modo que quede acreditada su viabilidad y en consecuencia su admisión.

Para ello el recurrente manifiesta en su escrito de recurso que el órgano de contratación determina que en aplicación del primer criterio de determinación de ofertas anormalmente bajas resultan como tal, las presentadas por Clece, S.A., Elecnor, S.A., Ohl Servicios-Ingosan, S.A. Y Sacyr Facilities, S.A. y por el segundo criterio, ACSA Obras e Infraestructuras, S.A.U. Y Sacyr Facilities, S.A.

La Mesa de contratación en su sesión de 2 de marzo acuerda solicitar la justificación de las bajas desproporcionadas en aplicación del art. 149 de la LCSP y establece como puntos necesarios a analizar y por consiguiente a solicitar a los licitadores los siguientes:

- Costes de mano de obra del personal a adscribir en el contrato, tanto de forma total como parcial.
- Costes de empresas subcontratadas, propuestas en la oferta y necesarias para el correcto cumplimiento del contrato.

- Estimación de gastos de materiales, herramientas, repuestos, alquileres etc., necesarios para el cumplimiento del contrato.
- Valoración de los gastos por implantación de medidas técnicas y de gestión ofertadas.
- Porcentajes de gastos generales y beneficio industrial resultantes.
- Análisis de la implantación de posibles medidas de ahorro que afecten al precio del contrato.

Solicitado y aportado por todas las empresas requeridas el correspondiente informe de viabilidad de su empresa, la Mesa de Contratación hace suyo el informe técnico emitido y considera justificadas las ofertas, en lo que aquí nos interesa de SACYR, ACSA y OHL.

En relación con este informe, el recurrente considera que: *“Respecto del primer concepto a justificar: Costes de mano de obra del personal a adscribir en el contrato, tanto de forma total como parcial, el informe indica lo siguiente:*

‘Las cinco empresas justifican los costes de la mano de obra del personal a adscribir en el contrato, utilizando las tablas salariales según el Convenio colectivo en vigor. Difieren en la dedicación del Coordinador, la cual se considera parcial en el caso de CLECE S.A., incluida en los Gastos Generales en SACYR FACILITIES, S.A., o imputado a los recursos de la estructura de la propia empresa en el caso de ELECNOR S.A. Esto justifica que las cantidades de los costes de mano de obra en el caso de estas tres empresas sea significativamente inferiores a los de las empresas ACSA, OBRAS E INFRAESTRUCTURAS, S.A.U. y OHL SERVICIOS-INGESAN, S.A.’

A la vista de dicha información, es imposible o comprobar de forma comparativa las justificaciones dadas por la empresa adjudicataria, SACYR FACILITIES, con unos costes significativamente inferiores al resto y, respecto de ACSA, no hay otro comentario más que sus costes son superiores a los de SACYR. Por otro lado, respecto del Coordinador, solo dice que su coste está incluido en los Gastos Generales en el caso de SACYR, sin determinar ni los costes del Coordinador, ni el porcentaje de gastos generales incluido por SACYR. Por lo tanto, a la vista del informe

es imposible hacerse una mínima idea sobre la justificación de los costes de mano de obra y la parte cubierta con el precio ofertado, teniendo en cuenta que la baja de SACYR es del 44.73%, por lo que incurrió también en el primer supuesto de anormalidad.

Respecto del segundo concepto a justificar: Costes de empresas subcontratadas, propuestas en la oferta y necesarias para el correcto cumplimiento del contrato, el informe indica lo siguiente:

‘Respecto de los costes de subcontratación, todas las empresas indican los costes estimados, siendo SACYR FACILITIES, S.A. y CLECE S.A. las empresas con más recursos a subcontratar.’

Siendo SACYR FACILITIES, como adjudicataria, una de las dos empresas con más recursos a subcontratar, sería necesario e imprescindible conocer qué parte de su precio se destina a subcontratar, así como la justificación de tales importes, teniendo en cuenta que la baja de SACYR es del 44.73%, por lo que incurrió también en el primer supuesto de anormalidad. Y respecto de ACSA, no se hace mención alguna, por lo que consideramos que no se ha justificado ni motivado la viabilidad de su oferta en este apartado o, cuando menos, es imposible de contrastarlo.

Respecto del tercer concepto a justificar: Estimación de gastos de materiales, herramientas, repuestos, alquileres etc., necesarios para el cumplimiento del contrato, el informe indica lo siguiente: ‘Los gastos de materiales, herramientas, repuestos, alquileres, etc., necesarios para el cumplimiento del contrato, dependen en gran medida de los acuerdos comerciales con las empresas colaboradoras, siendo ACSA, OBRAS E INFRAESTRUCTURAS, S.A.U. quien dedica mayores recursos a este respecto, ascendiendo a 160.337,42€, lo que, junto a otras mejoras ofrecidas por esta empresa, que ascienden 14.399,04€ y 10.262,47€, justifican que la oferta de esta empresa, así como la de SACYR FACILITIES, S.A., que dedica 137.363,96€ al gasto de materiales, hayan podido realizar una oferta de muy altas prestaciones.’

Nuevamente omite el Informe Técnico, precisamente en las dos empresas situadas en los primeros lugares de la clasificación, solo por delante de OHL SERVICIOS INGESAN, mi representada, detalle ni desglose alguno de los conceptos a justificar. Llama la atención que únicamente se refiera a que SACYR FACILITIES,

S.A. dedique 137.363,96€ al gasto de materiales, sin hacer mención a la parte del precio ofertado que ello supone, teniendo en cuenta que la baja de SACYR es del 44.73%, por lo que incurrió también en el primer supuesto de anormalidad. Y respecto de ACSA, no se hace mención alguna, por lo que consideramos que no se ha justificado ni motivado la viabilidad de su oferta en este apartado.

Respecto del cuarto concepto a justificar: Valoración de los gastos por implantación de medidas técnicas y de gestión ofertadas, el Informe no hace consideración alguna. Pudiera ser que la mención a que ‘Todas las empresas incluyen en su distribución de gastos los costes por las mejoras ofrecidas, los cuales ascienden a 90.000€ anuales’. No obstante, dada su imprecisión, no podemos asegurarlo. No se hace en el Informe desglose alguno, ni mención a las medidas técnicas y de gestión ofertadas por SACYR y ACSA, ni su coste correspondiente, por lo que consideramos que no se ha justificado ni motivado la viabilidad de las ofertas de SACYR y ACSA en este apartado teniendo en cuenta, además, que la baja de SACYR es del 44.73%, por lo que incurrió también en el primer supuesto de anormalidad.

Respecto del quinto concepto a justificar: Porcentajes de gastos generales y beneficio industrial resultantes, el informe se limita a señalar lo siguiente:

‘Por último, excepto en el caso de ELECNOR S.A., las mayores bajas se observan en las partidas de gastos generales y beneficio industrial, conceptos que se consideran disponibles para las empresas entrando dentro del riesgo y ventura de su actividad. Son muchos los factores que pueden influir en la elección de uno u otro porcentaje en este aspecto, sin que la Administración deba a entrar en su juicio ya que nada impide que estos se rebajen de acuerdo con la línea empresarial de cada una. Asimismo, en el caso de ELECNOR S.A., mantiene los valores habituales del 13% para gastos generales y del 6% para beneficio industrial, considerando un gasto en la subcontratación similar a ACSA OBRAS E INFRAESTRUCTURAS, S.A.U. y a OHL SERVICIOS-INGESAN, S.A., y unos Servicio de Medio Ambiente y Escena Urbana gastos en medios materiales superiores a CLECE S.A, por lo que se considera su justificación también suficiente’.

Por último el recurrente considera que: “el Informe Técnico se limita a decir,

genéricamente que, salvo en el caso de ELECNOR, las mayores bajas se observan en las partidas de gastos generales y beneficio industrial, sin especificar nada ni hacer mención alguna a las únicas ofertas incursas en el segundo parámetro de anormalidad, es decir, las clasificadas en primer lugar y en segundo lugar, que son SACYR y ACSA, respectivamente. En este punto, recordar nuevamente que los costes del Coordinador estaban incluidos por SACYR en los gastos generales y que la baja de SACYR es del 44.73%, por lo que incurrió también en el primer supuesto de anormalidad”.

Considera por tanto que las ofertas no han sido justificadas convenientemente y que el informe efectuado carece de datos suficientes y del refuerzo en la motivación exigible, solicitando en consecuencia la anulación de la admisión de las empresas SACYR y ACSA y en consecuencia acordar que su oferta es la primera clasificada.

El órgano de contratación defiende su actuación señalando en primer lugar el grave error interpretativo cometido por el recurrente al considerar que el segundo grupo de criterios establecidos para la determinación de la temeridad de una oferta es un grupo privilegiado y superior de entre ellos y que en consecuencia requieren una más detallada justificación y una justificación más reforzada por el órgano de contratación que para las ofertas que incurren en baja, solo atendiendo al primero de los criterios.

Considera el órgano de contratación que: *“El recurrente no pretende mayores aclaraciones o rectificación del informe emitido, sino que pretende hacerlo valer en cuanto a su parte le conviene, obviando el carácter general del informe y parece temerario llegar a la conclusión de que las ofertas no están justificadas sin haber ejercido ni solicitado acceso al contenido de las justificaciones de las ofertas realizadas por SACYR y por ACSA, ni que se haya solicitado la puesta a disposición del expediente ante ese Tribunal”.*

Continua manifestando que *“El informe emitido realiza una valoración en conjunto de aquellos aspectos que se pretenden conocer de las empresas cuyas ofertas se encuentran en baja anormal y constituye una cuestión técnica valorar si de la justificación emitida la oferta resulta viable o no. No se trata de entrar en competición entre las distintas ofertas de manera que se logre alterar la clasificación aprobada y aceptada por el órgano de contratación. Se trata de obtener el necesario conocimiento que permita concluir que las ofertas son viables.*

En el trámite de justificación de las ofertas presuntamente incursas en baja anormal los requerimientos efectuados no distinguían entre documentación a presentar por las empresas afectadas porque no se ha previsto esa situación. Es decir todas las empresas recibieron el mismo requerimiento de aclaración de la oferta y sobre las mismas cuestiones.

Todas las empresas presentaron documentación tendente a aclarar los aspectos requeridos y la documentación se encuentra aportada en el expediente. Se trata de tal volumen de información que resulta imposible trasladarla a un informe técnico en los términos que parece considerar el recurrente que debe proceder, desatendiendo igualmente que nos encontramos con información susceptible de calificarse como confidencial o reservada tal y como plantea la justificación de ACSA o de CLECE.

Todas las empresas justifican los costes de personal, aspecto prioritario en este tipo de contratos donde el componente mano de obra es el principal y tal y como resuelve el informe técnico “Las cinco empresas justifican los costes de la mano de obra del personal a adscribir en el contrato, utilizando las tablas salariales según el Convenio colectivo en vigor. Difieren en la dedicación del Coordinador, la cual se considera parcial en el caso de CLECE S.A., incluida en los Gastos Generales en SACYR FACILITIES, S.A., o imputado a los recursos de la estructura de la propia empresa en el caso de ELECNOR S.A. Esto justifica que las cantidades de los costes de mano de obra en el caso de estas tres empresas sean significativamente inferiores a los de las empresas ACSA, OBRAS E INFRAESTRUCTURAS, S.A.U. y OHL SERVICIOS-INGESAN, S.A.

(...) Plantearse el detalle de las justificaciones no aporta mayor información para el conjunto de licitadores que habilite un recurso, dado que nos encontramos en el terreno de la justificación de la oferta y en este aspecto corresponde a los servicios técnicos municipales acreditar que se cumple con el requisito de compromiso de medios personales exigido y con las exigencias que en materia económica deriven de la aplicación del correspondiente convenio.

En este punto, el recurrente lo que parece entender es que le asiste un derecho para incidir y participar en la valoración de la justificación de la oferta presentada por terceros, lo cual no es así, siendo esta potestad irrenunciable y competencia de la junta de distrito”.

Por su parte Sacyr mantiene una postura similar a la expresada como propia del órgano de contratación indicando que: *“Toda la exposición contenida en el recurso formulado de contrario pretende desvirtuar la decisión del Órgano de Contratación y de los Informes que motivan su decisión y, por tanto, desvirtuar la discrecionalidad técnica de la administración, basándose única y exclusivamente en una interpretación subjetiva propia, obviado e ignorando lo señalado de forma reiterada por la Jurisprudencia, sirviendo a estos efectos como ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 34/1995, de 6 de febrero, que recoge en su fundamento de derecho cuarto que **‘la disconformidad con los criterios técnicos sólo puede producirse cuando resulte manifiesta la arbitrariedad, la desviación de poder o la ausencia de justificación del criterio adoptado’**, en este sentido, la recurrente no ha acreditado a lo largo de su recurso ni la existencia de errores, ni tampoco arbitrariedades o desviación de poder en la valoración sobre la anormalidad de la oferta, de tal manera que no ha desvirtuado la discrecionalidad técnica expresada por la Mesa de Contratación que sirve de base para la admisión de la justificación y ulterior adjudicación y, particularmente, sobre el cumplimiento de los Pliegos de mi representada, objeto de este recurso”.*

Como ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones la apreciación de la viabilidad de las ofertas incursas en presunción de temeridad responde al concepto

de discrecionalidad técnica que corresponde al órgano de contratación. Según lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP corresponde al órgano de contratación *“considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuarto”* estimar si la oferta puede ser o no cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. De acuerdo con ello, es imprescindible que el informe de los servicios técnicos esté suficientemente motivado, a los efectos de que la Mesa de contratación primero, en su propuesta, y el órgano de contratación después, puedan razonar o fundar su decisión.

Sólo es posible, de acuerdo con el indicado artículo, excluir una oferta que contenga valores anormales cuando, a la vista de la justificación aportada y los informes sobre la misma, se estime que *“la oferta no puede ser cumplida”*. O, como expresa también el artículo 69.3 de la nueva Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, los poderes adjudicadores exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando ésta parezcan anormalmente bajas para los servicios de que se trate y sólo se podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos, teniendo en cuenta los elementos mencionados en el apartado 2 del citado artículo.

No resulta posible la aplicación automática de los criterios de temeridad rechazando la oferta incurso en dicho umbral, pues la ley requiere solicitar explicaciones sobre la composición de la oferta y una valoración de los diferentes elementos puestos de manifiesto en la justificación y de las características de la propia empresa para poder apreciar de forma motivada si es posible o no el cumplimiento de la proposición en términos satisfactorios que ponga de manifiesto que esa anomalía no afectará a la ejecución del contrato. Para ello la LCSP, en su artículo 149, establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad. Y ello exige, en un primer momento, otorgar al licitador la posibilidad de que explique los

elementos que ha tenido en cuenta a la hora de formular su oferta de manera que no se produzca un rechazo automático y que el órgano de contratación pueda llegar a la convicción de la oferta se puede cumplir garantizando la correcta ejecución del contrato. Estos trámites tienen por objeto evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y garantizar la sana competencia entre las empresas (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 29 de marzo de 2012, dictada en el asunto C-99/10, SAG EV Slovensko a.s.).

Tal como se indica en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña 3/2012, de 30 de marzo, *“Según se desprende de la normativa mencionada, con la regulación de las ofertas o proposiciones con valores anormales o desproporcionados se persigue un doble objetivo: en primer lugar, garantizar la ejecución correcta del contrato, es decir, que la ejecución del contrato no se pueda frustrar como consecuencia del hecho de que una oferta o una proposición contenga valores anormales o desproporcionados y, por lo tanto, comprobar que estas ofertas o proposiciones son viables y que en caso de ser seleccionadas se podrán cumplir correctamente en los términos establecidos; y, en segundo lugar, establecer unos mecanismos de protección para la empresa licitadora, de manera que su oferta o proposición no pueda ser rechazada de forma automática, sino que tenga la posibilidad de defenderla”*.

La información justificativa, tal como está diseñado el procedimiento contradictorio de verificación de la oferta anormal o desproporcionada va dirigida a convencer al órgano de contratación de que con la oferta formulada, anormalmente más baja en comparación con las demás del mismo procedimiento competitivo, y con la justificación de su desglose, se pueden cumplir las prestaciones objeto del contrato, de manera que si la justificación es insuficiente o motivadamente no garantiza adecuadamente la ejecución del contrato, atendiendo a la inicial presunción y para preservar el interés público de la licitación la oferta ha de ser rechazada.

Es conveniente señalar además el criterio mantenido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en numerosas Resoluciones y que este Tribunal comparte, en cuanto a que *“en aquellos casos en los que el informe técnico no comparta la justificación dada por el licitador para justificar la anormalidad de su oferta, resulta evidente que debe motivarse el informe pues éste tendrá que salir al paso de lo alegado por el interesado rebatiendo su argumentación –‘resolución reforzada’; como se ha dicho por este Tribunal en otras resoluciones, como la Resolución 294/2018 de fecha 26 de septiembre Resolución 559/2014 de fecha 22 de julio; 685/2016, de 9 de septiembre”*, entre otras.

En esa misma Resolución, el TACRC señala que *“hemos de analizar, tal y como señala la doctrina anteriormente sentada, la justificación presentada. Pese a tratarse de cuestiones no jurídicas sino eminentemente técnicas, sí puede este Tribunal analizar la suficiencia de tales explicaciones a los efectos de valorar en este caso los argumentos suficientes a la entidad contratante, como también puede analizar este Tribunal si la mencionada entidad ha realizado el esfuerzo de argumentación que venimos exigiendo (la llamada resolución reforzada) para poder excluir de la contratación a la empresa que ofertó el precio más bajo, que a la postre hubiese podido resultar adjudicataria del contrato ya que se trata de un contrato a adjudicar teniendo en cuenta únicamente el precio más bajo ofertado”*.

En la más reciente de fecha 11 de enero y número 10/2019 Se recoge la reiterada doctrina de este Tribunal sobre esta materia, contenida entre otras, en las resoluciones nº 803/2018 y 877/2017. Señala el Tribunal, que en los casos en que se inicie un procedimiento contradictorio dando audiencia al licitador cuya oferta esté incurso en presunción de anormalidad, para que pueda justificar el bajo nivel de precios ofertados o de costes propuestos, el rechazo de la oferta exige de una resolución **debidamente motivada** que razone por qué las justificaciones del licitador no explican satisfactoriamente el bajo nivel de precios ofertados. Por el contrario, cuando de lo que se trata es de admitir la justificación presentada por el licitador, no es necesario que se contenga una motivación exhaustiva.

En este momento, la función del Tribunal sería meramente de control del cumplimiento de los principios y de los trámites legales, no siendo posible la sustitución del juicio técnico del informe ni de la decisión sobre la posibilidad de cumplimiento que como ya se ha dicho corresponde exclusivamente al órgano de contratación. Los elementos de control serían, además del cumplimiento de las formalidades jurídicas, que exista motivación y que la misma resulte racional y razonable, así como la comprobación de que el informe correspondiente efectuado por el órgano de contratación contiene la suficiente motivación, que en este caso ha de ser *“reforzada”*, para excluir a la recurrente por falta de justificación de la viabilidad.

De no cumplirse con estos requisitos de racionalidad o motivación reforzada antes expuestos, la decisión discrecional del órgano de contratación calificando una oferta de anormal o desproporcionada cuando no constan en el expediente las circunstancias que el citado órgano tomó en consideración en el momento de adoptar la correspondiente decisión, podría ser considerada arbitraria.

La decisión final sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde, según dispone el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP, al órgano de contratación que la adoptará a la vista de las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y teniendo en cuenta los informes emitidos por los servicios técnicos, sin que las alegaciones ni los informes tengan carácter vinculante pudiendo, por tanto de manera motivada, separarse de la propuesta.

A la vista de las alegaciones efectuadas por todas las partes, este Tribunal considera que en relación con la justificación de la viabilidad de la oferta presentada por ACSA la consideración por parte del órgano de contratación de que el informe justificativo de la oferta se encuentra motivado correctamente en todos sus apartados y fundamentalmente en los costes de mano de obra se aprecia como razonable, motivado y dentro del ámbito de discrecionalidad que le es dada al órgano de contratación a la hora de apreciar la viabilidad de las ofertas incursas en presunción de temeridad, por lo que debe desestimarse el recurso en cuanto a este motivo.

Desestimado el recurso en cuanto a la falta de justificación de la viabilidad de la oferta de ACSA el recurrente pierde su legitimación contra la admisión de la oferta de SACYR, al no conseguir con ello ascender a la segunda posición en la clasificación de ofertas.

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

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de OHL Servicios-Ingosan, S.A.U., contra el acuerdo de fecha 29 de abril de 2021, del Concejal Presidente del Distrito Fuencarral- El Pardo, del Ayuntamiento de Madrid por el que se adjudica el contrato de servicios de “Mantenimiento integral de los colegios públicos y otros centros educativos del Distrito de Fuencarral-El Pardo” número de expediente 300/2020/00448.

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

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

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente

ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.