

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

En Madrid, a 6 de julio de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Licuas S.A. contra Decreto de la Alcaldía del Excmo. Ayuntamiento de Coslada, 7 de junio de 2023, en virtud del cual se acuerda rechazar la oferta presentada por la recurrente incurso en presunción de anormalidad, para la contratación del “servicio de mantenimiento, conservación y reparaciones de la vía pública de Coslada”, al expediente nº 2022/23, 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, 8 y 13 de marzo de 2023, se convocó la licitación del contrato de referencia, mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado del contrato asciende a 1.041.322,32 euros, siendo su duración de 12 meses.

Segundo.- Terminado el plazo de presentación de ofertas, se reciben proposiciones de tres entidades licitadoras, entre ellas la del recurrente.

Con fecha 12 de abril de 2023 se procedió a la apertura de las ofertas presentadas, detectándose baja anormal de la oferta presentada por Licuas S.A. al realizar una baja del 27,15%, concedido un plazo de tres días hábiles para su justificación.

Licuas S.A. presentó la documentación justificativa de la propuesta económica, que fue analizada por el informe técnico de 11 de mayo de 2023.

La mesa de contratación, en su sesión celebrada el 2 de junio de 2023, propuso su exclusión del procedimiento de licitación por considerar no justificada su oferta.

Por Decreto de 7 de junio de 2023 se acuerda su exclusión.

Tercero.- El 19 de junio de 2023 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación formulado por Licuas S.A. contra el acuerdo de exclusión de su oferta al estar incurso en valores anormales.

Cuarto.- El 27 de junio de 2023 el órgano de contratación remitió el informe y el expediente de contratación, de conformidad con el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015,

de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

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 participante 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 del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se interpone en plazo. El acuerdo de adjudicación se notificó el 7 de junio de 2022, presentándose el recurso el 19 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 exclusión 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.b) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, la recurrente fundamenta su recurso en la inadecuación de la apreciación de la inviabilidad de la oferta presentada, considerando su exclusión no ajustada a Derecho.

En la fundamentación del recurso trata de refutar cada uno de los argumentos

esgrimidos en el informe sobre la baja, tratando de desacreditarlos. A modo de resumen se pueden destacar los siguientes aspectos.

Respecto del primer argumento referido al conocimiento de los trámites y operaciones en el sentido de que no es posible la cuantificación de dicho conocimiento en la reducción del coste económico, que se estima muy escasa, alega que da por cierta la existencia del conocimiento y, por ende, la experiencia de la recurrente, pero, sin embargo, este juicio de valor en el que se *“estima muy escasa”*, es un criterio que no se ajusta a la realidad, no es un juicio de carácter técnico, más cuando indica que afectaría a la facilidad o rapidez en la realización de las gestiones, contactos. Toda coincidencia de obras similares en un municipio contribuye a una reducción significativa de gastos, que es real, y no es tomada en cuenta en la valoración de responsable del contrato puesto que dicha coincidencia se produciría, según éste indica, en escasamente dos meses.

Respecto al segundo argumento, referido al estudio económico aportado en la justificación se fundamentan, alega que tal y como incluso se expresa por el propio responsable del contrato, los costos de mano de obra atendiendo al convenio de la construcción vigente y los precios que fueron aportados por los proveedores, justifica y prueba sin ningún género de duda las cifras resultantes. En la propia valoración se indica que los costes se pueden considerar parcialmente válidos por lo cual, el estudio económico está bien construido, así se expone de forma clara en dicha resolución, sin embargo, a pesar de ello, se indica posteriormente que tiene omisiones y que no se aportan certezas sobre la viabilidad económica del contrato durante todo el plazo de ejecución.

Respecto al argumento tercero, referente a las instalaciones que no suponen un nuevo coste en el contrato cuya adjudicación se pretende, de tal forma que llama la atención que se solicite y se indique por parte del responsable, que si bien es cierto que la *“repercusión del coste de esa infraestructura en los gastos generales del contrato es procedente, (...) no aporta garantías sobre la viabilidad económica*

de la oferta”. En ningún momento en los pliegos se exige una garantía adicional en este sentido, motivo por el cual no es correcto que se requiera una garantía adicional que no se contempla en los pliegos.

Respecto a los argumentos cuarto, quinto, sexto y séptimo, señala que a lo largo del análisis de estos puntos y admitiéndose por el responsable que la información que ha sido aportada por Licuas S.A. es correcta, a su juicio no se añade ningún factor que favorezca la reducción de costes y que pueda ser tenido en cuenta de cara a la viabilidad económica de la oferta. Sin embargo, si dicha información es correcta, sí debe tenerse en cuenta para la viabilidad del contrato, ya que prueba la realidad de dicha consecución.

Concluye alegando que en el presente caso el juicio técnico no está suficientemente motivado y no responde a parámetros de razonabilidad y racionalidad, al no haberse examinado de modo crítico, por el responsable del contrato, cada uno de los aspectos que fueron justificados por Licuas S.A. en base a la documentación que sirvió de soporte para la justificación de la validez de la oferta presentada, que entendemos, a tenor de los hechos y fundamentos expresados en el presente recurso debe ser considerada como viable ya que no se acredita en forma o modo alguno que ponga en riesgo la viabilidad del contrato.

Por su parte, el órgano de contratación manifiesta que la Junta de Gobierno Local adoptó su acuerdo de rechazo en coherencia con la propuesta técnica elevada por la mesa de contratación que fue adoptada por mayoría (3 votos a favor del rechazo y 2 en contra) sobre la base de las consideraciones concurrentes en informe emitido por uno de sus vocales (responsable del contrato) de fecha 11 de mayo de 2023.

El informe añade *“En cuanto al pronunciamiento jurídico que corresponde emitir a esta Oficial Mayor en el presente momento y en virtud de los preceptos citados ut supra (fundamento de la emisión de este informe), debe resultar idéntico*

al constante en el informe jurídico emitido por esta Oficial en calidad de vocal (asesoría jurídica) de fecha 2 de junio de 2023 y sobre el que se solicitó que quedase como voto particular de la mesa en caso de no tomarse en consideración el mismo. A tal voto, se sumó en la votación el Sr. Presidente de la Mesa. El informe concluye que no se aprecia la concurrencia de motivos de rechazo del art. 149 de la LCSP, siendo que además que la oferta es la más ventajosa para el Ayuntamiento (no solo atendiendo al precio sino a las mejoras ofrecidas) y siendo que la empresa ha acreditado su especial posicionamiento de cara a la disposición de medios personales, materiales (esenciales en un contrato de servicio) y ha justificado concretos precios y ventajas con proveedores apuntando además a una relación entre los precios por los que ha sido retribuida hasta la fecha como adjudataria del anterior contrato y los precios tipo de salida (incrementados en un 24 %), acreditando todavía un posible beneficio del 8,9 % que aun podría no obtenerse por la empresa sin que fuera comprometida la viabilidad de la oferta presentada. Asimismo se significa que, conforme se alude en la Resolución n.º 718/2018 del TACRC requiere que la motivación de la inviabilidad de la oferta no se base en una afirmación apriorística sobre la imposibilidad de prestación del servicio”.

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 anomalía si están basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde una

perspectiva técnica, económica o jurídica”.

La doctrina consolidada respecto a la justificación de las oferta anormalmente bajas se puede resumir apelando a la Resolución de TACRC 530/2021, de 20 de mayo, que dice: *“Sobre este precepto, es constante la doctrina de este Tribunal (por todas, recogida en la Resolución nº 473/2020 que reproduce a su vez los argumentos de la Resolución nº 747/2019 y de otras anteriores,) que hace referencia a la discrecionalidad técnica del órgano de contratación a la hora de valorar la justificación aportada por el recurrente relativa a la justificación de su oferta:*

“La decisión, sobre la justificación de la viabilidad de las ofertas incursas en valores anormales o desproporcionados, corresponde al Órgano de Contratación, atendiendo a los elementos de la proposición y a las concretas circunstancias de la empresa licitadora y valorando las alegaciones del contratista y los informes técnicos emitidos, ninguno de los cuales tienen carácter vinculante. Como hemos reiterado en numerosas resoluciones, la finalidad de la Legislación de Contratos es que se siga un procedimiento contradictorio, para evitar rechazar las ofertas con valores anormales o desproporcionados, sin comprobar, antes, su viabilidad. No se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan, al órgano de contratación, llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo. En caso de exclusión de una oferta incursa en presunción de temeridad, es exigible que se fundamenten los motivos que justifiquen tal exclusión. Por el contrario, en caso de conformidad, no se exige que el cuerdo de adjudicación explicita los motivos de aceptación.

Como también señala la Directiva sobre Contratación Pública (Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero), en su artículo 69.3, ‘El poder adjudicador evaluará la información proporcionada, consultando al licitador. Solo podrá rechazar la oferta, en caso de que los documentos aportados no expliquen, satisfactoriamente, el bajo nivel de los precios o costes propuestos...’ (...) De otra parte, en la Resolución 786/2014, de 24 de octubre, citando la Resolución 677/2014, de 17 de septiembre, señalamos que ‘la revisión de la apreciación del órgano de contratación, acerca de la justificación de las ofertas incursas en presunción de temeridad, incide directamente

en la discrecionalidad técnica de la Administración y, a tal respecto, es criterio de este Tribunal (Resoluciones 105/2011 y las 104 y 138/2013) que la apreciación hecha por la entidad contratante del contenido de tales justificaciones, en relación con el de las propias ofertas, debe considerarse que responde a una valoración de elementos técnicos que, en buena medida, pueden ser apreciados, en función de parámetros o de criterios cuyo control jurídico es limitado. Aun así, hay aspectos que, aun siendo difíciles de controlar jurídicamente, por venir determinados por la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, pueden y deben ser revisados por el Tribunal. Tal es el caso de que, en una oferta determinada, puedan aparecer síntomas evidentes de desproporción que impidan, sin necesidad de entrar en la apreciación de criterios puramente técnicos, la ejecución del contrato en tales condiciones'. Continúa la Resolución 786/2014 declarando que para desvirtuar la valoración realizada por el Órgano de Contratación en esta materia, será preciso que el recurrente ofrezca algún argumento que permita considerar que el juicio del Órgano de Contratación, teniendo por justificadas las explicaciones dadas por el licitador, cuya oferta se ha considerado, inicialmente, como anormal o desproporcionada, resulta infundado o a apreciar que se ha incurrido, en ese juicio, en un error manifiesto y constatable...".

De todas estas resoluciones debemos extraer que cuando el órgano de contratación viene a admitir la oferta incurso 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 incurso 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 al adjudicatario, 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 suficiente 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, procede destacar las contradicciones evidentes entre el informe técnico de rechazo de la oferta de Licuas S.A. y el informe emitido por el órgano de contratación en base al artículo 56 de la LCSP en el que se manifiesta que la viabilidad de la oferta está plenamente justificada y, por consiguiente, debería ser admitida a la licitación.

La argumentación recogida en el informe al recurso es coincidente con los criterios de justificación recogidos en el informe del Licuas S.A., por lo que, si bien no estaríamos ante un supuesto de allanamiento en sentido estricto, sí se muestra favorable a acoger las tesis de la recurrente.

Por otro lado, el informe técnico sobre la justificación de la oferta incura en presunción de anormalidad concluye *“Si bien es cierto que la argumentación justificativa está bien construida y ha de tenerse en cuenta parcialmente como aval de una reducción de costes, con el análisis pormenorizado del conjunto de los puntos y consideraciones adicionales incluidos en este informe y teniendo en cuenta la incertidumbre que añaden los factores determinantes de inflación, volatilidad de precios actual en energía y suministro de materiales y su proyección a futuro –el contrato tiene una duración posible de tres años-, NO SE PUEDE CONSIDERAR SUFICIENTEMENTE JUSTIFICADA la viabilidad económica del cumplimiento del contrato con la baja ofertada”.*

Como puede apreciarse, si bien es cierto que el informe es exhaustivo, en gran medida se está basando en aspectos hipotéticos basados en incertidumbres referidas a inflación y volatilidad de precios que pueden no producirse en un futuro, reconociendo por otro lado, que la justificación está bien construida.

Finalmente debe considerarse, que, de acuerdo con los cálculos realizados, la baja anormal se encuentra en un 25,52%, siendo la baja ofertada por la recurrente del 27,15%, por tanto, un 1,6%.

Todas estas circunstancias, lleva a considerar conveniente la estimación del recurso, en aras de favorecer la máxima concurrencia, ya que el órgano de contratación, con las argumentaciones contradictorias, no justifica debidamente la inviabilidad de la oferta de la recurrente.

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 Licuas S.A. contra Decreto de la Alcaldía del Excmo. Ayuntamiento de Coslada, 7 de junio de 2023, en virtud del cual se acuerda rechazar la oferta presentada por la recurrente incurso en presunción de anormalidad, para la contratación del “servicio de mantenimiento, conservación y reparaciones de la vía pública de Coslada”, al expediente nº 2022/23, procediendo la retroacción de actuaciones al momento previo a su exclusión, admitiéndola a la licitación y continuando el procedimiento en los términos que legalmente procedan.

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 acordada por este Tribunal con fecha 29 de junio de 2023.

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.