

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

En Madrid, a 4 de abril de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa FERROVIAL CONSTRUCCIÓN, S.A. (en adelante, FERROVIAL) contra el Decreto del Área de Gobierno de Obras y Equipamientos del Ayuntamiento de Madrid de 12 de febrero de 2024 por el que se adjudica el contrato y se excluye la oferta del Lote 2 (Salamanca, Chamartín, Ciudad Lineal y Hortaleza) del “Acuerdo Marco de obras de reforma, reparación, conservación y demolición del conjunto de edificios demaniales, patrimoniales y aquellos que estén sujetos a cualquier tipo de uso del Ayuntamiento de Madrid”, dividido en 6 lotes, 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, de 22 y 30 de junio de 2023, se convocó la licitación del Acuerdo Marco de referencia, mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado del contrato asciende a 210.710.184 euros y su duración es de 24 meses.

Segundo. – Con fecha 9 de octubre de 2023 se procedió a la valoración de las ofertas presentadas en relación con los criterios de adjudicación no valorables en cifras o porcentajes, atribuyendo a la empresa FERROVIAL la máxima puntuación posible y concretamente 25 sobre 25 puntos.

Con fecha 18 de octubre de 2023, se procedió a la apertura de las proposiciones económicas comprobándose que la oferta presentada por FERROVIAL en el Lote 2 se consideró anormalmente baja de acuerdo con lo previsto en el apartado 12 del Anexo I del PCAP. La empresa ofertó una baja del 38,10%, siendo la media aritmética de todos los porcentajes de bajas presentadas en el Lote 2 del 31,37%, quedando el umbral de temeridad en el 34,37%, lo que implicaba que se separaba de ese umbral en un 3,73%. Por ello fue requerida para que aportase la correspondiente justificación y desglosase de forma razonada y detallada su oferta, precisando las condiciones de esta en los términos recogidos en dicho requerimiento.

En base al informe de viabilidad emitido por la Dirección General de Arquitectura y Conservación del Patrimonio de fecha 18 de enero de 2024, la Mesa de Contratación en la misma fecha propuso el rechazo de la oferta y la adjudicación del Lote 2 del Acuerdo marco de referencia.

Mediante Decreto del Área de Gobierno de Obras y Equipamientos del Ayuntamiento de Madrid de 12 de febrero de 2024 se acuerda la adjudicación del Lote 2 a TECNOLOGÍA DE LA CONSTRUCCIÓN Y OBRAS PÚBLICAS S.A., AÑIL SERVICIOS, INGENIERÍA Y OBRAS S.A.U. y STV GESTIÓN S.L. y se excluye de dicho lote a FERROVIAL por no justificar su oferta incurso en presunción de valores anormales.

Con fecha 29 de febrero de 2024, FERROVIAL presentó recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato y su exclusión del procedimiento de licitación para el Lote 2 del acuerdo marco de referencia.

Tercero. - En fecha 13 de marzo de 2024, se recibe el expediente administrativo e informe del órgano de contratación a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

Cuarto. - La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida para el Lote 2 por haberse interpuesto el recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP y el artículo 21 del Reglamento de los Procedimientos Especiales de Revisión de Decisiones en Materia Contractual y de Organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

Quinto. - La secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones que fueron presentadas en plazo y de cuyo contenido se dará cuenta en el fundamento de derecho quinto.

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 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 de los firmantes de los recursos.

Tercero. - El recurso se interpone en plazo. El acuerdo de adjudicación se notificó el 12 de febrero de 2024, presentándose el recurso el día 29 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 adjudicación de un acuerdo marco cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.b) y 2.c) de la LCSP.

Quinto. – Antes de entrar en el fondo del asunto conviene destacar que de conformidad al apartado 12 del Anexo I del PCAP se consideran ofertas anormalmente bajas o desproporcionadas las siguientes:

I.- Cuando concurriendo una sola oferta, la misma sea superior a 25 unidades porcentuales.

II.- Concurriendo varias ofertas, la baja cuyo porcentaje exceda en 3 unidades a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones.

El recurso se fundamenta en que su oferta incura en presunción de anomalía quedó plenamente justificada por lo que su exclusión no es ajustada a Derecho.

Alega el conocimiento de Ferrovial de las singularidades que concurren en un

contrato de este tipo, el que le ha permitido, primero presentar la oferta y luego justificar su baja en los términos que lo ha hecho, donde ha descrito de forma detallada el método a utilizar, los procesos de ejecución, materiales y técnicas más comunes, sistemas innovadores y medios personales para las obras de reforma descritas, así como la explicación más completa de los métodos de estudio y las propuestas de reparación de deficiencias, todo ello con base en el pleno conocimiento del contrato que, según el propio Informe de viabilidad del Lote 2, resulta clave para conocer la viabilidad de la baja económica. De hecho, FERROVIAL obtuvo la mejor puntuación técnica en el Lote 2 que nos ocupa, esto es 25 puntos, siendo también la más alta en puntuación total con 99,84 puntos de los 100 posibles.

Sobre la justificación del porcentaje de la baja ofertado sobre los precios unitarios de la base de precios del Acuerdo Marco: Para esta justificación se realizaron dos líneas de trabajo, por un lado, el análisis de la evolución de costes y por otro el análisis de proyectos anteriores con bajas actuales.

Respecto al análisis de evolución de costes, en el documento presentado como Justificación de la oferta Lote 2 se ha realizado un análisis de los precios de los cuadros incluidos en los pliegos, ya que cada uno de esos precios pueden ser incluidos en los proyectos. A la baja realizada en el anterior Acuerdo Marco (que se ha demostrado perfectamente viable para el desarrollo del Acuerdo Marco que ahora se licita) se ha añadido la actualización de los cuadros de precios (se analiza la variación experimentada por los precios en las bases) y la variable del incremento sufrido por los precios de mercado (índice oficial de precios) demostrando que la baja presentada en su momento sigue siendo vigente y es la oferta más competitiva para el Ayuntamiento de Madrid

Discrepa del informe del órgano de contratación respecto del análisis que ha realizado comparando las bases de precios que se aplicaban en el Acuerdo Marco de 2019 y este Acuerdo Marco. La argumentación de dicho análisis, resulta a todas

luces sesgado. La no existencia de un informe del 100% de los precios de las bases no significa que la muestra aleatoria no sea real ni cumpla con lo necesario para el análisis económico que un contrato de estas características requiere. El listado presentado es una muestra de lo realizado, no es parcial ni sesgado, la base de precios del Ayuntamiento de Madrid es la prioritaria en orden de utilización por lo que no tendría sentido considerar el análisis de esos precios que se repiten en otras bases.

En cuanto a la referencia de los precios descompuestos el Informe de Viabilidad Lote 2 alegó que *“no se puede comprobar que se han mantenido los rendimientos de mano de obra, maquinaria, medios auxiliares y materiales de una base de precios a otra”*, el hecho de que se cambien los rendimientos de mano de obra, maquinaria, medios auxiliares y materiales de una base de precios a otra no afecta a la comparación del precio, es decir si el rendimiento varía al cambiar de base de precios es porque la base considera que ese precio necesita un rendimiento distinto y ese precio independientemente de su contenido cambia. Por lo tanto, para comparar el precio no resulta preciso conocer su composición. Si el acero laminado S275 en estructura soldada tiene un aumento del 41,28% ese aumento se aplica a los nuevos proyectos si hace falta usar esa partida.

En relación al análisis de proyectos anteriores, discrepa del contenido del informe de órgano de contratación en lo referente a *“En cuanto al análisis de los tres proyectos hay que decir que no es muy acertado hablar de proyectos tipo, ya que el abanico de condicionantes de partida de cada una de las obras que se ejecutan en el ámbito de este Acuerdo Marco es inmenso debido al tipo de intervención, a la tipología edificatoria, al estado de conservación, al programa de necesidades a implantar, etc.”*. El recurrente señala que cuando se ha referido “proyecto tipo” en alusión a que sea exclusivamente ese tipo de proyectos los que se van a desarrollar, en efecto, el contenido de los proyectos a desarrollar no es conocido, sino porque son tres proyectos que fueron redactados para el anterior Acuerdo Marco por el Área de Obras y Equipamientos, que ya fueron analizados por Ferrovial el, pasado año

2023, para su ejecución y viabilidad, y han servido de manera aleatoria para realizar un análisis del incremento que sufrirían al aplicar las nuevas bases de precios.

En cuanto a lo referido en el Informe de Viabilidad Lote 2 de que es difícil sacar una conclusión por estar formados por partidas de varias bases de precios, APU's (Agrupaciones de precios unitarios) así como por partidas alzadas, señala que no existe en modo alguno disparidad de elementos tal y como se afirma ya que, aunque estén formados por varias bases de precios, por APU's o partidas alzadas, todos los precios provienen de las bases de precios que rigen en el presente Acuerdo Marco.

Respecto que el análisis realizado de las bajas ofertadas son apreciaciones que no pueden ser consideradas, el recurrente señala que, dada la importancia del conocimiento de las singularidades del Acuerdo Marco, la dispersión que presentan las bajas realizadas, el número de empresas que se encuentran en presunción de anormalidad y que todas las empresas conocedoras del Acuerdo Marco se encuentran en tal situación es preciso poner de manifiesto que algo debe haber desvirtuado dichas ofertas. Todas las empresas anteriormente adjudicatarias del Acuerdo Marco (y, por tanto, las conocedoras de las singularidades del mismo) se encuentran en presunción de anormalidad en el lote del que fueron adjudicatarios.

Sobre la prueba de viabilidad de la oferta en todos sus elementos, pudiendo aportar todo tipo de justificación, destaca que todos los condicionantes que se hacen constar en el informe le permiten a Ferrovial reducir costes y obtener unas ofertas mucho más ventajosas; un gran volumen de negocio le permite obtener ofertas más competitivas de nuestros proveedores y racionalizar sus recursos, sumado a un tiempo de respuesta difícil de conseguir por empresas no habituadas a este tipo de contratos. Desde luego el conocimiento de la obra no es en modo alguno el único valor para presentar una oferta más competitiva como se expresa en el Informe de Viabilidad, pero es evidente que el conocimiento del mismo y la experiencia contribuye a una mejor gestión, sino que el desarrollo continuado en el tiempo de

estos tipos de Acuerdo Marco hace que los proveedores de Ferrovial realicen ofertas mucho más ventajosas.

En el Informe de Viabilidad Lote 2, se argumenta que disponer de un parque de maquinaria es algo habitual en el sector, afirmación con la que discrepamos por cuanto no es habitual que empresas del sector tengan un parque de maquinaria a disposición en las proximidades de Madrid con el número y entidad de máquinas presentadas, este es un factor claramente diferenciador respecto a empresas con un volumen de facturación inferior al de Ferrovial en el Anexo 5 de la justificación de la oferta Lote 2 se hace una relación detallada y actualizada de esta maquinaria.

Sobre la presentación de soluciones técnicas y condiciones excepcionalmente favorables.

Los ejemplos de soluciones técnicas presentados en la Justificación de la Oferta Lote 2, no son sustitutivos, en modo alguno, de las decisiones tomadas por el proyecto o la Dirección Facultativa, sino de metodologías y condiciones que hacen que la oferta de Ferrovial pueda ser aún más viable con el ahorro de costes y que en el Acuerdo Marco de Reformas todavía en vigor y de Patologías de objeto similar a este del Área de Obras, son altamente valorados por las Direcciones Facultativas del Ayuntamiento, por su seguridad, gestión eficiente, ahorro de tiempo, etc. puntos que en el Informe de Viabilidad Lote 2, parece, se quieren obviar resultando totalmente incomprensible por el valor diferencia que dan a la oferta de Ferrovial.

Discrepa de la afirmación del informe del órgano de contratación sobre que *“la experiencia de los equipos técnicos adscritos al presente Acuerdo marco no pueden ser un hecho diferenciador con el resto de las empresas licitadoras para justificar la temeridad de su baja”*, considerando que esta afirmación está en contradicción con el encabezamiento del informe del órgano de contratación donde manifiesta justamente lo contrario.

Sobre la justificación de los costes de medios auxiliares necesarios para la ejecución de las obras, así como el porcentaje de gastos generales y beneficio industrial.

El Informe de Viabilidad Lote 2 se refiere nuevamente a que no existe la obra tipo en un Acuerdo Marco como el presente, se vuelve a poner de manifiesto lo anteriormente expresado, no se está refiriendo a tipologías en cuanto a que no son repetitivas, sino que son ejemplos reales de proyectos aprobados a ejecutar en el año 2023 y por lo tanto un estudio concreto y objetivo de un proyecto, dado el conocimiento ya avalado y demostrado de la singularidad del contrato.

En cuanto a los medios auxiliares de las distintas unidades de obra que se encuentran repercutidos en la ofertas, nada altera lo expresado en el Informe de Viabilidad Lote 2, es habitual y así se recoge en los proyectos del Acuerdo Marco que los medios auxiliares necesarios para el desarrollo de la actividad en cualquier situación (una radial, una mesa de corte, una giratoria para el movimiento de tierras...) no se separe de la actividad en sí, ya que no sólo se oferta la mano de obra sino lo necesario e imprescindible para la ejecución de la unidad.

Por otro lado, se afirma en el Informe de Viabilidad Lote 2, la imposibilidad de comprobar el margen de Beneficio Industrial del 1%, porcentaje que se aleja del 6% aplicado a las obras del sector público, sin embargo, tal argumento no se comparte por cuanto la fijación del beneficio industrial entre 1% y 2% se ha establecido de acuerdo a los resultados obtenidos durante estos 16 años de obras ejecutadas a satisfacción del Ayuntamiento de Madrid.

Sobre la presentación de propuestas innovadoras y originales para ejecutar las obras. Ferrovial en la Justificación de la Oferta Lote 2, justificó que contaba con un Departamento de I+D+I, a disposición del Ayuntamiento con recursos, capacidad y experiencia para involucrarse en el ciclo completo de edificios e infraestructuras, incluyendo diseño, construcción, operación y mantenimiento, disponiendo también

de plataformas informatizadas para la gestión de documentación de las obras que aporta eficiencia en la gestión, así como otros avances.

Respecto a lo manifestado en el informe del órgano de contratación sobre que las soluciones no inciden en las soluciones de la propia ejecución, para concluir que la proposición presentada no contiene ninguna solución innovadora y original para la ejecución de las obras, el recurrente manifiesta que tal afirmación resulta del todo errónea, en el mercado de la construcción la implantación de innovación y la mejora ambiental en los proyectos es considerado factor fundamental para la evolución de este sector.

Sobre el respeto de las obligaciones que resulten aplicables en materia social o laboral y de subcontratación. Ferrovial presentó en el informe de justificación de su oferta el uso de servicios de plataformas y sistemas de control automatizado que permiten no sólo la garantía del respeto a todas las obligaciones en materia social y laboral, sino que permiten comprobar y realizar un seguimiento del mismo.

Por su parte, el órgano de contratación manifiesta que FERROVIAL hace referencia a que el resto de las empresas que han sido adjudicatarias del anterior Acuerdo Marco de obras de reforma, reparación, conservación y demolición 2020/2024 han sido declaradas incursas en presunción de anormalidad en los lotes de los que fueron adjudicatarios. Esto no podía ser de otra forma ya que todas ellas excedían el límite de 3 unidades porcentuales respecto de la media aritmética, como se recoge en la cláusula 16 y en el apartado 12 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen en este proceso de contratación. No ha lugar valorar el conocimiento de este tipo de contratos para determinar si la baja presentada se encuentra en situación anormalidad.

En cuanto a la “*Justificación del porcentaje de la baja ofertada*”, señala que la recurrente resume como planteó la misma, pero no aporta razonamientos complementarios. La empresa dice que el argumento recogido en el informe de

viabilidad *“resulta a todas luces sesgado”*. Sin embargo, no aporta nada que pueda cambiar el criterio seguido en el informe de viabilidad en el que afirmaban que *“la empresa solo realiza un análisis comparativo de las bases de Precios del Ayuntamiento de Madrid, concretamente las del año 2016 aplicada en el Acuerdo Marco anterior y la de 2022 que se aplicará en este Acuerdo Marco. Ciertamente es que esta base de precios es la primera en el orden de utilización, pero no es la única. También se aplica la base de precios del Colegio de Arquitectos Técnicos de Guadalajara, la base de precios de la Comunidad de Madrid y la base de precios propia de la Dirección General de Arquitectura y Conservación del Patrimonio como se recoge en el Anexo II del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares.”*

Así mismo, señala que FERROVIAL, para justificar el porcentaje de baja ofertada realizó el análisis de tres proyectos que consideraba tipo. Ya en el informe de viabilidad se indicaba *“que no es muy acertado hablar de proyectos tipo, ya que el abanico de condicionantes de partida de cada una de las obras que se ejecutan en el ámbito de este Acuerdo Marco es inmenso debido al tipo de intervención, a la tipología edificatoria, al estado de conservación, al programa de necesidades a implantar, etc.”* La misma empresa en el documento ahora presentado indica que el contenido de los proyectos a desarrollar en el ámbito de este Acuerdo Marco no es conocido y que los tres proyectos elegidos lo fueron de manera aleatoria.

En relación con el ejemplo de la partida de “despeje y retirada de mobiliario”, efectivamente como indica la empresa en la base de precios del Ayuntamiento 2016 esta partida tenía incluido el transporte a vertedero con un precio de 10,93 €/m². La partida equivalente de la base de precios del Ayuntamiento 2022 no tiene incluido el transporte a vertedero con un precio de 3,62 €/m².

La empresa para poder comparar precios equivalentes añade a este precio el transporte a vertedero, pero utiliza una partida que incluye el tratamiento en planta, el cual no estaba incluido en la partida de la base de precios del Ayuntamiento de 2016. m22G02W010 CARGA/TRANSPORTE PLANTA RCD <10 km

MAQUINA/CAMION Y TRATAMIENTO con un precio de 13,43 €/m³.

Teniendo en cuenta el rendimiento de la carga/transporte de la partida de 2016, 0,62 m³ por cada m² obtenían un resultado de 8,33 €/m². Sumado a los 3,62 €/m² daba como resultado 11,95 €/m².

Sin embargo, deberían haber utilizado la partida m22G02W020 CARGA/TRANSPORTE PLANTA RCD <10 km MAQUINA/CAMION con un precio de 7,75 €/m³, ya que no incluye el tratamiento en planta. En este caso y teniendo en cuenta el rendimiento de 0,62m³/m² se obtiene 4,81 €/m² que sumado a los 3,62 €/m² da un resultado de 8,43 €/m², inferior al precio equivalente de la base de precios del Ayuntamiento de Madrid 2016.

En relación con la “*Prueba de viabilidad de la oferta en todos sus elementos, pudiendo aportar todo tipo de justificante*”, señala que FERROVIAL indica que el desarrollo continuado en el tiempo de este tipo de Acuerdo Marco hace que los proveedores realicen ofertas mucho más ventajosas y sin dudar de ello, ello no significa que otras empresas puedan obtener el mismo tipo de ofertas, pero además no aporta datos objetivos.

En cuanto al parque de maquinaria y el volumen de obra en la Comunidad de Madrid no supone un rasgo exclusivo que les diferencie de otras empresas.

En relación con la “*Presentación de soluciones técnicas y condiciones excepcionalmente favorables*”, la empresa aclara que las soluciones técnicas presentadas no son sustitutas de las decisiones tomadas en el proyecto de ejecución o por la dirección facultativa. Según la empresa se trata de metodologías y condiciones, pero no se llega a entender la diferencia ya que sigue siendo el proyecto el documento donde se recoge el proceso de ejecución. La empresa pone como ejemplo el realizar los replanteos utilizando medios informáticos, utilizar robots para demoliciones o tener una oficina técnica propia, ninguna de las tres les hace

diferenciarse de otras empresas.

La empresa hace referencia a que en el informe de viabilidad se indica que la experiencia y el conocimiento no pueden considerarse como un hecho diferencial respecto al resto de las empresas licitadoras y entiende que ello está en clara contradicción con lo expresado en el punto 2 del Informe de viabilidad donde se indicaba la importancia del conocimiento de las singularidades que existen en un Acuerdo Marco de este tipo. No existe ninguna contradicción pues se están refiriendo a dos puntos completamente diferentes. El primero es la experiencia y conocimiento de las obras concretas que se desarrollan en el ámbito de este Acuerdo Marco y el segundo punto se refiere a las singularidades del propio Acuerdo Marco.

En relación con la *“Justificación de medios auxiliares necesarios para la ejecución de las obras, así como el porcentaje de gastos generales y beneficio industrial”* la empresa hace una apreciación respecto del coste nulo de los medios auxiliares justificado en el parque de maquinaria que dispone, ahora aclara que sí existen unos gastos de mantenimiento y renovación, como se indicaba en el informe de viabilidad, pero que los repercuten en el concepto de Gastos Generales. Respecto del Beneficio Industrial que fijan en un 1% y que no pudo ser comprobado con la documentación aportada, explican que se ha fijado de acuerdo con los resultados obtenidos durante los 16 años que han ejecutado obras para el Ayuntamiento de Madrid. La empresa no justifica nada que haga variar el informe de viabilidad en este aspecto.

En relación con el *“Respeto de las obligaciones que resulten aplicables en materia social o laboral y de subcontratación”*, ya se indicó en el informe de viabilidad que la empresa se comprometía a cumplir la normativa vigente en estas materias en los términos indicados en el requerimiento de justificación de oferta anormalmente baja y que los medios que implemente para dar cumplimiento a la misma es una decisión propia. No presenta ningún nuevo dato objetivo que cambien

lo manifestado en el informe de viabilidad.

Por su parte, el adjudicatario alega que la recurrente se limita a dar por reproducida bajo la forma de recurso, los argumentos de la justificación de temeridad sin invocar ningún motivo o razón sustantiva por el cual debiera entender que el informe de análisis de la viabilidad de la oferta realizada en el proceso de licitación adolece de error o arbitrariedad.

Los elementos de control por parte de este Tribunal 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. A su juicio, a la vista del recurso formulado, no existe justificación alguna de la existencia de desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado.

La experiencia de la recurrente como motivo fundamental del recurso, ha sido puntuada, por eso obtuvo la recurrente en la valoración de las ofertas presentadas en relación con el criterio de adjudicación no valorable en cifras o porcentajes, un total de 25 puntos. Pone de manifiesto que las actuaciones del acuerdo marco están muy dispersas en ubicación, con lo cual, cada actuación es muy peculiar, requiere de una implantación específica y no supone ninguna ventaja competitiva las argumentadas por FERROVIAL. Admitir el argumento de la recurrente sería contrario al principio de igualdad y libre concurrencia, pues quien lleva años ejecutando este tipo de contratos tiene, lógicamente, más experiencia que las empresas que liciten por vez primera los mismos.

Respecto al análisis que ha realizado la recurrente comparando las bases de precios que se aplicaban en el Acuerdo Marco de 2019 y este Acuerdo Marco y del análisis de tres proyectos tipo, se adhiere a la justificación dada en el informe de

viabilidad.

Concluye su alegato señalando que, como quiera que el recurso formulado por FERROVIAL y el informe justificativo de la baja anormal formulada no desvirtúan los motivos esgrimidos por el órgano de contratación para rechazar los mismos, debe mantenerse la presunción de legalidad y de discrecionalidad de la actuación administrativa impugnada, desestimando el recurso.

Vistas las alegaciones de las partes procede determinar si la oferta incurra en anomalía 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 anomalía, 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 anomalía 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 anormalidad si están basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde una perspectiva técnica, económica o jurídica...

La doctrina consolidada respecto a la justificación de las ofertas anormalmente bajas se puede resumir apelando a la Resolución del 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 incursa 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 incursa 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 a la recurrente, 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 insuficiente 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 resulta de interés tener en consideración las singularidades de este Acuerdo Marco que el propio informe de viabilidad realizado por la Subdirección General de Arquitectura hace constar. En dicho informe se dice que, para cuantificar y conocer la viabilidad de una baja económica en un procedimiento de estas características, hay que conocer las singularidades que existen en un Acuerdo marco de este tipo. A este respecto, destaca:

- Las bajas económicas de estas ofertas se realizan a cada uno de los precios de los cuadros incluidos en los Pliegos, y no sobre el presupuesto de un proyecto de obras.

- Todos los precios unitarios que se aplican en estas obras de reforma están contenidos y definidos en los cuadros de precios que se incluyen en el pliego. No se pueden incorporar a los proyectos de obras de reforma precios de mercado, que sí se podrían aplicar en obras de nueva planta.

- El Pliego de Prescripciones Técnicas del Acuerdo marco no determina una relación de inmuebles sobre los que se realizarán obras de reforma y, en consecuencia, tampoco el contenido de las actuaciones, dado que la relación de inmuebles que incluye dicho pliego es indicativa.

- Destacar que, para elaborar la baja económica en este Acuerdo marco, la incidencia del coste económico de las diferentes instalaciones recogidas en las obras de reforma es considerable, puede suponer hasta un 30-40 % del presupuesto de un proyecto.

Por tanto, estas especiales características del Acuerdo Marco deben ser consideradas a la hora de enjuiciar la viabilidad de las ofertas.

Como se ha señalado anteriormente, el PCAP establece que, concurriendo varias ofertas, la baja cuyo porcentaje exceda en 3 unidades a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones se considerará incurso en presunción de anormalidad. Recordemos que el artículo 85 del Real Decreto 1098/2011, fija como criterio con carácter general la baja media más diez puntos, si bien es cierto que se refiere a criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en las subastas, circunstancia que no se da en el presente caso, por lo que la citada cláusula debe considerarse ajustada a Derecho, máxime cuando no fue objeto de impugnación por ningún licitador.

Como antecedentes de interés cabe destacar que FERROVIAL ha ofertado un porcentaje de baja del 38,10 %. La dispersión entre el umbral de temeridad (34,37 %) y su oferta asciende a 3,73 puntos porcentuales.

De las 19 ofertas presentadas, 11 estaban en presunción de valores anormales, a las que se requirió su justificación. Ninguna fue admitida por el órgano de contratación.

Asimismo, interesa destacar que, de los 6 lotes del presente Acuerdo Marco, 65 ofertas estaban incurso en temeridad y ninguna de las justificaciones fue admitida por el Ayuntamiento de Madrid. Esas sesenta y cinco ofertas suponen el 55,08 % de todas las ofertas presentadas a los seis lotes.

Respecto al requerimiento realizado por el órgano de contratación, en el mismo se hace constar que deberán justificar y desglosar razonada y detalladamente su oferta económica y precisar las condiciones de la misma, Como hemos señalado anteriormente en la doctrina de los Tribunales de resolución de recursos contractuales, 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 incurso en presunción de temeridad, es exigible que se fundamenten los motivos que justifiquen tal exclusión. En este sentido la Resolución 1165/2023, de 21 de septiembre: *“Por lo que respecta al contenido y alcance de este procedimiento, como alega el recurrente, también hemos señalado que las alegaciones del licitador no deben justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino proveer de argumentos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo (Resoluciones 457/2016, de 10 de junio; 907/2017, de 5 de octubre)”*.

También debe partirse de la reiterada doctrina de este Tribunal que recuerda que la exhaustividad de la justificación aportada por el licitador habrá de ser tanto mayor cuanto mayor sea la baja en que haya incurrido la oferta, por relación con el resto de ofertas presentadas. Y del mismo modo, a menor porcentaje de baja, menor

grado de exhaustividad en la justificación que se ofrezca. En el presente caso, la oferta de la recurrente se encuentra en presunción de anormalidad por 3,73 puntos porcentuales.

A la luz de los antecedentes citados, procede analizar la justificación del órgano de contratación para considerar inviable la oferta presentada.

Respecto al estudio de las Bases de Precios de aplicación en este Acuerdo marco comparando las bases aplicadas en el anterior Acuerdo marco 2020 con los de aplicación en este Acuerdo marco y del estudio de tres proyectos tipo redactados por el Área de Obras y Equipamientos en el anterior Acuerdo Marco de Reformas según el cual el presupuesto de estos proyectos de incrementaría un 23,56%, el informe de viabilidad señala que es cierto que esta base de precios es la primera en el orden de utilización, pero no es la única. También se aplica la base de precios del Colegio de Arquitectos Técnicos de Guadalajara, la base de precios de la Comunidad de Madrid y la base de precios propia de la Dirección General de Arquitectura y Conservación del Patrimonio como se recoge en el Anexo II del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares, por lo que, a su juicio, queda claro que este análisis es parcial.

Frente a estas alegaciones, hay que señalar que efectivamente, existen otras bases de precios, pero el pliego considera de aplicación prioritaria el Cuadro de Precios 2022 del Ayuntamiento de Madrid que incluye más de 16.000 precios. El Ayuntamiento de Madrid atesora una gran experiencia en la ejecución de obras, por lo que debe considerarse que ha elaborado una base de precios suficientemente completa y exhaustiva para que tengan encaje la práctica totalidad de los proyectos de obra a realizar, sin perjuicio que, excepcionalmente, puede recurrir a la base de precios de otras entidades que figuran en los pliegos. Por tanto, a juicio de este Tribunal, es excesivo exigir análisis comparativos con otras bases de precios que van a tener una influencia muy limitada en la elaboración de los proyectos.

En el informe de viabilidad se hace constar que la empresa dice que ser adjudicatario de otros Acuerdos marco favorece la consecución de un ahorro efectivo durante la ejecución de las obras, lo que no tiene que ser objetivamente cierto. Un mayor volumen de obra no implica directamente un ahorro. También dice que dispone de ofertas más competitivas que el resto de la competencia sin un fundamento objetivo para realizar dicha afirmación. El conocimiento adquirido durante la ejecución de los Acuerdos marco de obras de reforma, reparación, conservación y demolición y de obras de subsanación de patologías no significa que los medios a emplear, maquinaria y personal especializado que asignen a cada obra sean más adecuados que los que pueda asignar cualquiera de las otras empresas licitadoras.

Asimismo, se dice que el listado de obras del Anejo 6 pone de manifiesto el gran volumen de obra que está ejecutando en la Comunidad de Madrid que se traduce en la capacidad técnica y profesional de la empresa, pero esta capacidad ya está acreditada por la clasificación de la contratista exigida en el PCAP, como se ha indicado anteriormente.

Sobre la posibilidad de considerar la solvencia del licitador para justificar la viabilidad de la oferta, se ha pronunciado el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del Euskadi, donde señala: *“En opinión de este OARC / KEAO, el poder adjudicador también ha infringido los límites de la discrecionalidad técnica que le asiste en la apreciación de la anormalidad de la oferta al no haber considerado la justificación basada en la solvencia de la recurrente, muy amplia en relación al contrato. Este Órgano ya ha indicado anteriormente la posibilidad de alegar este motivo y la necesidad de que el poder adjudicador lo considere para aceptarlo o rechazarlo (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 83/2013 y 62/2016), doctrina que se deriva tanto del carácter no exhaustivo de los motivos expuestos en el artículo 149.4 de la LCSP como de la clara literalidad del artículo 85.6 del RGLCAP. No debe entenderse esta solvencia en el sentido recogido en, por ejemplo, los artículos 65.1 y 74 de la LCSP, que se refiere a los requisitos mínimos de capacidad técnica y*

económica que deben concurrir en un operador económico para estimar que podría ejecutar con suficientes garantías un concreto contrato en el caso de resultar adjudicatario. Por el contrario, el artículo 85.6 del RGLCAP se basa en la idea de que la capacidad de una empresa para ejecutar una prestación no se basa solo en la contraprestación que reciba a cambio de ella, sino también en su fortaleza técnica o económica para asumir una posible falta de rentabilidad del contrato concreto, la cual podría ser muy poco significativa en relación con dicha fortaleza. A juicio de este Órgano, la validez de esta justificación está reforzada por el hecho de que, entre las posibles pruebas que pueden aportarse para acreditar la seriedad de la oferta el artículo 149.4 de la LCSP menciona "...la posible obtención de una ayuda de estado", lo que demuestra que también son aceptables argumentos referidos a ingresos o consideraciones diferentes de los derivados del concreto analizado; de hecho, parece ilógico que si la LCSP acepta la justificación de la anormalidad por el potencial ingreso de una subvención, no acepte también la justificación basada en la solidez de la empresa, conseguida mediante su éxito en el mercado. Por otro lado, la reciente STJUE de 10/9/2020, asunto C-367/19, ECLI:EU:C:2020:685, establece que ni siquiera una oferta a precio "0" puede ser automáticamente descartada sin aplicación previa del procedimiento contradictorio previsto en el artículo 149 de la LCSP, en el cual el licitador sospechoso de anormalidad puede alegar lo que proceda en defensa de la viabilidad de su proposición; implícitamente, esta sentencia admite que en dicho procedimiento puedan plantearse argumentos distintos de los referidos a la mera justificación de que el precio contractual es suficiente para sufragar los costes y cubrir los riesgos del negocio pues se refiere a un caso en el que no hay ninguna contraprestación del poder adjudicador".

En efecto, el apartado 6 del artículo 85 del RGLCAP establece: "*Para la valoración de las ofertas como desproporcionadas, la mesa de contratación podrá considerar la relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada*".

Respecto a si la experiencia previa puede ser tenida en cuenta a la hora de justificación de los costes, procede traer a colación la Resolución 1165/2023, de 21

de septiembre, en la que se dice: *“Es decir, la experiencia previa en la prestación del servicio o de servicios puede valorarse o tenerse en cuenta a la hora de justificar menores costes en ciertas partidas, pero lo que no permite es la exoneración de cualquier clase de justificación en cuanto a dichos costes, que es lo que acontece en el presente caso”*.

Dadas las especiales características de un acuerdo marco de esta naturaleza en la que no se licita sobre el precio de un proyecto de obra plenamente definido, la experiencia previa de la empresa en este ámbito puede, junto con otras aportaciones, coadyuvar a la justificación de la oferta. Es evidente que el conocimiento previo y la experiencia contribuyen a una mejor gestión.

Respecto a las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar las obras, en virtud de las cuales se asegura la viabilidad de la oferta, en el informe se dice: *“Hace una relación de algunos ejemplos de algunas aplicaciones técnicas y constructivas que una vez analizadas se puede comprobar que son procedimientos, medios auxiliares, o técnicas que han de definirse durante la redacción del proyecto. Es el proyecto el documento técnico donde deben estar completamente definidas todas las unidades de obra, procedimientos y medios auxiliares a emplear, no son decisiones que puedan hacer las empresas constructoras. Las obras han de ejecutarse como están definidas en los proyectos redactados por los técnicos municipales”*.

En el requerimiento se solicita *“soluciones técnicas adoptadas”*, si bien el propio informe dice que dichas soluciones deben definirse durante la redacción del proyecto, que lógicamente se llevará a cabo una vez adjudicado el acuerdo marco y posteriormente en contrato basado. Por tanto, resulta complejo comprender como puede justificarse tal extremo.

Respecto a la justificación de los costes de los medios auxiliares necesarios para la ejecución de las obras, así como el porcentaje que se ha considerado de

gastos generales y beneficio industrial, el informe de viabilidad señala que la empresa licitadora presenta en el Anejo 9 el estudio económico de una obra tipo, estudiando los costes directos, suponiendo un 3% de costes de implantación de la obra, 4% de coste del control de calidad y 1% de coste de las medidas medioambientales ofertadas. En el caso de los medios auxiliares suponen un coste nulo por ser propiedad del parque de maquinaria de la empresa y porque el coste de los medios auxiliares de las distintas unidades de obra se encuentra incluidos y considerados en las ofertas de sus proveedores. No contemplan ningún ahorro en el capítulo de Seguridad y Salud ni en el capítulo de Gestión de Residuos. Tras el estudio económico pormenorizado obtienen un Beneficio Industrial entre el 1% y el 2% en función de la tipología de la obra. El informante manifiesta en primer lugar, que no existe la obra tipo en un Acuerdo marco como el presente pues cada obra depende del inmueble en el que se ejecute, su tipología edificatoria, su estado de conservación, si se han realizado intervenciones previas, el programa a implantar, etc. Por ello plantear el estudio económico de una “obra tipo” no es objetivo.

Añade que del estudio que presentan, en el cual no se justifica el ahorro que indican en mano de obra, compra directa de materiales y equipos de obra, por acuerdos con subcontratistas, etc., tampoco se puede comprobar que el margen de Beneficio Industrial pueda ajustarse al 1%, porcentaje que se aleja mucho del 6% aplicado en las obras del sector público.

Con relación a este último argumento, hay que recordar la doctrina de este Tribunal recogida entre otras en la 449/2022, de 24 de noviembre: *“En cuanto al beneficio industrial es criterio de los tribunales de contratación, que la ausencia de beneficio industrial no desvirtúa ni hace temeraria una oferta, pudiendo admitirse sin riesgo alguno, los casos en que los presupuestos rebajan e incluso anulan este concepto, ya que en muchas ocasiones el beneficio industrial no se limita a una cantidad monetaria sino a otras formas remunerativas que podríamos calificar como en especie, tales como adquisición de solvencia técnica, mantenimiento de trabajos para la empresa, posicionamiento en el mercado, etc.”*

El 6% establecido en el artículo 131 RGLCAP, únicamente se contempla para la elaboración de los proyectos, pero en modo alguno, como criterio para apreciar o no una baja temeraria.

Así mismo, hay que reseñar que el licitador ha realizado una propuesta sobre gastos generales y beneficio industrial que evidentemente es una estimación, ya que al tratarse de un acuerdo marco de unidades de obra, no existe un proyecto de ejecución con unidades y precios definidos sobre el que se puede efectuar un cálculo certero sobre tales parámetros. Lo que debe realizar el informe de viabilidad es un análisis sobre su razonabilidad de la propuesta y no limitarse a señalar su falta de acreditación.

De acuerdo con la doctrina expuesta anteriormente, para la determinación de si una oferta anormalmente baja o desproporcionada, está o no justificada, rige el principio de discrecionalidad técnica sustentada en la especialización técnica y la objetividad de los órganos competentes para efectuar dicha valoración. Ahora bien, la decisión de rechazar una oferta requiere de una justificación exhaustiva que exponga claramente que las razones aducidas por el licitador no justifican satisfactoriamente el bajo nivel de precios propuesto.

Este criterio aparece claramente expuesto en la Resolución 195/2022 del TACRC: *“El análisis del órgano de contratación debe, pues, centrarse en evaluar las hipótesis planteadas por el licitador a la luz de las establecidas en la documentación contractual, concluyendo su razonabilidad o excluyendo la oferta por resultar inviable en los términos en los que ha sido formulada. Y, en este último caso, según hemos manifestado reiteradamente, motivando adecuadamente decisión. Aplicando la doctrina expuesta al supuesto planteado, no advierte el Tribunal que el órgano de contratación haya abordado el análisis de la justificación presentada por el recurrente. Tal análisis exige, por un lado, un contraste efectivo de las hipótesis del licitador con las que el órgano del contrato ha manejado (y consignado en la*

documentación contractual, según hemos manifestado) y, de resultar irrazonables, fundamentar tal conclusión; y, por otro, motivar que el efecto conjunto de las inconsistencias apreciadas determina la inviabilidad de la oferta”.

Dadas las especiales características de este acuerdo marco, que el propio informe de viabilidad dice deben ser tenidas en cuenta para determinar dicha viabilidad, hay que destacar las dificultades que entraña la justificación de las ofertas.

Las bajas se realizan a cada uno de los precios de los cuadros incluidos en los pliegos, del que solo el del Ayuntamiento de Madrid tiene más de 16.000 precios. La oferta se realiza sobre unas unidades de obra que se utilizaran en un proyecto de ejecución que a la fecha de licitación no deja de ser una pura entelequia, en cuanto que se desconoce la tipología de la obra, sus características, el número de obras a realizar, plazos de ejecución etc. Por tanto, no se puede exigir al licitador una justificación cuasi matemática de su oferta, a diferencia de otros contratos de obra en que el proyecto viene definido en todas sus unidades.

Por ello, a juicio de este Tribunal resulta especialmente aplicable la doctrina expuesta respecto que la exhaustividad de la justificación aportada por el licitador habrá de ser tanto mayor cuanto mayor sea la baja en que haya incurrido la oferta, por relación con el resto de ofertas presentadas. Y del mismo modo, a menor porcentaje de baja, menor grado de exhaustividad en la justificación que se ofrezca. En el presente caso, la oferta de la recurrente se encuentra en presunción de anormalidad por 3,73 puntos porcentuales, por lo que el grado de exhaustividad del informe de viabilidad del órgano de contratación debió ser más elevado.

No basta con que el informe técnico suscite dudas sobre la justificación aportada, es necesario que recoja los argumentos que permiten inferir que esa duda es lo suficientemente fundada para desarticular las explicaciones de la justificación, manteniendo con ello la presunción de inviabilidad de la oferta.

Por cuanto antecede, a nuestro juicio, el informe del órgano de contratación no entra a debatir ni analizar suficientemente los ahorros propuestos por la recurrente en su justificación de la baja incurrida en presunción de anormalidad, sin que este Tribunal prejuzgue la certeza y veracidad de los mismos.

En definitiva, considerando las especiales características de este Acuerdo Marco expuestas anteriormente y analizada la justificación de la oferta y el informe al respecto del órgano de contratación, no resulta, a juicio de este Tribunal, suficientemente justificada la exclusión de la recurrente, careciendo el informe de argumentos suficientes para motivarla.

Por todo lo anterior, procede la estimación del recurso especial, anulando la adjudicación del lote recurrido, retro trayendo las actuaciones al momento previo a su exclusión, admitiéndole a la licitación y continuando el procedimiento en los términos que legalmente procedan.

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 FERROVIAL CONSTRUCCIÓN, S.A. contra el Decreto del Área de Gobierno de Obras y Equipamientos del Ayuntamiento de Madrid de 12 de febrero de 2024 por el que se adjudica el contrato y se excluye la oferta del Lote 2 (Salamanca, Chamartín, Ciudad Lineal y Hortaleza) del “Acuerdo

Marco de obras de reforma, reparación, conservación y demolición del conjunto de edificios demaniales, patrimoniales y aquellos que estén sujetos a cualquier tipo de uso del Ayuntamiento 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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero. - Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP para el Lote 2.

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.