

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

En Madrid, a 18 de enero de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don M.L.B., en nombre y representación de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de Madrid, contra la Orden de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid, de fecha 7 de diciembre de 2016, por la que se rechaza su proposición para el contrato de servicios titulado “Asesoramiento a personas emprendedoras de la Comunidad de Madrid promovido por la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda y cofinanciado por el Fondo Social Europeo”, número de expediente A/SER-000578/2016, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 4 de octubre de 2016 se publicó en el BOCM la convocatoria, del contrato de servicios de asesoramiento a personas emprendedoras de la Comunidad de Madrid, a adjudicar mediante procedimiento abierto con criterio único precio y un valor estimado de 1.113.450 euros.

De acuerdo con el punto 7 del cláusula 1 del pliego de Cláusulas

Administrativas Particulares (PCAP) “Características del contrato”, “*Se considerarán como desproporcionadas o temerarias las proposiciones que se encuentren en los supuestos recogidos en el artículo 85 del RGLCAP, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de Octubre, estándose en todos estos supuestos a lo dispuesto en el artículo 152, apartados 3 y 4 del TRLCSP*”.

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron 7 licitadoras, entre ellas la recurrente.

Consta en el Acta correspondiente a la reunión de la Mesa de Contratación de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de 3 de noviembre de 2016 para la apertura de las ofertas económicas, que la oferta de la Cámara de Comercio resultó ser la económicamente más ventajosa, con un importe de 316.934,89 euros, por lo que la Mesa acuerda formular propuesta de adjudicación a favor de la misma, condicionada a las comprobaciones relativas a la consideración de la proposición económica como desproporcionada o temeraria.

Comprobado que la oferta de la Cámara de Comercio se encontraba incurso en presunción de temeridad, ese mismo día 3 de noviembre se le requiere para que presente justificación de la viabilidad de su oferta, lo que se produjo el día 18 de noviembre.

El 24 de noviembre se emite informe de apreciación de la viabilidad de la oferta en el que se concluye después de su examen que “*NO se considera debidamente justificada la reducción del importe del contrato propuesta por la entidad*”, por los motivos que se expondrán al examinar el fondo del asunto. Asumiendo dicho informe, la Mesa de contratación propuso en sesión de 5 de diciembre de 2016, el rechazo de la oferta de la recurrente y elevar al órgano de contratación propuesta de adjudicación a favor del licitador cuya oferta era la siguiente proposición económicamente más ventajosa, Auren Consultores, SP, S.L.P., por importe de 463.260,33 euros.

Por último con fecha 7 de diciembre el Viceconsejero de Hacienda y Empleo dictó Orden rechazando la oferta de la recurrente por entender que dicha proposición es inviable, no garantizándose el cumplimiento satisfactorio del contrato, lo que se notificó a la recurrente el día 9 siguiente, adjuntándose copia del informe técnico en la que se fundamenta. La notificación se recibió el día 12 de diciembre.

Tercero.- El 2 de enero de 2017 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de la Cámara de Comercio en el que solicita se acuerde la anulación de la Orden impugnada y se dicte Orden mediante la que, estimándose las alegaciones aportadas en su momento, se acuerde la ausencia de temeridad en su oferta y se proceda a la retroacción de las actuaciones al momento de valoración de las ofertas económicas, acordándose, en su caso, la adjudicación del contrato a su favor.

Comunicada la interposición del recurso al órgano de contratación, el mismo remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 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), el día 9 de enero de 2017. En dicho informe se defiende la adecuación a derecho de la Orden recurrida en los términos que se expondrán al analizar el fondo del recurso.

Cuarto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones el día 10 de enero, sin que se haya presentado escrito alguno.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 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, 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 cuya oferta ha sido rechazada *“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.

Tercero.- El recurso se planteó en tiempo y forma, pues la Orden impugnada fue notificada el 12 de diciembre de 2016, y el recurso se interpuso el 2 de enero 2016, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de servicios de importe superior a 209.000 con Código CPV: 79410000-1, sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.b) del TRLCSP.

Quinto.- El objeto del presente recurso se contrae a determinar si la apreciación de la inviabilidad de la oferta de la recurrente por parte del órgano de contratación se ajusta a los parámetros que corresponden a la discrecionalidad técnica que le es dada.

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.).

El primer paso del procedimiento contradictorio para el análisis de las ofertas anormales es la solicitud de acreditación de la viabilidad de la oferta, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 152 del TRLCSP, cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, se dará audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, que le permitan ejecutar la prestación sin incidencias o disfunciones.

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 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.

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 de licitación 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 ha de ser los propios pliegos que rigen la licitación.

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, o cuando estando motivado incurra en error, debe ser anulada.

Aduce la recurrente en primer lugar que su oferta cumple todos los requisitos establecidos en los pliegos que rigieron el procedimiento de contratación, en concreto afirma que su solvencia resulta acreditada tal y como se recoge en el Informe técnico realizado por el Jefe de la Unidad de Autónomos, Economía Social y RSE, de fecha 24 de noviembre de 2016, explicando que las funciones de la Cámara la convierten en *“la licitadora idónea para prestar los servicios de asesoramiento y acompañamiento a emprendedores que la Administración ha licitado”*, concluyendo después de explicar la actividad de la Cámara que *“resulta indudable que la CÁMARA cuenta con el bagaje y trayectoria técnica y profesional junto con la garantía de contar con un personal que posee los conocimientos y experiencia*

idóneos para el desarrollo de los servicios objeto de contratación”, en términos semejantes a como realizó en el escrito de justificación.

Por su parte el órgano de contratación afirma que esta circunstancia por sí sola no puede entenderse suficiente para considerar viable una oferta, sino que se necesita, una justificación de la oferta presentada que explique la posibilidad de realizar todas las prestaciones objeto del contrato a ese precio.

Este Tribunal comparte la opinión del órgano de contratación, ya que la acreditación de la solvencia y la acreditación de la viabilidad de la oferta, son claramente cuestiones que operan en distinto ámbito. La primera tiene por objeto la comprobación de la capacidad de la empresa para acometer las prestaciones objeto del contrato, que en este caso no resulta controvertida, se trata por tanto del examen de cuestiones atinentes a la propia empresa y su actividad; mientras que la segunda tiene por objeto garantizar que la oferta es viable en los términos efectuados, esto es se trata de una cuestión atinente a la oferta, sin que exija ulterior explicación la conclusión de que por muy solvente que sea una empresa su oferta en los términos planteados puede no garantizar la correcta ejecución del contrato. Es por ello que la experiencia de la empresa en contratos anteriores no avala la suficiencia de las ofertas para la ejecución de los contratos objeto de la licitación.

En otro orden de cosas en relación con la solvencia, la recurrente trae a colación el apartado 6 del artículo 85 del RGLCAP cuando establece que *“para la valoración de las ofertas como desproporcionadas, la mesa de contratación podrá considerar la relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada”*. Si bien como se desprende de la literalidad del precepto se trata de una opción potestativa para el órgano de contratación que podrá considerar junto con el resto de parámetros indicados en el apartado 3 del artículo 152, que no difiere en lo fundamental de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 69 de la Directiva 2014/24/UE.

Otro de los fundamentos hechos valer por la recurrente es que en el PCAP no se exigía el desglose de precios por lo que no puede señalarse a la Cámara como incumplidora de tal obligación respecto de su proposición económica inexistente, al no venir la misma recogida en los pliegos que rigieron la contratación, ni en norma alguna que fuera de aplicación, ni tampoco ser exigible el mismo en el caso de ofertas que estuvieran incursas en una presunción de temeridad. Dicha argumentación viene referida a uno de los argumentos del informe de apreciación de la justificación de la baja: *“En la parte final de su escrito La Cámara indica que existe una correlación desde el prisma de la rentabilidad económica entre la oferta presentada y el coste real que la prestación de los servicios objeto de contrato, aunque continua sin cuantificar el desglose de cada uno de los conceptos mencionados en su escrito y que deberían dar como resultado el importe de su oferta”*.

Frente a ello señala el informe del órgano de contratación que la recurrente parece confundir la oferta económica, presentada y leída en acto público, el 3 de noviembre de 2016, y que se ajusta perfectamente al modelo establecido en el PCAP, y por lo que no se le ha excluido, con la falta de desglose de los términos de su oferta, solicitada en una fase posterior, ya que su proposición estaba incursa en valores anormales o desproporcionados.

De nuevo este Tribunal considera que se trata de dos momentos distintos con requerimientos distintos, más rigurosos o exigentes en cuanto a la comprobación de la viabilidad de la oferta, en tanto en cuanto de la correcta justificación de la baja propuesta en relación con la suficiencia de la oferta para llevar a cabo todas las prestaciones del contrato en la forma exigida por los pliegos, depende la adecuada ejecución del mismo, que es a la postre la finalidad de toda licitación pública eficiente y responsable en términos de buen gobierno. Ello exige un plus de concreción por el hecho de situarse en umbrales de temeridad que exigen una explicación de la suficiencia de costes, lo que en función de las prestaciones, tipo de contrato, personal destinado al mismo, etc., puede exigir su exposición separada, o

si se quiere, desglosada, que sustente una oferta cabal con una propuesta de costes adecuada a mercado.

Por último en cuanto a la concreta apreciación de la viabilidad de la oferta, la recurrente además de afirmar que no se vulnera ninguna norma en el caso de que la oferta suponga una disminución de los beneficios que obtenga, conclusión que este Tribunal y el órgano de contratación en su informe comparten, ofrece un desglose de su oferta algo más detallado que no ofreció en su totalidad en su momento. De esta forma como ha señalado este Tribunal en diversas resoluciones entre otras la Resolución nº 55/2014, de 26 de marzo, del TACP *“La concesión de un segundo trámite de alegaciones no se encuentra prevista en la regulación del procedimiento, que para estos supuestos establece el artículo 152 del TRLSP. La Mesa podría haber solicitado aclaraciones si consideraba que con ello podría resultar justificada la viabilidad de la oferta pero igualmente pudo considerar que no procedía por no ser susceptible de aclaraciones al apreciar errores e inconsistencias que no consistía en realizar aclaraciones sino que implicaba presentar una nueva justificación”,* añadiendo que *“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”*.

Sentado lo anterior, debe destacarse que la justificación de la baja efectuada se fundamenta básicamente en la experiencia de la licitadora en el desarrollo de las funciones objeto del contrato, exponiendo como costes concretos los de parte del personal. En concreto explica que dedicará a la ejecución del contrato, dos tipos de personal, de un lado el propio de la Cámara y de otro, colaboradores externos.

En cuanto a la retribución anual de los primeros (incluida la Seguridad Social), ofrece el dato de un responsable del contrato por 40.000 euros anuales, y una consultora por 35.000. En cuanto al personal externo concreta que se trata de seis consultores en total con un coste laboral de 18.000 euros anuales.

Respecto de los medios materiales o equipos afirma no tener costes del alquiler de locales ya que el contrato se desarrollaría en el Centro de Emprendedores de la Comunidad de Madrid en Getafe, así como en las dependencias de la propia Cámara para la coordinación y dirección de los trabajos. Indica asimismo que los equipos informáticos que pone a disposición del contrato son propiedad de la Cámara contando asimismo con el software necesario para su correcta utilización, indicando que solo supondrá un coste la adquisición de teléfonos móviles con línea de voz y datos para cada consultor, pero sin indicar precios.

En relación con los costes de seguros y de la publicidad exigidos en los pliegos se limita a indicar que se tratará de precios de mercado, y en cuanto a los fungibles consideran 15 euros por emprendedor, que por su propia condición son gastos variables, en función del número de emprendedores.

Por último manifiesta en su escrito que pone a disposición de la administración la información y documentación que se considere necesaria.

Por su parte el informe técnico en el que se concluye que NO se considera debidamente justificada la reducción del importe del contrato propuesta por la entidad, justifica esta conclusión en las siguientes consideraciones:

“La entidad apunta que el responsable del contrato dedicará su jornada laboral de forma íntegra a este servicio en la medida que el volumen de trabajo lo requiera; con lo cual no queda muy aclarada la dedicación real de esta persona al contrato.

Respecto del personal externalizado se indica que se cuantifica según coste/hora y que mensualmente se irá graduando en función de objetivos fijados con dichos profesionales, aunque no se detalla nada más al respecto”.

Respecto de los medios materiales, afirma que ninguno de los conceptos descritos en las alegaciones se traslada a una cuantificación de la oferta.

En este caso resulta que el coste anual del personal propuesto, cuya suficiencia no se discute específicamente por el órgano de contratación, prorrateado en los 18 meses de duración del contrato asciende a 274.000, según los costes aportados inicialmente por la recurrente, lo que implica un margen de 42.934,89 euros (316.934,89 – 274.000;00). Es cierto también que la recurrente no ofreció en su justificación ningún dato respecto de los costes materiales que ahora sí expone en su recurso y cuya suma total permite únicamente un beneficio de 500 euros.

Ahora bien las cantidades indicadas se ofrecen sin soporte documental alguno. Es cierto que el ofrecimiento de información ulterior pudo haber sido tenido en cuenta por el órgano de contratación, a pesar de que no es un trámite previsto como obligatorio, en aras de la eficiencia en la compra pública, sin embargo ello no permite considerar la decisión como arbitraria, desde el punto y hora que es cierto que no se indica, ni en el escrito de justificación, ni en el recurso, porqué se valora la prestación de los 6 asesores externos en 18.000 anuales, cuando se ha indicado en el propio escrito que los colaboradores externos serán contratados por horas, y no se ofrece ni el coste/hora, ni el número de horas aunque sea de forma estimativa que se consideran necesarias para llevar a cabo las prestaciones objeto del contrato. En concreto se señala que *“la consideración económica de este punto y tenida en cuenta es la que se viene aplicando por esta corporación, siendo el coste €/hora, el valor base y unitario que se computaría en función del trabajo y de la prestación real de los servicios por los que son objeto de contratación. Quiere decir, por ello que la variabilidad de este aspecto hace que este coste no sea asumido como un coste fijo por parte de la Cámara como supone una contratación laboral”*.

Es por ello, este Tribunal considera que la actuación del órgano de contratación rechazando la oferta de la recurrente resulta proporcionada y se encuentra dentro de los márgenes de la discrecionalidad técnica que le es dada, por lo que procede desestimar el recurso por este motivo.

Sexto.- Procede en último lugar considerar si la Orden impugnada adolece de la falta de motivación invocada por la recurrente.

Como más arriba se ha indicado uno de los parámetros que permite deslindar la discrecionalidad de la actuación administrativa, respecto de la arbitrariedad, es precisamente la de la motivación. Dicha motivación no tiene por qué ser exhaustiva pero tiene un carácter instrumental o finalista, esto es debe permitir la interposición del recurso de forma fundada, enervando toda idea de indefensión.

En el caso que nos ocupa, a la Orden de rechazo se acompañó el informe técnico, cuya motivación, si bien es escueta, ofrece de forma indubitada las razones del indicado rechazo y de hecho ha permitido la interposición de forma fundada del presente recurso, por lo que no se aprecia falta de motivación justificativa de la anulación de la Orden, ni del informe que la sustenta, con independencia de que puedan no compartirse los argumentos de la motivación o incluso en el caso de que los mismos fueran inadecuados, lo que no supone un caso de falta de motivación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 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.- Desestimar el recurso especial, interpuesto por don M.L.B., en nombre y representación de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de Madrid, contra la Orden de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de La Comunidad de Madrid, de fecha 7 de diciembre de 2016, por la que se rechaza la proposición de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de Madrid para

el contrato de servicios titulado “Asesoramiento a personas emprendedoras de la Comunidad de Madrid promovido por la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda y cofinanciado por el Fondo Social Europeo”, número de expediente A/SER-000578/2016.

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.