

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

En Madrid, a 25 de julio de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.M.S., en nombre y representación Optimus Gestión Logística, S.L., contra la Orden de la Vicepresidencia, Consejería de Presidencia y Portavocía del Gobierno por la que se le excluye y se adjudica el contrato “Servicio de mudanzas y transporte de materiales y documentación de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno” (A/SER-001199/2018), este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 26 de febrero y 7 de marzo de 2018, se publicó respectivamente en el BOCM y Perfil de contratante de la Consejería, la convocatoria del servicio mencionado a adjudicar por procedimiento abierto y un único criterio, el precio. El valor estimado del contrato asciende a 206.312,16 euros.

Interesa destacar que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) en su cláusula 12 establece lo siguiente: *“Si se identificase alguna proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, conforme a los criterios contemplados en el artículo 85 del RGLCSP, se realizará la tramitación*

prevista en el artículo 152 del TRLCSP. En caso de subasta electrónica esta tramitación se llevará a cabo tras la finalización de la subasta, tomando en consideración para apreciar si existen valores anormales o desproporcionados los de la última puja de cada licitador.”

Segundo.- A la licitación se presentaron cinco empresas, una de ellas la recurrente.

La Mesa de contratación se reunió el 27 de marzo de 2018 para proceder a la apertura de las proposiciones económicas. De acuerdo con el informe emitido el 28 de marzo, se encontraba incurso en el supuesto de baja desproporcionada la empresa Optimus Gestión Logística, S.L (en adelante Optimus) por lo que se le requirió que justificase la viabilidad de su oferta.

La empresa presentó la oportuna justificación el 20 de abril de 2018

Se emitió informe técnico con fecha 23 de abril, en el que tras analizar la justificación presentada se concluye que dicha empresa no indica los cálculos económicos en los que basa su oferta ni expresa en qué costes se incurre para obtener la misma, aludiendo de forma teórica a la obtención de un ahorro originado por la rentabilidad que supone tener personal propio de la empresa, así como vehículos y materiales, a la vez que alega la situación del mercado laboral y del país en el momento actual. Asimismo, el informe indica que el porcentaje de baja que supone la oferta no acredita una proporcionalidad entre el supuesto ahorro teórico que se menciona en la justificación y el importe de la oferta. Por todo ello se considera en el informe que no se justifica suficientemente la viabilidad de la oferta.

La Mesa de contratación en su reunión de 26 de abril de 2018, a la vista del informe propone la exclusión de Optimus y requerir la documentación a la siguiente clasificada.

Con fecha 5 de junio de 2018, mediante Orden de la Vicepresidencia, Consejería de Presidencia y Portavocía del Gobierno, se adjudica el contrato a la

empresa Ordax Coordinadora de Transportes y Mercancías, S.L., por ser la oferta económicamente más ventajosa, excluyendo a Optimus, al no haber justificado la viabilidad de su oferta.

La adjudicación fue notificada los interesados el 5 de junio de 2018.

Tercero.- El 21 de junio de 2018, tuvo entrada en el Tribunal el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Optimus en el que alega en primer lugar que su oferta ha sido incorrectamente considerada en baja desproporcionada puesto que se ha aplicado de forma errónea el PCAP y el artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En segundo lugar se aduce la insuficiente motivación de la decisión de exclusión por no acreditar la viabilidad. Solicita en consecuencia que se declare que su oferta no está incurso en temeridad y sea admitida en la clasificación.

Cuarto.- El órgano de contratación remitió copia del expediente administrativo y el informe a que se refiere el artículo 56.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen 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 (LCSP). En el informe se solicita la desestimación del recurso por las razones que se expondrán al resolver sobre el fondo.

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se ha dado traslado del recurso al resto de interesados en el procedimiento, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Ha presentado alegaciones Ordax Coordinadora de Transportes y Mercancías, S.L., en las que expone que en este momento no cabe hacer objeciones a la decisión de la Mesa de considerar la oferta de Optimus puesto que

serían extemporáneas y en cuanto a la justificación de la viabilidad de la oferta se adhiere a lo manifestado por el órgano de contratación. En consecuencia, solita la desestimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.41 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.

A la tramitación del recurso le es de aplicación la LCSP en virtud de lo establecido en la disposición transitoria primera, apartado 4 de dicha norma, puesto que el acto recurrido, la Orden de adjudicación, fue dictado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, el 9 de marzo de 2018.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de Optimus para interponer recurso especial de conformidad en el artículo 48 de la LCSP, al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*, puesto que su oferta ha sido excluida de la licitación y la estimación del recurso la colocaría en situación de ser adjudicataria del contrato.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se ha interpuesto contra la exclusión producida con ocasión de la adjudicación de un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 44.1.c) y 2.c) de la LCSP.

Cuarto.- En cuanto al plazo de interposición del recurso la Orden impugnada fue

dictada el 5 de junio de 2018, notificada el día 6 e interpuesto el recurso el 21 del mismo mes, por tanto dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1.d) de la LCSP.

Quinto.- Respecto al fondo asunto, en primer lugar debe analizarse si la oferta de la recurrente se encontraba incurso en el supuesto de baja desproporcionada de acuerdo con lo previsto en el PCAP y en el artículo 85 del RGLCAP.

Se argumenta en el recurso que siendo de aplicación lo previsto en el artículo 85 del RGLCAP, la media aritmética de las 5 ofertas presentadas en cuanto al porcentaje de descuento es del 32,2%. *“Ciertamente cualquier oferta INFERIOR en 10 puntos porcentuales a dicha media” esto es, cualquier porcentaje de descuento superior al 42,20 % debería ser considerada oferta desproporcionada o temeraria lo que afectaría a mí representada, finalmente excluida pero también afectaría a la entidad ORDAX, Coordinadora de Transportes y Mercancías S.L., que finalmente resultó adjudicataria. Sin embargo el precepto (art. 85 RGCLAP) no termina en ese punto sino que contiene un inciso adicional, de tal forma que si alguna de las ofertas FUESE SUPERIOR en 10 puntos porcentuales a la media aritmética sería excluida para el cálculo de la media aritmética debiendo calcularse una nueva media. En este supuesto se encuentra la oferta de ONTME, Transporte y Logística. S.L. que supera al alza y con más de 10 puntos porcentuales (12,20%) la media aritmética de los 5 licitadores por lo que debe ser excluida y procederse a una nueva media aritmética. Procedemos en ese sentido y la nueva media aritmética de las 4 licitadoras restantes, excluida ONTIME, es de 35, 25% puntos porcentuales.”*

Por tanto concluye la recurrente que Optimus con una baja del 45% no debería haber sido considerada temeraria

El informe sobre bajas que consta en el expediente, las calcula sobre la base imponible de las ofertas, de la siguiente manera: *“El precio de licitación del contrato asciende a 206.352,16 euros (sin IVA). La adjudicación del contrato se realizará a favor de la empresa que presente la oferta económicamente más ventajosa,*

entendiendo como tal la que presente el mayor porcentaje de baja lineal.

Las empresas admitidas a la licitación son:

<i>LICITADOR</i>	<i>% BAJA LINEAL</i>	<i>IMPORTE</i>
<i>OPTIMUS GESTIÓN LOGÍSTICA, S.L.</i>	<i>45,00</i>	<i>113.493,69 €</i>
<i>MUDANZAS LAS NACIONES, S.L.</i>	<i>28,00</i>	<i>148.573,56 €</i>
<i>ONTIME TRANSPORTE Y LOGÍSTICA, S.L.</i>	<i>20,10</i>	<i>164.875,38 €</i>
<i>COORDINADORA DE TRANSPORTES Y MERCANCÍAS ORDAX, S.L.</i>	<i>43,01</i>	<i>117.600,10 €</i>
<i>MUDANZAS ESTEBARANZ, S.L.</i>	<i>25,01</i>	<i>154.743,48 €</i>

La media aritmética de la base imponible de las ofertas presentadas es de 139.857,24 €.

Dado que existen dos ofertas superiores en más de 10 unidades porcentuales a la media mencionada:

ONTIME TRANSPORTE Y LOGÍSTICA, S.L.

MUDANZAS ESTEBARANZ, S.L.

se ha procedido a su exclusión para el cálculo de una nueva media con el resto de ofertas, ascendiendo ésta a 126.555,78 €.

Respecto a esta nueva media, se considera, en principio, desproporcionada o temeraria la oferta presentada por: OPTIMUS GESTIÓN LOGÍSTICA, S.L. debido a que dicha oferta es inferior en más de 10 unidades porcentuales a la nueva media”.

Entiende este Tribunal que de acuerdo con el artículo 85 del Reglamento y teniendo en cuenta que en este caso la oferta económica no es una cantidad determinada sino un porcentaje de baja, se ha realizado el cálculo de forma errónea. Por lo tanto, debe calcularse la media aritmética de las ofertas, es decir, de los porcentajes de baja propuestos.

De manera que la media aritmética de las ofertas es el 32,22% de baja.

Esto significa que las ofertas Ordax y de Optimus, superiores en más de 10 unidades porcentuales a la media, deben descartarse y calcular una nueva media.

Realizando de nuevo el cálculo con las proposiciones de las tres licitadoras que quedan el resultado es 24,37% de baja como umbral para apreciar la temeridad.

En conclusión, la oferta de Optimus con una baja de 45% se encuentra por encima de las 10 unidades porcentuales de esa media aritmética y ha sido correctamente considerada como temeraria.

La recurrente realiza sus cálculos rechazando para calcular la media aritmética supuestamente a tres empresas, dos de ellas porque superan las 10 unidades porcentuales de la primera media calculada (32,22%) y la otra por superar al alza esa media, supuesto inexistente en el artículo del Reglamento que solo se refiere a *“las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética (...)”*

Sin embargo, para el nuevo cálculo la recurrente vuelve a considerar las dos empresas descartadas y solo elimina precisamente a la de menor baja, con lo que el resultado obtenido no puede ser más que erróneo y el motivo de recurso debe desestimarse.

El segundo motivo de recurso se contrae a analizar la adecuación a derecho de la apreciación de la viabilidad de la oferta de la recurrente incurra en presunción de temeridad.

El texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (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.).

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 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.

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 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, han de ser los propios pliegos que rigen la licitación.

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 justificación de una oferta es la acción de explicar, aduciendo razones convincentes o alegando otros medios, la viabilidad y acierto de una proposición, en los términos en que fue presentada al procedimiento licitatorio. Consiste pues, en la aclaración de los elementos en que el licitador fundamentó su oferta y en la verificación de que conforme a dicha aclaración, la misma es viable de forma tal que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada, en el modo y manera establecidos en los pliegos de condiciones”.

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, podría ser considerada arbitraria.

A todo ello cabe añadir que la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde 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.

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 excluyendo toda posibilidad de arbitrariedad.

Alega la recurrente que pese a que no debió ser requerida, presentó las correspondientes informaciones y explicaciones sobre la viabilidad de su oferta. Argumenta que se daba información para justificar la viabilidad de la oferta económica sobre el ahorro de personal, la rentabilización de la plantilla, asunción de un beneficio inferior, los menores costes laborales, ejecución de medidas de seguridad, etc. *“Pero el órgano de contratación no hace uso y simplemente EXCLUYE la oferta llevando por toda motivación el hecho de que no acredita suficientemente la viabilidad.”*

Comprueba el Tribunal que el informe justificativo al que se hace referencia en el recurso consiste en un escrito de dos folios en el que no se incluye estudio o cálculo económico alguno, limitándose la recurrente a señalar, en síntesis, que cuenta con ahorros en materia de personal, que la coyuntura económica hace que la mano de obra sea más barata y que cumple con las exigencias del Pliego. La documentación que acompaña son contratos ejecutados o en ejecución y unos certificados de normas ISO y de la Agencia Tributaria y de la Seguridad Social.

Como ya ha señalado este Tribunal en diversas ocasiones, cabe citar la Resolución 116/2014, de 16 de julio, la justificación de la viabilidad tiene que ser suficiente y basarse en las prestaciones del contrato *“es doctrina consolidada de los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación que la decisión de si una oferta calificada inicialmente como anormal o desproporcionada corresponde al órgano de contratación, sopesando las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y los informes técnicos emitidos sin que tengan carácter vinculante. Hay que tener en cuenta que según lo dispuesto en su apartado 4 corresponde al órgano de contratación ‘considerando la justificación*

efectuado 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. La apreciación de si es posible o no el cumplimiento de la proposición debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que concurren en la oferta y ha de entenderse que cada uno de los factores considerados en su formulación contiene todos los elementos que el licitador ha tomado en consideración para la presentación de la oferta, especialmente los que sean obligaciones impuestas para la ejecución del contrato, no siendo posible rechazar la oferta por no alcanzar el nivel de desglose deseado si el coste se ha considerado e incluido expresamente en la justificación presentada y no se ha apreciado la necesidad de pedir aclaraciones, cuando existen otros elementos que considerados en su conjunto intentan probar la posibilidad de cumplimiento del contrato en los términos ofertados”.

El Informe sobre la viabilidad de la oferta que obra en el expediente se refiere precisamente a la ausencia de cálculos económicos que justifiquen el precio ofertado y a la falta de concreción sobre las condiciones de ahorro que expone y que no parecen proporcionales para justificar el porcentaje de baja ofrecido.

Debe recordarse que la justificación persigue aportar evidencias de que el contrato puede ser cumplido, no siendo suficientes las explicaciones genéricas si no se acompañan del soporte de unos cálculos económicos acreditativos de la viabilidad.

Por lo tanto debemos concluir que el informe técnico se encuentra suficientemente motivado respecto a la falta de justificación de la viabilidad de la oferta. Además en cuanto a la falta de motivación, corresponde a la recurrente acreditar la viabilidad mediante la justificación de su oferta pero no al contrario, no cabe reordenar la carga de la justificación de la inviabilidad de la oferta en el órgano de contratación.

De todo lo anterior se deduce que en el supuesto que nos ocupa, se ha

seguido formalmente el procedimiento legalmente previsto en el artículo 152.2 y 3 del TRLCSP, en cuanto a la consideración y tramitación de las ofertas con valores anormales o desproporcionados; que la empresa adjudicataria, en el trámite de audiencia concedido presenta la justificación de su oferta; que el informe técnico emitido se encuentra debidamente motivado y por tanto, quedando motivada de forma razonable la exclusión de la oferta de Optimus, procede desestimar el recurso presentado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 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 don J.M.S., en nombre y representación Optimus Gestión Logística, S.L., contra la Orden de la Vicepresidencia, Consejería de Presidencia y Portavocía del Gobierno por la que se le excluye y se adjudica el contrato “Servicio de mudanzas y transporte de materiales y documentación de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno” (A/SER-001199/2018).

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.- Dejar sin efecto la suspensión mantenida por el Tribunal mediante Acuerdo de 4 de julio de 2018.

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 49 del TRLCSP.