

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

En Madrid, a 2 de diciembre de 2021

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa EULEN, S.A. (en adelante EULEN), contra el Decreto del Delegado del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad del Ayuntamiento de Madrid, por el que se la excluye la oferta de mi representada del LOTE 4 del contrato “*Servicio de Conservación del mobiliario Urbano Municipal del Ayuntamiento de Madrid*”, y se adjudica dicho lote en favor de OHL SERVICIOS INGESAN, S.A., este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fecha 17 de mayo de 2021, se publicó en la Plataforma de Contratación el Anuncio, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), que rigen en la licitación “*Servicio de conservación del mobiliario urbano municipal del Ayuntamiento de Madrid*” con número de expediente 300/2020/00855. El valor estimado asciende a 11.120.170,28 euros.

El contrato se encuentra dividido en 6 Lotes, uno por cada una de las zonas en las que se divide el ámbito territorial.

**Segundo.-** En el lote 4 las ofertas y bajas según la Mesa fueron las siguientes.

**LOTE 4 PBL con IVA 1.193.150,92 €**

EMPRESA	Precio sin IVA €	IVA €	Precio con IVA €	% baja
CESPA	878.880,37	184.564,88	1.063.445,25	10,87
EULEN	852.090,55	178.939,02	1.031.029,57	13,59
FCC	858.871,45	180.363,00	1.039.234,45	12,90
IMESAPI MOYCOSA	896.091,26	188.179,16	1.084.270,42	9,13
OHL	887.430,10	186.360,32	1.073.790,42	10,00
VALORIZA	867.746,12	182.226,69	1.049.972,81	12,00
Baja media aritmética				11,42
Baja media aritmética + 5				16,42

Según la apreciación de la Administración cuatro ofertas incurren en baja desproporcionada, todas aquellas cuya baja excede del 10%. No se considera justificada la viabilidad de ninguna de las cuatro ofertas, siendo excluidas (criterio aplicado a las 23 empresas en baja en los seis lotes de la licitación ).

**Tercero.-** El 12 de noviembre de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal, el recurso especial en materia de contratación fundado en dos motivos:

1º Las bajas se han calculado mal, al cifrarse sobre el presupuesto base de licitación, cuando debió serlo excluyendo el factor variable del presupuesto.

2º EULEN ha justificado debidamente la viabilidad de su oferta y su exclusión no se encuentra justificada.

**Cuarto.-** El 18 de noviembre 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 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).

**Quinto.-** 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.

**Sexto.-** La Secretaría del Tribunal dio traslado con fecha de 2021, del recurso al adjudicatario 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, presentando alegaciones en plazo.

## 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 licitadora , *“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 acto impugnado fue notificado el día 5 de noviembre de 2021, interponiéndose el recurso ante este Tribunal el 12 de noviembre 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 exclusión adjudicación 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.b) y 2. b) y c) de la LCSP.

**Quinto.-** En cuanto al fondo del asunto, la recurrente alega que la baja desproporcionada no debió establecer sobre el presupuesto de licitación, sino sobre la parte fija del contrato. El presupuesto base de licitación se divide en una parte fija y otra variable (apartado 3 del anexo I).

*"El objeto del contrato está conformado tanto por unas necesidades fijas (costes de recursos humanos, adquisición de vehículos y maquinaria...), como por una parte variables (así las referidas a las necesidades de sustitución de elementos de mobiliario urbano).*

*El presupuesto se compone de una parte fija de costes que la Administración conoce ex ante y otra variable. Respecto de la parte variable, desconoce la Administración al inicio del contrato cuáles serán sus necesidades concretas por lo que solo se puede realizar una estimación del máximo de éstas, no se obliga frente al adjudicatario a abonar el importe máximo previsto sino solo el importe que efectivamente se aplique para dicho concepto.*

La parte fija del lote 3 son 824.575, 14 euros y la variable (estimación) 161.500 euros.

Afirma el recurrente que para el cálculo de la baja debió tenerse en cuenta solamente la parte fija del contrato, restando la variable

Igualmente, en el modelo de oferta económica se afirma que la baja se aplicará únicamente a la parte fija del contrato. El recurrente resta de las ofertas la parte variable, de lo que resultaría que todas las licitadoras se encontrarían en baja desproporcionada.

Entiende el órgano de contratación que estos cálculos son erróneos, la baja se ha calculado sobre el presupuesto base de licitación, tal y como establece el apartado 17 del Anexo I PCAP:

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

Se considerará como oferta con valores anormales o desproporcionados, aquéllas que se encuentren en los siguientes supuestos:

- Cuando, concurriendo un solo licitador, sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 10 unidades porcentuales.

- Cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 5 unidades porcentuales a la otra oferta. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 10 unidades porcentuales con respecto al presupuesto base de licitación.

- Cuando concurren tres o más licitadores, las que sean inferiores en más de 5 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. *En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 10 unidades porcentuales con respecto al presupuesto base de licitación.*

Plazo para la justificación de la anormalidad de la oferta: 10 días hábiles”

Según argumenta la aplicación de la baja sobre el factor fija remite al precio a abonar, no al cálculo de las bajas desproporcionadas. El precio a pagar (cláusula 29) distingue entre la parte fija, en la que se prorratea el canon anual y, por otra, la variable que se abonará según trabajos realizados por los precios unitarios del PPT, sin aplicación de baja.

Por último, esta cuestión no la planteó ningún licitador, ni el recurrente en su justificación de la baja desproporcionada.

Respecto de este último punto, entiende el Tribunal que hasta que se publican todas las bajas con el informe técnico sobre las mismas, no se plantea la posibilidad de realizar esta alegación, razón por la cual se pasa a examinar.

Entiende este Tribunal que el Pliego es claro al establecer la baja desproporcionada en relación con el presupuesto base de licitación, sin distinción entre parte fija y variable. EULEN se encuentra en baja desproporcionada, al ser su oferta inferior en más de 10 unidades porcentuales al presupuesto base de licitación. La oferta comprende tanto la parte fija como la variable, no existiendo ninguna previsión en los Pliegos de solo tener en cuenta la parte fija para calcular las bajas desproporcionadas. Lo que dice el modelo de oferta es que no se aplicara la baja a la parte variable del precio a abonar.

Procede desestimar este motivo del recurso.

En el segundo motivo, EULEN entiende justificada su oferta económica y señala que el informe técnico que la excluye incurre en graves errores.

El informe técnico sobre la baja, asumido por la Mesa de Contratación, y único documento a considerar, dice lo siguiente, transcrito textual e íntegramente:

“Del contenido del escrito de justificación se destaca: En cuanto a justificar la baja anormal en la experiencia en contratos similares, incluso en el Ayuntamiento de Madrid, y en la pertenencia a un gran grupo empresarial, cabe indicar que son aspectos que pueden estar relacionados con la solvencia, pero se entiende que no justifican suficientemente la baja desproporcionada en que incurre la oferta.

La declaración de intenciones de contratar personal con bonificaciones en su contratación, en las cotizaciones a la Seguridad Social, etc., por si sola, no se considera suficiente para contribuir a justificar la baja desproporcionada en que incurre la oferta.

En cuanto a los vehículos ofrecidos (Citroën Jumper como camión y Citroën Berlingo como furgón) no se aporta información para comprobar si cumplen la calificación ambiental (etiqueta ambiental). El Citroën Jumper no se puede considerar un camión grúa medio con carga mínima de 9.950 kg, como exige el PPT.

Se dice que tiene unos costes indirectos muy bajos, sin cuantificarlos ni justificarlos. El recurrir a una reducción de la suma del porcentaje de gastos generales más beneficio industrial a un 5 % (frente al 8%), sin presentar una justificación del cálculo del porcentaje de gastos generales (y así deducir el beneficio industrial esperado), no ofrece garantías a la Administración de que el contrato va a poder desarrollarse a satisfacción. Se considera que un contrato de estas características tiene un % de GG entorno al 4 %.

Por consiguiente, no se considera justificada la viabilidad de la baja ofertada y se propone a la mesa que sea rechazada”

OHL en alegaciones se extiende sobre la discrecionalidad de la Administración en la valoración de las bajas desproporcionadas.

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.

Es doctrina de este Tribunal 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

A efectos de valorar la suficiencia de las justificaciones realizadas por el adjudicatario y por el órgano de contratación, debemos tener en considerar que dicho adjudicatario ha ofertado una baja porcentual de 13,59 % sobre el presupuesto de licitación, y un 2,17% por encima respecto a la media de las ofertas que han de tomarse en consideración para el cálculo, media que es del 11,42%. Es decir, el licitador no se encuentra en baja por el primer criterio del Pliego: las que sean inferiores en más de 5 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. Se encuentra en baja por el criterio de cierre general, independiente

del número de licitadores: en cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 10 unidades porcentuales con respecto al presupuesto base de licitación. Según este criterio están en baja cuatro licitadores, otro lo roza (10% ) y el último está un poco por debajo, 9,13%.

No tiene sentido contemplar la aplicación simultánea de dos criterios de baja desproporcionada que arrojan resultados contrapuestos. Aplicando uno, ninguna empresa está en baja. Con el otro, lo están casi todas. No puede ser de otro modo, cuando un criterio tiene por referencia la media de las bajas de las demás y el otro el presupuesto de licitación. El artículo 85 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de aplicación a falta de regulación en los pliegos, y sobre el que se ha construido esta cláusula, aunque interpretada erróneamente como se verá, reduciendo los porcentajes, solo contempla la comparación con el presupuesto cuando hay un solo licitador, o habiendo tres cuando la baja sea superior en más del 25% al presupuesto:

*“ Se considerarán, en principio, desproporcionadas o temerarias las ofertas que se encuentren en los siguientes supuestos:*

- 1. Cuando, concurriendo un solo licitador, sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 25 unidades porcentuales.*
- 2. Cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.*
- 3. Cuando concurren tres licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales.*
- 4. Cuando concurren cuatro o más licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las*

*ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía”.*

En este caso se ha reducido a la mitad la comparación con las bajas de otros licitadores (5%) y se ha aplicado a todos los supuestos un 10% sobre el presupuesto para considerar al licitador en baja, lo que distorsiona completamente los resultados.

Además, el criterio de baja respecto de las otras ofertas se ha aplicado mal. Tal y como dice el Pliego, la baja es sobre la “media aritmética de las ofertas presentadas”, no la media aritmética de los porcentajes de baja sobre el presupuesto de las ofertas presentadas. La media aritmética de las ofertas es 873518 euros, y sobre ellas la baja de EULEN es del 2,45%.

Que debe entender por la expresión “media aritmética de las ofertas presentadas”, ya ha sido objeto de consideración por numerosa doctrina. De ella se hace eco nuestra Resolución 352/2019 de 29 de agosto:

“Es un tema ya resuelto por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado de antiguo (Informe 47/03, de 2 de febrero de 2004. *“Aplicación del artículo 85.4 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en la apreciación de las bajas desproporcionadas o temerarias”*, y los que le siguen).

Como señala la Junta Consultiva de Contratación del Estado en el citado informe: *“Como claramente se expone en el escrito de consulta se trata de determinar la interpretación correcta del artículo 85, apartado 4, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, y, en concreto, si la expresión de ofertas inferiores o superiores en más de 10 unidades porcentuales ha de calcularse respecto del porcentaje de baja o respecto a la media aritmética de las ofertas.*

*La interpretación literal del apartado 4 del artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, actualmente en vigor, y que es el único que aborda la cuestión planteada, no deja lugar a duda alguna, dado que habla de ofertas inferiores o superiores en más de 10 unidades porcentuales a la “media aritmética de las ofertas presentadas” sin que sea lícito sustituir esta expresión, como al parecer se está realizando en determinados casos, por la de media aritmética de las bajas de las ofertas presentadas, ya que esta última expresión aparece claramente en contradicción con los términos literales del citado apartado 4 del artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.*

*La interpretación histórica del precepto reglamentario que venimos examinando confirma el resultado obtenido por su interpretación literal si se observa que el artículo 109 del Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, en su último párrafo, al abordar la misma cuestión consideraba desproporcionada o temeraria la baja de toda proposición cuyo porcentaje excediese en 10 unidades, por lo menos, a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones presentadas y que dicho artículo 109 del Reglamento General de Contratación del Estado figura entre los que se derogan expresamente por la disposición derogatoria única, apartado 2, letra a), del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, resultando evidente la intención del legislador de sustituir una regulación -la del artículo 109 del Reglamento General de Contratación del Estado- por otra distinta -la del artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas-, sin que la derogación expresa de la primera permita su aplicación conjunta con la segunda, desvirtuando sus términos literales como, al parecer, realizan determinados órganos de contratación.*

## **CONCLUSIÓN**

*Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que la interpretación correcta del apartado 4 del artículo 85 del Reglamento General de la*

*Ley de Contratos de las Administraciones Públicas consiste en referir las expresiones de ofertas inferiores o superiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas y no a la media aritmética de las bajas de las ofertas presentadas”.*

La norma refiere los umbrales de anormalidad al conjunto de las ofertas válidas que se hayan presentado (artículo 149.2 a) LCSP) no al presupuesto.

Para justificar la baja presenta un documento de 318 folios, que el órgano de contratación estima no justifica la viabilidad de la oferta. Este estudio analiza sistemáticamente diez factores de ahorro.

Tal y como hace el recurrente, hay que centrarse en los argumentos esgrimidos en el informe técnico.

EULEN contesta al argumento sobre los vehículos ofertados, señalando que los mismos, por su categoría, tienen todos el certificado ambiental requerido, y que los pliegos de prescripciones técnicas no exigen la carga señalada como causa de no justificación.

OHL también se extiende sobre el incumplimiento de los vehículos en relación con los requisitos de los Pliego.

Entiende este Tribunal que las explicaciones sobre los vehículos no sirven para rechazar la justificación sobre la baja temeraria. El eventual incumplimiento de las prescripciones técnicas en este punto, que no se valora, sería causa de exclusión de la proposición, no de no justificación del precio ofertado, al que son ajenas esas consideraciones.

El razonamiento, conforme al cual las bonificaciones por contratación de personal con disfunciones, no justifica por sí solo la baja, no parece consistente, porque no es la única alegación.

EULEN argumenta que explica por extenso estas bonificaciones (páginas 6, 7) y cuantifica en la página las bonificaciones por personal contratado discapacitado y formación en 23.049,94 euros en página 17. Como no hay subrogación de personal se pueden llevar a cabo estas contrataciones. De otra parte, de no conseguirlas, la solvencia de la empresa sirve a cubrir posibles variaciones en el importe de las bonificaciones obtenidas, así como el margen amplio de beneficios.

Se entiende que estas bonificaciones se cuantifican en la medida de lo posible su cálculo sobre el precio ofertado, no siendo, en cualquier caso, un factor determinante, sino que es admisible en conjunción con otros elementos de la justificación, no siendo óbice para su posible consideración el que la hayan incluido otros licitadores, pues lo hacen estando casi todo en baja desproporcionada por los criterios de los pliegos.

OHL dedica especial atención a estas bonificaciones con argumentos no recogidos por el órgano de contratación en su escueta argumentación, que, no obstante, son considerados habida cuenta el interés del propuesto como adjudicatario en que no prospere el recurso de EULEN, y ser un concepto manejado por el órgano de contratación en su informe.

OHL afirma que las bonificaciones deberían ser devueltas, dado que las mismas se conceden para contrataciones por plazo mínimo de tres años y el contrato tiene una duración de dos años. No obstante, el propio texto que transcribe de una guía informativa del Ministerio de Trabajo referente a “Incentivos a la contratación indefinida de personas con discapacidad”, afirma que procede la devolución de las cantidades por el período de incumplimiento, no de las ya satisfechas. De otra parte, esta transcripción es interesada, porque existen incentivos y bonificaciones para la contratación indefinida, pero también para la contratación temporal, para los contratos en prácticas y los contratos de formación.

También alega que no especifica del personal previsto qué categorías se acogerían a contratos de formación, lo que no se estima preciso.

Por último, que estas bonificaciones no presentan ventaja comparativa alguna, porque las podría alegar cualquier empresa licitadora, lo que no constituye más que un argumento para su consideración.

Sobre la solvencia y la experiencia en contratos similares, Eulen argumenta ser el adjudicatario de un precedente de este contrato y con el artículo 85.6 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: “Para la valoración de la ofertas como desproporcionadas, la mesa de contratación podrá considerar la relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada”.

A juicio de este Tribunal el siguiente comentario del informe técnico está vacío de contenido: “son aspectos que pueden estar relacionados con la solvencia, pero se entiende que no justifican suficientemente la baja desproporcionada en que incurre la oferta”. No significa nada, si no se desarrolla.

Al igual que ocurre con las bonificaciones ningún aspecto por sí mismo, por sí solo, justifica la baja desproporcionada, ni lo ha pretendido el licitador, que presenta un informe completo con muchos aspectos a considerar.

Ese comentario no sirve a desvirtuar la consideración de ese aspecto.

En cuanto a los costes indirectos, que el informe técnico, afirma no se especifican ni cuantifican, sí se hace en las páginas 7 y 20 de la justificación citada, tal y como señala el recurrente.

La afirmación sobre los gastos generales y beneficio industrial es contradictoria cuando se afirma normal un porcentaje del 4% de GG para este tipo de contratos, y se entiende que un 5% no ofrece garantías para la Administración.

OHL también concuerda que EULEN no justifica la reducción del 8% de GG+BI al 5%, compartiendo esta parte en este punto la preocupación del técnico informante en cuanto a la falta de garantías de que el contrato se ejecutase a satisfacción con una previsión de 1% de BI. No obstante, este 1% de beneficio industrial es sobre el 4% gastos generales, que no ha concretado EULEN.

En cualquier caso, no existe un porcentaje legal para el beneficio industrial en los contratos de servicios, dependiendo de la estrategia de la empresa, tal y como reconocen los Tribunales Especiales de Contratación:

*“ La ausencia de beneficio industrial es admitida por la doctrina de los Tribunales Especiales de Contratación en base a que en ocasiones ese beneficio industrial se transforma en la nueva solvencia adquirida o la necesidad de apertura a un nuevo mercado o como en este caso que se considere la nueva contratación como estratégica para la empresa, podríamos decir que se trata de un beneficio industrial no dinerario, pero existente” (Resolución nº 140/2020 de 20 de junio del TACPCM )*

No existe predeterminación normativa sobre el porcentaje de gastos generales y beneficio industrial en el contrato de servicios, simplemente la obligación de consignarlo (artículo 101.2 LCSP).

OHL se extiende en otras consideraciones sobre cálculos de costes por absentismo y costes laborales, que no han sido recogidos en su informe por el órgano de contratación como motivos de rechazo de la proposición, no han sido valorados, no cabiendo pronunciarse sobre los mismos, porque el recurso revisa la actuación administrativa.

Procede estimar el recurso porque además de la cuestionada racionalidad de los argumentos, el informe asumido por la Mesa de Contratación no contiene una motivación reforzada que sirva a desvirtuar los argumentos profusamente desarrollados por EULEN en contestación al requerimiento de la Administración para que justificara su baja. El informe del órgano de contratación es notoriamente insuficiente en relación con la justificación de EULEN y no ha demostrado la inviabilidad de la oferta rebatiendo sus argumentos, por lo que debe prevalecer la presunción a favor del licitador que justifica su oferta. No hace un análisis exhaustivo de los diez factores de ahorro desarrollados por EULEN, se centra en unos pocos puntos y de forma desafortunada.

Procede estimar el recurso, ordenando la continuidad de EULEN en el procedimiento para que previa valoración de su proposición, se proceda a nueva adjudicación.

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

## **ACUERDA**

**Primero.-** Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa EULEN, S.A. contra el Decreto del Delegado del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad del Ayuntamiento de Madrid, por el que se la excluye la oferta del LOTE 4 del contrato “*Servicio de Conservación del mobiliario Urbano Municipal del Ayuntamiento de Madrid*” y se adjudica dicho lote en favor de OHL SERVICIOS INGESAN, S.A.

**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.-** Levantar 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.