

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

En Madrid, a 28 de febrero de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don F.A.G., en representación de la empresa FERROVIAL AGROMAN S.A., contra la Resolución del Viceconsejero de Sanidad de 20 de diciembre de 2018 por la que se excluye a la empresa recurrente y se resuelve la adjudicación del contrato de obras “Obras de construcción del nuevo bloque quirúrgico del Hospital General Universitario Gregorio Marañón de Madrid”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El anuncio del contrato de referencia se publicó en el DOUE de fecha 31 de agosto de 2018 y en el BOCM de 7 de septiembre de 2018. Así mismo, se publicó en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el 4 de septiembre de 2018.

El valor estimado de contrato asciende a 17.063.994,63 euros. El plazo de ejecución es de 22 meses.

Segundo.- Interesa destacar a los efectos de resolver este recurso que la cláusula 10 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares dice: *“En el estudio técnico de viabilidad económica realizado por el Órgano de Contratación, se entiende como asumible, un porcentaje de rebaja máxima respecto del precio de licitación de un 5%, sin que esta situación suponga una merma en la calidad técnica requerida. Se entiende como propuesta incurso en anormalidad aquella cuyo porcentaje de baja respecto al precio de licitación supere el 5%”.*

Tercero.- A la presente licitación se presentaron 9 empresas. Tras la tramitación del procedimiento de licitación y en la fase de conocimiento de las ofertas económicas se observa que la oferta presentada por la recurrente se encuentra incurso en baja anormal al superar su oferta económica el límite establecido en el PCAP como baja anormal o desproporcionada, procediéndose a requerir la justificación de viabilidad de la oferta según lo establecido al efecto en el artículo 149 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Con fecha 16 de octubre de 2018, la recurrente presenta la justificación de viabilidad de su oferta que es informada el día 17 de octubre. Con fecha 29 de octubre de 2018 la Mesa de Contratación considera que no se ha justificado adecuadamente la baja anormal o temeraria que llegaba al 9,05%, proponiendo no tenerla en consideración. Mediante Resolución del Viceconsejero de Sanidad de fecha 20 de diciembre de 2018, se rechaza la oferta presentada por la recurrente por considerarla inviable y se adjudica el contrato a la empresa SACYR INFRAESTRUCTURAS S.A., notificándose dicho acuerdo a la interesada el 21 de diciembre de 2018.

Cuarto.- El 10 de enero de 2019 tuvo entrada en el registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de FERROVIAL AGROMAN S.A., en el que solicita dejar sin efecto la Resolución por la que se adjudica el contrato y retroacción de las actuaciones al momento en que se propuso la exclusión de su oferta.

El 22 de enero de 2019 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al interesado, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones. Finalizado el plazo no se han recibido alegaciones formuladas por el adjudicatario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 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 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 especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 20 de diciembre de 2018, practicada la notificación el 21 de diciembre de 2018, e interpuesto el recurso, ante este Tribunal el 10 de enero de 2019, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acuerdo de adjudicación, en el marco de un contrato de obras cuyo valor estimado es superior a 3.000.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso, la recurrente alega tres motivos de impugnación:

- Incumplimiento del artículo 149.4 de la LCSP en la solicitud de la justificación de la inviabilidad de la oferta.
- Utilización de un criterio inadecuado para determinar la temeridad de la oferta.
- Indebida exclusión de la oferta al haber justificado adecuadamente su viabilidad.

Respecto al primer motivo alega que la mesa de contratación debió pedir justificación sobre aquellas condiciones de la oferta susceptibles de determinar el bajo nivel del precio o costes de la misma conforme al artículo 149.4 de la LCSP y, en particular, en lo que se refiere a los siguientes valores:

- “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.”*

Señala el recurrente que la mesa de contratación no actuó de esta manera, y remitió a mi representada una solicitud genérica de acreditación documental de la defensa y viabilidad de la oferta, sin precisar aquellas partes que pudieran dar lugar a la inviabilidad de la oferta, lo que ha generado una situación de indefensión de mi representada, contraria al ordenamiento jurídico.

A este respecto hay que señalar que la notificación, aun cuando no concreta con toda la claridad las condiciones de la oferta que sean susceptibles de determinar el bajo nivel de precios, concede un plazo de cinco días para que acrediten la viabilidad de la oferta en los términos del artículo 149.4 de la LCSP sin que se aprecie indefensión por parte del recurrente, como lo prueba la prolija documentación que remitió al objeto de acreditar la viabilidad de la oferta.

Por ello, este motivo debe ser desestimado.

Respecto al segundo motivo de impugnación, el recurrente alega que *“De lo anterior resulta, de manera evidente, que existen varias ofertas que han ampliado el periodo de garantía por encima de los 10 años, lo que supone un importantísimo sobrecoste, dado que muchos de los equipamientos, tienen una vida inferior, lo que provocará la necesidad de asumir el cambio de dichos equipos.*

Sin duda alguna, lo realmente pretendido por el órgano de contratación, aunque no se recoja en el PCAP, es disuadir a los licitadores de realizar unas bajas superiores al 5% establecido en el Pliego, y por el contrario primar la ampliación, sin límites, del periodo de garantía.

Así, el PCAP establece como criterios de adjudicación, por un lado, una fórmula de ponderación (70 puntos), en el que la asignación de puntos se efectuara proporcionalmente a la oferta económica de los licitadores, de acuerdo con la fórmula que allí se contiene, recogándose el umbral de temeridad anteriormente transcrito.

Y por otro, en los criterios técnicos (30 puntos) bajo el concepto ampliación del periodo de garantía “se puntuará dando el mayor valor al que oferte más meses de garantía, adicional de obra correspondiente con el objeto de esta contratación y distribuyendo la puntuación del resto de forma proporcional.”

No existiendo más criterios de adjudicación, se evidencia, sin ningún género de dudas, que al final nos encontramos con dos criterios económicos, lo que se traduce en que esta licitación, en la práctica, tiene un único criterio de adjudicación, el económico, constituyendo lo que antes se denominaba subasta y ello como consecuencia de que la ampliación del plazo de garantía únicamente tiene

consecuencias económicas, que debe ser tenidas en cuenta a la hora de valorar la justificación de viabilidad de la oferta, y que en el caso que nos ocupa no ha sido así, ya que tan solo se ha valorado, lo relativo al precio ofertado”.

Lo que está planteando el recurrente es que el órgano de contratación debería haber tenido en cuenta el coste económico de la ampliación del plazo de garantía a efectos de considerar la incursión en temeridad de la oferta.

Plantea, por tanto, una discrepancia respecto a la interpretación de los PCAP, a la hora de determinar la baja temeraria.

En este sentido la cláusula 10 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares dice: *“En el estudio técnico de viabilidad económica realizado por el Órgano de Contratación, se entiende como asumible, una un porcentaje de rebaja máxima respecto del precio de licitación de un 5%, sin que esta situación suponga una merma en la calidad técnica requerida. Se entiende como propuesta incurra en anormalidad aquella cuyo porcentaje de baja respecto al precio de licitación supere el 5%”.*

La cláusula que regula la temeridad de las ofertas resulta clara y diáfana de su simple interpretación literal, referenciándola únicamente al precio del contrato y no como pretende la recurrente a la extensión del periodo de la garantía.

No se pone en duda las consecuencias económicas que la extensión del periodo de garantía lleva aparejadas, pero considerar en base a ello que los Pliegos establecen un criterio único de adjudicación, integrando el precio y valoración de los costes de ampliación del periodo de garantía, supone realizar un interpretación arbitraria de los Pliegos, máxime considerando que sería inviable su aplicación ya que no se establece ningún criterio en ese sentido para determinar cuándo una oferta estaría incurra en temeridad.

Por otro lado, el propio recurrente no aporta la más mínima justificación económica del coste que supone la extensión del periodo de garantía y su repercusión en el precio total de la obra, por lo que su planteamiento pudiera tener un interés teórico pero sin ninguna trascendencia práctica para el caso que nos ocupa.

A este respecto, debe recordarse que los Pliegos deben considerarse aceptados expresamente por el licitador al hacer su proposición, constituyendo la ley del contrato y vinculan tanto a la Administración contratante como al licitador.

El artículo 139 de la LCSP establece *“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”*.

En su caso, si no consideraba ajustada a Derecho el criterio de temeridad recogido en los PCAP en su Cláusula 10, debería haber procedido a su impugnación en tiempo y forma.

Por todo ello, este motivo debe ser desestimado.

Respecto al tercer motivo de impugnación referido a la indebida exclusión por falta de justificación de la baja temeraria, hay que manifestar que 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, rechazar 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 parezca anormalmente baja 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 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 que 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, siendo la más reciente la nº 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 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.

La justificación de viabilidad efectuada por la recurrente se basaba en los siguientes puntos:

1.- Unidades de obra presentadas por FERROVIAL:

El órgano de contratación en su informe consideró que su análisis se ha constatado que el desglose de precios descompuestos presentados no tiene la coherencia necesaria con los requerimientos de las unidades del proyecto, basándonos en:

- Se ha detectado que hay casos en que las ofertas presentadas en el anejo nº 9 superan el valor de lo presupuestado en el anejo nº 2, por lo que la afirmación de FERROVIAL AGROMAN, S.A. que asegura que se ha basado en las ofertas de las distintas partidas para confeccionar su presupuesto no acredita la viabilidad de su oferta ya que han reflejado precios inferiores a los precios que presentan sin justificación alguna. Véase como ejemplo el capítulo 1 “Demoliciones” que en la oferta de FERROVIAL AGROMAN, S.A. asciende a 270.915,36 €, la oferta presentada de la empresa PERFOX, S.L. es de 276.388,54 €

A este respecto el recurrente en su justificación manifiesta la ambigüedad de las afirmaciones y que se pretende elevar el ejemplo a categoría general, combatiendo una parte nimia de la justificación de la oferta. Señala que realizó una estimación unidad de obra a unidad de obra de dicho capítulo resultando un coste un 2,02 % menor que la oferta del proveedor mencionado. Teniendo en cuenta que dicha oferta se elaboró por el proveedor, para el estudio, sin competencia y sin negociación, por lo que se entiende que dichos costes serán rebajados en un porcentaje superior al 2,02 %, máxime cuando no deben tenerse en cuenta los

gastos de gestión y beneficio previsto por el proveedor, ya que al realizarse con medios propios suponen un ahorro.

En este supuesto, las alegaciones de la recurrente no desvirtúa el análisis realizado por el órgano de contratación, ya que la pretendida bajada de coste reviste un carácter meramente teórico, en cuanto de basa en suposiciones de futuro.

- Las ofertas de los distintos subcontratistas del anejo nº 9 en general y muy particularmente en los capítulos de instalaciones no tienen contempladas las ayudas necesarias para llevar a cabo las unidades de obra y son meramente reproducidas en su oferta de licitación y sin embargo estas ayudas deben ser aportadas a las empresas subcontratistas por FERROVIAL AGROMAN, S.A. Véase como ejemplo el capítulo 24 “Transporte” en la que el precio del anejo nº 2 es literalmente el mismo que el del ofertante FAIN, y sin embargo en la descripción de la unidad sí las incluye. Quiere esto decir que hay un coste de ejecución en mano de obra de ayudas no contemplado en la oferta, que aumentaría el precio que puede ascender a un 3% del valor de las ofertas de los distintos instaladores.

A este respecto, el recurrente manifiesta que las ofertas que se han tomado como referencia para determinar el coste de ejecución, se formularon por los proveedores sin competencia y sin haber sido objeto de negociación para obtener una rebaja sobre las mismas, con lo que cuando se realice esto, se producirá un ajuste a la baja en dichos precios. Así se estima que existe un margen suficientemente amplio para su realización en el coste ofertado.

En cuanto a las ayudas necesarias, se ha considerado por parte de esta empresa en sus estimaciones de personal a disposición de la obra, la asignación de oficiales y peones necesarios para la realización de dichas ayudas, lo que evidentemente tiene un coste muy inferior al que resultaría de realizar dichas ayudas por empresas especializadas en sus trabajos específicos y que normalmente no disponen de dichos medios para realizar estos trabajos.

En cuanto a la estimación que se realiza en el informe, de que dichas ayudas aumentarían el precio en un 3 %, esto no es sino una suposición realizada por el informante, carente de cualquier prueba o elemento de comprobación, y en base a la experiencia de mi representada, supone un porcentaje absolutamente disparatado.

Las afirmaciones realizadas por el recurrente “(...) *la baja de las ofertas está sujetas a la negociación con los proveedores etc.*” dan un carácter puramente teórico de la justificación sin que quede desmentido el aumento de precio en un 3% planteado por el órgano de contratación en su informe.

- En diversas partidas se ha detectado que los remates finales de terminación de la unidad no son realizados por la empresa subcontratista que oferta, lo que daría lugar a un incremento del precio y sin embargo no queda reflejado en el precio de ejecución de la licitación. Véase como ejemplo en el capítulo 11 “Carpintería exterior” en la oferta presentada por “Carpintería de Aluminio Avenida Alpe, S.L.” asciende a un total de 173.523,44€, coincidente exactamente con la oferta de FERROVIAL AGROMAN, S.A., y en la de la oferta de la subcontrata consta expresamente que los remates exteriores de chapa no se incluyen por lo que esta unidad debería haber sido incrementada en la oferta para poder ser totalmente ejecutada, o por ejemplo en el capítulo 6 “Albañilería” las unidades referentes a la tabiquería o falsos techos de pladur están copiados literalmente en la oferta de FERROVIAL AGROMAN, S.A., y no incluye los remates posteriores a la ejecución de los trabajos de pladur, que se facturarían a un precio de 21€/h operario, que es muy elevado; tampoco está incluida la limpieza.

Por su parte el recurrente manifiesta que se evidencia desconocimiento del Proyecto, toda vez que dichos remates no deben ser ejecutados por el suministrador de la carpintería, ya que forman parte del capítulo referente a la fachada, y por tanto deben ser realizados por el proveedor de la fachada como así consta en el Proyecto.

También menciona un “ejemplo” dentro del capítulo 6 ALBAÑILERIA, en el que se dice que las unidades de tabiquería o falsos techos de pladur “no incluyen los

remates posteriores a la ejecución de los trabajos de pladur”. La necesidad de dichos remates sobre una unidad de obra terminada solo se puede deber a una ejecución defectuosa, que evidentemente FERROVIAL AGROMAN S.A. no permitiría, obligando a su correcta ejecución, o debido a daños producidos por otros participantes en la obra, bien mediante golpes o una incorrecta ejecución de sus unidades de obra, en este caso FERROVIAL AGROMAN S.A. procedería, en su caso, a su reparación y después repercutiría dicho coste sobre la empresa responsable de los daños.

En este caso, ambas partes están discrepando sobre cuestiones objetivas que de forma razonable y proporcionada el informe de los servicios técnicos analiza para, en su caso, detectar las posibles mermas en la calidad de la obra derivada del hecho de no incluir todos los conceptos necesarios para la ejecución correcta y completa de la unidad así como sus implicaciones.

- Existen unidades de obra que no incluyen en su definición la totalidad de los materiales para su completa terminación. Véase como ejemplo en el capítulo 11 “Carpintería Exterior”, unidad número 11.01 que en la oferta de FERROVIAL AGROMAN, S.A., en el anejo 2, incluye el vidrio y sin embargo en la oferta de “Carpintería de Aluminio Avenida Alpe, S.L.” en la que se han basado para determinar el precio, especifica que no está incluido, siendo una puerta de cristal.

Por su parte el recurrente manifiesta que aunque se refiere en plural que existen unidades de obra, solo se ha encontrado una unidad en toda la oferta donde podría darse una supuesta contradicción.

Indica que las ofertas de los proveedores se usan como elemento de comparación para determinar el coste, por lo que nos remitimos a la oferta del proveedor GRUPSA, también incluida en el anejo 9 de nuestra justificación, donde dicha puerta también aparece con un precio unidad de 2.386 €/ud de suministro y 460 €/ud de montaje, por lo que el precio m² de dicha unidad sería de 254,11 €/m². Al realizar el estudio de costes se consideró que, dado que se disponía de ofertas de

proveedores obtenidas sin competencia y sin negociación, arrojaban precios muy similares, siendo perfectamente asumible un coste de 228,70 €/m².

Nuevamente el recurrente acude en este apartado a justificaciones teóricas basadas en que dado que la oferta se realizó sin negociación con proveedores, esta será inferior cuando se llevase a cabo dicha negociación, sin considerar que dada la coyuntura del mercado de la construcción y la volatilidad del mismo pudiera suceder precisamente lo contrario.

- No existe seguridad de que las ofertas de las diferentes subcontratas incluyan la ejecución de los trabajos en horario nocturno, tal y como viene reflejado en el Proyecto de Ejecución para asegurar y mantener la continuidad de la actividad asistencial del centro. El órgano de contratación cita como ejemplo la oferta presentada por la empresa “Vhideas, S.A.” donde tras ofertar el suministro e instalación de pavimentos o revestimientos y ser éste el precio coincidente con el de la licitación de FERROVIAL AGROMAN, S.A. en las condiciones de la oferta específica que los trabajos a realizar serán en horario laboral diurno, no festivo ni fin de semana y los precios coinciden exactamente con los ofertados.

Por su parte el órgano de contratación señala que es compromiso de FERROVIAL AGROMAN S.A., la realización de los trabajos en fines de semana, festivos y horario nocturno, siempre que sea necesario para mantener la actividad asistencial, si bien resulta ilustrativo cómo pretende reprochar el informe esta cuestión, cuando se trata de una eventualidad.

Debemos recordar una vez más que se han incluido en el anejo nº 9, una relación de ofertas de proveedores para la realización de los trabajos incluidos en el Proyecto, sin que hasta el día de hoy se haya producido una negociación y por tanto un acuerdo contractual entre FERROVIAL AGROMAN S.A. y dichos proveedores.

En dicha negociación se incluirá el compromiso del proveedor, y los medios a emplear por FERROVIAL AGROMAN S.A. para hacer cumplir dicho compromiso, de

realizar los trabajos necesarios para mantener la actividad asistencial en el horario que indique la Gerencia del HGU GREGORIO MARAÑÓN, sin que ello tenga por qué incrementar el coste de los trabajos.

En este supuesto el recurrente no desmiente las observaciones del órgano de contratación, aunque las considera una eventualidad. Sigue supeditando a las negociaciones con los proveedores la oferta presentada, lo que lo sitúa en el plano de la hipótesis.

- No se puede asegurar que las ofertas presentadas vayan a poder mantenerlas en el tiempo de duración de la obra; se ha observado en algunas ofertas como por ejemplo la oferta de “Avaplac S.L.” de tabiques y falsos techos de pladur en la que expresamente se indica que los precios del presupuesto pueden cambiar según variaciones del acero en el mercado internacional por lo que podría variar a la hora de ejecutar la unidad de obra.

Por su parte el recurrente manifiesta que es el resultante de una oferta puntual, y que no es sino una reserva para la contingencia de un incremento o decremento anormal y desproporcionado, que daría lugar a la aplicación la cláusula *rebus sic stantibus*, que permite el desistimiento del contrato si, el mismo, no es objeto de reequilibrio, algo que resultaría de aplicación aunque no lo prevea el contrato, al ser *ius cogens*. A mayor abundamiento FERROVIAL AGROMAN S.A., tiene actualmente en ejecución en el entorno, del informe de justificación de la oferta económica, más de 50 obras en ejecución en el ámbito de Madrid, donde se realizará esta obra, en las que se produce las compras de acero en unas condiciones que mejoran el mercado como consecuencia del mayor volumen.

En este caso, hay que señalar que la justificación de la reducción de costes sin detrimento de la calidad no se puede fundamentar en hipótesis de futuro y en particular en la indefinición de un precio como el acero que repercutirá de forma significativa en el precio de la obra. La oferta realizada por la empresa proveedora en una partida tan significativa queda claramente indefinida, pues dada la coyuntura

del mercado podría tener variaciones importantes que afectasen a la vialidad de la oferta.

- Se ha observado que determinados productos ofertados no son equivalentes en calidad a los requeridos en proyecto. Por ejemplo en el capítulo 15 “Pinturas y revestimientos de acabados” en las unidades 15.04 y 15.07 la calidad ofertada por “Carboimpact” no se corresponde a lo requerido en el Proyecto de Ejecución o en el capítulo 24 “Transporte”, donde manifiestan conseguir un 27,17% de ahorro, los ascensores especificados en proyecto son de una primera marca -Kone- y las ofertas que ellos presentan son ascensores de segundo nivel -Fain-, que aunque aparentemente cumplan las condiciones, los componentes electrónicos, eléctricos, mecánicos, etc., no son de igual calidad, lo que nos lleva a comprender que al bajar las calidades los precios sean inferiores.

El recurrente señala que en dichas unidades el Proyecto especifica una protección realizada con material de policarbonato de 2 mm de espesor y se especifica una marca comercial “ACROVYN”, dándose la circunstancia de que dicha marca comercial no dispone de material de policarbonato, y el espesor máximo al que llegan sus protecciones es de 1,5 mm.

Debido a estas deficiencias detectadas en el material de dicha casa comercial, es por lo que se decidió que era más importante para el uso y durabilidad en la utilización diaria del Hospital mantener las especificaciones de material, que del nombre comercial propuesto.

Se afirma a este respecto que los ascensores especificados en el proyecto son de primera marca -Kone- y la calificación de los ascensores ofertados “son ascensores de segundo nivel -Fain- que, aunque aparentemente cumplan las condiciones, los componentes electrónicos, eléctricos, mecánicos, etc., no son de igual calidad”. La designación de una marca concreta vulnera la normativa de contratación, dándose además la circunstancia que tal afirmación no se corresponde con la realidad del mercado en España, por cuanto FAIN resulta ser una marca de

reconocido prestigio, con un gran número de instalaciones en las que no solo presta sus servicios como instalador, sino también como mantenedor.

A este respecto, hay que señalar que en ningún caso se está exigiendo marca comercial concreta, sino unos estándares de calidad. El recurrente se justifica en el mantenimiento de unas prestaciones, lo que difiere del concepto de calidad que está ligada a marcas de mayor prestigio de sobra conocidas por los especialistas del sector.

• En lo que se refiere al uso de recursos humanos propios analizamos uno de los capítulos con mayor diferencia económica en la que alegan que reducen los costes porque usan mano de obra propia: Capítulo 3 “Saneamiento” y entresacamos varios ejemplos al azar:

- La unidad 03.01.01.01 en la que en el proyecto de ejecución tenemos un rendimiento para la unidad de mano de obra de 0,656h de peón ordinario para hacer un m³ de excavación en zanja en terreno duro en la justificación del anejo 2 el rendimiento es únicamente 0,04h de peón para hacer el mismo trabajo, entendiendo que el tiempo estimado en el presupuesto de licitación, 2,4 minutos, frente al tiempo estimado en el Proyecto de Ejecución, 39,36 minutos es imposible de ejecutar (...).
- En la unidad 03.01.01.02 en el Proyecto de Ejecución se requieren 0,985h de peón ordinario y sin embargo ellos alegan un rendimiento de 0,06h.
- En la unidad 03.01.01.03 en la que en el proyecto de ejecución tenemos un rendimiento de mano de obra de 1,313 h de peón ordinario para hacer un m² de relleno compactado de zanja utilizando un camión dumper y un pisón compactador y sin embargo en la justificación del anejo 2 el rendimiento es únicamente de 0,60 h de peón para hacer el mismo trabajo sin especificar la maquinaria que usa, a lo que hay que añadir que le faltan materiales que aparecen en el proyecto y que en la justificación no se contemplan.

Esta situación, según el órgano de contratación se repite continuamente en las diferentes partidas con mano de obra propia, que no solo disminuyen el coste de la mano de obra, sino también el rendimiento en tiempo del coste de ejecución.

Estos cálculos llevan a una reducción substancial en el capítulo que no tiene fundamento puesto que aunque el coste de la mano de obra podría teóricamente reducirse, situación que no ha quedado satisfactoriamente justificada, el tiempo de ejecución de los trabajos, en ningún caso debe reducirse.

Por su parte, el recurrente manifiesta que *“es importante resaltar que hace una estimación de costes (incluyendo rendimientos) de cada una de las partidas del Proyecto en base a su conocimiento y experiencia en la ejecución de obras de carácter sanitario y asistencial y con las características de ejecución de esta obra en particular (obra en el centro de una ciudad, hospital en funcionamiento etc...) sin prestar atención a las distintas bases de rendimiento que existen (Proyecto, Bases de Precios de los distintos organismos etc.) por lo que ocurre que no existe un criterio uniforme en cuanto a la diferencia de precios con el proyecto. Como comprobación de esta afirmación sirva como ejemplo que la diferencia en importe de los capítulos entre Proyecto y la estimación de FERROVIAL AGROMAN SA va desde una reducción del importe de un 43,32 %, hasta una estimación superior en un 114,48 %”*.

A este respecto, hay que señalar que no se justifica cómo se consigue hacer el mismo trabajo contemplado en el proyecto en tiempos inferiores. La minoración de los costes de mano de obra no puede fundamentarse en la reducción de unos rendimientos teóricos, cuestionándose cómo puede realizarse la misma unidad en menor tiempo. El recurrente se aparta de los rendimientos y de la base de precios confeccionada, en base a su experiencia, por el órgano de contratación que le ha permitido la viabilidad de los proyectos licitados.

2- Mejores precios de compra.

A este respecto el recurrente señala que *“El control de costes está avalado por las ofertas de suministro y que, en determinados casos, forman parte de contratos en vigor con firmas comerciales”*.

“Los precios considerados en nuestros costes están ampliamente contrastados y se encuentran soportados por ofertas de proveedores y también por los acuerdos marco vigentes que tiene con algunos proveedores y que, en algunos capítulos, se han tenido en consideración en nuestro estudio. Dichos acuerdos marco representan una significativa mejora sobre los precios que obtienen nuestros competidores, y responden al gran volumen de facturación de la empresa”.

Por su parte, el órgano de contratación señala, que la argumentación referente a que tanto su estructura de empresa como su gran volumen de facturación les permiten tener mejores precios que sus competidores es gratuita por parte de la empresa al desconocer el precio al que compran el resto de los licitadores, que por ende son empresas de la misma envergadura, con un volumen de negocio equiparable. El licitador no asegura en absoluto que pueda impedir la subida de precios de los materiales, simplemente asegura que gestiona mejor que los demás. La única forma de garantizar que esta partida no sufra variaciones en los precios es que certificara que tiene acopio suficiente de materiales destinado a la ejecución de la obra.

En este sentido, se considera razonable la argumentación realizada por el órgano de contratación, ya que es insuficiente la justificación basada en una mejor posición en el mercado que sus competidores y su cifra de negocio.

3- Costes indirectos.

El recurrente en su justificación advierte que para el cálculo del importe de la oferta se ha considerado dentro de los gastos indirectos, coste nulo, para el alquiler de medios auxiliares que intervienen en los trabajos, así como, casetas de oficinales, almacenes, vestuarios, comedores con todo su equipamiento y mobiliario, pequeña maquinaria, vallas metálicas etc., que, por ser propiedad de su parque de maquinaria se encuentra totalmente amortizado.

Por su parte el órgano de contratación manifiesta que en ningún lado queda justificada una relación de la totalidad de maquinaria, herramientas, medios auxiliares, etc. y que la totalidad de ellos estén totalmente amortizados y vayan a mantenerse durante la totalidad de la obra, para no necesitar una previsión de gastos de reposición de maquinaria o herramientas que se deterioren, rompan o pierdan (tasa de reposición).

En apoyo de su tesis trae a colación la Resolución 2014/2016 de este Tribunal donde se señala *“el hecho de que algunas de las partidas de gastos del contrato vayan a ser asumidas por la empresa, con sus propios medios, no exime de que deban aparecer descritas en la justificación y que se calcule su coste, porque además ese coste debe minorar el beneficio previsto de la empresa y de ahí que deban cuantificarse. Esto significa que la justificación aportada adolece de omisiones que pueden tener una repercusión económica importante en el precio de la oferta y que debieron haberse observado por los técnicos a la hora de decidir sobre la viabilidad de la misma y su admisión”*.

A todo ello, el órgano de contratación hace referencia al artículo 130 del RD 1098/2001, donde se señala lo que constituyen costes indirectos de una obra.

Aplicando lo anterior a la justificación de la recurrente, resulta que, para la ejecución de la obra de este expediente no justifica, según el órgano de contratación pese a ser inevitable, gasto alguno relativo a:

- El mantenimiento propio del parque de maquinaria.
- El salario del encargado/os de obra, el jefe de obra, el/los administrativo/s de obra, etc.
- El mantenimiento de los equipos.
- El transporte a la obra.
- El montaje y desmontaje de las casetas de obra.
- Los seguros de mantenimiento de equipos.
- La luz, el agua y el teléfono de obra.
- Las fuentes de energía para el funcionamiento de los equipos (parque móvil, equipos de soldadura, gasoil para motosierras).
- Seguros de uso de maquinaria.

Aplicando la doctrina de este Tribunal señalada anteriormente se considera correcta la apreciación realizada por el órgano de contratación.

4- Uso de maquinaria y medios auxiliares propios.

El órgano de contratación manifiesta que no acredita, de ninguna manera, que el uso de maquinaria y medios auxiliares propios suponga un ahorro frente al alquiler, pues la amortización de la maquinaria, su mantenimiento, el mantenimiento de parques de maquinaria dónde alojarlas etc. tiene unos gastos que se pueden asemejar al coste de alquiler. Todo ello, teniendo en cuenta que, la práctica habitual en las empresas constructoras es el alquiler por el abaratamiento de los costes que ello supone al no tener que mantener los equipos, almacenarlos, amortizarlos, reponerlos etc. y en otro orden de cosas, hay casos en que el uso de maquinaria propia implica la necesidad de recursos humanos que manejen la maquinaria, comprobándose que éstos no están reflejados en los precios descompuestos presentados en la licitación, lo que supone un aumento de precio de las diferentes unidades.

Por su parte el recurrente afirma que en lo concerniente al uso de maquinaria y medios auxiliares propios, el informe reprocha que no se acredita que resulte un

ahorro el uso de maquinaria propia, frente a la arrendada, algo que entendemos resulta contrario al sentido común, como también lo resulta el afirmar que no se ha previsto el coste del personal que maneja la maquinaria, cuando se ha incluido un coste de personal de 1.121.726,07 euros tal y como se especificó en el anejo nº 3 del informe de justificación de la oferta.

Respecto a este punto, hay que señalar que la afirmación del recurrente no va avalada por una comparación de los costes de mantenimiento en el tiempo y reposición de maquinaria propia frente a la de alquiler.

5- Beneficio industrial limitado al 1%.

A este respecto, el órgano de contratación manifiesta que, en su justificación, el recurrente señala lo siguiente:

“(...) nos vemos obligados a asistir a /as licitaciones con un beneficio industrial prácticamente nulo, en este caso de un 1%. Únicamente, la contratación con beneficios muy ajustados nos permite mantener la estructura esencial de la empresa, objetivo a perseguir en las circunstancias actuales de mercado”.

Sin embargo, según el órgano de contratación esto se contradice con el anejo 12 “Informe de Gestión del año 2017” adjunto a la justificación presentada, donde declaran una estrategia de contratación selectiva priorizando la rentabilidad y generación de flujo sobre volumen de contratación, como estrategia básica de gestión de la empresa, estrategia que les ha llevado a alcanzar un margen de explotación de un 8,4% y que, a pesar de las circunstancias que alegan de adversidad en el mercado, les ha llevado a hacer un reparto de dividendos en el año 2017 de 100 millones de euros.

Por tanto, plantear un 1 % de beneficio industrial habiendo dejado de justificar partidas tan importantes para la viabilidad de la oferta como las aquí planteadas, puede dar lugar a una situación en la que la obra resulte inviable y se paralice por

entrar la empresa en déficit, lo que originaría al hospital un daño irreparable, máxime teniendo en cuenta que, la ejecución de este nuevo bloque quirúrgico se va a realizar ante una situación de urgencia. Pues bien, el margen del 1 % que el propio licitador propone como beneficio (150.000 euros en dos años, 75.000 euros anuales) es, manifiestamente insuficiente, para asegurar que puede soportar el riesgo y ventura en la ejecución del presente contrato en la que pueden incidir múltiples variantes sobrevenidas, tanto internas como externas, que afecten a sus costes con todo lo que ello puede suponer.

En este supuesto, hay que señalar que la estimación de un 1% de beneficio industrial unidas a las apreciaciones del órgano de contratación, hacer considerar de muy difícil acomodo cualquier variable de futuro que incida y reduzca el beneficio industrial.

6- Respecto de la utilización de recursos humanos propios, el órgano de contratación manifiesta que el precio de la mano de obra que viene reflejado en el informe presentado por FERROVIAL AGROMAN, S.A. no está acreditado en modo alguno, pese a que es una cantidad definida al momento de cuantificar el precio ofertado en este expediente y que debería haber sido justificada en base a los salarios que la empresa está pagando a su personal (Convenio Colectivo de Empresa, antigüedad de los trabajadores, etc.), en aras de respaldar que estos costes son realistas y que permiten la viabilidad de la oferta. Sumado a todo esto, se debe tener en cuenta que la licitadora no asegura, de ninguna manera, que se vayan a mantener congelados los sueldos de su personal durante la ejecución de la obra. Por tanto, resulta imposible su estudio y análisis, y por tanto no está justificada su oferta.

El recurrente manifiesta que el informe reprocha que no se acrediten los salarios que la empresa está pagando a su personal y además que mi representada no acredita que los sueldos se vayan a mantener congelados durante toda la vida de la obra.

La única acreditación posible sería la de aportación de las nóminas del personal, lo que es contrario a lo establecido en materia de protección de datos. Por otro lado, entiende mi representada que ni ella, ni el resto de licitadores pueden asegurar que los salarios se vayan a congelar durante la ejecución de la obra.

Estas alegaciones no desvirtúan las observaciones realizadas por el órgano de contratación, considerando que la justificación de costes laborales puede realizarse sin necesidad de presentar las nóminas de los trabajadores y dada su importancia en la determinación de la oferta deben quedar justificados.

En fin, como señalan reiteradas Resoluciones del TACRC y de este mismo Tribunal, en caso de exclusión de una oferta incurra en presunción de temeridad es exigible que se fundamenten los motivos que justifiquen tal exclusión mediante una resolución “reforzada”. Como también señala la 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, la mesa de contratación entendió que la justificación aportada no explicaba de manera suficiente el bajo nivel de la oferta económica. A la vista de todas estas manifestaciones el Tribunal entiende que se ha seguido el procedimiento establecido para verificar la viabilidad de la oferta adjudicataria y no se advierte arbitrariedad alguna en la no aceptación de la misma por el órgano de contratación, por lo que este motivo debe ser desestimado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don F.A.G., en representación de la empresa FERROVIAL AGROMAN S.A., contra la Resolución del Viceconsejero de Sanidad de 20 de diciembre de 2018 por la que se excluye a la empresa recurrente y se resuelve la adjudicación del contrato “Obras de construcción del nuevo bloque quirúrgico del Hospital General Universitario Gregorio Marañón de Madrid”.

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 de la tramitación del procedimiento previsto 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.

EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL