

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

En Madrid, a 7 de marzo de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don Y.C.S., en nombre y representación de Nascor Formación, S.L.U., contra la Orden de 30 de enero de 2018, de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda por la que se rechaza su proposición para el lote nº 22 “Formación para videojuegos” del contrato titulado “Formación profesional para el empleo en el centro de formación en tecnologías de la información y las comunicaciones (CRN Getafe) (22 LOTES)”, número de expediente: C-241A/004-17 (A/SER-005490/2017), este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 17, 20, 25 y 26 de octubre de 2017, se publicó respectivamente en el DOUE, en el BOE, el BOCM y el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid, el anuncio de licitación del contrato de servicios mencionado, dividido en 22 lotes, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, con un valor estimado de 6.805.461 euros.

Segundo.- A la licitación del lote 22 concurren dos empresas, CICE, S.A. y la

recurrente.

La Mesa de contratación en su reunión de 13 de diciembre de 2018, procedió a la apertura del sobre 3 de proposiciones económicas. A la vista de las ofertas presentadas se estimó que la oferta de Nascor Formación, S.L.U. (en adelante Nascor), se encontraba en el supuesto de baja anormal o desproporcionada de acuerdo con lo establecido en la cláusula 1 del PCAP.

En consecuencia, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 152.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), se notificó el 15 de diciembre 2017, dicha circunstancia a la empresa concediéndole plazo a fin de que aportasen la información justificativa de que su proposición podía ser cumplida.

Nascor presentó con fecha 2 de enero de 2018, escrito de justificación de su oferta que fue examinado por los servicios técnicos que emitieron el preceptivo informe que se elevó a la Mesa.

En el informe técnico se hace constar que “la empresa Nascor Formación S.L., refleja en el punto 3 de su escrito ‘Equipamiento Adicional, Software, Previsión Hardware y Reposición’, un cuadro con distintos conceptos y costes asociados, asignando cantidades y precios unitarios/totales. Destacar que la partida económica asignada a las licencias de software resulta insuficiente, los precios unitarios no se corresponden con los valores de mercado, estando muy por debajo, sin aportar documento acreditativo del ahorro por parte de la empresa, y la cantidad de licencias no se corresponde con el número de alumnos y/o equipos, no asignando una partida económica total a este concepto suficiente para la correcta ejecución del lote.

Además, la empresa no contempla dos de los paquetes de software imprescindibles para la impartición de los cursos de la especialidad de ‘MODELADO, ESCULTURA DIGITAL, TEXTURIZADO Y ANIMACIÓN’ contemplados en el Lote, tal y como se exige en la Ficha de condiciones técnicas. En relación al hardware, los costes asociados a alguno de los conceptos están por debajo de los precios de

mercado, sin adjuntar algún documento acreditativo del ahorro. Por todo ello, no queda garantizado que se puedan impartir los cursos atendiendo a las condiciones establecidas en el PPTs, en relación a las características del software exigido”.

Con fecha 23 de enero de 2018, se reunió de nuevo la Mesa de contratación que con base en el informe técnico emitido, propone *“el rechazo de la oferta económica de la empresa Nascor Formación, S.L., por entender que dicha proposición es inviable, no garantizándose el cumplimiento satisfactorio del contrato”.*

Mediante Orden de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de 30 de enero de 2018, se acepta la propuesta de la mesa y se rechaza la oferta presentada al lote 22. La Orden fue notificada en esa misma fecha a la empresa interesada.

Tercero.- El 20 de febrero de 2018, tiene entrada en el Tribunal escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación presentado por la representación de la empresa Nascor contra el rechazo de la oferta. El recurso había sido previamente anunciado al órgano de contratación el día 16 de enero.

El recurso alega la viabilidad de su oferta aportando datos y cifras relativas al equipamiento adicional requerido y los acuerdos con proveedores que justificarían el ahorro de costes.

El órgano de contratación remitió copia del expediente de contratación junto con el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP, el día 23 de febrero de 2018.

Cuarto.- Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso a la empresa propuesta como adjudicataria, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndole un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Transcurrido el plazo no se han presentado alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, en relación al artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Nascor para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP al tratarse de una licitadora, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*, al haber sido rechazada su oferta.

Asimismo queda acreditada la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la Orden impugnada fue adoptada el 31 de enero de 2018, practicada la notificación y recibida el mismo día e interpuesto el recurso el 20 de febrero de 2018, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el rechazo de la oferta en el procedimiento de licitación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.b) en relación al 16.1.b) del TRLCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, el mismo se contrae a analizar la adecuación a derecho de la apreciación de la viabilidad de la oferta de la recurrente incurso en presunción de temeridad.

El TRLCSP en su artículo 152.3, establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad. Y ello exige, en un primer momento, otorgar al licitador la posibilidad de que explique los elementos que ha tenido en cuenta a la hora de formular su oferta, de manera que no se produzca un rechazo automático y que el órgano de contratación pueda llegar a la convicción de la oferta se puede cumplir garantizando la correcta ejecución del contrato. Estos trámites tienen por objeto evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y garantizar la sana competencia entre las empresas (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 29 de marzo de 2012, dictada en el asunto C-99/10, SAG EV Slovensko a.s.).

Tal como establece el artículo 152 del TRLCSP, sólo es posible excluir una oferta que contenga valores anormales cuando, a la vista de la justificación aportada y los informes sobre la misma, se estime que *“la oferta no puede ser cumplida”*. O, como expresa también el artículo 69.3 de la nueva Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, los poderes adjudicadores exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando ésta parezca anormalmente baja para los servicios de que se trate y sólo se podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos.

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

Tal como se indica en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña 3/2012, de 30 de marzo: *“Según se desprende de la normativa mencionada, con la regulación de las ofertas o proposiciones con valores anormales o desproporcionados se persigue un doble objetivo: en primer lugar, garantizar la ejecución correcta del contrato, es decir, que la ejecución del contrato*

no se pueda frustrar como consecuencia del hecho de que una oferta o una proposición contenga valores anormales o desproporcionados y, por lo tanto, comprobar que estas ofertas o proposiciones son viables y que en caso de ser seleccionadas se podrán cumplir correctamente en los términos establecidos; y, en segundo lugar, establecer unos mecanismos de protección para la empresa licitadora, de manera que su oferta o proposición no pueda ser rechazada de forma automática, sino que tenga la posibilidad de defenderla.

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

El segundo paso del procedimiento contradictorio es el informe técnico valorando la justificación presentada. Según lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 152 del TRLCSP corresponde al órgano de contratación “*considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior*” estimar si la oferta puede ser o no cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. De acuerdo con ello, es imprescindible que el informe de los servicios técnicos esté suficientemente motivado, a los efectos de que la Mesa de contratación primero, en su propuesta, y el órgano de contratación después, puedan razonar o fundar su decisión. De no cumplirse con el requisito de motivación antes expuesto, la decisión discrecional del órgano de contratación calificando una oferta de anormal o desproporcionada, cuando no constan en el expediente las circunstancias que el citado órgano tomó en consideración en el momento de adoptar la correspondiente decisión, podría ser considerada arbitraria.

A todo ello cabe añadir que la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde al órgano de contratación que la adoptará a la vista de las

alegaciones formuladas por la empresa licitadora y teniendo en cuenta los informes emitidos por los servicios técnicos, sin que las alegaciones ni los informes tengan carácter vinculante.

En este momento la función del Tribunal sería meramente de control del cumplimiento de los principios y de los trámites legales, no siendo posible la sustitución del juicio técnico del informe ni de la decisión sobre la posibilidad de cumplimiento que como ya se ha dicho corresponde exclusivamente al órgano de contratación. Los elementos de control serían además del cumplimiento de las formalidades jurídicas, que exista motivación y que la misma resulte racional y razonable excluyendo toda posibilidad de arbitrariedad. En cuanto al fondo del asunto, el mismo se contrae a analizar la adecuación a derecho de la apreciación de la viabilidad de la oferta de la recurrente incurso en presunción de temeridad.

El informe del órgano de contratación expone que la empresa Nascor reflejaba en su escrito de justificación un cuadro con distintos conceptos y costes asociados, asignando cantidades y precios unitarios/totales y que los precios unitarios no se correspondían con los valores de mercado, sin aportar la empresa documentación acreditativa del ahorro, y que las cantidades de licencias no se correspondían con el número de alumnos y/o equipos, no asignando una partida económica total a este concepto, suficiente para la correcta ejecución del lote. Además la empresa no contemplaba dos de los paquetes de software imprescindibles para la impartición de los cursos de la especialidad de *“Modelado, Escultura Digital, Texturizado y Animación”* incluida en el lote, tal como se exige en la Ficha de condiciones técnicas. Añade que *“en el escrito del recurso presentado, la empresa Nascor Formación S.L.U., introduce modificaciones respecto a su escrito inicial de justificación de la baja considerada desproporcionada o temeraria, realizando ahora una nueva distribución de costes, añadiendo nuevos conceptos. Por lo tanto, entendiendo que el escrito del recurso presentado por Nascor Formación S.L.U., con el que aporta nueva documentación, y teniendo en cuenta el reconocimiento expreso por parte de la empresa de haber cometido ‘error administrativo’ en el informe inicial de justificación de la oferta que presentó en*

tiempo y forma, en relación a cuantías, conceptos e importes, se considera que no procede valorar la nueva documentación que la empresa Nascor Formación S.L.U. incluye en este recurso, por no ajustarse en tiempo y forma a los plazos legalmente establecidos en la legislación vigente de Contratación del Sector Público”.

El Tribunal comprueba que el escrito de justificación de la empresa incluye el siguiente cuadro de costes referido al equipamiento adicional, software, previsión de hardware y reposición:

CONCEPTO	CANTIDAD	PRECIO UNIT.	TOTAL
Tablets o teléfonos inteligentes	9	150,00 €	1350,00 €
Tabletas digitalizadoras	27	150,00 €	4.050,00€
Impresora 3D con el material fungible necesario	1	350,00€	350,00€
Proyector + Instalación	1	200,00€	200,00€
Software Unity3D	54	100,00€	5.400,00€
Software Photoshop	54	100,00€	5.400,00€
Software blended	54	100,00€	5.400,00€
Previsión HardWare, equipamiento adicional y reposición	--		5.537,50 €
			27.687,50€

Sin embargo el escrito de recurso expone lo siguiente: *“Para la partida de software conforme a lo requerido en los Pliegos de Prescripciones Técnicas (PPTs) y de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), se deben aportar las ‘licencias necesarias para la impartición de los cursos, con un mínimo de una por alumno y una adicional para el profesor’, y en concreto las siguientes;*

- *Unity 3D 102 alumnos*
- *Photoshop 17 alumnos*
- *Blended 51 alumnos*
- *Maya 34 alumnos*
- *Zbrush 34 alumnos*

Según la información que nos trasladan los diferentes proveedores, ya sean distribuidores oficiales o los propios fabricantes de las licencias, se pueden adquirir en el modelo educativo y por dispositivo. Al instalarse por dispositivo, todos los

alumnos podrán hacer uso de dichas licencias, independiente del número de alumnos que se formen, ya que como hemos comentado al principio de estas alegaciones, todos los alumnos utilizarán siempre los mismos 17 ordenadores, más el del docente.

El coste que tendrían estas licencias sería el reflejado en el siguiente cuadro:

SOFTWARE	ALUMNOS	LICENCIAS	PVP (IVA NO Incl.)	TOTAL (IVA NO Incl.)
Software Unity 3D	102 participantes + docente	18	- €	- €
Software Maya	34 participantes + docente	18	- €	- €
Software Zbrush	34 participantes + docente	18	332,50 €	5.985,00€
Software Photoshop	107 participantes + docente	18	155,88€	2.805,84€
Software Blender	51 participantes + docente	18	-€	- €
TOTAL SOFTWARE				8.790,84 €

Todo ello sustentado en los presupuestos que nos envían los diferentes proveedores (...)

En base a esto, podríamos formar a los 136 alumnos, con un coste total de 8.790,84€, que resultaría inferior a los 16.200,00 € planteados en nuestro escrito de justificación de la valoración. Independientemente de que por error administrativo, en un principio, no reflejamos en nuestro cuadro, dos de las cinco licencias requeridas”.

De la comparación de los costes reseñados en ambos cuadros y del propio texto del recurso, se deduce que la recurrente realiza una modificación de su oferta económica, modificación que al parecer fundamente en los presupuestos de proveedores que acompaña. Se constata igualmente que esos presupuestos no figuraban en el documento de justificación de la viabilidad.

Por otro lado, reconoce la recurrente que no incluyó en la justificación dos de las cinco licencias requeridas.

El Tribunal ha mantenido en diversas Resoluciones, entre ellas la 55/2014, de 26 de marzo, que en los supuestos de justificación de la viabilidad de una oferta incurso en valores desproporcionados, no puede en fase de recurso incluirse datos o

consideraciones que no fueron aportados o tenidas en cuenta en el momento de justificar la oferta, ya que como se señalaba en la mencionada Resolución, *“teniendo la empresa recurrente plena libertad para acreditar, justificar y detallar en profundidad la viabilidad de su proposición, no lo consigue a juicio de los servicios técnicos del órgano de contratación que estiman insuficiente su justificación y así lo motivan. No puede el recurrente, utilizar la vía del recurso, para realizar la justificación previa, en la que pudo y debió utilizar todos los medios a su alcance para concretar las condiciones de su oferta y su viabilidad”*.

A mayor abundamiento, en este caso la propia recurrente altera los datos de su justificación y reconoce que no había incluido dos de las cinco licencias requeridas, circunstancia que ha de suponer sin tener que analizar los demás datos de la justificación económica, su exclusión por incumplimiento del PPT.

En consecuencia, el Tribunal, comprueba que se ha realizado la tramitación exigida en el artículo 152 del TRLCSP y que además del cumplimiento de las formalidades jurídicas, existe motivación en los informe técnicos emitidos y en la Resolución adoptada que resulta racional y razonable sin que se advierta arbitrariedad, por lo que le recurso debe ser desestimado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 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 interpuesto por don Y.C.S., en nombre y representación de Nascor Formación, S.L.U., contra la Orden de 30 de enero de 2018, de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda por la que se rechaza su

proposición para el Lote nº 22 “Formación para videojuegos” del contrato titulado “Formación profesional para el empleo en el centro de formación en tecnologías de la información y las comunicaciones (CRN Getafe) (22 LOTES)”, número de expediente: C-241A/004-17 (A/SER-005490/2017).

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- 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 49 del TRLCSP.