

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

En Madrid, a 8 de junio de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Ingeniería y Servicios en Acústica, Iberacústica, S.L. contra el Acuerdo, de 25 de abril de 2023, del Comité Ejecutivo por el que se adjudica el contrato de “Servicio de consultoría de análisis y medición para el control de ruido y vibración en Metro de Madrid” número de expediente 6012200392, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado el 29 de diciembre de 2022, en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 220.703,96 euros y su plazo de duración será de cuatro años.

A la presente licitación se presentaron tres empresas, entre ellas la recurrente.

Segundo.- Realizada la calificación de la documentación administrativa y la apertura de las ofertas económicas, se constata que la oferta de la entidad GREENBACK, SLNE, es anormalmente baja por lo que se le requiere de conformidad con el artículo 149.4 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) para que justifique la viabilidad de la misma.

El 23 de marzo de 2023, se emite informe técnico sobre la justificación presentada en el que se concluye que es viable.

El 25 de abril se adjudica el contrato a GREENBACK, SLNE.

Tercero.- El 17 de mayo de 2023 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Ingeniería y Servicios en Acústica, Iberacústica, S.L., (en adelante IBERACÚSTICA) en el que solicita que se anule la adjudicación.

El 25 de mayo de 2023 órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto 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 (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario 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 han sido presentadas dentro del plazo establecido. GREENBACK, SLNE, alega en síntesis que ha justificado todas las partidas cumpliendo con lo exigido en el pliego de condiciones.

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 clasificada en segundo lugar *“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 25 de abril de 2023, notificado el 28 e interpuesto el recurso el 17 de mayo, 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 servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- Alega el recurrente que en el informe técnico que analiza la justificación de la viabilidad de la oferta de GREENBACK no se tiene en cuenta un factor fundamental a la hora de valorar en conjunto la oferta, esto es, la falta de análisis de los costes y gastos que el apoyo de las empresas externas que dan a GREENBACK la calificación suficiente en cuanto a la solvencia técnica y profesional lleven aparejados, pues el fundamento principal de la aceptación de su oferta anormalmente baja es, precisamente, su condición de microempresa, la cual favorece el ahorro masivo de costes, sin embargo, dicha condición hace que deba apoyarse en entidades externas para obtener la capacitación técnica suficiente y, sin embargo, dicho coste en ningún momento es reflejado.

Es evidente que dichas entidades cobrarán a la adjudicataria, al menos los costes, que se deriven de la ejecución del contrato, sin embargo, no se tienen en cuenta, provocando una clara discriminación con IBERACÚSTICA, la cual sí hace un reflejo fiel de todos los costes en los que debe incurrir en la ejecución del contrato.

Tampoco se hace referencia a los costes de la subcontratación, ni al cálculo de los costes medios auxiliares e indirectos ni al ahorro que estos conllevan.

Por ello, entiende que no se garantizan las previsiones del artículo 75 (integración de solvencia con medios externos) y del artículo 90.11. i) (subcontratación) de la LCSP.

Por su parte el órgano de contratación opone que el requerimiento que se realizó al actual adjudicatario es conforme con la condición 9.2.2. del Pliego de Cláusulas Administrativas (PCA) que es acorde con el artículo 149.4 de la LCSP.

A juicio del órgano de contratación la justificación adicional que pretende la recurrente no tiene sustento jurídico que la ampare, habida cuenta que las justificaciones aportadas se consideraron satisfactorias.

GREENBACK indicó expresamente en su proposición, mediante declaración responsable en el ANEXO IV, que cumple con los requisitos de adscripción de medios basándose en los medios de otras entidades. El licitador indicó tanto las entidades que colaborarían en la adscripción de medios como la parte de ésta en la que participarían. Del mismo modo indicó en dicho Anexo que tiene intención de subcontratar alguna parte del contrato a terceros, enumerando los subcontratistas previstos, la parte del contrato que tiene previsto subcontratar y el importe estimado de la subcontratación.

Al respecto, para acreditar su efectiva disposición de estos medios, GREENBACK, S.L. aportó la declaración responsable incluida como anexo IV del PCP como parte de la documentación administrativa, indicando que cumplen las condiciones exigidas, tal y como ordena el apartado 24 del cuadro resumen del PCP.

De modo análogo, en el ANEXO IV de su proposición, GREENBACK, S.L. declaró que cumple por sí mismo, los requisitos de solvencia técnica y profesional exigidos en el apartado 21 del cuadro resumen del pliego de condiciones particulares.

El desacierto en el argumentario del recurrente se evidencia con la interpretación del artículo 76.2. de la LCSP, pues la norma permite adscribir a la ejecución del contrato medios materiales o personales suficientes para ello pero, sin embargo, no es un requisito de solvencia o de admisión al procedimiento contractual.

Por lo que se refiere a la subcontratación indica el órgano de contratación que la estrategia comercial que el recurrente muestra en su proposición que pretende subcontratar el servicio de calibración de equipos de toma de datos acústicos propiedad de Metro de Madrid- del mismo modo que GREENBACK- indicando para esa subcontratación un precio unitario (1.350 euros) que es aún inferior al precio unitario (1.633,5 euros) que indicó GREENBACK para la misma subcontratación. Así, concluye que ambos licitadores siguen una estrategia comercial similar y que el precio establecido por el adjudicatario está dentro de mercado lo que reduce o elimina el

riesgo que invocaba el recurrente de que el servicio subcontratado pudiera no realizarse por insuficiente remuneración del subcontratista.

Añade que el adjudicatario renunció en su oferta económica a incluir gastos generales y beneficio industrial, hecho que se ratificó en la justificación de su oferta.

Vistas las alegaciones de las partes procede determinar si la oferta incurso en anomalía se encuentra justificada.

El artículo 149 de la 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 oferta anormalmente bajas se puede resumir apelando a la Resolución de TACRC 530/2021, de 20 de mayo, que dice: “Sobre este precepto, es constante la doctrina de este Tribunal (por todas, recogida en la Resolución nº 473/2020 que reproduce a su vez los argumentos de la Resolución nº 747/2019 y de otras anteriores,) que hace referencia a la discrecionalidad técnica del órgano de contratación a la hora de valorar la justificación aportada por el recurrente relativa a la justificación de su oferta:

‘La decisión, sobre la justificación de la viabilidad de las ofertas incursas en valores anormales o desproporcionados, corresponde al Órgano de Contratación,

atendiendo a los elementos de la proposición y a las concretas circunstancias de la empresa licitadora y valorando las alegaciones del contratista y los informes técnicos emitidos, ninguno de los cuales tienen carácter vinculante. Como hemos reiterado en numerosas resoluciones, la finalidad de la Legislación de Contratos es que se siga un procedimiento contradictorio, para evitar rechazar las ofertas con valores anormales o desproporcionados, sin comprobar, antes, su viabilidad. No se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan, al órgano de contratación, llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo. En caso de exclusión de una oferta incurso 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 explicité 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 incurso 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 incurra 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 incurra 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”.

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 incurra 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 presente supuesto consta en el informe técnico que la justificación de la oferta elaborada por GREENBACK se basa en políticas de ahorro al ser una microempresa con menores costes, no habiendo repercutido gastos generales, ni tener política de reparto de beneficios, finalización del periodo de amortización del instrumental de medida empleado durante el periodo de vigencia del contrato, reducción del coste de combustible y en avales bancarios por solvencia del cliente, cálculo de las partidas económicas por referencia a la ejecución de los anteriores contratos, analizando los costes y justificando los mismo, etc.

Sin embargo, el recurrente alega de forma genérica que no se han tenido en consideración el coste de la subcontratación y la adscripción de medios sin realizar ni siquiera por aproximación el importe que a su juicio supone esta desviación. Al respecto es relevante que en la justificación aportada por GREENBACK sí constan los gastos de subcontratación por calibración y por lo que se refiere a la ausencia de beneficio industrial recordar que 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.

Revisada por este Tribunal la justificación aportada por el adjudicatario y el informe técnico que concluye que la oferta es viable, no se parecía arbitrariedad en el mismo ni error manifiesto, por lo que se desestiman las pretensiones del recurrente.

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 la representación legal de Ingeniería y Servicios en Acústica, Iberacústica, S.L. contra el Acuerdo de 25 de abril de 2023, del Comité Ejecutivo por el que se adjudica el contrato de “Servicio de consultoría de análisis y medición para el control de ruido y vibración en Metro de Madrid”, número de expediente 6012200392.

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.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista 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.