

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

En Madrid, a 10 de septiembre de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por don A.V.V., en nombre y representación de la empresa Citelum Ibérica, S.A. contra la Resolución de la Mesa de contratación, de 24 de julio de 2014, por la que se rechaza su oferta y contra el Decreto del Concejal Delegado de Educación del Ayuntamiento de Fuenlabrada de 28 de julio de 2014, por el que se adjudica el contrato Servicio de Mantenimiento Técnico Legal y Revisión de las instalaciones del Alumbrado Público y en su caso ejecución de pequeñas obra del Ayuntamiento de Fuenlabrada, nº de expediente: E16/C/14, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 19, 22 y 31 de mayo de 2014, se publicó respectivamente, en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Fuenlabrada en el DOUE y en el BOE, el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, con un valor estimado de 889.540,80 euros.

De acuerdo con lo establecido en apartado O del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), se considerará como desproporcionada o temeraria la proposición que exceda en diez unidades porcentuales a la media aritmética de todas las ofertas presentadas.

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron cuatro licitadoras, una de ellas la recurrente, cuya oferta ascendió, a tanto alzado, a 384.511,18 euros.

Habiendo presentado una oferta con valores anormales o desproporcionados la Mesa de contratación con fecha 17 de julio decidió requerir a Citelum Ibérica S.A. para que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 152 del TRLCSP, justificase la viabilidad de su oferta, notificándose dicho requerimiento por el Director de Alumbrado Público del Ayuntamiento, lo que verificó mediante escrito presentado el día 15 siguiente. En dicho escrito se aduce que *“el importe de licitación es de 573.897,29 euros y la media de las empresas presentadas equivale a una baja del 23,73% que corresponde a 437.683,86 euros. (...) Según este cálculo, la posible oferta desproporcionada sería la que su baja excediese el 33,73% del importe de licitación, o lo que es lo mismo, las ofertas inferiores a 380.294,13 euros”*, por lo que considera que su oferta de 384.511,18 euros no incurre en presunción de temeridad. En todo caso alternativamente procede a justificar la viabilidad de la oferta, atendiendo a razones como el estado de la empresa, y el propio proyecto de costes de la oferta destacando que Citelum Ibérica tiene adjudicado el servicio con el Ayuntamiento de Leganés, municipio colindante con Fuenlabrada y adjuntando una tabla donde se detallan todos los costes de cada partida y señalando que se ha considerado el cumplimiento de los mínimos establecidos en las tablas salariales del Convenio colectivo de trabajo de la industria siderometalúrgica de la provincia de Madrid. Por último la recurrente se compromete en dicho escrito, en caso de que así lo desee el Ayuntamiento de Fuenlabrada, a avalar adicionalmente el importe de la oferta hasta el porcentaje que el Ayuntamiento considere oportuno o el porcentaje hasta la cantidad en que el mismo haya establecido la oferta en temeridad.

La justificación presentada se trasladó al servicio técnico correspondiente, que con fecha 21 de julio de 2014, emite un informe de valoración en el que respecto de la existencia de desproporción en la oferta afirma que para determinar el límite de la temeridad la recurrente utiliza los porcentajes de las diferentes bajas, procediendo finalmente a calcular la media de las bajas y así determinar cuál sería la oferta económica límite de temeridad, que no coincide con el método de cálculo indicado en el PCAP. Respecto de la justificación efectuada, dicho informe se limita a señalar que *“a pesar de las consideraciones hechas constar en su Propuesta de Justificación y observando que la oferta económica del Sobre “c” asciende a 384.511,18 euros./contrato de B.I., consideramos que resulta inviable la ejecución del contrato por un importe de 48.898,95 euros/contrato de B.I., por lo que concluimos que la oferta presentada por la empresa CITELUM IBÉRICA S.A. no justifica suficientemente la oferta presentada y no ha de ser considerada”*.

A la vista de dicho informe mediante Resolución del Concejal Delegado de Educación, de 28 de julio de 2014, dictada por delegación de la Junta de Gobierno Local, se clasifican las ofertas de las empresas licitadoras y se requiere a la propuesta como adjudicataria para que proceda a presentar la documentación necesaria para la adjudicación del contrato, verificado lo cual, se procedió a la adjudicación del contrato por la Junta de Gobierno Local el 28 de julio, lo que se notificó a las licitadoras el 29 de julio siguiente.

El 30 de julio de 2014, la empresa Citelum Iberia, S.A. presentó por correo ordinario, recurso especial en materia de contratación, ante el Ayuntamiento de Fuenlabrada contra el rechazo de su oferta publicado el día 24 de julio, ampliándose dicho recurso al Decreto de clasificación de ofertas y la adjudicación del contrato. Dicho recurso tuvo entrada en este Tribunal el 5 de agosto de 2014.

En el recurso se solicita que se deje sin efecto la resolución por la que se rechaza la oferta de la recurrente reiniciándose el procedimiento hasta su resolución final, solicitud que se amplía al decreto de proclamación de la oferta más ventajosa.

En concreto se aduce que el rechazo de la oferta no fue notificado a la recurrente que se enteró en la página de perfil de contratante del Ayuntamiento, que el requerimiento de justificación de la viabilidad de la oferta no se realizó por el órgano de contratación, sino por el Director de Alumbrado Público del Ayuntamiento, lo que determina la nulidad del acto en virtud del artículo 62.1.e) de la LRJ-PAC, que la oferta no estaba incurso en presunción de temeridad o desproporción y por último, que no se han valorado con precisión las argumentaciones y presiones de Citelum, rechazándose las mismas de manera arbitraria, al no realizarse de forma argumentada como exige la jurisprudencia que cita.

Tercero.- Por su parte el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en adelante TRLCSP, realiza una descripción de los hechos, afirmando que resulta incontrovertido que se notificó el rechazo de la oferta a la recurrente, sin perjuicio de que la recepción de la notificación pudiera ser posterior a su publicación. Explica asimismo que la oferta sí estaba incurso en presunción de temeridad de acuerdo con el PCAP que no fue recurrido y que resulta inviable al no aportarse justificación que soporte el que se llevará a efecto las obligaciones en relación al precio que resulta ofertado, añadiendo que *“resulta increíble que no se aplique el mínimo rigor conceptual sobre como determinar la baja “temeraria”, que adornado de mala fe procesal, al usar en fraude de ley un procedimiento con un razonamiento espurio para suspender un procedimiento”*.

Cuarto.- Con fecha 12 de agosto se concedió a los interesados trámite de audiencia, habiendo manifestado la empresa adjudicataria con fecha 13 de agosto que no tenía intención de realizar alegación alguna al presente recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Citelum Iberica S.A. ostenta la legitimación activa necesaria para la

interposición del recurso por tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Segundo.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el rechazo de la oferta de la recurrente, en un procedimiento de licitación correspondiente a un contrato sujeto a regulación armonizada, cuyo valor estimado asciende a 889.540,80 euros, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.b) del TRLCSP.

Tercero.- El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal de 15 días establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP. Así la notificación del rechazo de la oferta se produjo el 29 de julio, habiendo reconocido la recurrente que el acto se ha publicado el día 24 de julio, por lo que el recurso presentado el día 30 se interpuso en plazo, contado desde cualquiera de las dos fechas.

Cuarto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP 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.

Quinto.- El recurso se contrae a solicitar la anulación del rechazo de la oferta por incompetencia del firmante del requerimiento de justificación, por no haber incurrido en temeridad y, por indebida apreciación por parte del órgano de contratación de la viabilidad de la oferta, que contiene valores desproporcionados o anormales, tras la justificación efectuada por la recurrente. En virtud del principio de congruencia y por claridad expositiva se procederá a examinar estas cuestiones separadamente.

En primer lugar cabe señalar que, aunque la recurrente menciona en su recurso que la resolución impugnada no le ha sido notificada fehacientemente, no anuda a dicha manifestación consecuencia jurídica alguna, por lo que no parece esgrimir dicha afirmación como argumento del recurso. No obstante cabe poner de manifiesto que como señala el órgano de contratación, sí que consta que se le notificó el rechazo el día 29 de julio, esto es, el día siguiente al que consta firmado el recurso, sin perjuicio de lo cual toda posible indefensión justificadora una eventual nulidad queda enervada al haber interpuesto el recurso de forma fundada y cabal en plazo.

Respecto de la pretendida vulneración del artículo 62.1. e) de la LRJ-PAC, por incompetencia del director Técnico del Alumbrado Público, este Tribunal no encuentra obstáculo alguno de legalidad en la circunstancia de que sea el Director de Alumbrado Técnico el que solicite de acuerdo con el artículo 152 del TRLCSP, la justificación de la viabilidad de la oferta, toda vez, que frente a lo aducido por el recurrente, el apartado 3 del indicado precepto en modo alguno exige, que el requerimiento de aquella deba realizarse por el órgano de contratación. La única mención que se realiza en dicha norma al órgano de contratación, es para atribuirle la competencia para rechazar la oferta una vez analizada su viabilidad. Por tanto debe desestimarse el recurso por este motivo.

Por lo que se refiere a la desproporción o temeridad de la oferta, como en otras cuestiones atinentes al procedimiento de licitación debe estarse a lo establecido en el PCAP, que de acuerdo con lo establecido en el artículo 45 del TRLCSP, vincula tanto a los licitadores, como al órgano de contratación, sin que como señala el órgano de contratación el mismo haya sido impugnado por la recurrente.

En concreto el PCAP establece el umbral de temeridad o de desproporción de la oferta en diez unidades porcentuales a la media aritmética de todas las ofertas

presentadas. Resulta claro que el parámetro de la temeridad es la media de las ofertas y no la media de las bajas como pretende la recurrente.

De esta forma las ofertas de las licitadoras fueron las siguientes:

-Elsamex	461.704,76 euros
-Citelum	384.511,18 euros
-Elecnor	439.662,70 euros
-Ferroser	464.856,80 euros

Cuyo total asciende a 1.750.735,44 euros siendo la media de dichas cantidades, 437.683,86 euros, estando por tanto situado el umbral de temeridad, teniendo en cuenta la diferencia de 10 unidades porcentuales en 433.307,03 euros. Por tanto la oferta de la recurrente se encuentra claramente por debajo de dicha cantidad. Debe por tanto desestimarse el recurso asimismo por este motivo.

Por último debe examinarse la apreciación por parte del órgano de contratación de la viabilidad de la oferta. Cabe recordar que los principios de transparencia, libre concurrencia y no discriminación exigen que la adjudicación de los contratos se realice, en principio, a favor de la oferta económicamente más ventajosa. El TRLCSP admite que la oferta más económica no sea considerada la más ventajosa cuando en ella concurren características que la hacen desproporcionada o anormalmente baja, permitiendo excepcionalmente, en esos casos, que la oferta inicialmente más económica no sea la adjudicataria. La apreciación de si es posible o no el cumplimiento de la oferta, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que la componen y de las características de la propia empresa licitadora, no siendo posible la aplicación automática.

Por ello el apartado 3 del artículo 152 del TRLCSP, regula el procedimiento contradictorio a seguir para la comprobación de la oferta al disponer que *“cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal*

deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique su valoración y precise sus condiciones, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda del Estado.

En el procedimiento habrá de solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.”

De acuerdo con lo establecido en el PCAP, como más arriba hemos señalado, la oferta presentada por la adjudicataria efectivamente incurría en presunción de temeridad. En consecuencia se le comunicó tal circunstancia, concediéndole plazo para justificara los términos de su oferta y la viabilidad de ejecutar satisfactoriamente el contrato en las condiciones ofrecidas.

Es cierto que la decisión sobre la viabilidad de la oferta corresponde al órgano de contratación “*considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior*”. 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. El mismo adoptará la decisión sopesando las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y los informes emitidos por los servicios técnicos, pero ni unas ni los otros tienen carácter vinculante para el mismo.

En este momento, habiéndose cumplido los trámites expresados, 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 o no, que como ya se ha dicho corresponde 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.

Como ya ha señalado este Tribunal en diversas resoluciones, como la 34/2012, 19/2013, o la más reciente 116/2014, la apreciación de valores anormales o desproporcionados en una oferta no opera como un criterio automático de exclusión, sino que exige de la evacuación del trámite previsto en el citado artículo 152.3 del TRLCSP. Dicha valoración debe garantizar el principio de contradicción. El reconocimiento de tal principio exige de una especial motivación de la resolución por parte del órgano de contratación, que razonadamente contraríe las argumentaciones y justificaciones aportadas por el licitador para sostener la viabilidad de su oferta, que deberán referirse en particular a: los costes, especialmente de personal, a los posibles ahorros, las soluciones técnicas adoptadas y cualesquiera otras semejantes.

Por asesoramiento técnico y motivación hemos de entender la explicación de las razones que llevan a la conclusión, no siendo suficiente un juicio de valor sin una explicación razonada de los motivos que conducen a la misma, que ha de tener forma contradictoria entre la justificación presentada por el licitador incurso en la presunción de anormalidad o desproporción y la opinión que merece al asesor en relación a las prestaciones que se han de cumplir con el contrato y la forma en que afectará a su cumplimiento. El asesoramiento técnico es fundamental e imprescindible para resolver sobre la viabilidad de la proposición en la ejecución del contrato. Por ello debe estar suficientemente motivado de forma racional y razonable, a los efectos de que la Mesa de contratación primero, en su propuesta, y el órgano de contratación después, en su decisión, puedan razonar o fundar su decisión.

De acuerdo con lo anterior procede examinar las explicaciones ofrecidas por la recurrente y su apreciación por el órgano de contratación. En el caso que nos ocupa, se comprueba que la recurrente aporta un cálculo exhaustivo de los costes del servicio, ofreciendo información sobre su organización, el salario y el resto de costes laborales del personal que va a emplear en el mismo con referencia al Convenio Colectivo que considera aplicable. Sin embargo, el órgano de contratación se limita a afirmar en su informe que *“a pesar de las consideraciones hechas constar en su Propuesta de Justificación y observando que la oferta económica del Sobre “c” asciende a 384.511,18 euros./contrato de B.I., consideramos que resulta inviable la ejecución del contrato por un importe de 48.898,95 euros/contrato de B.I., por lo que concluimos que la oferta presentada por la empresa CITELUM IBÉRICA S.A. no justifica suficientemente la oferta presentada y no ha de ser considerada”*.

El rechazo de la oferta de la recurrente y su falta de viabilidad no ha sido avalada con argumentos que acrediten la misma. Ni un solo argumento se esgrime para demostrar que la oferta es inviable en las condiciones exigidas a las prestaciones que se han de cumplir y los medios a adscribir a la ejecución del contrato, lo que permite concluir que el citado informe técnico carece del contenido necesario para dar por cumplido el trámite de asesoramiento que exige el artículo 152.3 del TRLCSP. No se cumple la exigencia de explicar razonadamente y tras un método transparente los fundamentos y la propia razón de rechazo de la oferta con los requisitos de motivación racional y razonable. Esto impide al Tribunal un análisis contradictorio entre el parecer del recurrente y el criterio mantenido por el órgano de contratación lo que imposibilita también el control del acto por falta de motivación.

En consecuencia, procede la estimación del recurso por este motivo en cuanto el procedimiento seguido carece del asesoramiento técnico adecuado para la toma de la decisión sobre la viabilidad de la oferta adjudicataria, anulando la Resolución de adjudicación recaída y los actos posteriores, retrotrayendo las actuaciones al momento procedimental oportuno en que el órgano de contratación solicite cuantos informes de asesoramiento técnico considere necesarios a fin de

realizar una nueva adjudicación fundada en cuanto a la viabilidad o no de la oferta incurra en valores anormales o desproporcionados.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 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, interpuesto por interpuesto por don A.V.V., en nombre y representación de la empresa Citelum Iberica S.A. contra la Resolución de la Mesa de Contratación, de 24 de julio de 2014, por la que se rechaza su oferta y contra el Decreto del Concejal Delegado de Educación del Ayuntamiento de Fuenlabrada de 28 de julio de 2014, por el que se adjudica el contrato Servicio de Mantenimiento Técnico Legal y Revisión de las instalaciones del Alumbrado Público y en su caso ejecución de pequeñas obra del Ayuntamiento de Fuenlabrada, nº de expediente: E16/C/14, declarando que procede retrotraer el procedimiento para que se emita informe técnico suficientemente motivado en relación con la apreciación de la justificación de la oferta de la recurrente.

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.