

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

En Madrid, a 14 de mayo de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de SILMAN 97 S.L., contra la Orden de la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad de la Comunidad de Madrid de 21 de febrero de 2020, por la que se acuerda rechazar la oferta incurso en presunción de temeridad, en el contrato de suministro “Alquiler de una oficina móvil con conductor para la realización de acciones de asesoramiento e información en materia de empleo”, expediente A/SUM-013790/2019/2019, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el 2 de enero de 2020, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto y con pluralidad de criterios de adjudicación. Así mismo, se publicó en el DOUE con fecha 31 de diciembre de 2019 y en el BOCM el 10 de enero de 2020.

El valor estimado de contrato asciende a 299.664,46 euros con un plazo de

duración de 6 meses.

A la licitación se presentaron cinco empresas entre ellas la recurrente.

Segundo.- El día 4 de febrero de 2020, se reunió la Mesa de contratación, para la apertura de los sobres que contenían las proposiciones económicas y los criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas. En la misma reunión, una vez finalizado el acto público, la Mesa de contratación procedió al cálculo de las ofertas para la determinación si alguna de ellas se encuentra incurso en presunción de anormalidad, apreciándose que es el caso de la oferta presentada por SILMAN 97, S.L. (en adelante SILMAN).

Tras otorgar trámite de audiencia al contratista, el 10 de febrero de 2020 presenta escrito de justificación del bajo nivel de precios ofertados en el contrato de referencia. Remitida dicha justificación a la Subdirección General de Oficinas de Empleo y Servicio al Empleado, la misma emite informe con fecha 14 de febrero de 2020.

La Mesa de contratación con fecha 19 de febrero de 2020 propone al órgano de contratación en base al citado informe de 14 de febrero de 2020, el rechazo de la oferta de la recurrente al considerarla inviable y proponer a la empresa Autoescuela Abril, S.L., como adjudicataria del contrato de referencia.

El 21 de febrero de 2020, la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad dicta la Orden por la que se rechaza la oferta al considerarse que su justificación no explica adecuadamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos, no pudiendo garantizarse el satisfactorio cumplimiento del contrato.

El 25 de febrero de 2020, fue notificada la Orden de rechazo a la empresa SILMAN.

Tercero.- El 6 de marzo de 2020, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de SILMAN contra la Orden por la que se acuerda rechazar su oferta, al considerar que ha quedado acreditada su viabilidad.

Cuarto.- El 12 de marzo de 2020, 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 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).

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

Sexto.- Los plazos para la tramitación del presente procedimiento administrativo de recurso especial quedaron suspendidos desde el 14 de marzo hasta el 7 de mayo de 2020, en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional tercera del Real decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, prorrogado sucesivamente por los Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020 de 10 de abril, 492/2020, de 24 de abril y 17/2020, de 5 de mayo.

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 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 del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acto impugnado fue adoptado el 21 de febrero de 2020, y practicada la notificación el día 25 del mismo mes, interponiéndose el recurso ante este Tribunal el 6 de marzo de 2020, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la exclusión de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso el recurrente alega la improcedencia de la no admisión de su oferta, alegando respecto a cada una de las justificaciones dadas en el informe técnico.

El órgano de contratación en su informe técnico analizó pormenorizadamente cada una de las justificaciones de la baja planteadas por el recurrente.

Por su parte, el órgano de contratación en el informe del recurso se opone a la justificación planteada por la recurrente.

Respecto al motivo de impugnación hay que manifestar que como ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones la apreciación de la viabilidad de

las ofertas incursas en presunción de temeridad responde al concepto de discrecionalidad técnica que corresponde al órgano de contratación.

Según lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP corresponde al órgano de contratación *“considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuarto”* 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 y el órgano de contratación después, puedan razonar o fundar su decisión. Sólo es posible, de acuerdo con el indicado artículo, rechazar 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, teniendo en cuenta los elementos mencionados en el apartado 2 del citado artículo”*.

No resulta posible la aplicación automática de los criterios de temeridad rechazando la oferta incursa en dicho umbral, pues la ley requiere solicitar explicaciones sobre la composición de la oferta y una valoración de los diferentes elementos puestos de manifiesto en la justificación y de las características de la propia empresa para poder apreciar de forma motivada si es posible o no el cumplimiento de la proposición en términos satisfactorios que ponga de manifiesto que esa anomalía no afectará a la ejecución del contrato.

Para ello la LCSP, en su artículo 149, 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 que la oferta se puede cumplir garantizando la correcta ejecución del contrato. Estos trámites tienen por objeto evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y garantizar la sana competencia entre las empresas (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 29 de marzo de 2012, dictada en el asunto C-99/10, SAG EV Slovensko a.s).

Tal como 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”*.

Es conveniente señalar además el criterio mantenido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en numerosas Resoluciones y que este Tribunal comparte, en cuanto a que en aquellos casos en los que el informe técnico no comparta la justificación dada por el licitador para justificar la anormalidad de su oferta, resulta evidente que debe motivarse el informe pues éste tendrá que salir al paso de lo alegado por el interesado rebatiendo su argumentación *“resolución reforzada”*, como se ha dicho por este Tribunal en otras resoluciones, como la nº 294/2018, de fecha 26 de septiembre, la Resolución 559/2014 de fecha 22 de julio y la 685/2016, de 9 de septiembre, entre otras. En esa misma Resolución, el TACRC

señala que *“hemos de analizar, tal y como señala la doctrina anteriormente sentada, la justificación presentada. Pese a tratarse de cuestiones no jurídicas sino eminentemente técnicas, sí puede este Tribunal analizar la suficiencia de tales explicaciones a los efectos de valorar en este caso los argumentos suficientes a la entidad contratante, como también puede analizar este Tribunal si la mencionada entidad ha realizado el esfuerzo de argumentación que venimos exigiendo (la llamada resolución reforzada) para poder excluir de la contratación a la empresa que ofertó el precio más bajo, que a la postre hubiese podido resultar adjudicataria del contrato ya que se trata de un contrato a adjudicar teniendo en cuenta únicamente el precio más bajo ofertado”*.

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, 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.

De no cumplirse con estos requisitos de racionalidad o motivación reforzada antes expuestos, 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.

La decisión final sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde, según dispone el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP, al órgano de contratación que la adoptará a la vista de las alegaciones formuladas por la empresa licitadora teniendo

en cuenta los informes emitidos por los servicios técnicos, sin que las alegaciones ni los informes tengan carácter vinculante pudiendo por tanto de manera motivada, separarse de la propuesta.

Vistas las alegaciones de las partes y de acuerdo con la doctrina expuesta, procede comprobar que el informe justificativo de la baja temeraria y el informe del órgano de contratación que la admite contienen la suficiente motivación.

El informe justificativo de la baja temeraria se fundamenta en los siguientes apartados:

- 1- Cálculo ajustado de los costes de este tipo de campañas pues es, precisamente, la principal actividad de nuestra empresa, fundada hace más de 20 años, disponiendo de áreas de creatividad, diseño y mantenimiento técnico (mecánico, hidráulico, eléctrico y audiovisual).
- 2- Disponer de una amplia flota de este tipo de vehículos, completamente amortizada lo que nos permite hacer uso de ella sin necesidad de asumir costes de alquiler o amortizaciones.
- 3- Disponer en propiedad de suficientes equipos audiovisuales e interactivos para el desarrollo de esta campaña, así como de material para actividades si así fuese necesario.
- 4- En temas de rotulación y seguros, contratan un volumen muy elevado por lo que sus costes son, notablemente, inferiores a los de otras empresas.
- 5- La empresa dispone de personal propio para la realización de todos los trabajos necesarios para la correcta ejecución del contrato en las condiciones solicitadas, así como de instalaciones propias y ya amortizadas, donde poder realizar dichos trabajos.
- 6- Tienen implantados Sistemas de Gestión, de Calidad, Medio Ambiente, Seguridad y Salud en el Trabajo, lo que, por un lado, garantiza la correcta ejecución de los trabajos en las condiciones técnicas y legales establecidas, y por otro lado permite, gracias a la madurez de dichos

sistemas, la eficiencia (también económica) en la ejecución de cualquier trabajo.

La baja realizada es del 40 % respecto del presupuesto de licitación.

Procede, por tanto, entrar en el análisis de cada uno de ellos a efectos de determinar la motivación y justificación realizadas en el correspondiente informe referido a la baja temeraria.

Respecto al primero de ellos, el órgano de contratación alega sobre el argumento de que tiene muy bien ajustado el cálculo de los costes de este tipo de campañas pues es, precisamente, la principal actividad de la misma, adjuntando al recurso como documento anexo “*documento nº 13*”, justificativo de la relación de contratos adjudicados y ejecutados, similares al presente contrato, que esta documentación aportada, no pudo ser tenida en cuenta al realizarse el informe técnico de la justificación de la baja, porque no se aportó. Sin embargo, esta documentación no supone un hecho diferenciador, debido a que para justificar la debida solvencia técnica, se solicita a todos los licitadores, y a la entidad adjudicataria se le solicitará documentación al respecto: “*La relación de los principales suministros realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato durante los últimos tres años cuyo importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior a 126.907,90 euros (70% de la anualidad media del contrato. Artículo 89.3)*”.

Respecto al segundo apartado justificativo, el órgano de contratación manifiesta que no se entiende el motivo por el que SILMAN se centra en la categoría de “*Autocamiones*”, ya que la Administración en su informe alude a la categoría genérica de “*Elementos de transporte externo*”, y a su período de amortización que permitiría deducir que el vehículo ofertado tiene una antigüedad tal que le impedirá cumplir con la condición especial de ejecución consistente en que el vehículo ofertado debe estar clasificado como “*Cero Emisiones*”, y por tanto incurrir a la

licitadora en la penalidad establecida en los pliegos de contratación, no estando este importe recogido en la justificación de la oferta (5.394 euros).

Añade que la Administración no pudo entrar en más análisis ya que el alegato al respecto realizado por SILMAN no detallaba lo suficiente el vehículo ofertado, su obsolescencia, kilómetros y demás parámetros que pudieran llevar a la Administración a realizar otro análisis que el que llevó a cabo en su momento.

En relación con la formulación de un plan de amortización ajustado al contribuyente y aceptado por la Administración tributaria, alega que no se pudo tener en cuenta en el informe técnico de la justificación de la oferta incurso en baja anormal, porque SILMAN nada dijo sobre ello y por tanto no pudo valorarse.

Finalmente, en cuanto al no cumplimiento de la condición especial de ejecución, y pese a que no es motivo de resolución su no cumplimiento, del alegato realizado por SILMAN se desprende que efectivamente no se va a cumplir y la partida de 18.000 euros contemplada en el epígrafe *“Alquiler oficina móvil”* y que la propia licitadora indicaba *“Vehículo propio y amortizado, pudiendo ser este importe aplicable al beneficio final de forma indirecta”*, ahora ese importe no se prevé que vaya a engrosar el beneficio final de forma indirecta sino que parte de ella cubrirá el coste de la penalización por no cumplir la condición especial de ejecución del contrato (5.394 euros).

Respecto al tercer apartado de la justificación, de disponer en propiedad de suficientes equipos audiovisuales e interactivos para el desarrollo de esta campaña, así como de material para actividades si así fuese necesario, el órgano de contratación sostiene que esta alegación carece de fundamento a la vista del cuadro resumen aportado en la segunda página de su escrito justificativo del precio ofertado, ya que no se recoge diferencia alguna entre el precio estimado por la Administración y el ofertado por la recurrente, por lo que no justificaría la baja de la oferta.

Con relación al cuarto apartado, en lo relativo a temas de rotulación y seguros, contrata un volumen muy elevado por lo que los costes son notablemente inferiores a los de otras empresas, el órgano de contratación se ratifica en lo expuesto en su informe de 14 de febrero, y no incurre en contradicción alguna, ya que la carga de la prueba de la oferta anormalmente baja recae en el recurrente, y la Administración solo puede tener en cuenta los elementos de prueba y alegatos formulados, que fueron muy escuetos y por tanto no permitieron a la Administración hacer un análisis más exhaustivo que el realizado.

Respecto a la póliza de seguro que el recurrente adjunta al recurso como “*documento nº 15*”, certificado de suscripción de Seguro RC de SILMAN, señala que este certificado no pudo ser tenido en cuenta al no haberse aportado con anterioridad.

Por lo que se refiere al quinto apartado de la justificación relativo a que dispone de personal propio para la realización de todos los trabajos necesarios para la correcta ejecución del contrato en las condiciones solicitadas, así como de instalaciones propias y ya amortizadas, donde poder realizar dichos trabajos, además el personal que tiene dispone de formación adecuada que evita incurrir en costes adicionales de formación, entre otros, el órgano de contratación sostiene que la Administración realizará las acciones concretas de atención al usuario por sus propios medios, por lo que el personal que la licitadora debe poner a disposición únicamente tiene que ocuparse de las actuaciones relacionadas con la conducción y puesta a punto del vehículo, actividades que el personal incluido en el convenio colectivo considerado para calcular el coste del personal debe tener entre sus competencias, sin coste adicional alguno, ya que el resto de actuaciones concretas de la Administración serán llevadas a cabo por personal propio.

Finalmente, respecto al apartado sexto que tiene implantados (ya no certificados) Sistemas de Gestión, de Calidad, Medio Ambiente, Seguridad y Salud en el Trabajo, lo que, por un lado, garantiza la correcta ejecución de los trabajos en

las condiciones técnicas y legales establecidas, y por otro lado permite, gracias a la madurez de dichos sistemas, la eficiencia (también económica) en la ejecución de cualquier trabajo, el órgano de contratación considera que no excede lo establecido en los pliegos, ya que no solicita en modo alguno ninguna justificación a este respecto, lo único que hace es contestar lo alegado por SILMAN por propia iniciativa.

Visto lo anterior, procede destacar que el objetivo de la justificación de una baja temeraria no es otro que comprobar que la oferta o proposición son viables y que en caso de ser seleccionadas se podrán cumplir. En definitiva, se trata de realizar los cálculos de los componentes del precio que llevan a determinar la oferta y justificar los diferentes ahorros en su composición que permitan al órgano de contratación llegar al convencimiento de la viabilidad de la oferta de cara a garantizar una correcta ejecución del contrato.

Resulta evidente que el órgano de contratación ha realizado un esfuerzo justificativo con argumentos suficientes para salir al paso de lo alegado por el recurrente en su justificación, motivándose de modo exhaustivo su informe, por lo que debe entenderse que se ha producido la “*resolución reforzada*” exigida por la doctrina y la jurisprudencia, que desmonta las justificaciones dadas por el licitador.

Finalmente, no se debe pasar por alto el hecho de que la baja alcanza el 40 % del precio de licitación, por lo que debe exigirse una mayor exhaustividad en su justificación, como reiteradamente ha señalado el TACRC en diversas Resoluciones (entre otras 559/2014 y 662/2014).

Por todo lo anterior, procede la desestimación del recurso.

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 representación de SILMAN 97 S.L., contra la Orden de la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad de la Comunidad de Madrid de 21 de febrero de 2020, por la que se acuerda rechazar la oferta incurrida en presunción de temeridad, en el contrato de suministro “Alquiler de una oficina móvil con conductor para la realización de acciones de asesoramiento e información en materia de empleo”.

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 58 de la LCSP.

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 59 de la LCSP.