

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

En Madrid, a 24 de febrero de 2022.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Ferrovial Servicios, S.A.U., (en adelante, Ferrovial) contra el Acuerdo por el que se adjudica a Elecnor, Servicios y Proyectos, S.A. (en adelante, Elecnor) el contrato “*servicio de mantenimiento integral y conservación de las instalaciones de climatización (aire acondicionado y calefacción), controla de aljibes y aguas, paneles solares, geotermia, suministro y consumo de gases, almacenamiento de combustibles líquidos, incendios, baja y media tensión, pararrayos y telecomunicaciones en edificios e instalaciones municipales de Boadilla del Monte*”, expediente EC/22/20, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Se publica el anuncio de licitación en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 29 de mayo de 2020 y en la misma fecha en el DOUE nº 2020/S 104-251163. El valor estimado del contrato asciende a 4.200.000,00 euros.

**Segundo.-** En cuanto a la proposición económica, con 40 puntos, el Pliego contempla tres precios distintos y la agregación de los mismos de forma ponderada para determinar las bajas desproporcionadas. Los precios son oferta a la baja del canon fijo, oferta económica de repuestos del Anexo III, y oferta económica al Anexo IV. El canon fijo, cifrado en 350.000 euros, *“se refiere a los costes fijos (mano de obra directa, vehículos, medios auxiliares y equipos, personal técnico, gastos generales, financieros, beneficios, honorarios de personal técnico a su cargo, tasas, recargos, comisiones y toda clase de impuestos que graven la actividad contratada a excepción hecha del IVA, etc.) necesarios para ejecutar los trabajos definidos en el Pliego de Condiciones Técnicas de mantenimiento preventivo, conductivo, correctivo y técnico-legal”* (Anexo I, 5). Los repuestos son los *“utilizados para la reposición de materiales o equipos o instalaciones averiados o para operaciones de mantenimiento conductivo, preventivo, correctivo y técnico-legal, en base al número de unidades realmente empleados y al cuadro de precios del Anexo III que estarán afectados únicamente por el % de baja que oferte el licitador para este Anexo y el % de I.V.A. vigente en cada momento”*.

Afirma el punto 19 del Anexo I:

*“La proposición económica se puntuará de la siguiente manera:*

**A. Oferta económica al Canon Fijo Anual (hasta un máximo de 20 puntos)**

*Se puntuará con la máxima puntuación a la empresa que mayor baja realice respecto al Canon Fijo Anual; con cero puntos a la oferta tipo, y al resto, proporcionalmente según la fórmula.*

*(...)*

**B. Oferta económica al Anexo III: Precio de Repuestos (hasta un máximo de 10 puntos)**

*Se puntuará con la máxima puntuación a la empresa que mayor baja en porcentaje realice respecto a todos y cada unos de los precios Cuadro de precios indicados en el Anexo III, y a los que posteriormente sean de aplicación para estos trabajos, con cero puntos si no existe baja, y al resto proporcionalmente según la fórmula:*

(...)

**C. Oferta económica al Anexo IV: Unidades de Obras (hasta un máximo de 10 puntos)**

*Se puntuará con la máxima puntuación a la empresa que mayor baja en porcentaje realice respecto a todos y cada unos de los precios Cuadro de precios indicados en el Anexo IV, y a los que posteriormente sean de aplicación para estos trabajos, con cero puntos si no existe baja, y al resto proporcionalmente según la fórmula:*

*(..)*”.

Y el punto 20:

*“20.- Ofertas anormalmente bajas. (art. 149 LCSP): (Cláusula 19)*

*Procede: SI*

*- Criterios adjudicación y designación de los parámetros objetivos que permiten identificar que una oferta se considera anormal: Se considerará oferta desproporcionada en cada apartado aquella que resulte de la aplicación de lo dispuesto en los artículos 85 y 86 del R.D. 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.*

*Para la aplicación de los mencionados artículos 85 y 86 del RLCAP, se considerarán desproporcionadas las ofertas en su conjunto, y no singularmente para cada apartado, calculando para ello una baja ponderada que será sobre la que se realizará la comparación de las ofertas y la baremación de los porcentajes para determinar cuáles de ellas son desproporcionadas. Esta baja ponderada será el resultado de aplicar la siguiente fórmula:*

$$Baja\ ponderada\ emp.\ X = \frac{\%baja\ Canon*20 + \%baja\ Anexo\ III*10 + \%baja\ AnexosIV*10}{40}$$

*En todo caso, la desviación respecto de la media de la baja ponderada se entenderá en términos absolutos, 10 puntos porcentuales a sumar a la media del porcentaje de baja.*

- *Plazo para la justificación de la anormalidad de la oferta: El plazo máximo para que justifique su oferta el licitador será de 3 días hábiles a contar a partir del día siguiente al envío de la comunicación”.*

En la facturación de los trabajos realizados en ejecución del contrato, se prevé abonar de forma separada el canon fijo mensual, los repuestos utilizados, los trabajos de mantenimiento modificativo y el coste de los trabajos de otras empresas (Anexo I, 7).

**Tercero.-** En el acuerdo de adjudicación constan los precios ofertados y las bajas de los elementos b) y c) de la proposición económica:

LICITADOR:	Inspecciones OCA (Max 11 pts)	Oferta económica Canon Fijo Anual. Tipo: 350.000,00 € (Max 20 pts)		% de baja de Precio de repuestos (Max 10 pts)		% de baja Unidades de obra (Max 10 pts)		Criterios valoración automática (hasta 51 pts.)
		Importe	Puntos	%	Puntos		Puntos	
UTE ALUMBRADOS VIARIOS S.A. – SERVICIOS Y GESTIÓN DEL MANTENIMIENTO, S.L.	11	280.236,25	9,46	21	4,94	20	4,21	29,61
ELECNOR, S.A.	11	202.545,00	20,00	42,5	10,00	47,50	10	51,00
FERROVIAL SERVICIOS, S.A.U.	11	285.510,54	8,75	20,35	4,79	27,9	5,87	30,41
FULTON SERVICIOS INTEGRALES, S.A.	11	288.663,96	8,32	31,32	7,37	19	4,00	30,69
REMICA, S.A.	11	315.000,00	4,75	10,	2,35	10	2,11	20,21
SACUR FACILITIES, S.A.	11	312.102,61	5,14	25,05	5,89	25,04	5,27	27,31
UTE CPI INTEGRATED SERVICES, S.A. – CPI INDUSTRIAL ENGINEERING, S.A.U.	11	308.000,00	5,70	25	5,88	32	6,74	29,32
VEOLIA SERVICIOS LECAM, S.A.U.	11	297.500,00	7,12	5	1,18	5	1,05	20,35

Por el recurrente se aporta las bajas globales de todos los licitadores, datos no discutidos por la Administración y el adjudicatario:

EMPRESA	OFERTA	BAJA	BAJA (%)
UTE ALUMBRADO VARIOS	280.236,25	- 69.763,75	- 19,93%
ELECNOR	202.545,00	- 147.455,00	- 42,13%
FERROVIAL SERVICIOS SA	285.510,54	- 64.489,46	- 18,43%
FULTON	288.663,96	- 61.336,04	- 17,52%
REMICA	315.000,00	- 35.000,00	- 10,00%
SACYR	312.102,61	- 37.897,39	- 10,83%
UTE CPI	308.000,00	- 42.000,00	- 12,00%
VEOLIA	297.500,00	- 52.500,00	- 15,00%
<b>PROMEDIO</b>	286.194,80	<b>- 63.805,21</b>	<b>- 18,23%</b>

**Cuarto.-** En fecha 18 de febrero de 2021, previo acuerdo de la Mesa de contratación, se requiere a Elecnor para que justifique su baja a través de la Plataforma para la Contratación del Sector Público (Place):

*“Habiéndose celebrado Mesa de Contratación el día 17 de febrero de 2021, para valoración de ofertas económicas de los licitadores admitidos, y demás actuaciones procedentes conforme a lo dispuesto en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, a la vista de su resultado se deduce la existencia de oferta anormal o desproporcionada en la propuesta económica realizada por su empresa. En cumplimiento de lo establecido en el artículo 149 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), por la presente se le viene a conceder audiencia para que antes del plazo señalado presente a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público, información y documentación que justifique la baja ofertada por esa empresa, acreditativa de que el objeto del contrato podrá ser ejecutado a satisfacción del Ayuntamiento.*

*La documentación aportada se someterá a informe del técnico de la unidad promotora del expediente”.*

**Quinto.-** El día 21 de febrero de 2021 Elecnor presenta un informe justificativo de la baja, de 126 folios, incluyendo anexos, subdividido en los tres precios arriba recogidos:

*“I. JUSTIFICACIÓN IMPORTE CANON FIJO ANUAL*

*1.1. MEDIOS PERSONALES ASIGNADOS AL SERVICIO.*

*1.2. SUBCONTRATAS Y COLABORACIONES EXTERNAS.*

*1.3. PERSONAL DE ELECNOR DE APOYO: SERVICIO 24 HORAS.*

*1.4. MEDIOS MATERIALES Y TÉCNICOS.*

*1.5. MEDIOS MATERIALES Y REPUESTOS.*

*1.6. JUSTIFICACIÓN DE LOS GASTOS GENERALES ASOCIADOS EL CENTRO DE TRABAJO QUE EJECUTARÁ EL SERVICIO.*

*1.7. JUSTIFICACIÓN IMPORTE CANON FIJO ANUAL.*

*II. JUSTIFICACIÓN BAJA PRECIO MATERIAL PARA RESPUESTOS*

*III. JUSTIFICACIÓN BAJA PRECIOS DE UNIDADES DE OBRA*

*IV. COMPROMISO FINAL*

*CONDICIONES EXCEPCIONALMENTE FAVORABLES PARA LA EJECUCIÓN.*

*OBLIGACIONES EN MATERIA DE MEDIOAMBIENTE, SOCIAL Y LABORAL. COMPROMISO FINAL”.*

**Sexto.-** El informe de los técnicos del Ayuntamiento de Boadilla del Monte de 10 folios, de fecha 16 de abril de 2021, concluye:

*“4. CONCLUSIONES.*

*Desde el punto de vista técnico, la documentación presentada carece de algunos datos y presenta discrepancias puntuales con la oferta realizada, lo cual impide comprobar la viabilidad de la misma, especialmente lo relativo a:*

*1. Desglose de importes económicos del coste del personal: se considera necesario que se detalle la metodología de cálculo aplicada para obtener los importes anuales que figuran en la documentación justificativa presentada, con los conceptos tenidos en cuenta para su cálculo, con mención expresa a los salarios, quinquenios e incentivos que deban mantener de acuerdo a la normativa laboral aplicable, así como los costes sociales.*

*2. Desglose justificativo de la metodología aplicada para la conversión de los perfiles técnicos realizados en su oferta presentada a las categorías profesionales*

*establecidas en el convenio laboral de referencia que justifique la conformidad de oferta realizada y valorada en el proceso de licitación.*

*3. Desglose económico detallado del coste asociado a la adscripción de una empresa externa e independiente acreditada como Organismo de Control Autorizado (OCA), para la realización de todas las inspecciones periódicas obligatorias para las instalaciones eléctricas de Baja Tensión considerando una vigencia del contrato estipulada en 3 años.*

*4. Desglose económico detallado de los medios materiales adscritos a la ejecución del contrato: se considera necesario que se detalle la metodología de cálculo aplicada para obtener los importes anuales que figuran en la documentación justificativa presentada, con los conceptos tenidos en cuenta para su cálculo y de conformidad con la oferta realizada.*

*5. Desglose económico detallado del coste asociado a la ejecución de las medidas de mejora destinadas a la eficiencia energética de las instalaciones municipales considerando una vigencia del contrato estipulada en 3 años.*

*6. Indicación de la imputación del coste de la póliza de seguros de responsabilidad civil de suscripción obligatoria conforme a lo establecido en el Pliego de Cláusulas Económico-Administrativas.*

*7. Acreditación de los acuerdos rappel de descuento para materiales de repuestos indicados en la documentación justificativa presentada.*

*8. Aclaración y desglose económico razonado y detallado de todas las mejoras ofertadas durante la vigencia del contrato.*

*9. Aclaración y desglose económico razonado y detallado de las bajas lineales ofertadas de los precios de las unidades de obra de los distintos trabajos de mantenimiento modificativo del Anexo IV del PPT, así como de la baja lineal ofertada para los materiales de repuesto respecto de todos y cada uno de los precios unitarios del cuadro de precios del Anexo III del PPT.*

*Por todo lo anteriormente expuesto, se propone a la Mesa de Contratación, de acuerdo con el principio de buena administración, proporcionalidad y en consecuencia tender a la máxima concurrencia posible, solicite aclaración de los parámetros anteriormente indicados, y que puedan admitirse a trámite las justificaciones que se*

*refieran a cualquier extremo de la oferta dirigidas a determinar su viabilidad para ejecutar el contrato a satisfacción municipal, siempre y cuando ello no implique un trato desigual para los licitadores y teniendo presente el límite por el cual no se pueden modificar las ofertas presentadas.*

*Todo ello en consideración de lo establecido en el en el artículo 149 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, así como lo establecido en el artículo 68 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.*

*Todo lo cual se informa según nuestro leal saber y entender. No obstante, la Mesa de Contratación, con su criterio, adoptará la resolución que proceda”.*

**Séptimo.-** De conformidad con este informe, se requiere nuevamente a Elecnor en fecha 6 de mayo de 2021 para que aclare su informe y conteste a las cuestiones anteriores, a través de Place:

*“En relación al procedimiento abierto convocado por el Ayuntamiento de Boadilla del Monte para la adjudicación del contrato del “Servicio de mantenimiento integral y conservación de las instalaciones de climatización (aire acondicionado y calefacción), control de aljibes y aguas, paneles solares, geotermia, suministro y consumo de gases, almacenamiento de combustibles líquidos, incendios, baja y media tensión, pararrayos y telecomunicaciones en edificios e instalaciones municipales de Boadilla del Monte” (EC/22/20), de conformidad con lo acordado en sesión de la Mesa de Contratación de fecha 6 de mayo de 2021, se le requiere a Vd. para que dentro de los tres días hábiles a contar desde el siguiente al del envío del requerimiento, presente a través de la Plataforma de Contratación del Estado, lo siguiente:*

*Deberá presentar aclaración, en los términos del informe suscrito por los responsables del contrato en fecha 16 de abril de 2021, que se acompaña al presente requerimiento”.*

**Octavo.-** En fecha 11 de mayo de 2021 Elecnor presenta nuevo informe justificativo de la baja de 95 folios.



**Noveno.-** En fecha 9 de junio de 2021 los técnicos municipales, informan el nuevo escrito de Elecnor, con las consideraciones que se recogerán en los fundamentos de derecho.

**Décimo.-** El 21 de junio de 2021 la Mesa de contratación acuerda requerir a Elecnor la documentación del adjudicatario del artículo 150 de la LCSP. De esta fecha a la Junta de Gobierno Local de 18 de diciembre de 2021, la Mesa de contratación realiza varias actuaciones en relación con la escisión por segregación de la sociedad Elecnor, S.A como sociedad segregada y la sociedad Elecnor Servicios y Proyectos, S.A. como sociedad beneficiaria de la segregación. En 18 de diciembre la Junta de Gobierno acuerda la adjudicación a esta última.

**Undécimo.-** En fecha 3 de febrero de 2022 se presenta el recurso especial en materia de contratación, tras vista del expediente, solicitando la anulación de la adjudicación, la exclusión de la oferta de Elecnor Servicios y Proyectos, S.A y la retroacción de actuaciones, acordando la adjudicación a la oferta más ventajosa. Se funda en que Elecnor a través de los informes de justificación de la baja ha introducido modificaciones importantes tanto uno respecto del otro, como con respecto de su oferta; y en que su oferta es de manifiesta temeridad.

**Duodécimo.-** El expediente e informes (técnico y jurídico) del órgano de contratación se reciben el 8 de febrero de 2022 conforme al 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). Las alegaciones de Elecnor se presentan el 18 de febrero.

## 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.-** Ferrovial Servicios, S.A.U., se encuentra legitimada como segunda clasificada para la interposición del presente recurso en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, que dispone: *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*, al encontrarse en segundo lugar en la clasificación final resultando adjudicataria de estimarse su recurso.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.-** El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo de adjudicación impugnado fue notificado el 18 de enero de 2022 y el recurso interpuesto en este Tribunal, el 3 de febrero de 2022, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

**Cuarto.-** El recurso se interpone contra adjudicación de un contrato que a su vez admitía la justificación de la oferta de la adjudicataria 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 Ferrovial alega que las justificaciones de las bajas son contradictorias, no encajando la petición de la segunda en el concepto de

“*aclaración*” del primer informe, incluso contravienen la oferta técnica y la suma de las modificaciones de la segunda justificación excede de la oferta económica presentada.

Aprecia Ferrovial estas modificaciones entre los dos informes transcritos en antecedentes:

<b>“Primer informe</b>	<b>Segundo informe</b>
<i>Coste de Encargado General como coste directo: 25.299,61 €</i>	<i>Coste de Encargado General como Gastos Generales de la Empresa: 0€</i>
<i>2 Oficiales 1ª + 3 Ayudantes (incumpliendo tanto en número como en perfiles lo indicado en su oferta que eran 6 oficiales 1ª)</i>	<i>6 Oficiales 1ª</i>
<i>Mejoras. Amortización suponiendo la prórroga del contrato</i>	<i>Mejora sin incluir la prórroga del contrato</i>
<i>1 Vehículo (incumpliendo lo indicado en oferta)</i>	<i>3 Vehículos</i>

(...)

Respecto del coste del encargado general, ante la misma situación de dedicación (100%) y funciones diarias en el contrato, tanto del Encargado General como en el de los oficiales de mantenimiento, Elecnor hace un trato distinto a ambos costes, considerando unos como coste directo (oficiales) y otro como gastos generales (Encargado). Criterio que el propio Elecnor cambia en el segundo informe de mayo de 2021 porque en el primer informe considera al Encargado como coste directo al contrato junto con el resto de oficiales, contradiciendo con ello y modificando ese primer informe.

Criterio este de considerarlo entre los gastos generales que contradice la doctrina del TACPCM, que lo considera gastos de personal, Resolución nº 040/2021, de 28 de enero de 2021, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

Respecto de los oficiales, modifica el número y coste de los mismos.

En cuanto a los vehículos, inicialmente indica uno solo y en el segundo tres, con unos costes de 1.688,32 euros y 5.064,96 euros, respectivamente.

Las mejoras las ajusta en el segundo informe a la duración del contrato, ascendiendo la diferencia de coste a 1.772,53 euros.

Todo ello hace que los costes fijos deban recalcularse: los costes de Elecnor (202.970,66 euros + 20.297,07 euros = 223.267,73 euros) estarían por encima de la ofertado (202.545,00 euros), lo que supone una clara modificación de lo señalado en los informes de temeridad respecto de lo ofertado inicialmente.

Estas modificaciones vulneran la doctrina contractual sobre la posibilidad de aclarar el informe justificativo de las bajas.

Finalmente, la proposición de Elecnor es claramente temeraria o desproporcionada la baja, una baja del 42,13% frente a un promedio de 18,3%.

Contesta el informe jurídico del órgano de contratación, que sorprende el desglose de costes del recurrente, que contraviene el apartado 5.1 de los Pliegos de Prescripciones Técnicas, donde se hace referencia al canon fijo anual de manera global, sin exigir a ningún licitador desglose detallado de todos los costes parciales en la oferta global; ello supondría una vulneración a la libertad de organización empresarial propia de un mercado económico libre. Se remite y transcribe el informe técnico y hace acopio de doctrina de Tribunales Contractuales sobre las bajas desproporcionadas.

En alegaciones, Elecnor afirma que no ha modificado la oferta económica global y que ha realizado una justificación exhaustiva más allá de lo que exige el

artículo 149 de la LCSP, y ajustada a su estructura de costes, reconociendo la doctrina contractual que hay que atender a las particularidades de cada empresa, que le permiten una reducción de costes:

*“Las alegaciones del recurso de la recurrente, no llegan a justificar suficientemente el que la oferta en su conjunto, global y unitariamente considerada, no resulte viable, sino que se centran en tratar de acreditar que ha existido una modificación sustancial de la misma, cuando la realidad objetiva es que la oferta económica de mi mandante ha permanecido intacta.*

*El importe total resultante de la oferta económica justificada por ELECNOR, se ha mantenido inalterable en todo caso, dado que lo que únicamente se han realizado son ajustes técnicos y 3 económicos en la distribución individual de los costes del contrato, no modificando el global de la oferta para la ejecución del servicio objeto de contratación, y acreditando que pese a ser sensiblemente más baja que la de los demás licitadores, permite la futura viabilidad técnica y económica del contrato”.*

El informe de los técnicos del órgano de contratación, admite las variaciones entre ambas justificaciones, sin afectar al importe final de la licitación. El informe de 9 de junio de 2021 al que remite (antecedente noveno), que evalúa la segunda justificación de Elecnor, es el que interesa a los efectos del recurso especial en materia de contratación, puesto que lo revisable por este Tribunal es la actuación administrativa recurrida, no las alegaciones en respuesta al recurso. En ese informe se reconoce paladinamente que existen modificaciones sustanciales entre las dos justificaciones y se pone en manos de la Mesa de contratación la resolución de la discrepancia. Textualmente, concluye:

*“2. La documentación aclaratoria presentada por la empresa licitante, en contestación al trámite de audiencia otorgado, introduce variaciones o modificaciones en los términos iniciales sobre las alegaciones formuladas por la empresa licitadora para justificar la viabilidad de su proposición económica, de conformidad a lo manifestado en el apartado tercero del presente informe, manteniéndose inalterable el importe resultante de su oferta económica.*

*Por todo lo anteriormente expuesto, y siempre y cuando la Mesa de Contratación admita a trámite todas las modificaciones efectuadas en los términos iniciales sobre las alegaciones formuladas por la empresa licitadora para justificar la viabilidad de su proposición económica, se considera suficientemente justificada la valoración de la oferta económica realizada por la empresa licitadora, precisándose las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al ahorro que permite el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que dispone para ejecutar la prestación y el respeto de las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, entendiéndose que la misma puede ser cumplida en sus términos por la licitadora. Todo lo cual se informa según nuestro leal saber y entender.*

*No obstante, la Mesa de Contratación, con su criterio, adoptará la resolución que proceda”.*

Las modificaciones en la segunda justificación son de calado:

*“ Respecto del importe del canon fijo:*

- Una reducción del 6,05% del importe anual previsto a los medios personales asignados al servicio.*
- Incremento del 11,53 % de los costes asociados a los avisos urgentes fuera del horario normal.*
- Incremento del 794,83% de los costes asociados al servicio de guardia 24 horas que realizará el personal adscrito al contrato.*
- Consideración de que el coste asociado al Encargado General supone un coste nulo para la ejecución del servicio, dado que se encuentra integrado y absorbido en los Gastos Generales de la empresa, al igual que la consideración inicial del coste asociado a los Responsables del contrato, Oficina Técnica, supervisión de prevención de riesgos laborales, calidad, gestión, medio ambiental y la formación del personal”.*

*Respecto del canon fijo de contratistas y subcontratistas, “un incremento del 14,24% del importe anual previsto”.*

En cuanto al canon fijo anual referente a los medios materiales, técnicos y repuestos asignados al servicio:

- *“Un incremento del 84,79 % del importe anual previsto a los medios materiales asignados al servicio.*
- *Consideración de que la dotación de medios materiales prevista para el Encargado General suponen un coste nulo para la ejecución del servicio, dado que se encuentra integrado y absorbido en los Gastos Generales de la empresa, al igual que la consideración inicial del coste asociado a los Responsables del contrato, Oficina Técnica, supervisión de prevención de riesgos laborales, calidad, gestión, medio ambiental y la formación del personal”.*

Etc, etc (siguen varias epígrafes en la misma dirección).

Como ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones, la apreciación de la viabilidad de las ofertas incursas en presunción de anormalidad 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 anormalidad rechazando la oferta incurra 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 anormalidad 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.

Para lograr este objetivo el artículo 149 de la LCSP establece en su apartado 4 párrafo segundo que identificada una oferta como anormal se requerirá al licitador para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de precios. El párrafo tercero del mismo apartado establece a título ilustrativo concretamente los valores sobre los que el órgano de contratación podrá solicitar aclaraciones y que son:

- a) El ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción.
- b) Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.
- c) La innovación y originalidad de las soluciones propuestas, para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.

- d) El respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral, y de subcontratación, no siendo justificables precios por debajo de mercado o que incumplan lo establecido en el artículo 201.
- e) O la posible obtención de una ayuda de Estado.

En el caso presente, una vez identificada la proposición como incurso en presunción de anormalidad se insta la correspondiente justificación del licitador.

El licitador justifica su oferta en un escrito de 128 folios. Posteriormente a requerimiento de la Administración presenta aclaraciones en nuevo informe de 95 páginas.

La doctrina admite la solicitud de aclaraciones sobre los informes justificativos de las bajas.

Así la Resolución 471/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales:

*“Lo cierto es que, a la vista de la justificación inicial presentada, los técnicos de FREMAP determinaron que era necesaria una segunda aclaración sobre la oferta económica, por lo que se solicitó que se completara la primera, con indicación de los aspectos concretos a precisar, y para lo que se dio un plazo adicional de tres días. En concreto, para el lote 22 se le pidió el desglose del coste de personal sanitario por cada una de las pruebas, con indicación de la forma de estimación, y para ambos lotes el porcentaje e importe de gastos generales y de beneficio industrial correspondiente a la contratación.*

*Contra lo que alega la recurrente, tal actuación sólo cabe calificarla como plenamente apropiada. Si con la información proporcionada inicialmente no cabía formar un juicio fundamentado sobre la viabilidad de la oferta, el solicitar aclaraciones complementarias sobre aspectos concretos, es plenamente respetuoso con lo dispuesto en el artículo 152 del TRLCSP al que se remite el propio pliego de la licitación impugnada, de dar audiencia al licitador que haya presentado la oferta*

*identificada como desproporcionada para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma.*

*Como también señala la nueva 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 (...)”. En este caso, el informe técnico entendió que no se podía rechazar la oferta antes de aclarar o completar algunos aspectos de la justificación inicial y, tras esta información complementaria, concluyó con la aceptación de la oferta, indudablemente porque las explicaciones y justificaciones dadas amparaban de manera suficiente el bajo nivel de precios o costes propuestos. A la vista de todas estas manifestaciones el Tribunal entiende que se ha seguido el procedimiento establecido para determinar la oferta adjudicataria y no se advierte arbitrariedad alguna en la petición de información complementaria y en la aceptación de la misma por el órgano de contratación, por lo que debe desestimarse la pretensión de las recurrentes”.*

No obstante, una cosa es una o varias aclaraciones sobre la justificación de la baja y otra requerir y admitir la subsanación de la justificación primera, presentando otra que difiera sustancialmente de la misma, es decir, dar la oportunidad de presentar sucesivas justificaciones hasta que el licitador incurso en presunción de temeridad acierte, a juicio de la Mesa y el órgano de contratación. A juicio de este Tribunal, tanto el requerimiento de la Mesa de contratación (antecedentes séptimo y sexto), asumiendo el primer informe técnico, como la posterior justificación de la adjudicataria, no encajan dentro de la definición doctrinal de “aclaración”. Expuesta en estos términos, no existe aclaración de la justificación inicial sino una nueva justificación, distinta, vulnerando la actuación de la Mesa y el órgano de contratación la tramitación de las bajas temerarias del artículo 149 de la LCSP, precepto que no contempla la concesión de sucesivos plazos, hasta entender justificada la baja. Difiere del supuesto de nuestra Resolución nº 314/2018, de 10 de octubre de 2018, en la que ya *ab initio*

la Administración entendió justificada la baja, y se solicitaron aclaraciones a instancias de otro licitador.

El requerimiento de nueva justificación de 6 de mayo de 2021 no solicita “*aclarar*” ningún punto de la anterior justificación, si por aclaración se entiende disipar alguna duda o algún aspecto oscuro de la misma, no refiere a ningún elemento concreto de la misma, sino que dando traslado de las peticiones del informe técnico establece “*ex novo*” una batería de cuestiones sobre las que fundamentar la justificación de la baja, es decir, fija los términos de la misma, al modo del artículo 149.4 de la LCSP. Vale tanto como si no existiera justificación previa alguna. Tal y como se transcribe en el antecedente séptimo, se pide el desglose económico de personal, materiales, mejoras, bajas en unidades de obra, todo en fin, hasta el punto de hacer inoperativo el argumento del órgano de contratación de que no es necesaria una justificación exhaustiva de costes porque el Pliego solo requiere un canon anual fijado de forma global.

Tan novedoso es al parecer el requerimiento que la justificación segunda remitida difiere sustancialmente de la primera, no aclara, la contradice en muchos puntos, tal y como se ha consignado más arriba.

Cierto es que no constan consignados en el primer requerimiento de justificación de la baja desproporcionada los valores del artículo 149.4 de la LCSP. No obstante esta omisión, la justificación de 128 folios gira sobre los mismos y los tres criterios de la oferta económica.

Expuesto lo que antecede, no puede darse por válida, por improcedente y contraria al procedimiento legal de tramitación de las bajas desproporcionadas, la segunda justificación asumida por la Mesa y el órgano de contratación, prevaleciendo la primera, que a juicio de los técnicos y la Mesa no muestra la viabilidad de la oferta, ello puesto necesariamente en conexión con la magnitud de la misma, que globalmente es del 42,13%. Admitir lo contrario, además de vulnerar la tramitación

legal de las bajas desproporcionadas, infringiría los principios de concurrencia e igualdad de trato que rigen la contratación del sector público, vulnerando igualmente el punto 20 del Anexo I del PCAP, que establece que “*el plazo máximo para que justifique su oferta el licitador será de 3 días hábiles a contar a partir del día siguiente al envío de la comunicación*”.

Procede entender no justificada la baja desproporcionada de Elecnor, Servicios Y Proyectos, S.A., anulando la adjudicación a la misma, con las consecuencias inherentes de exclusión de su proposición y adjudicación al siguiente licitador en la clasificación final.

**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 Ferrovial Servicios, S.A.U., (en adelante, Ferrovial) contra el Acuerdo por el que se adjudica a Elecnor, Servicios y Proyectos S.A. (en adelante Elecnor) el contrato “*servicio de mantenimiento integral y conservación de las instalaciones de climatización (aire acondicionado y calefacción), controla de aljibes y aguas, paneles solares, geotermia, suministro y consumo de gases, almacenamiento de combustibles líquidos, incendios, baja y media tensión, pararrayos y telecomunicaciones en edificios e instalaciones municipales de Boadilla del Monte*”, expediente EC/22/20, en los términos expuestos en los fundamentos de derecho.

**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 del procedimiento ex 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.