

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

En Madrid, a 5 de agosto de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Producciones Mic, S.L. (en adelante MIC), contra el acuerdo de adjudicación del contrato “Servicio para la maquetación, impresión y distribución de la guía de información municipal (expediente Nº 6239)”, del Ayuntamiento de Alcalá de Henares, para el lote 1, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE y en la Plataforma de Contratación del Sector Público, con fechas, respectivamente 17 y 19 de noviembre de 2020, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto y con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 395.209,80 euros, con un plazo de ejecución de 1 año.

Segundo.- A la presente licitación se presentaron ocho empresas, entre ellas la recurrente.

La oferta económica presentada por la empresa adjudicataria Beautiful Service Design, S.L., se encontraba incurso en presunción de temeridad, motivo por el que fue requerida para que justificase su oferta. Presentada la justificación, y previo informe al respecto, se consideró que la baja había sido debidamente justificada, lo que, previo los trámites oportunos, condujo finalmente a la adjudicación del Lote 1 del contrato a la citada empresa.

Tercero.- El 12 de julio de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal, el recurso especial en materia de contratación formulado por la representación de MIC, contra el acuerdo de adjudicación del contrato de referencia para el lote 1.

Cuarto.- El 19 de julio de 2021, 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.- 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 con fecha 19 de julio de 2021, 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, sin que se haya recibido alegación alguna al respecto.

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 acto impugnado fue notificado el día 18 de junio de 2021, interponiéndose el recurso ante este Tribunal el 9 de julio de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación 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.b) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, la recurrente alega que la justificación de la baja temeraria presentada por la adjudicataria debió ser considerada insuficiente, y la empresa excluida del procedimiento de licitación.

Hace constar que en el documento denominado *“Informe Técnico Oferta baja desproporcionada 01-03-2021”* publicado en el perfil de contratante el 03/03/2021 la oferta del adjudicatario se encuentra en presunción de anormalidad:

“Dado que la media aritmética de las ofertas concurrentes al lote 1 es de 41.050,53 €; se aprecia que la oferta presentada por la empresa BEAUTIFUL SERVICE DESIGN por un importe de 19.608,48 €, ha incurrido en baja desproporcionada.”

Indica que, la oferta del adjudicatario se encuentra en anormalidad, en concreto, su oferta, supone una baja porcentual de 46,99 % respecto a la media de las ofertas que han de tomarse en consideración para el cálculo de la media. Por lo tanto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 85.3 del Reglamento, al que se remiten los pliegos, la oferta del adjudicatario supera en 36,99 % el umbral de temeridad.

Considera que atendiendo al contenido del informe técnico, único documento que hace referencia al contenido de la justificación, no se aprecia en ella el más mínimo cálculo numérico que justifique el ahorro, basándolo exclusivamente en argumentos genéricos, convirtiendo de ese modo su aceptación en una cuestión de fe. No estamos por lo tanto ante una baja nimia que pueda justificarse mediante una argumentación simple. Al respecto, trae a colación diversas resoluciones de este Tribunal que señalan que debe exigirse una mayor exhaustividad en la justificación cuanto mayor sea la baja.

Finalmente, considera que la simple lectura de la motivación del informe realizado por el órgano de contratación, obvia cualquier comentario sobre, precisamente, la absoluta falta de motivación del mismo.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe sobre el recurso presentado señal escuetamente: *“Habiéndose presentado por parte de la empresa MIC reclamación ante el Tribunal, y relativa a la baja desproporcionada de la*

Empresa Beautiful Service Desing. SL (Expediente 6239, Contratación del Servicio de maquetación impresión y distribución de la guía de información municipal); quien firma este escrito se reitera en lo ya expuesto en el informe de fecha 11 de marzo de 2021, por el cual se consideraban suficientes las razones alegadas por la empresa Beautiful Service Desing. SL para justificar el ahorro de su oferta, de acuerdo con lo previsto en el artículo 149.4 letra a) de la ley de Contratos de del Sector Público, al exponer motivadamente su estructura de costes y el margen de beneficios de su oferta”.

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, en su propuesta, y el órgano de contratación después, puedan razonar o fundar su decisión.

Sólo es posible, de acuerdo con el indicado artículo, 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 parezcan anormalmente bajas 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 incurra 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 anormalidad 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 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”*.

La información justificativa, tal como está diseñado el procedimiento contradictorio de verificación de la oferta anormal o desproporcionada va dirigida a convencer al órgano de contratación de que con la oferta formulada, anormalmente más baja en comparación con las demás del mismo procedimiento competitivo, y con la justificación de su desglose, se pueden cumplir las prestaciones objeto del contrato, de manera que si la justificación es insuficiente o motivadamente no garantiza adecuadamente la ejecución del contrato, atendiendo a la inicial presunción y para preservar el interés público de la licitación la oferta ha de ser rechazada.

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 Resolución 294/2018 de fecha 26 de septiembre Resolución 559/2014 de fecha 22 de julio; 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 la más reciente, de fecha 11 de enero y número 10/2019, se recoge la reiterada doctrina de este Tribunal sobre esta materia, contenida entre otras, en las resoluciones nº 803/2018 y 877/2017. Señala el Tribunal, que en los casos en que se inicie un procedimiento contradictorio dando audiencia al licitador cuya oferta esté incurso en presunción de anormalidad, para que pueda justificar el bajo nivel de precios ofertados o de costes propuestos, el rechazo de la oferta exige de una resolución debidamente motivada que razone por qué las justificaciones del licitador no explican satisfactoriamente el bajo nivel de precios ofertados. Por el contrario, cuando de lo que se trata es de admitir la justificación presentada por el licitador, no es necesario que se contenga una motivación exhaustiva

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 y 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.

En el caso que nos ocupa, en el informe justificativo de la baja temeraria del adjudicatario se señala: *“En relación con la notificación citada en la referencia, les comunicamos lo siguiente:*

1. Manifestar nuestra sorpresa por incurrir, según indican, en baja desproporcionada, conforme al artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

2. La oferta económica que presentamos al concurso (nº exp. 6239), se realizó conforme a nuestras tarifas habituales y teniendo en cuenta los márgenes de beneficios que solemos aplicar en nuestros trabajos.

3. Paso a detallar nuestra oferta:

3.1.- Servicio de Maquetación.

Se trata, así lo hemos entendido, de MAQUETAR 32 páginas, incluidas cubiertas, sobre un diseño existente y tras la entrega de todo el material, textos, fotografías, señalización de titulares y destacados, pies de fotos, etc. en formato A4, según diseño aprobado por la Oficina de Comunicación Municipal, que podrá variar global o puntualmente.

Nuestra oferta económica SIN IVA es de 3.024 euros por 6 número anuales; un total de 192 páginas; lo que supone 504 euros por número (32 páginas).

La estimación de dedicación por número es de 2,5 días de trabajo, por lo que estimamos que el beneficio de dicho y trabajo es más que razonable.

3.2.- Impresión de la revista

Un total de 64.000 ejemplares en 6 números anuales, cuya periodicidad determinará el Ayuntamiento, con las siguientes características técnicas:

Tamaño cerrado: 210 x 297 mm; páginas total es: 32 (incluidas cubiertas; tintas: 414; papel: estucado brillo de 80 gr. en papel ecológico libre de cloro; encuadernación: caballete con dos grapas, sin solapas. Entre, a: un porte en la Comunidad de Madrid.

Nuestra oferta económica para esta partida SIN IVA es de 15.336 euros para una tirada total de 64.000 ejemplares, impresos en 6 números.

Lo que supone, 2.556 € SIN IVA, por número.

Hemos tenido en cuenta en nuestra oferta el abaratamiento de costes debido a precio de fabricación del papel de interiores que se compraría para todo el año y para los 6 números de la revista.

4. En resumen, en el conjunto de la operación, nuestra oferta económica está presentada teniendo en cuenta un margen de beneficio estimado en un 20 % en el conjunto de las operaciones; que es nuestro margen industrial habitual, para este y otros casos.

Estimamos que el desglose que hemos hecho de las cantidades es un resumen basado en la realidad del mercado y en las tarifas que se practican habitualmente.

Y sin nada más que añadir, quedamos a su disposición para cualquier aclaración, si así lo estiman necesario”.

Por su parte, el informe técnico del órgano de contratación se limita a señalar: *“Habiéndose requerido a la empresa Beautiful Service Desing, S.L. por parte de la Mesa de Contratación, justificación relativa a su oferta anormalmente baja presentada a la licitación de maquetación e impresión de la Guía de Información Municipal (exp 6239); dicha empresa ha presentado escrito justificativo, con fecha 5 de los corrientes. En el mismo, se especifica que la oferta presentada se adecua a los costes y margen de beneficios con los que suelen trabajar y que, por ello, les es perfectamente viable realizar el servicio en dichas condiciones;*

Asimismo informan que harían provisión de papel para los seis números de la revista, de manera que ello no suponga aumento en los costes.

A la vista de que las razones aportadas son suficientes, a juicio de quien firma este escrito, para garantizar un buen desenvolvimiento del servicio, la oferta se puede considerar viable.

Por todo ello se propone a la Mesa de Contratación que la empresa Beautiful Service Desing, S.L. sea admitida a la licitación.”

A efectos de valorar la suficiencia de las justificaciones realizadas por el adjudicatario y por el órgano de contratación, debemos tener en considerar que

dicho adjudicatario ha ofertado una baja porcentual de 46,99 % respecto a la media de las ofertas que han de tomarse en consideración para el cálculo, superando en 36,99 % el umbral de temeridad.

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

En el caso que nos ocupa, el adjudicatario, aparte de manifestar su sorpresa por encontrarse en temeridad, realiza una descripción de las prestaciones, pero en ningún caso justifica el precio por el que pretende realizarlas.

Menos consistencia incluso, tiene el informe del órgano de contratación que es manifiestamente insuficiente para dar por justificada una baja tan elevada, mostrando un nivel de exigencia tan escaso que la motivación carece del refuerzo mínimo que requiere el presente caso.

En consecuencia, a la vista de las consideraciones expuestas debemos concluir que la oferta no ha sido justificada y el Informe no está debidamente motivado, por lo que procede la estimación del recurso, con retroacción de las actuaciones al momento previo a la admisión de la oferta del adjudicatario, acordando su exclusión y continuando el procedimiento en los términos que legalmente procedan.

En su virtud, previa deliberación, por mayoría, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Producciones Mic, S.L., contra el acuerdo de adjudicación del contrato “Servicio para la maquetación, impresión y distribución de la guía de información municipal (expediente N° 6239)”, del Ayuntamiento de Alcalá de Henares, para el lote 1, con retroacción de las actuaciones en los términos previstos en el Fundamento de Derecho Quinto.

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.- Levantar 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.