

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

En Madrid, a 8 de febrero de 2016.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña B.S.P., en nombre y representación de Clece, S.A., contra el Decreto de fecha 30 de diciembre de 2016, de la Concejala Presidenta del Distrito de Arganzuela del Ayuntamiento de Madrid, por el que se excluye a la recurrente de la licitación del contrato “Mantenimiento integral de los equipos adscritos al Distrito de Arganzuela 2017-2018”, número de expediente: 300/2016/01122, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La licitación para la adjudicación del contrato administrativo de servicios mencionado tuvo lugar mediante la publicación de anuncio en el DOUE, de fecha 2 de noviembre de 2016, mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios. Asimismo la licitación se publicó en el BOE de 4 de noviembre. El valor estimado del contrato asciende a 3.195.651,40 euros.

Segundo.- El 16 de diciembre de 2016 se remitió notificación por la que se comunicaba que tras la apertura de las proposiciones se había detectado que la

oferta de Clece, S.A. podría ser considerada desproporcionada o anormal, concediéndose un plazo de diez días hábiles, para que aportase la información que se considerase relevante para la justificación de la oferta conforme a lo establecido en el artículo 152.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

Con fecha 30 de diciembre de 2016, fue notificado a Clece el Acuerdo adoptado en la misma fecha, por la Concejala Presidenta del Distrito de Arganzuela, a propuesta de la Mesa de Contratación, por el que se excluye su oferta por no haber justificado la baja desproporcionada o anormal a la vista del informe técnico.

Tercero.- El 16 de enero de 2017 tuvo entrada el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Clece, S.A. en el que solicita: *“previa estimación del presente recurso y revocación del acto recurrido, declarar nulo y no conforme a Derecho el citado Acuerdo, retrotraer el expediente al momento anterior al dictado del acto recurrido, ordenando a la Administración a calificar correctamente la oferta presentada por Clece, S.A. otorgándola la puntuación correspondiente por ser de posible cumplimiento la oferta presentada, no estando incurso en baja anormal o desproporcionada, debiendo no obstante considerar correctamente justificada la propuesta formulada, y al resultar ser la que mayor puntuación obtiene de todas las presentadas, deberá adjudicarle el contrato a su favor, y si fuera imposible, abrir un expediente indemnizatorio a fin de determinar la suma que le corresponde ante el hecho de resultar la legítima adjudicataria del contrato y ser imposible su ejecución, con el resto de pronunciamientos a que haya lugar en Derecho.”*

El 19 de enero el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP.

Cuarto.- Con fecha 23 de enero, el Tribunal acordó la suspensión del expediente de contratación.

Quinto.- 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.

Se ha recibido escrito de alegaciones de CPI Integrated que apoya los motivos expresados por la Sra. Concejala Presidenta del Distrito de Arganzuela, a propuesta de la Mesa de Contratación del Distrito, por el que se excluye la oferta presentada por Clece, S.A. de la clasificación del procedimiento abierto convocado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3-4 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.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida *“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 de la firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el Acuerdo impugnado fue adoptado el 30 de diciembre de 2016, practicada la notificación el mismo día, e interpuesto el recurso el 16 de enero de 2017, 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 sujeto a regulación armonizada. El

acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

Quinto.- El recurso se ha interpuesto contra la exclusión de la oferta de Clece por considerarla económicamente inviable para la buena ejecución del contrato.

Se alega, en primer lugar, que a la vista de lo dispuesto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), podemos concluir la falta de fijación de parámetro alguno que determine la anormalidad de las ofertas presentadas en relación al criterio de económico, y por tanto la imposibilidad de calificar la oferta presentada por Clece como anormal o desproporcionada. En segundo lugar, se alega la viabilidad de la oferta de acuerdo con la justificación presentada, en disconformidad con el informe técnico e improcedencia de la exclusión. En consecuencia, debemos partir de si realmente la empresa Clece presenta una baja anormal o desproporcionada que determine la necesidad de realizar el procedimiento contradictorio a que se refiere el artículo 152.3 del TRLCSP, pues de no identificarse como tal sería innecesario todo el debate planteado en cuanto a la justificación de la viabilidad presentada por la empresa y el criterio que ha merecido al órgano de contratación en cuanto ha asumido el informe técnico que la considera inviable.

El informe del órgano de contratación señala que *“en ocasiones, resulta difícil para la Administración fijar a priori en el PCAP parámetros concretos para la determinación de la posible anormalidad de las ofertas presentadas, por lo que, en defecto de fijación de tales parámetros, se aplican los criterios establecidos reglamentariamente. Por lo tanto, tal y como establece la jurisprudencia de la Unión Europea, será, precisamente el propio mercado (el conjunto de las ofertas presentadas en esta licitación) el que determine el umbral de temeridad para este contrato, de conformidad con los criterios previstos en los artículos 85 y 86 del Reglamento General de Contratación.”* Sostiene que dado el carácter potestativo del apartado 2 del artículo 152 del TRLCSP y dado el carácter de básico del artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), procede la

aplicación del mismo. En consecuencia, ante la ausencia de parámetros y límites en el contenido del PCAP, hay que acudir a los criterios establecidos en los artículos 85 y 86 RGLCAP.

El artículo 152 del TRLCSP establece que:

“1. Cuando el único criterio valorable de forma objetiva a considerar para la adjudicación del contrato sea el de su precio, el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas podrá apreciarse de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente, por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado.

2. Cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, podrá expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, podrán indicarse en el pliego los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales.”

El RGLCAP regula en su artículo 67 el contenido de los PCAP:

“Contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares.

1. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares contendrán aquellas declaraciones que sean específicas del contrato de que se trate y del procedimiento y forma de adjudicación, las que se considere pertinente incluir y no figuren en el pliego de cláusulas administrativas generales que, en su caso, resulte de aplicación o estén en contradicción con alguna de ellas y las que figurando en el mismo no hayan de regir por causa justificada en el contrato de que se trate.

(...)

k) En su caso, cuando el contrato se adjudique mediante forma de concurso los criterios objetivos, entre ellos el precio, que serán valorados para determinar que una proposición no puede ser cumplida por ser considerada temeraria o desproporcionada”.

Y el artículo 85 del mismo Reglamento, desarrollando lo previsto en el artículo 152.1 del TRLCSP, establece los criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en las subastas.

Cabe añadir que el artículo 90 del RGLCAP expresamente establece que *“no serán de aplicación a los concursos los preceptos que para la subasta se establecen en los artículos 85 y 87.2, último inciso, de este Reglamento”*.

El TRLCSP, para fijar el umbral de temeridad de las ofertas, establece un sistema que distingue según cuál sea la naturaleza y número de los criterios de adjudicación. Del tenor literal de los preceptos anteriormente reproducidos se desprende que, en los casos de subasta (o criterio único, precio), la apreciación de la anormalidad o desproporción de las ofertas se hace según los parámetros desarrollados reglamentariamente en el artículo 85 del RGLCAP. En cambio cuando para la adjudicación del contrato se utilicen pluralidad de criterios, tanto el artículo 152.2 del TRLCSP como el 67.k) del RGLCAP se remiten a lo que opcionalmente regule el propio PCAP sin que resulte obligatorio, ni aplicar el artículo 85 del RGLCAP (lo prohíbe el artículo 90) ni fijar algún criterio para apreciar la temeridad, sino que es potestativo para la Administración fijar o no, a priori, los específicos parámetros o límites que determinen la incursión en valores anormales o desproporcionados de las ofertas que se presenten.

De esta forma, así como en los contratos cuya adjudicación se hace mediante la apreciación de cuál es la oferta de precio más bajo, es relativamente fácil establecer parámetros generales aplicables a todas ellas, en el caso de que los criterios de adjudicación sean varios, dada la muy diversa naturaleza de los criterios que pueden figurar en los pliegos de contratación, es lógico que la determinación de los supuestos en que la proposición incurre en anormalidad debe reservarse a los propios pliegos.

Como ha señalado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 28/2005, de 29 de junio, para que en los contratos en cuya adjudicación, como es el caso, debe tenerse presente más de un criterio, puedan apreciarse “bajas temerarias” es necesario que en los PCAP se prevea esta posibilidad y se fijen los criterios objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o temerarias y que si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base a la adjudicación se han de expresar en el mismo pliego los límites que permitan realizar la misma apreciación.

La STJCE/2001/321, Impresa Lombardini SpA, de 27 de noviembre de 2001, dictada en los asuntos acumulados C-285/99 y 286/99, afirma que es fundamental que cada licitador tenga conocimiento no solo del umbral de anomalía aplicable a la correspondiente licitación y del hecho de que su oferta haya parecido anormalmente baja, sino también de los puntos precisos que hayan suscitado las dudas de la entidad adjudicataria. Corresponde a la entidad adjudicadora identificar las ofertas sospechosas protegiendo al licitador de la arbitrariedad del poder adjudicador, objetivo que no podría alcanzarse efectivamente si se dejase al criterio de este último apreciar la oportunidad de una solicitud de justificación.

Por tanto, si estamos ante un procedimiento de adjudicación con una pluralidad de criterios de adjudicación, como en el presente supuesto, debe ser el pliego el que determine bajo qué parámetros objetivos podemos apreciar que una oferta no puede ser cumplida como consecuencia de que incluye valores anormales o desproporcionados, sin que estos parámetros deban hacer referencia exclusivamente al criterio precio. Es decir, el legislador ha otorgado total libertad a los órganos de contratación para que fijen, vía pliegos, cuales son los parámetros para determinar que una oferta puede considerarse inicialmente como desproporcionada.

En ausencia de determinación en el pliego de dichos parámetros, no procede aplicar supletoriamente los que señala el artículo 85 RGLCAP, no pudiendo así

considerarse a ninguna oferta como incurra en baja anormal o desproporcionada. Y ello, tal y como lo han interpretado tanto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 58/08, de 31 de marzo de 2009, como diversos Tribunales de Recursos Contractuales (Resolución 274/2011, de 26 de noviembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Acuerdos, 8/2012, y 15/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón y Resoluciones 27/2014 de 5 de febrero o 44/2015, de 15 de abril de este Tribunal, entre otras).

La ausencia de parámetros objetivos en el PCAP para considerar una oferta anormal o desproporcionada no es una infracción del procedimiento de contratación, que deba suplirse con la aplicación supletoria de la normativa contractual. El carácter potestativo de su previsión permite también que los pliegos opten por no establecer esos parámetros.

En este caso, el pliego no ha introducido referencia alguna a este extremo, por lo que no cabe introducir cuestión alguna acerca de la inclusión de valores anormales o desproporcionados en las ofertas presentadas. Dicha omisión impide, conforme a lo antes expuesto, que el órgano de contratación pueda excluir o considerar inadmisibles una determinada oferta.

En consecuencia con lo expuesto podemos concluir que la decisión adoptada de solicitar justificación de la viabilidad a Clece con los criterios de apreciación de la anormalidad o desproporción fijados en el artículo 85 del RGLCAP es contraria a Derecho.

Por lo tanto, procede la estimación del recurso por este motivo y no incurriendo en el supuesto legal que obliga a tramitar el expediente contradictorio a que se refiere el artículo 152.3 del TRLCSP, no procede el análisis de lo alegado en cuanto a la adecuada justificación realizada por Clece ni la apreciación que ha merecido al informe técnico.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP 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 doña B.S.P., en nombre y representación de Clece, S.A., contra el Decreto de fecha 30 de diciembre de 2016, de la Concejala Presidenta del Distrito de Arganzuela del Ayuntamiento de Madrid, por el que se excluye a la recurrente de la licitación del contrato “Mantenimiento integral de los equipos adscritos al Distrito de Arganzuela 2017-2018”, número de expediente: 300/2016/01122, procediendo a su anulación retro trayendo el expediente al momento previo a la valoración y clasificación.

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.