

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

En Madrid, a 8 de julio de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de ACTUA, SERVICIOS Y MEDIO AMBIENTE, S.L. (en adelante ACTUA), contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Majadahonda, de 21 de junio de 2024, por la que se adjudica el contrato de “Mantenimiento y conservación de zonas ajardinadas, elementos vegetales y otros en centros de titularidad municipal del Ayuntamiento de Majadahonda 2024-2028 número de expediente 58/2023, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Mediante anuncios publicados el 22 de marzo de 2024 en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 1.680.955,2 euros y su plazo de duración será de cuatro años.

A la presente licitación se presentaron nueve empresas, entre ellas la recurrente

Segundo. - Tramitado el procedimiento de licitación, el 21 de junio de 2024 se adjudica el contrato a VALORIZA SERVICIOS MEDIO AMBIENTALES, S.A. (en adelante VALORIZA).

Tercero. - El 15 de julio de 2024, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de ACTUA en el que solicita acceso al expediente y la exclusión de la adjudicataria por considerar que no queda justificada la viabilidad de su oferta, incurrida inicialmente en presunción de anormalidad.

El 19 de julio de 2024 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe 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 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 (LCSP), manifestando que su actuación, en relación con las solicitud de acceso al expediente, fue conforme a derecho y solicita 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.

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 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 21 de junio de 2024, notificado el 24, e interpuesto el recurso el 15 de julio, 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. - En primer lugar, se procede a analizar la procedencia de conceder el acceso al expediente solicitado por la recurrente, pues en el supuesto de acceder a esta petición posteriormente podría completar sus alegaciones.

Manifiesta ACTUA que formuló solicitud de acceso al expediente administrativo ante el órgano de contratación, interesando expresamente el contenido de la documentación justificativa de la baja formulada por VALORIZA, siendo convocada para ello el 11 de julio, no obstante, no puede tener acceso efectivo a la justificación presentada sobre la oferta anormalmente baja.

Considera que esta denegación de acceso es improcedente porque no consta la declaración de confidencialidad en este documento.

Expone que el 24 de junio, ante la solicitud de acceso al expediente realizada por parte de AMBITEC, el órgano de contratación requirió a todos los licitadores que había efectuado declaración de confidencialidad previa para que concretaran su específico alcance a los efectos de poder facilitar el acceso al expediente a este y al resto de licitadores que lo solicitasen. Aclara que este requerimiento fue efectuado con posterioridad a la presentación por parte de VALORIZA de la documentación justificativa de su baja desproporcionada, cuya presentación se produjo en 31 de mayo.

Pues bien, en el expediente consta que en fecha 27 de junio de este año VALORIZA respondió al requerimiento formulado por el órgano de contratación, de 24 de junio, de cuyo contenido no se extrae la declaración expresamente de confidencial del contenido de la documentación justificativa de su baja aportada, motivo por el cual, ninguna limitación relativa a dicha confidencialidad debió ser aplicada por el órgano de contratación, resultando una extralimitación la denegación a su contenido.

En segundo lugar, en cualquier caso, aun cuando por parte del órgano de contratación se considerase la existencia de cualquier documento que pudiera ser calificado como de declaración de confidencialidad al que esta adjudicataria no haya

podido tener acceso, no bastaría la denegación de pleno o de facto sin motivación al contenido justificativo de la baja de la oferta de VALORIZA, resultando obligado por parte del órgano de contratación el análisis de la referida declaración, para la comprobación de su alcance conforme a la Doctrina de nuestro Tribunal Europeo de Justicia (en adelante, TJUE).

Opone el órgano de contratación que sorprende que el propio recurrente considere que la justificación de la baja temeraria efectuada por VALORIZA no debió tener ninguna limitación relativa a dicha confidencialidad, cuya mención no se produce en la declaración expresa como confidencial de fecha de 27 de junio, pero que si tiene una vinculación directa con la declaración de confidencialidad del “SOBRE 1 Estudio Económico” donde por el propio licitador efectúa la siguiente manifestación: “Se declara confidencial el documento debido a que contiene los costes de ejecución del servicio calculados por VALORIZA. Estos cálculos incluyen las hipótesis económicas actuales que utiliza la empresa para calcular los costes de este tipo de servicios, en cuanto a la estimación de las próximas subidas salariales, la estimación de la variación del IPC, los gastos generales y beneficio industrial imputado al contrato, las tasas de interés consideradas y los plazos de amortización tenidos en cuenta en las distintas inversiones que hay que hacer en el servicio. La visualización por parte de empresas competidoras de esta información, pondría a VALORIZA en desventaja frente a otras empresas en futuras licitaciones. Además, el documento incluye los precios de medios materiales que son fruto de acuerdos de la empresa con sus proveedores y que no deben ser desvelados a terceros.”

El propio licitador en el documento nº 119 denominado: Justificación de baja anormalmente baja. Procedimiento de licitación Nº 58/2023 Mantenimiento y conservación de zonas ajardinadas, elementos vegetales y otros en centros de titularidad municipal del Ayuntamiento de Majadahonda 2024-2028, considera la confidencialidad íntegra de todo el documento al insertar la siguiente manifestación (pag.7): La justificación del presente valor anormal o desproporcionado, contiene

información técnica y comercial confidencial, por lo que, en virtud del artículo 140.1 del TRLCSP, declaramos confidencial la justificación de la oferta que aportamos.

En este sentido, el órgano de contratación entendió que la directa y estrecha vinculación de la justificación de la baja temeraria con el mencionado estudio económico, declarado confidencial, hacía necesario considerar también como confidencial la justificación de la oferta económica incurrida en valores anormales, por entender que podría ponerse en conocimiento de un competidor empresarial datos que tienen el carácter de confidencial.

Por su parte el adjudicatario se opone a que se le conceda el acceso al expediente pues el indicó al presentar su oferta lo que era confidencial explicando los motivos, por lo que debe prevalecer la confidencialidad sobre la publicidad y transparencia en el seno del proceso de contratación.

Vistas las posiciones de las partes, la controversia principal es el no haber tenido acceso al documento de justificación de viabilidad de la oferta presentada por VALORIZA. Consta en dicho documento la declaración de confidencialidad.

Tal y como ya se manifestó este Tribunal en su Resolución 265/2021, de 18 de junio, Recurso 224/2021, formulado por el mismo recurrente: *“Vistas las alegaciones de las partes, procede traer a colación el artículo 133 de la LCSP establece que “1. Sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. El carácter de confidencial afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores”.*

Es significativo que la propia recurrente indique que es confidencial prácticamente toda su oferta, indicando para el sobre 3 (a excepción del ANEXO IB: MODELO DE PROPOSICIÓN ECONÓMICA Y CRITERIOS EVALUABLES ECONÓMICAMENTE), que incluye la proposición económica y mejoras y el estudio económico que es íntegramente confidencial por contener costes fruto de acuerdos comerciales y estrategias de la empresa.

Como es sabido precisamente la justificación de las bajas temerarias recogen esas estrategias empresariales y acuerdos comerciales que permiten a las empresas ofrecer unas ofertas más ventajosas. En el documento de justificación presentado por VALORIZA consta el carácter de confidencialidad explicando los motivos

No es inusual que las partes actoras soliciten visionar documentación que ellos precisamente han declarado confidencial. En este sentido se ha pronunciado el TACRC en su Resolución 166/2019 *“En conclusión, la recurrente no puede pretender que sea legal lo que ella misma ha hecho e ilegal si lo hacen otros, y el informe técnico de valoración está suficiente y claramente motivado, por consiguiente, la entidad reclamante, a través del mismo, ha dispuesto de los elementos de juicio necesarios para evaluar la posibilidad de interponer su reclamación y fundarla debidamente”*.

El Tribunal Superior de Justicia de Canarias que, en su sentencia de 26 de junio de 2018, señala: *«[...] La doctrina de los actos propios, que en latín es conocida bajo la fórmula del principio del "venire contra factum proprium non valet", proclama el principio general de derecho que norma la inadmisibilidad de actuar contra los propios actos. Constituye un límite del ejercicio de un derecho subjetivo, de una facultad, o de una potestad, como consecuencia del principio de buena fe y, particularmente, de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento consecuente»*.

Como señala el órgano de contratación el estudio económico declarado confidencial por VALORIZA está intrínsecamente relacionado con la justificación de la viabilidad de la oferta que consta también como confidencial.

Es cierto que el órgano de contratación tenía que haber emitido un acto motivando la denegación del acceso al expediente del documento en cuestión. No obstante, a la vista de lo expuesto este Tribunal acuerda no conceder el acceso al expediente solicitado, debiendo primar en este caso el derecho de confidencialidad.

En segundo lugar, plantea la recurrente que la oferta de VALORIZA, incurso en presunción de anormalidad no se tenía que haber admitida. A estos efectos destaca la baja ofertada por VALORIZA (12%) casi duplica su umbral individualizado de anormalidad (6,18%). La baja media de todas las empresas ronda el 3,11%

Alega que, a pesar de no haber tenido acceso al expediente, del contenido del informe justificativo de la aceptación de la oferta, se extraen suficientes indicios que demuestran la improcedencia del acuerdo de adjudicación.

Pone de manifiesto que los pliegos establecieron un sistema reforzado para garantizar la viabilidad de las ofertas al incluir en la fórmula para el cálculo de las bajas anormales la puntuación obtenida en el resto de criterios y fijando de forma individual para cada licitador un umbral en atención a la puntuación obtenida en ellos, sino que además, se ocupaba de establecer las categorías (gastos de explotación, instalaciones, etc.) que debía preverse en la memoria económica justificativa obligatoriamente y su detalle, indicándose su falta de consideración en caso de no incluirse, así como los conceptos que podían o no ser incluidos dentro de ellos, en especial respecto de los gastos generales.

A su juicio, el informe de aceptación de la oferta carece de justificación.

En el informe se refiere a la justificación de los ahorros por compra de vehículos por disponer de una flota de vehículos ya amortizados. No obstante, el PCAP establece como capítulos obligatorios contemplar los costes de explotación, detallando los gastos en combustibles y lubricantes, así como los mantenimientos y reparaciones

que no constan según el informe y que este gasto no se puede incluir en los gastos de estructura o generales por no permitirlo los pliegos.

Sobre el coste de las instalaciones no adscribe un coste directo por instalación al servicio. Resulta evidente del contenido de los Pliegos que, como mínimo, deberá existir una nave o instalación adscrita al servicio, y cuyos costes directos sean imputables al servicio, para los usos que sean determinados por el licitador pero, como mínimo, para uso de vestuario y almacenamientos de las herramientas exigibles.

En cuanto al coste del encargado del servicio y su porcentaje de adscripción el PPT existe una adscripción mínima del 15% de su jornada. Estos costes deben incluirse en los costes de personal. En cambio, el Informe justificativo ha admitido su inclusión como “coste de estructura” toda vez que VALORIZA, según se refiere, no ha imputado el coste del encargado del servicio como coste directo del contrato.

Considera que el coste del 15 % hay que añadir vacaciones y absentismo. El coste de empresa de un Técnico Diplomado, menor que el de Licenciado (el pliego permite tanto Titulado Medio como Superior) en 2024 según convenio es de 38.008,81 /año. El 15% (sin incluir vacaciones y absentismo) serían 5.701,32€ en 2024. Por lo que el importe de los Gastos Generales imputados al contrato 3.501,24€ (incluyendo el beneficio industrial) no es suficiente para cubrir la dedicación del jefe de servicio. Menos aún de incluir además la parte proporcional del resto de costes indirectos no imputados como las instalaciones o los costes de explotación.

Declaran un importe de Gastos Generales + Beneficio Industrial del 1%, de este modo, puesto que su oferta es de 1.232.700,48 €, el 1% incluido en ella supone tan sólo 12.204,96€ para 4 años y 3.051,24€ al año para la suma de gastos generales y beneficio.

Como argumento de cierre, el Informe también refiere la aceptación de la justificación formulada basada en la presencia de la adjudicataria VALORIZA, no en el

municipio de Majadahonda, sino en la Comunidad Autónoma de Madrid, resultando que este fundamento no puede ser representativo de ninguna justificación ya que el resto de licitadores también poseen presencia en la Comunidad Autónoma y las ofertas presentadas no han sido tan bajas.

El órgano de contratación pone de manifiesto que todas y cada una de las empresas admitidas a licitación han presentado la memoria económica acorde a lo estipulado en el PCAP, ya que, como no puede ser de otra manera, se hubiese puesto de manifiesto por parte de la Mesa de Contratación previo informe de los Servicios Técnicos Municipales del Parques y Jardines, en caso de ausencias y deficiencias en relación al cumplimiento de lo establecido en el PCAP.

La aceptación de la propuesta ante una oferta en presunción de anormalidad siempre se hace de forma exhaustiva y con el máximo rigor por parte del Ayuntamiento de Majadahonda y no se puede admitir la velada acusación realizada por la recurrente cuando pone de manifiesto que “(...) hacen que debieran haberse extremado más si cabe las precauciones (...)” de la que podría entenderse que no se ha sido lo suficientemente diligente, riguroso o analítico a la hora de valorar la propuesta realizada.

Señala el órgano de contratación que a la vista del informe técnico que concluye que la oferta es viable no se puede decir que carezca de motivación. Destaca que incluso en el último párrafo se indica *“Antes de realizar la conclusión final se debe dejar constancia por el técnico que realiza este informe que el ahorro justificado (253.017,92 €) hubiese permitido hacer una baja aun mayor de la que se ha ofertado, ya que el importe de la baja (antes de aplicar el IVA) de la empresa VALORIZA asciende a: 1.400.796,00 (PEC MEMORIA ECONÓMICA) – 1.232.700,48 € (PEC OFERTA VALORIZA) = 168.095,52 €”*

En relación con el ahorro de los vehículos amortizados opone el órgano de contratación que si una empresa indica como ahorro que ciertos vehículos que

utilizará están amortizados y por lo tanto en su estudio económico indica que el coste a repercutir por alquiler o adquisición es 0 € (esto cumple con la cláusula 22 del PCAP), y aporta documentación que justifica y corrobora dicha amortización, y aporta documentación que justifica lo que hubiese supuesto de coste en caso de adquisición de los mismos, y por lo tanto esto justifica el ahorro que incluso se indica en el informe técnico (26.998,29 €/año).

En relación con los costes de combustible señala que la documentación aportada para justificar la presunción de anormalidad no tiene por qué incluir dichos costes ya que no suponen, a juicio de VALORIZA, una posibilidad de ahorro, como si lo supone el tener amortizados ciertos vehículos

Intentar correlacionar un coste, el de adquisición de ciertos vehículos, con otro, el de explotación de los vehículos, e intentar confundir argumentando que como hay vehículos amortizados (y por lo tanto el coste a imputar por este concepto es 0 euros) no se han tenido en cuenta los costes de explotación carece de toda lógica.

En cuanto a los costes de instalaciones, considera que las alegaciones de la recurrente es una tergiversación de lo contenido en el informe. De las respuestas dadas por el órgano de contratación a los licitadores en el procedimiento de licitación lo único claro es que el ayuntamiento no pone a disposición de este contrato ninguna instalación, pero en ningún caso obliga a que se tenga que tener en exclusiva una instalación para este servicio, que es lo que pretende que se deduzca por parte de la recurrente. Además, en ningún punto del informe se indica que dicho gasto se impute a gastos generales.

Efectivamente, en el caso del encargado, hay una dedicación mínima del 15% y así se ha tenido en cuenta por parte de VALORIZA, si bien es cierto que al no tener dedicación exclusiva no lo ha considerado como personal directo (como los oficiales, jardineros y auxiliares) sino como indirecto, pero a los efectos de tener en cuenta su importe y cumplimiento del contenido del PPT y del PCAP tiene plena validez, no se

podría considerar incumplimiento en meter dicho coste en un epígrafe (personal directo) o en otro (personal indirecto) ya que el coste está efectivamente contemplado.

Cuestión distinta es el puesto del responsable del servicio para el cual el PPT no obliga a ningún porcentaje de dedicación mínima. En una serie de párrafos parece que la recurrente mezcla la figura del encargado con la figura del responsable del contrato dando a entender que no se han tenido en cuenta los gastos de uno o de otro y llegando en el último párrafo a atribuirle al técnico diplomado un % de dedicación al que no obliga el PPT. Y entre medias dice que no se ha incluido el coste del encargado como personal directo sino como personal indirecto, pero no puede decir que no se haya tenido en cuenta su coste ya que sí se ha tenido en cuenta y es lo que tomó en consideración el servicio técnico de Parques y Jardines.

En cuanto a los gastos generales se remite a los distintos pronunciamientos de los Tribunales Administrativos de Contratación Pública en relación a que a diferencia de los contratos de obra en los que sí está fijado el porcentaje tanto de Gastos Generales y/o de Beneficio Industrial, en el caso de los contratos de servicios se deben contemplar ambos, pero sin una cuantía determinada sino con la que, dentro de su estrategia comercial, considere la empresa.

Por su parte el adjudicatario manifiesta su oposición a lo alegado por la recurrente, pues en su oferta económica constan los costes de explotación, detallando los gastos de combustibles, lubricantes y mantenimientos y reparaciones. Los costes de carburantes de las furgonetas no se tienen en consideración puesto que las mismas resultan ser eléctricas y la estimación del coste de luz asociado a su recarga, ya se encuentra correctamente contabilizado en el apartado de suministros de la instalación. En cuanto a la instalación, el pliego no obliga a que se tuviera que tener una instalación en exclusiva para este servicio, VALORIZA pone a disposición una instalación que ya dispone tal y como justifica, a la que imputa gastos de luz y teléfono.

Por otra parte, resulta obvia y burda, la intención de ACTÚA en tergiversar el concepto “costes directos e indirectos” con “personal directo e indirecto”, conceptos que nada tienen que ver y la recurrente, intencionadamente, mezcla para distorsionar su “presentación”. La entidad adjudicataria VALORIZA, en su Estudio Económico, incluye la totalidad del personal que el PPT considera como mínimo, considerado como un coste directo de la ejecución material del servicio.

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

El artículo 149 LCSP, regula las ofertas anormalmente bajas, refiriéndose a la posible justificación presentada por el licitador y a su valoración por la mesa de contratación, en el siguiente sentido:

“4. Cuando la mesa de contratación, o en su defecto el órgano de contratación hubiere identificado una o varias ofertas incursas en presunción de anormalidad, deberá requerir al licitador o licitadores que las hubieren presentado dándoles plazo suficiente para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos.

La petición de información que la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación dirija al licitador deberá formularse con claridad de manera que estos estén en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta.

(...)

En todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental,

social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201.

Se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador cuando esta sea incompleta o se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico.

(...)

6. La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación evaluará toda la información y documentación proporcionada por el licitador en plazo y, en el caso de que se trate de la mesa de contratación, elevará de forma motivada la correspondiente propuesta de aceptación o rechazo al órgano de contratación. En ningún caso se acordará la aceptación de una oferta sin que la propuesta de la mesa de contratación en este sentido esté debidamente motivada.

Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuatro, estimase que la información recabada no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador y que, por lo tanto, la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la mejor oferta, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo 150. En general se rechazarán las ofertas incursas en presunción de 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 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 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 incursas en presunción de temeridad, incide directamente en la discrecionalidad técnica de la Administración y, a tal respecto, es criterio de este Tribunal (Resoluciones 105/2011 y las 104 y 138/2013) que la apreciación hecha por la entidad contratante del contenido de tales justificaciones, en relación con el de las

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

De todas estas resoluciones debemos extraer que cuando el órgano de contratación viene a admitir la oferta incurso en presunción de baja temeraria y no a excluirla, la prolija motivación para mantener la oferta que reclama el recurrente del órgano de contratación no es exigible. Y la aceptación de la oferta resulta ajustada a derecho, ya que una vez determinada la oferta incurso en presunción de anormalidad, se dio traslado para la justificación a la misma, habiendo efectuado dicha justificación en términos asumidos por el órgano de contratación.

En este contexto, la justificación del licitador incurso en presunción de anormalidad debe concretar, con el debido detalle, los términos económicos y técnicos de la misma, en aras a demostrar de modo satisfactorio que, pese al ahorro que entraña su oferta, ésta no pone en peligro la futura ejecución del contrato con arreglo a la oferta aceptada y en los propios términos de la misma. Ello exige demostrar que, gracias a las especiales soluciones técnicas, a las condiciones especialmente favorables de que disponga para ejecutar las prestaciones del contrato, a la originalidad de la forma de ejecución de las mismas que se proponga aplicar, o a la

posible obtención de ayudas, el licitador está en condiciones de asumir, al precio ofertado, las obligaciones contractuales exigidas y derivadas de su oferta, con pleno respeto de las disposiciones relativas a la protección del medio ambiente y de las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que deba realizarse la prestación, todo lo cual en aras a demostrar que su oferta, pese a ser sensiblemente más baja que la de los demás licitadores, permite la futura viabilidad técnica y económica del contrato”.

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”.

Revisado por este Tribunal la justificación de la viabilidad de la oferta y el estudio económico no se aprecia que no se hayan incluido determinados gastos, nos remitimos en este punto a lo expuesto por el órgano de contratación y la adjudicataria a efectos de no ser reiterativos. VALORIZA en su justificación parte de los ahorros que le han supuesto diversas partidas, a lo que adjunta diversa documentación, tal y como se pone de manifiesto en el informe técnico.

En cuanto al beneficio industrial, es criterio de los Tribunales de Contratación, que la ausencia del mismo 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.

Recordar que nos encontramos ante la aceptación de una oferta incurso en presunción de anormalidad, por lo que los informes técnicos no precisan de esa exhaustividad que se exige cuando se rechaza una oferta. En cualquier caso, el informe está motivado, no se observa error ni arbitrariedad en el mismo, por lo que se encuentra dentro del margen de discrecionalidad técnica que le es dada al órgano de contratación.

En consecuencia, se desestima el recurso.

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. - Denegar el acceso al expediente solicitado por la recurrente.

Segundo. - Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de ACTUA, SERVICIOS Y MEDIO AMBIENTE, S.L., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Majadahonda, de 21 de junio de 2024, por la que se adjudica el contrato de “Mantenimiento y conservación de zonas ajardinadas, elementos vegetales y otros en centros de titularidad municipal del Ayuntamiento de Majadahonda 2024-2028 número de expediente 58/2023.

Tercero. - 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.

Cuarto. - Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Quinto. - 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.

