

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

En Madrid, a 29 de agosto de 2019

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.A.V., en representación de la mercantil Compañía Internacional de Construcción y Diseño, S.A, contra el decreto del Concejal de Distrito de Retiro del Ayuntamiento de Madrid por el que se adjudica el “Acuerdo Marco de las obras de reforma, reparación y conservación del conjunto de edificios y espacios públicos” cuya competencia corresponde al Distrito de Retiro del Ayuntamiento de Madrid (4 lotes) a adjudicar por procedimiento abierto, para el lote 2, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** El anuncio de licitación se publicó el 24 de abril de 2019, en la Plataforma del Sector Público. Así mismo se publicó en el DOUE de fecha 29 de abril.

El valor estimado es de 8.647.933,89 euros y un plazo de ejecución de 2 años.

**Segundo.-** Con fecha 24 de julio de 2019, la representación de Compañía Internacional de Construcción y Diseño, S.A. presentó recurso especial en materia de contratación contra el decreto del Concejal de Distrito de Retiro del Ayuntamiento de

Madrid por el que se adjudica el “Acuerdo Marco de las obras de reforma, reparación y conservación del conjunto de edificios y espacios públicos” cuya competencia corresponde al Distrito de Retiro del Ayuntamiento de Madrid (4 lotes) a adjudicar por procedimiento abierto, para el lote 2, al considerar que la justificación de la oferta presentada por la adjudicataria que estaba incurso en presunción de temeridad, no estaba suficientemente motivada y por tanto debió ser excluida de la licitación.

**Tercero.-** En aplicación 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) se ha dado traslado del recurso al órgano de contratación, que envió el expediente y el informe con fecha 2 de agosto de 2019.

**Cuarto.-** La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, 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 se han recibido alegaciones oponiéndose a la estimación del recurso en los términos que se expondrán posteriormente.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

**Segundo.-** El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo de adjudicación fue publicado el 3 de julio de 2019, y el recurso se interpone el 24 de julio dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1. c) de la LCSP.

**Tercero.-** El acto es recurrible, al tratarse de la adjudicación de un acuerdo marco, de

conformidad con el artículo 44.1.b) y 44. 2.c) de la LCSP.

Obras cuyo valor estimado es superior a 3.000.000 de euros.

**Cuarto.-** El recurrente está legitimado para interponer recurso especial en base al artículo 48 de la LCSP que establece que podrán interponer el recurso especial cualquier persona física o jurídica *“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”*. Se trata de un licitador clasificado en segundo lugar.

Así mismo ha aportado la representación necesaria para la interposición del recurso.

**Quinto.-** En cuanto al fondo del asunto el recurrente alega que la justificación de la proposición de OHL no contiene los argumentos y explicaciones precisas a fin de que el órgano de contratación llegue a la convicción de que la proposición presentada es viable y de posible cumplimiento, pues en tal justificación no se consideran los costes necesarios para la ejecución del contrato ni los ahorros que se obtienen por las soluciones adoptadas. Se limita a hacer una justificación generalizada de los factores que permiten hacer viable su oferta, entre los que destaca su experiencia en la ejecución de este tipo de contratos.

Alega que del documento presentado por OHL se concluye que fundamenta su oferta en su experiencia en contratos similares y éxito en estrategias de la empresa. Sin embargo, OHL solo hace manifestaciones genéricas sin ninguna justificación económica y/o técnica que justifique la viabilidad de su oferta.

Afirma que OHL intenta justificar su baja exponiendo bajas y/o adjudicaciones habidas en otros Distritos; considera que no es un método válido acreditar la baja de un concurso en referencia a concursos adjudicados por otros distritos pues se desconoce el alcance de cada uno de los contratos y las condiciones técnico-

económicas que exigen en los mismos.

Por otro lado considera que existe falta de motivación del Informe de los Servicios Técnicos Municipales sobre la justificación de la oferta presentada por OHL. Entiende que el informe de fecha 31 de mayo de 2019, emitido por los técnicos municipales se dice: *“En concreto y al tratarse de un Acuerdo Marco cuyas actuaciones no están definidas en principio, a expensas de la concreción de los correspondientes contratos basados, entendemos que esta justificación del bajo nivel de precios o costes debería basarse fundamentalmente en (...)” las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos o ejecutar las obras”*.

A su juicio ninguno de esos extremos es acreditado por OHL ni justifica qué condiciones concurren para poder ofertar productos o ejecutar las obras en condiciones favorables. La acreditación de OHL se limita a realizar una serie de manifestaciones sin soporte documental alguno.

Finalmente considera que existe disparidad en la comparación entre los Informes emitidos por los Servicios Técnicos Municipales sobre la justificación de la oferta presentada por OHL para el Lote 2 y la justificación de la oferta presentada por Ferrovial para el lote 1.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe alega que en este caso nos encontramos en un Acuerdo Marco de Obras. Su peculiar naturaleza lleva a dos conclusiones inmediatas:

- a) No se trata de un contrato de obras, con objeto perfectamente definido, donde la cuantificación de la oferta se pueda justificar, sin más, por conceptos tales como los apuntados en el recurso (a título de ejemplo, repercusión de maquinaria, transporte a distintas obras, gasto de guarda y custodia, costes directos e indirectos, etc.), ello debido, como hemos dicho antes, a la gran diversidad de actuaciones amparadas por el Acuerdo Marco

y la enorme variedad de precios vinculados a su desarrollo y recogidos en la cláusula 3 del Pliego de prescripciones Técnicas. Así, y como muestra, los conceptos y variables a tener en cuenta son totalmente distintos en una obra de acondicionamiento de albañilería y/o pintura, donde prima la mano de obra con un claro componente artesanal, o en una instalación de climatización de última generación donde el componente relativo a la maquinaria o, incluso, el vinculado a la regulación mediante sistemas informáticos son los factores sustanciales a los efectos de valoración.

- b) Contrariamente a lo dicho por la recurrente, y dentro de la variedad expuesta, el alcance de los Acuerdos Marcos aducidos para justificar la viabilidad por OHL es de naturaleza similar, tanto en sus aspectos técnicos como económicos, al objeto del presente Acuerdo Marco, en especial en aquellos que afectan a los Distritos, ello debido a que responden a unas necesidades similares en cuanto a la naturaleza de las dotaciones a reformar así como a las actuaciones encaminadas a conseguir esta mejora, por lo que entendemos que se trata de parámetros perfectamente válidos a la hora de considerar la viabilidad de la oferta. Mención especial merece el hecho que uno de los antecedentes expuestos por el licitante (OHL) es el que afecta al propio Distrito de Retiro para el Acuerdo Marco de Mejora en edificios vigente con anterioridad, desarrollado con una baja (51,03%) similar a la ofertada en esta licitación.

Señala que el documento presentado para justificación de la oferta por OHL, la empresa presenta un cuadro donde se recogen las prórrogas formalizadas en relación a otros Acuerdos Marcos vinculados a 10 Distritos (entre ellos el Distrito de Retiro) entre los años 2015 y 2019 con bajas del orden de la ofertada para el Lote recurrido, hecho que hace evidente la viabilidad del contrato.

Finalmente en lo referente a la disparidad en la comparación entre los Informes emitidos por los Servicios Técnicos Municipales sobre la justificación de la oferta presentada por OHL para el Lote 2 y la justificación de la oferta presentada por

Ferrovial para el Lote 1, alega que esta no aporta ningún otro dato o información particularizada que permita tener en cuenta la mencionada oferta, caso muy distinto a la justificación presentada por OHL, dónde se aportan datos concretos que permiten valorar la viabilidad tal como ya se ha argumentado exhaustivamente.

Por su parte el adjudicatario alega que la decisión de entender justificada su oferta, al margen de que está debidamente motivada, se enmarca en la discrecionalidad técnica existente a la hora de determinar si una oferta es viable, o bien si ha de ser considerada como anormal o desproporciona. Considera por otro lado, que la viabilidad de su oferta ha quedado acreditada en el informe presentado en el trámite de audiencia en base al conocimiento del contrato y de los edificios del Distrito, en la experiencia acumulada en ejecución de acuerdos marco de similares características para el Ayuntamiento de Madrid, en particular, se remarca que el 82,17% de la facturación del Departamento de Obras trae causa de la ejecución de acuerdos marco de similares características al que ahora nos ocupa con el Ayuntamiento de Madrid, todos ellos con bajas próximas al 50-51% sobre la base de precios del Ayuntamiento de Madrid. En concreto, se enumeran los diez acuerdos marco con dicho Ayuntamiento que están vigentes en la actualidad, identificando el acuerdo marco y su objeto, su periodo de vigencia, y la baja ofertada, muy similar en todos los casos a la proposición para el Lote 2 de este Acuerdo Marco.

Así mismo, fundamenta la viabilidad de la oferta en el específico conocimiento de la base de precios, el ahorro derivado del procedimiento de ejecución del acuerdo marco, la justificación de las partidas más relevantes, las soluciones adoptadas y condiciones excepcionalmente favorables y el cumplimiento de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar de la prestación.

Finalmente alega que la diferencia entre la baja realizada y el umbral de temeridad no llega al 1%.

El artículo 149 de la LCSP, establece un procedimiento contradictorio para

evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad. Exigiendo, 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 establece el artículo 149 de la LCSP, sólo es posible 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 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.

Por ello, se prevé en dicho artículo que: *“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”*. La justificación ha de ir dirigida a demostrar la viabilidad de la oferta por referencia fundamentalmente al cumplimiento de las prestaciones objeto del contrato. La cuestión que debe abordarse es si la justificación presentada respeta las condiciones establecidas en los Pliegos, porque si así no fuera el cumplimiento del contrato no sería viable y la proposición inaceptable. Es decir, el término de comparación de la justificación, han de ser los propios Pliegos que rigen la licitación.

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 justificación de una oferta es la acción de explicar, aduciendo razones convincentes o alegando otros medios, la viabilidad y acierto de una proposición, en los términos en que fue presentada al procedimiento licitatorio. Consiste pues, en la aclaración de los elementos en que el licitador fundamentó su oferta y en la verificación de que conforme a dicha aclaración, la misma es viable de forma tal que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada, en el modo y manera establecidos en los pliegos de condiciones”.*

El segundo paso del procedimiento contradictorio es el informe técnico valorando la justificación presentada. 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 cuatro”* 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. De no cumplirse con el requisito de motivación antes expuesto, 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.

A todo ello cabe añadir que la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde 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.

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 excluyendo toda posibilidad de arbitrariedad.

De análisis del informe técnico emitido por el órgano de contratación se aprecia que, al considerar la especial naturaleza de un acuerdo marco frente a un contrato de obras, basa su fundamentación en el apartado b) del artículo 149 de la LCP, en cuanto a la condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar las obras.

El informe técnico apela a que en la documentación presentada la empresa se plantea un estudio comparativo de bajas ofertadas en Acuerdo Marco similares en el Ayuntamiento de Madrid, concluyendo que las bajas ofertadas se mueven dentro del entorno correspondiente a la baja ofertada para el presente Lote.

Así mismo, la documentación recoge unos ejemplos de viabilidad sobre precios unitarios de diversas partidas características de actuaciones propias de este Acuerdo Marco, aplicando a cada una de ellas el porcentaje de baja y justificando su viabilidad.

La empresa justifica, también, la viabilidad de la oferta, entre las circunstancias excepcionalmente favorables recogidas en la legislación, por la experiencia en la

ejecución de este tipo de contratos que permite ofertar con conocimiento de causa sobre bases de precio conocidas como el cuadro de precios del Ayuntamiento de Madrid del año 2016, (se recoge cuadro con los Acuerdos Marcos adjudicados y las bajas correspondientes al último año, situadas en el entorno de la ofertada para el presente Acuerdo Marco). Según la documentación aportada, el 82,17% de la cantidad facturada por la empresa se corresponde con la ejecución de distintos acuerdos marcos para el Ayuntamiento de Madrid.

En definitiva, el informe considera justificada la oferta al considerar que la documentación aportada justifica la baja presentada basándose en antecedentes relativos a otros Acuerdos Marco, de los que la empresa ha sido adjudicataria, entre ellos el correspondiente al Acuerdo Marco de Edificios adscritos al Distrito de Retiro, con una cifra de baja es muy similar a la que es objeto del presente informe, concluyendo por lo tanto en su viabilidad. De hecho, concluye, en lo que respecta al Acuerdo Marco vigente del Distrito de Retiro y en lo que corresponde a la oferta del Lote 2, la baja ofertada en el Lote 2 es una baja inferior a la realizada durante los años que UTE OHL ha gestionado el contrato con un 51,03%.

El objeto del contrato del Lote 2 se refiere a “*Edificios de uso deportivo*”, comprendiendo obras de construcción, reforma, restauración, rehabilitación, reparación y conservación de las instalaciones deportivas municipales básicas (IDM), adscritas al Distrito.

Como señala la cláusula 2 del PPT “*La iniciación de cualquier expediente de los contratos basados en que se desarrolle el acuerdo marco, requerirá previamente la elaboración, supervisión en su caso, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto, que definirá con precisión el objeto de la misma o, en su caso, presupuesto, elaborado por los servicios técnicos del Distrito, por técnicos de otras Áreas del Ayuntamiento o por técnicos ajenos con quien se hubiese contratado, en su caso, la redacción*”. Los proyectos se elaborarán conforme a la tabla de precio que figura en la cláusula 3 del PPT.

La naturaleza de un acuerdo marco de obras, como señala el órgano de contratación, lleva a considerar su singularidad en cuanto a la justificación de las bajas temerarias en comparación con un contrato de obras en sentido estricto, en el que se incluye en el expediente de contratación un proyecto específico con mediciones, unidades de obra y precios unitarios para su ejecución.

En los acuerdo marco, nos movemos en un ámbito que se caracteriza por la inconcreción a priori de las actuaciones que se llevarán a cabo ya que dependerán de las necesidades de la Administración en cada momento, lo que dificulta predeterminedar la preponderancia de unas unidades de obras respecto a otras por la enorme casuística de posibles actuaciones.

En este sentido, se puede considerar razonable la justificación, entre otras, realizada por OHL en el punto 3 de su informe *“Soluciones técnicas adoptadas y condiciones excepcionalmente favorables disponibles”*, donde se incluyen los nueve acuerdos marco de obras contratados con el Ayuntamiento de Madrid, entre los que se incluye en referido al Distrito Retiro para los años 2017/2019, con una baja similar a la actual.

Cabe citar la Resolución del TACRC 268/2019, de 25 de marzo, donde se considera como argumento justificativo de la baja temeraria la experiencia en la prestación de servicios similares *“La actual contratista del lote 6 del expediente anterior 01/2017 (actualmente prorrogado), ejecutando los mismos servicios que los que pretende realizar para el lote 10 del expediente actual, lo que les otorga un conocimiento exhaustivo del servicio permitiéndoles estimar con precisión los costes del mismo. Asimismo, dicha empresa cuenta entre sus clientes a múltiples administraciones públicas disponiendo, por tanto, de dilatada y contrastada experiencia en la prestación de los servicios objeto de la presente licitación situando a esta empresa ante economías de escala y capacidades organizativas tales que le permiten presentar, con garantías, ofertas económicamente muy competitivas en la que se reconoce como elemento justificativo dela baja temeraria”*.

El informe técnico justificativo, en los términos previstos en la Ley, no tiene por objeto demostrar la viabilidad de una oferta sino explicar satisfactoriamente el bajo nivel del precio propuesto. Esa justificación, asimismo, debe entenderse referida a las precisiones que recabe el órgano de contratación. En definitiva, no se trata de justificar exhaustivamente la oferta o detallar pormenorizadamente los costes, sino de suministrar argumentos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo de un modo razonable.

Por todo ello, este Tribunal considera razonable la justificación realizada por la empresa adjudicataria y suficientemente motivado el informe técnico en el que se basa el acuerdo de tener en consideración su oferta, no adolece de errores materiales, arbitrariedad o discriminación que justifique su revisión, por lo que el recurso debe ser desestimado.

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

## **ACUERDA**

**Primero.-** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.A.V., en representación de la mercantil Compañía Internacional de Construcción y Diseño, S.A., contra el decreto del Concejal de Distrito de Retiro del Ayuntamiento de Madrid por el que se adjudica el “Acuerdo Marco de las obras de reforma, reparación y conservación del conjunto de edificios y espacios públicos” cuya competencia corresponde al Distrito de Retiro del Ayuntamiento de Madrid (4 lotes), para el lote 2.

**Segundo.-** Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

**Tercero.-** Declarar que no se aprecia la concurrencia de temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 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 los términos de la Ley 29/1998 de 13 de diciembre reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, 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.