

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

En Madrid, a 23 de noviembre de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Investigación y Control de Calidad, S.A.U., contra la resolución de 4 de octubre de 2023 del Consejero Delegado de Empresa Municipal de Vivienda y Suelo de Madrid, S.A., por el que se adjudica el lote 2 y se decide la exclusión de la recurrente para dicho lote del acuerdo marco de “Servicios técnicos de apoyo necesarios o complementarios para la ejecución de obras promovidas por la EMVS (5 lotes)”, expediente 35/23, 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 28 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 5.985.000 euros y su duración es de 24 meses.

Segundo.- A la licitación, para el lote 2, se presentaron once empresas, entre ellas la recurrente.

La mesa de contratación con fecha 10 de agosto de 2023, procedió a la apertura del sobre de «criterios valorables en cifras o porcentajes» de cada uno de los licitadores admitidos.

Analizadas las ofertas, los servicios técnicos comprobaron que las ofertas de Investigación y Control de Calidad, S.A.U., (en adelante INCOSA) y CEMOSA estaban incursos en valores anormales, por lo que con fecha 11 de agosto de 2023, se procedió a notificarles la correspondiente solicitud de justificación de baja presuntamente anormal o desproporcionada, dando cumplimiento a los trámites previstos en el apartado 4 del artículo 149 de la LCSP, para que justificasen y desglosasen razonada y detalladamente, en el plazo de 5 días hábiles, el bajo nivel de los precios o de costes, mediante la presentación de aquella información y documentos pertinentes a estos efectos.

Con fecha 29 de agosto de 2023, se emitió informe técnico en el que concluía que la baja ofertada por CEMOSA se encontraba justificada, no así la propuesta de INCOSA, para la que se propone que no continúe en el procedimiento de licitación.

Con fecha 4 de octubre de 2023, del Consejero Delegado de la Empresa Municipal de Vivienda y Suelo de Madrid, S.A., (en adelante EMVS) acuerda la adjudicación del lote 2 a CEMOSA y la exclusión de INCOSA al considerar que su oferta incurso en valores anormales no se encuentra justificada.

Con fecha 25 de octubre de 2023, INCOSA presentó recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato y su exclusión del procedimiento de licitación para el lote 2 (“Servicios de supervisión y control de calidad de proyectos básicos y de ejecución, y control de calidad de obras”) del acuerdo marco de referencia.

Tercero.- En fecha 7 de noviembre de 2023, 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 2 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 el 15 de noviembre de 2023, 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 4 de octubre de 2023, presentándose el recurso el día 25 del mismo mes, 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.- El recurso se fundamenta en los siguientes motivos:

1 - Inadecuación de la apreciación de la inviabilidad de la oferta presentada por INCOSA, siendo su exclusión no ajustada a Derecho. Vulneración del artículo 149 LCSP, así como la doctrina y jurisprudencia que lo interpretan. La oferta de INCOSA se encuentra justificada, no pudiendo considerarse inviable.

2 - Inadecuación de la justificación presentada por CEMOSA: justificación de la viabilidad del contrato con una baja del 52,80%.

1 Respecto al primer motivo del recurso, la recurrente lo fundamenta en los siguientes apartados:

A) El trámite de justificación de una oferta incurso en presunción de anormalidad no busca ni exige justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino que persigue proveer de argumentos que permitan, al órgano de contratación, llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo, con una necesaria mayor fundamentación cuando la decisión es la de excluir la oferta

porque la aplicación de la técnica de la baja anormal o desproporcionada en la valoración de las ofertas tiene como finalidad procurar asegurar su viabilidad y el cumplimiento de las normas aplicables a la prestación que se contrata.

B) Según resulta de los datos obrantes en el expediente y se recoge en el Informe sobre la justificación de la oferta, la presentada por INCOSA incurre en presunción de anormalidad por un 1,46%. No se discute el dato. Pero sí debe tenerse en cuenta, de un lado, que causa de esa apreciación vino motivada por la existencia de una oferta cuya baja se alejó sustancialmente del resto (UTE ENSAPROC-VALOREST-ENSAYOS: 22,80%) y de que, en todo caso, mayor y más exhaustiva ha de ser esa justificación cuando mayor es la separación de la oferta en concreto respecto de los parámetros cuya aplicación le colocan en esa situación.

C) Estamos ante un acuerdo marco que la EMVS licita sin anticipar el número y tipo de los contratos basados a que aplicará. Para la fijación de sus bases económicas esenciales ha partido de sus experiencias pasadas y de un precio unitarios fijado por otra Administración en un contrato similar. No sabe ni compromete cuántos contratos basados habrá ni de qué características. Lo que a los efectos de este recurso no se critica como planteamiento al que sirve (fijar un valor estimado), pero se entiende que ha de ser tenido en consideración cuando lo que se trata es de analizar la viabilidad de una oferta, precisamente porque su justificación tampoco puede ser (ni se le puede pedir) que sea tan profunda y precisa.

D) No existe diferencia sustancial alguna entre las explicaciones vertidas por CEMOSA adjudicataria del contrato y las ofrecidas por INCOSA (rechazadas). Y sí un importante error en la del luego adjudicatario que, a la vista de lo dicho por la EMVS, supone entender que una oferta con una baja del 52,80% (superior a la de INCOSA) no compromete la viabilidad del contrato.

E) La EMVS pondera positivamente su conocimiento y experiencia de las características específicas en la tipología de obras objeto del servicio a prestar, por entender que son, efectivamente, condiciones favorables que permiten trasladar un

importante ahorro de los mismos. Particularmente en cuanto a la existencia y puesta a disposición de un equipo humano adecuado y altamente especializado, así como por tener implantados procesos internos de gestión de calidad a desarrollar mediante instrucciones técnicas y herramientas de trabajo tecnológicamente avanzadas que favorecen los procesos productivos y la rentabilidad de este tipo de contratos. Ello sin resentirse su calidad como lo demuestra los ejecutados para otros organismos públicos y privados entre los que admite (no puede ser de otra manera) la propia EMVS sin tacha alguna.

Da por buena la explicación igualmente atinente a los medios materiales, amortizados y completos, puestos a disposición desde la delegación principal de INCOSA situada en el centro de Madrid; lo que además redundará en unos menores costes de desplazamiento, que se hacen más rentables al contar con múltiples contratos activos en el mismo entorno en que actúa la EMVS.

F) Sobre la subcontratación de trabajos, manifiesta que no es cierto (yerra el informe), que INCOSA no haya especificado si utilizará un laboratorio propio o también se subcontratará. Al margen de haber advertido sobre esa subcontratación en la oferta, basta para ello leer el apartado 1.3 de la justificación para comprobar que esas labores son expresamente objeto de subcontratación. Todo ello para su posterior traslación al desglose detallado acompañado a esa justificación como Anexo I en el que se identifican, con datos reales, los costes de esos laboratorios colaboradores tanto para los ensayos obligatorios y mejoras en otras promociones equivalentes (16.500 euros bajo la partida coste de control de materiales), como para inclinómetros en pilotes (6.000 euros), en ambos casos por proyecto basado.

No repara el informe en la causa por la que esos laboratorios no pueden ser propios que se explicita en el apartado 1.3: que esa subcontratación es obligada por ser incompatibles la realización de esos ensayos con el control técnico. Es sabido que la empresa que asuma la función de control de calidad, debe ser externa y totalmente independiente del resto de personas o empresas que intervienen en el

proceso de construcción y, particularmente, de los laboratorios de ensayos, pues así lo exigen las compañías de seguros al ser quienes han de verificar (auditar) que el riesgo entra dentro de los límites normales asumibles por el Seguro Decenal obligatorio para la construcción de viviendas y edificios de viviendas y la suscripción de las pólizas correspondientes (así lo establece la Ley 38/1999 de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación, a la que se remiten los pliegos).

G) Sobre la justificación de la oferta económica presentada: análisis de los importes de adjudicación de licitaciones similares anteriores por parte de la EMVS.

INCOSA relacionó y analizó 15 contratos de la EMVS de los años 2020 a 2022 (apartado 2.1 de la justificación), pero no a título informativo, sino para exponer que la EMVS contrató servicios como los que resultarían de los contratos basados en el acuerdo marco con un porcentaje de baja superior al ofertado por INCOSA del 1,1405% sobre el PEM; prueba evidente que sirve para acreditar que su oferta es viable y no comprometería la correcta ejecución del contrato. Ese análisis, no objetado por la EMVS (son sus propios datos), no puede ser orillado bajo el pretexto que sólo aporta información sin extraer conclusión alguna como hace el informe en su apartado 5.

H) Sobre la justificación de la oferta económica presentada: desglose y justificación de gastos.

Respecto a los costes directos: categorías profesionales requeridas, puestas en cuestión en el informe alega que si vemos el apartado 2.2 de la justificación debemos conceder que INCOSA se refiere al personal requerido por el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT) para la ejecución de los trabajos con el que cuenta en su oficina de Madrid, altamente especializado. Y lo hace sobre la base de los perfiles exigidos en el PPT (que agrupa dado que se trata de justificar el coste) conforme los define el Convenio de aplicación (licenciados o graduados superiores y diplomados o graduados medios) cuyo coste salarial según ese

convenio específica y contrapone al real que para INCOSA supone.

Es exactamente la misma información facilitada por CEMOSA en su justificación, que señala el coste según convenio de los perfiles (categorías profesionales) de ambos niveles. Pero también informando del coste estimado en este caso para INCOSA, superior al de Convenio (cuyo cumplimiento ha asumido expresamente al presentar la oferta, más allá de ser una obligación legal) y los incrementos previstos para la duración del acuerdo marco; que dividido en atención al número anual de horas fijadas por ese Convenio (1.792) arroja la cantidad de 23,71 euros/hora para el primer grupo de perfiles y de 20,01 euros/hora para el segundo como se refleja en el Anexo I. Datos que sirven para estimar los costes salariales y sociales completos según las categorías profesionales requeridas para la ejecución de los trabajos.

Respecto a la justificación de las horas de dedicación a cada tarea y desglose del personal requerido, señala que fijado el coste del personal por cada categoría, detalla cada uno de los conceptos o tareas, por sus fases, a desarrollar según se relacionan en los pliegos (apartados C.2.2 y C.2.3 PPT) en ese anexo I reseñando las horas globales de cada concepto suficientes para desarrollar todas las tareas que luego se precisan en observaciones y que cubren el alcance del PPT.

De un lado los trabajos de supervisión y control de calidad de los proyectos básicos y de ejecución (con su detalle en el apartado de observaciones: cimentación, estructura, albañilería, estanqueidad, instalaciones, urbanización e infraestructuras, etc.). De otro y sucesivamente (pues son las fases tipo y por su orden según procede en este tipo de trabajos y reflejan los pliegos) los trabajos de control de calidad de las obras (control de ejecución en sus diferentes fases, control documental de materiales y certificados, pruebas y ensayos, etc.). Y lo hace especificando el número de horas a dedicar a cada una de ellas, con sus detalles u observaciones, a las que aplica los costes hora correspondientes a cada una de las categorías o perfiles profesionales implicados.

Por lo tanto, es imposible sostener (como el informe refiere) que no hay un “*mínimo desglose*” justificado de las tareas a desarrollar, según sus fases, ni de las categorías profesionales de las personas que lo han de desarrollar, con sus costes asociados, pues existe y no es mínimo. Costes a los que, por cierto, se añade una partida a tanto alzado de apoyos técnicos complementarios y dentro de los que se encuentran computados –en los considerados en de cada fase- los estimados correspondientes a la labor de interlocución, que según los pliegos es de coordinación y dirección, organización y representación cuando sea necesaria su actuación o así lo requiera el responsable del contrato por parte de la EMVS.

Respecto a laboratorios de ensayos señala que al margen del coste correspondiente a pruebas que se han de realizar, que INCOSA detalla y explica, de forma independiente a los anteriores y por los motivos expuestos, INCOSA incorpora en su justificación para una actuación tipo como las llevadas a cabo en los años inmediatamente anteriores al presente por la EMVS el coste de los ensayos y laboratorios de control de calidad que han de ser, obligatoriamente, subcontractados pues de otra forma no se cumpliría el requisito de independencia exigido para la elaboración de la documentación precisa para la suscripción de los correspondientes seguros de responsabilidad decenal, redacción de informes cuyo coste igualmente especifica.

Respecto costes indirectos: gastos generales y beneficio industrial, manifiesta que detalla el porcentaje correspondiente tanto a los gastos generales o de estructura y el beneficio industrial estimados conforme vienen siendo determinados por la normativa en materia de contratación del sector público: 13% y 6%, respectivamente. Porcentaje este último claro y fundado que no permite explicar la afirmación que hace el informe al final de su apartado 5, que reconoce la estimación de esos costes indirectos, pero dice: “*y el Beneficio industrial correspondiente con un beneficio esperado adicional superior al 6%*”.

Por su parte, el órgano de contratación alega respecto a «*errores manifiestos y constatables*» en lo que respecta al rechazo de su oferta, que el único error señalado por la recurrente es que no aclara cuestiones relativas a la subcontratación. No obstante, ni ese elemento es determinante de que el informe concluya la falta de justificación de la viabilidad de la oferta, como se deduce de la simple lectura de las conclusiones del mismo, ni las manifestaciones realizadas al respecto en el recurso ajustan al contenido de la justificación presentada en su momento. Fuera de lo expuesto, no se localiza en el texto del recurso ningún otro elemento que venga a desarrollar, explicar o indicar, con ningún grado de detalle, cuáles serían los errores cometidos por la EMVS en lo relativo al rechazo de la oferta de INCOSA.

En cuanto a que la motivación del rechazo de su oferta no tiene la intensidad exigida cuando se decide no acoger las justificaciones ofrecidas, alega que el informe técnico explicita los motivos por los que propone el rechazo de la oferta (aceptados tanto por la mesa como por el órgano de contratación), que versan sobre i) la falta de justificación de las horas de dedicación a cada tarea, ii) la ausencia de un mínimo desglose del personal requerido para cada fase según lo establecido en el PPTP, y iii) la falta de referencia a los tiempos de dedicación del interlocutor y demás categorías profesionales requeridas.

Respecto a que el exceso de la baja de INCOSA respecto del umbral de temeridad es de un 1,46 %, manifiesta que los pliegos no establecen un margen o rango de tolerancia que tenga en cuenta el porcentaje de desviación de la oferta, más allá de las 10 unidades porcentuales sobre el promedio de las bajas ofertadas que determinan el umbral a partir del cual la baja se considera anormal. En realidad, la oferta de INCOSA se desvía en 11,48 puntos porcentuales respecto de la baja media de las ofertas presentadas, por lo que su baja es un 28% superior a la baja media.

En cuanto a que la EMVS ha adjudicado contratos con el mismo objeto que los contratos basados que resulten del acuerdo marco por un precio inferior al que resultaría de su oferta, manifiesta que, si carece de sentido realizar hipótesis de cálculo con parámetros distintos de los previstos en el pliego, también es irrelevante considerar el importe de adjudicación de otros contratos con objeto similar, por cuanto que será el importe del conjunto de ofertas presentadas a una determinada licitación la que determine el umbral a partir del cual una determinada oferta se considere incurso en presunción de anormalidad.

Concluye que, en consecuencia, se considera procedente que el Tribunal desestime el recurso de INCOSA en cuanto su pretensión de anulación del rechazo de su oferta, considerando que resulta de plena aplicación la reiterada doctrina sobre la discrecionalidad técnica recogida en numerosas resoluciones de ese Tribunal.

En relación con la viabilidad de la oferta de CEMOSA (adjudicataria del contrato), para la que solicita la anulación de la aceptación de la misma aprobada por el órgano de contratación de la EMVS, alega que la falta de legitimación de INCOSA respecto de esta pretensión, puesto que siendo la baja ofertada por ésta inferior a la de INCOSA, ni de la estimación o desestimación de su recurso en este aspecto resultaría necesariamente la adjudicación a favor de INCOSA, puesto que ello dependerá únicamente de la estimación de su recurso en cuanto al rechazo de su propia oferta. En caso de que se anulase el rechazo de su oferta sería INCOSA el hipotético primer clasificado, con lo que no se beneficiaría en absoluto de la aceptación o rechazo de la oferta de CEMOSA; y por el contrario, si se desestimase su recurso en cuanto al rechazo de su propia oferta, tampoco la aceptación o rechazo de la oferta de CEMOSA beneficiaría en modo alguno a INCOSA, sino únicamente al hipotético tercer clasificado.

No obstante, entrando en las alegaciones de la recurrente respecto de que los datos y cálculos de la justificación presentada por CEMOSA son poco fiables, puesto

que cometió el error de indicar en la justificación presentada que su baja era del 52,80%, cuando en realidad ofertó una baja del 52,08%, alega que el informe de la Dirección promotora del contrato en relación con el presente recurso, resta relevancia al error cometido por CEMOSA en cuanto al importe de su baja, a lo que cabe añadir que ésta habría realizado una suerte de exceso de justificación, lo que remitiría a la aplicación del principio general resumido en la máxima jurídica *qui potest plus, potest minus* tradicionalmente admitido en el Derecho español.

Respecto el automatismo que pretende el recurrente en cuanto a que su baja se vea instantáneamente justificada por el hecho de que se aceptase hipotéticamente otra baja mayor a la suya, es totalmente ajeno al procedimiento contradictorio regulado en el artículo 149 de la LCSP, del que no sería en absoluto incoherente, por ejemplo, que ante dos bajas idénticas, la justificación de una de ellas fuese aceptada y la otra rechazada, puesto que tanto la aceptación o el rechazo versaría sobre la suficiencia de la justificación presentada en cada caso.

Finalmente, respecto a la alegación de que la oferta de CEMOSA debió ser rechazada, puesto que lo fue también en una licitación tramitada por la Agencia de Vivienda Social en el año 2020, por cuestiones relativas a la subcontratación del laboratorio de ensayos, alega que no cabe sino presuponer que en ese caso la decisión adoptada por el correspondiente órgano de contratación fue correcta y ajustada al contenido de los pliegos reguladores de la licitación.

A continuación transcribe un informe técnico exhaustivo sobre el recurso, de cuya conclusión destaca: *“Una vez analizado el ejemplo tipo que INCOSA presentó como documento de justificación de la oferta anormalmente baja, y comparándolo con lo que se debía haber tenido en cuenta de acuerdo con el PPTP, se demuestra que en dicho ejemplo, el coste total de la oferta presentada por INCOSA debería haber sido de 143.090,48 euros y no de 125.453,27 euros, por lo que en su informe estarían justificando una baja del 45,80% y no del 52,48 % que es lo que han ofertado para este lote. Además de lo anterior, también existen tareas que se*

relacionan en el ejemplo tipo que INCOSA presentó como justificación, que deberían haber sido desglosadas por categorías, asignando a cada una un porcentaje del total de horas estimadas, ya que hay bloques a los que se asigna por completo el coste por hora de un técnico diplomado, cuando algunas partes de esos bloques se deberían asignar a un técnico licenciado de acuerdo con el PPTP. Si esto se hubiera realizado de esta manera, el porcentaje de baja calculado bajaría aún más”.

Respecto a que no existe diferencia sustancial entre su justificación y la de INCOSA, el informe señala:

“Ambas justificaciones son totalmente diferentes;

- Mientras INCOSA justifica su baja con un ejemplo de un proyecto/obra equivalente a un contrato basado de 264.000 € y simple repetición de éste hasta llegar al máximo del acuerdo marco, CEMOSA hace una asignación recursos materiales y humanos para toda la vigencia del acuerdo marco incluida la prórroga, independientemente del número y tipo de obra.*
- Mientras INCOSA no separa ni justifica obras de urbanización e infraestructuras, CEMOSA si lo hace al asignar los recursos necesarios para ejecutar ese tipo de contratos.*
- Mientras INCOSA, omite categorías profesionales, como el Interlocutor, y asigna tareas de manera errónea, CEMOSA tienen en cuenta todas las categorías profesionales y no cabe error en la asignación de tareas al estar justificado de manera global.*
- La manera de justificar los costes/beneficios son totalmente diferentes, porque mientras INCOSA obtiene costes/beneficios con un ejemplo, que como se ha demostrado anteriormente no cumple el PPTP y podría estar comprometido, CEMOSA lo hace de manera global”.*

Respecto al supuesto error alegado por la recurrente sobre que no se ha especificado si se utilizará laboratorio propio o se subcontratará, el informe señala *“Como se puede comprobar en el citado apartado 1.3 del escrito de justificación de la baja presentado por INCOSA, indica claramente que pone a disposición del*

acuerdo marco los laboratorios de Valladolid y León, y a la vez dice que se subcontratarán sólo los ensayos que resulten incompatibles con el control técnico para el seguro decenal. Pues bien, los ensayos solicitados son diversos, y no todos precisan de control técnico para el seguro decenal, y de lo expresado en el apartado 1.3 arroja dudas de si utilizarán sus propios laboratorios, que insistimos, no ha sido en ningún momento un motivo de valoración negativa ni positiva, entre otras cosas porque ni los Pliegos ni la Ley prohíben la subcontratación”.

Por su parte, el adjudicatario alega que INCOSA presentó una baja ponderada del 52,48%, lo que supone una desviación del 1,46% respecto a la desviación máxima permitida (51,02%). Consecuentemente, en modo alguno puede aceptarse la alegación de la recurrente de que se trata de una desviación mínima por tratarse de un 1,46%.

Respecto a que la propuesta económica de INCOSA se basa en análisis de adjudicaciones de expedientes anteriores y en el estudio de un proyecto tipo, alega que en lugar de justificar sus costes, lo que hace es analizar unos costes abstractos que, a su juicio, habrá tenido en cuenta el órgano de contratación.

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 incurso 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 incurso en baja anormal y, por ello, la admisión de su oferta o si, por el contrario, los argumentos empleados por la recurrente para descalificarlas gozan de peso suficiente para destruir las presunciones de legalidad y de discrecionalidad de la actuación administrativa impugnada”.

En el mismo sentido la Resolución del TACRC 1561/2022, de 15 de diciembre, “Para desvirtuar la valoración realizada por el órgano de contratación en esta materia, será preciso que el recurrente ofrezca algún argumento que permita considerar que el juicio del órgano de contratación, teniendo por justificadas las

explicaciones dadas por el licitador, cuya oferta se ha considerado –inicialmente– como anormal o desproporcionada, resulta infundado o a apreciar que se ha incurrido, en ese juicio, en un error manifiesto y constatable.

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

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

En el caso que nos ocupa la recurrente presentó una justificación de su oferta basada fundamentalmente en dos aspectos: El análisis de los importes de adjudicación de licitaciones similares y el estudio detallado de una promoción tipo, para lo cual se ha estimado unos plazos y presupuestos estándar con unos controles de calidad de materiales habituales en este tipo de obras.

Respecto a las licitaciones anteriores manifiesta que para ello han tomado la información de la Plataforma de Contratación del Sector Público en la que puede consultarse el PEM de cada promoción y el importe de adjudicación de los servicios de control y supervisión análogos a los del expediente que nos ocupa. Igualmente han analizado el alcance de los pliegos técnicos de dichos servicios para poder considerar aquellos aspectos a mayores que se incluyen en la presente licitación. En base a este análisis, concluye que si para las promociones mostradas determinamos la baja equivalente tomando como referencia el 2,400% (C.2.4 del PPT) aplicada como presupuesto base en la licitación que nos ocupa, resultaría un 63,59%, muy superior al 52,48% ofertado por INCOSA. Por lo tanto, consideran que la propuesta de INCOSA no se encuentra en valores anormalmente bajos, cuando los honorarios propuestos son notablemente superiores, en términos de porcentaje sobre PEM, a los que se han formalizado en los últimos contratos de la EMVS para un alcance

equivalente. Es decir, el porcentaje presentado por INCOSA está por encima de lo que la propia experiencia de la EMVS indica para la ejecución de los trabajos objeto del Acuerdo.

Respecto al estudio económico de promoción tipo, utilizan una promoción de 100 viviendas con un PEM de 11.000.000 euros. Adjunta un anexo donde, según manifiesta, se especifican los costes del personal y otros costes, los Gastos Generales y el Beneficio, en base al cual Investigación y Control de Calidad, S.A. (INCOSA), asume que los trabajos se pueden realizar con el presupuesto ofertado y asegura que su valoración económica no estuvo fundamentada en criterios de oportunidad de mercado.

En sede de recurso, manifiesta que no existe diferencia sustancial alguna entre las explicaciones vertidas por CEMOSA adjudicataria del contrato y las ofrecidas por INCOSA (rechazadas).

Respecto a las categorías profesionales requeridas, puestas en cuestión en el informe de la justificación, manifiesta que *“debemos conceder que INCOSA se refiere al personal requerido por el PPT para la ejecución de los trabajos con el que cuenta en su oficina de Madrid, altamente especializado”*. Lo hace sobre la base de los perfiles exigidos en el PPT (que agrupa dado que se trata de justificar el coste) conforme los define el Convenio de aplicación (licenciados o graduados superiores y diplomados o graduados medios) cuyo coste salarial según ese convenio especifica y contrapone al real que para INCOSA supone. Añade que es exactamente la misma información facilitada por CEMOSA en su justificación.

Se opone, así mismo, a la argumentación del órgano de contratación de que no hay un *“mínimo desglose”* justificado de las tareas a desarrollar, según sus fases, ni de las categorías profesionales de las personas que lo han de desarrollar, con sus costes asociados, pues existe y no es mínimo.

Por su parte, el órgano de contratación rebate las argumentaciones mantenidas por la recurrente de manera suficiente, estableciendo las diferencias existentes entre la justificación del adjudicatario y de la recurrente, argumento central de la fundamentación de su recurso.

Así mismo, pone en cuestión la justificación basada en un proyecto tipo, en los términos señalados anteriormente, con cálculos específicos que le llevan a la conclusión de que en su informe estarían justificando una baja del 45,80% y no del 52,48 % que es lo que han ofertado para este lote.

Respecto de la justificación basada en licitaciones anteriores, este Tribunal ha señalado en diversas resoluciones, que no puede tener en consideración expedientes de contratación que desconoce al no haber sido objeto de recurso especial. Por otro lado, no basta con una justificación abstracta, sino que lo que procedía era la justificación detallada de costes del licitador de su oferta concreta presentada.

En definitiva, los argumentos empleados por la recurrente no gozan de peso suficiente para destruir las presunciones de legalidad y de discrecionalidad de la actuación administrativa impugnada, en cuya actuación no se aprecia error ni arbitrariedad, por lo que procede la desestimación del presente motivo del recurso.

2- Como consecuencia de la desestimación del anterior motivo del recurso, que supone la confirmación de la exclusión de la recurrente, debe plantearse la legitimación de la recurrente para impugnar la adjudicación del contrato en base a la insuficiente justificación de su oferta incurso en valores anormales por parte de la adjudicataria.

Respecto a la legitimación del licitador excluido de la licitación para recurrir la adjudicación del contrato debe aplicarse en criterio recogido en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Décima) de 24 de marzo de 2021, de

modo que, dado que la resolución de este Tribunal por la que se acuerda su exclusión no ha adquirido firmeza, no debe ser obstáculo para su legitimación.

Ahora bien, el órgano de contratación pone objeciones respecto a la legitimación del recurrente en relación con la aceptación de la oferta de CEMOSA (adjudicataria), *“puesto que siendo la baja ofertada por ésta inferior a la de INCOSA, ni de la estimación o desestimación de su recurso en este aspecto resultaría necesariamente la adjudicación a favor de INCOSA, puesto que ello dependerá únicamente de la estimación de su recurso en cuanto al rechazo de su propia oferta”*.

El artículo 48 de la LCSP reconoce legitimación para la formulación del recurso especial en materia de contratación a aquellos *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta por las decisiones objeto del recurso”*.

Como ya hemos indicado en anteriores resoluciones, (vid Resolución 181/2013, de 23 de octubre, 87/2014, de 11 de junio, 22/2015 de 4 de febrero, 157/2022, de 21 de abril), la legitimación, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad por parte de quien ejercita la pretensión que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material, jurídico o moral o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética o eventual.

Ciertamente el concepto amplio de legitimación que utiliza confiere la facultad de interponer recurso a toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso. Es interesado aquél que con la estimación de sus pretensiones pueda obtener un beneficio.

Según afirma la Sentencia del Tribunal Constitucional 67/2010, de 18 de octubre: *“Como ya se ha señalado, en lo que aquí interesa, la decisión de inadmisión puede producirse por la falta de legitimación activa para accionar o para interponer un recurso, esto es, por la ausencia de derecho o interés legítimo en relación con la pretensión que se pretende articular. En tal orden de ideas, este Tribunal ha precisado, con relación al orden contencioso-administrativo, que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre [RTC 2000, 252], F.3; 173/2004, de 18 de octubre [RTC 2004, 173], F.3; y 73/2006, de 13 de marzo [RTC 2006, 73], F.4). En consecuencia, para que exista interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso (STC 45/2004, de 23 de marzo [RTC 2004, 45], F 4)”*.

En el caso que nos ocupa todos los criterios de adjudicación son objetivos, sujetos a cifras, de modo que la oferta económica se valora con 49 puntos y el resto de criterios hasta 51 puntos. Consta en el acta de la mesa de contratación de 10 de agosto de 2023 cuadro resumen de los criterios ofertados por los licitadores, de donde se deduce que la oferta de INCOSA sería la mejor oferta económica (si bien incurso en presunción de anormalidad) y tendría los 51 puntos en el resto de criterios, por lo que se encontraría, en una primera clasificación, como mejor oferta con 100 puntos.

Por tanto, una eventual estimación del motivo de recurso no reportaría a la recurrente ninguna ventaja o utilidad jurídica, ya que supondría únicamente la exclusión de un licitador clasificado posteriormente a su oferta, de modo que una eventual estimación de su recurso en vía contencioso-administrativa le otorgaría de modo automático la adjudicación del contrato, por lo que procede apreciar falta de legitimación para recurrir por este motivo, procediendo su inadmisión en base al artículo 48 y 55 b) de la LCSP.

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

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Investigación y Control de Calidad, S.A.U., contra la resolución de 4 de octubre de 2023 del Consejero Delegado de Empresa Municipal de Vivienda y Suelo de Madrid, S.A. por el que se adjudica el lote 2 y se decide la exclusión de la recurrente para dicho lote del acuerdo marco de “servicios técnicos de apoyo necesarios o complementarios para la ejecución de obras promovidas por la EMVS” (5 lotes).

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 2.

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.