

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

En Madrid, a 4 de diciembre de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por don F.S.V., en nombre y representación de Producciones MIC, S.L., (MIC), contra el Decreto del Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Tres Cantos, de fecha 20 de octubre de 2017, por el que se le excluye de la licitación del contrato de “Servicios de diseño, maquetación, impresión y distribución del Boletín Informativo Municipal”, número de expediente: 2017/06 CONT, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Ayuntamiento de Tres Cantos convocó procedimiento abierto, con pluralidad de criterios, para la contratación del servicio mencionado. La publicación de la licitación tuvo lugar en el DOUE el 28 de abril de 2017 y en el BOE el 16 de mayo de 2017. El valor estimado asciende a 224.000 euros.

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

El 23 de junio se reúne la Mesa de contratación para la apertura del sobre que contiene la proposición económica y documentación relativa a criterios evaluables de

forma automática. A la vista de la documentación presentada y tras las comprobaciones correspondientes, se concluye que la oferta presentada por MIC se encuentra entre los supuestos establecidos en el Pliego para considerarla incurso en valores anormales o desproporcionados. Por lo tanto en reunión de fecha 20 de julio de 2017, se acuerda conceder a la citada licitadora trámite de audiencia, por plazo de diez días hábiles, a fin de que pueda justificar la valoración de la oferta presentada y precisar las condiciones de la misma.

La empresa presentó con fecha 28 de julio la documentación justificativa de la que se dio traslado a la unidad correspondiente para la realización del correspondiente informe.

Con fecha 31 de agosto de 2017, la Jefa de Gabinete del Ayuntamiento emitió informe sobre la justificación de viabilidad presentada en el que concluye que *“el detalle de costes presentado por la empresa contempla todo el proceso y se ajustaría a las condiciones actuales del mercado, de acuerdo a los presupuestos que desde el Gabinete de Comunicación, solicitamos a las diversas empresas del sector para realizar los trabajos de diseño, impresión y distribución que el gabinete debe realizar a lo largo del año”*. Por lo tanto, se considera que la empresa estaría en condiciones de ejecutar el contrato.

Tercero.- La Mesa, en su sesión celebrada el 7 de septiembre siguiente, analizó el informe técnico emitido y considerando algunos de sus miembros que su contenido era muy escueto, acordó dar traslado del escrito y documentos presentados a la Presidenta de la Comisión Informativa para la Vigilancia de la Contratación, Vocal de la Mesa, para su estudio, aplazando la votación sobre la aceptación o rechazo de la justificación de la oferta presentada por la empresa.

Finalmente en reunión de 14 de septiembre de 2017, la Mesa tras recibir el informe realizado por la Vocal encargada del examen de la documentación decide separarse del Informe Técnico de 31 de agosto y considerar que la licitadora no ha justificado la viabilidad de su oferta y propone su rechazo.

Mediante Decreto de la Alcaldía de fecha 20 de octubre de 2017, se excluye a MIC, y se adjudica el contrato a Gráficas Aries, S.A.

La adjudicación fue notificada a los interesados el 25 de octubre de 2017.

Cuarto.- El 15 de noviembre de 2017, previo anuncio ante el Ayuntamiento, tuvo entrada en este Tribunal el escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de MIC, en el que solicita anular la adjudicación y su exclusión por entender que ha justificado debidamente la viabilidad de su oferta.

El 21 de noviembre de 2017, el órgano de contratación remitió copia del 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).

Quinto.- Con fecha 22 de noviembre, el Tribunal acordó el mantenimiento de la suspensión del expediente de contratación.

Sexto.- 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. Finalizado el plazo se ha recibido escrito de Gráficas Aries de cuyo contenido se dará cuenta al resolver sobre el fondo del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- 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.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de un licitador excluido *“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 especial se planteó en tiempo y forma, pues el Decreto impugnado fue adoptado el 20 de octubre de 2017, practicada la notificación el 25 de octubre, e interpuesto el recurso el 15 de noviembre, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la exclusión de un contrato de servicios de valor estimado superior a 209.000 euros. El acto es recurrible de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.b) del TRLCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, el mismo se contrae a analizar la adecuación a derecho de la apreciación de la viabilidad de la oferta de la recurrente incurso en presunción de temeridad.

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.).

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 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.

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 de acuerdo con lo establecido en el artículo 84.3 de la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE, que goza de efecto directo, *“Las entidades adjudicadoras rechazarán la oferta si comprueban que es anormalmente baja porque no cumple las obligaciones aplicables contempladas en el artículo 36, apartado 2”.*

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.

La recurrente esgrime dos motivos que a su juicio implican una indebida apreciación de la viabilidad de su oferta.

En primer lugar aduce insuficiente motivación para rechazar su oferta, señalando que *“la Mesa de Contratación, contradiciendo la opinión del personal técnico, y ante la manifestación de varios de sus miembros, decidió excluir de todos modos la oferta de EDITORIAL MIC por considerar que no estaba justificada”*, argumentando que *“los precios aportados por EDITORIAL MIC en su oferta y en su justificación están “por debajo del precio de mercado” y, por lo tanto, se concluye que la oferta es inviable. Más allá de que ello contradice plenamente lo afirmado por el Gabinete de Comunicación del propio Ayuntamiento de Tres Cantos (para quien los importes sí se ajustan a los precios de mercado), cuando se da audiencia a una empresa para que justifique su oferta presuntamente anormal o desproporcionada de lo que se trata es precisamente de exponer las razones por las que sus precios son inferiores a los de mercado (si se considera que estos se establecen en base a la media de las ofertas presentadas). Es decir, si el solo hecho de presentar a una licitación precios por valor inferior a los supuestos “precios de mercado”, las empresas que incurran en baja desproporcionada o anormal deberían ser excluidas inmediatamente sin posibilidad de justificarse, ya que no puede justificarse precios inferiores a los de mercado con precios iguales a los de mercado”*.

El órgano de contratación en su informe al recurso alega que la Mesa, *“estudiada la justificación de la oferta, motiva su propuesta de exclusión en que Producciones Mic S.L. no justifica ni cuantifica suficientemente las condiciones que son un ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, ni justifica la repercusión en los costes de las condiciones excepcionales de las que dice disponer para la realización del trabajo. Es por la ausencia de dichas justificaciones por lo que la Mesa de Contratación consideró que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión en la misma de valores anormales o desproporcionados”*.

Por su parte Gráficas Aries, S.A., tras argumentar sobre la procedencia de considerar a la oferta en baja desproporcionada, alega que *“tampoco son aceptables los argumentos con los que la recurrente pretende defender que sus precios son muy bajos ya que los atribuye al enorme peso de la compañía ofertante; argumento que tampoco es admisible pues ese criterio ya ha sido empleado para otras empresas ofertantes como es el caso de GRAFICAS ARIES, S.A. quien no por ello oferta de forma tal que se pueda llegar a calificar la oferta como desproporcionada o anormal”*.

Debe señalarse que para dar cumplimiento al procedimiento establecido en el TRLCSP, es imprescindible, como se ha indicado, que el informe de los servicios técnicos esté suficientemente motivado, sobre todo cuando se trata de excluir a la licitadora por no justificar su viabilidad. En este caso, la Mesa de contratación ha optado por separarse del criterio expuesto en el primer informe técnico emitido y esa separación debe igualmente estar debidamente motivada, incluso con mayor detalle puesto que se trata de rebatir los argumentos esgrimidos en el informe técnico.

En el Acta de la Mesa constan los motivos por los que en el segundo informe no se considera suficiente la justificación: *“el coste de buzoneo que se indica en la justificación es muy bajo, estando muy por debajo del precio de mercado y de lo que habitualmente se paga por trabajos similares. Así mismo el precio por hora de maquetación está por debajo del precio de mercado. Añade que aunque la empresa*

tenga papel propio, y pueda abaratar el precio de impresión, sigue siendo, para una tirada de 15.000 ejemplares, por debajo del precio de mercado. Concluyendo que la oferta no es viable, y el contrato no se podría cumplir”.

Resulta evidente que no se han expuesto ni siquiera sucintamente cuáles son los precios de mercado que se han tenido en cuenta y si la rebaja propuesta podría ser asumida por la empresa en base a las circunstancias que expone en su escrito de justificación. Cuando nos encontramos ante una oferta incurra en un supuesto de baja anormal o desproporcionada, uno de los factores a analizar puede ser que los precios ofertados estén por debajo de los de mercado pero la motivación del rechazo no puede ser esa, debe justificarse por qué no se admite la justificación presentada sobre la posibilidad de mantener esos precios.

La empresa en su escrito de justificación realiza un desglose de costes, explicando con detalle el cálculo del coste por diseñador, de la maquetación por página, del coste de la impresión y del buzoneo.

Se comprueba que la Mesa no ha motivado el rechazo que realiza de esos cálculos ni aporta otros explicativos que permitan concluir que no es posible su mantenimiento, limitándose a señalar que son costes muy bajos.

No debe olvidarse que el Informe Técnico en base, según se indica, a presupuestos solicitados, llegaba a la conclusión contraria. Tampoco Gráficas Aries, S.A., en su escrito ofrece datos que permitan evidenciar una falta de viabilidad de la oferta, puesto que se refiere únicamente a las consideraciones generales del escrito de justificación pero no a los precios concretos que se incluyen.

Por ello debemos considerar que la decisión de la Mesa carece de la debida motivación racional y razonable y el recurso debe estimarse por este motivo.

El siguiente motivo de recurso se refiere a la falta de consideración del análisis de los costes de diseño y maquetación. Se alega que “entre las

consideraciones realizadas por la Mesa de Contratación simplemente se reitera la observación de que “el precio por hora de maquetación está por debajo del precio de mercado”, cuando existe un detallado análisis de los costes de diseño y maquetación incluidos en el informe de justificación de nuestra oferta. En este detalle se explica muy bien cuál es el salario bruto de un maquetador según el convenio de Artes Gráficas y el coste por hora, lo cual es verificable; asimismo, se especifica el tiempo medio que un maquetador de EDITORIAL MIC emplea para la elaboración de una página, con su correlación monetaria. Por otra parte, EDITORIAL MIC añade su beneficio industrial al TOTAL de los costes. Por lo tanto, es normal que el importe por hora reflejado (17,19 euros/hora) sea menor que el precio por hora de mercado de un estudio de diseño o un diseñador freelance, ya que refleja solo el coste de personal; los “precios de mercado”, en cambio, incluyen necesariamente el beneficio del estudio o diseñador, además de otros gastos como licencias informáticas, alquiler de local, etc”.

El Ayuntamiento en su informe sostiene que “en la documentación presentada por la licitadora en el trámite de audiencia concedido para justificar la oferta económica se describe una relación de los costes de cada una de las acciones a desarrollar dentro del contratos sin aportar ningún documento justificativo de dichos costes. El resto de justificaciones presentadas, (experiencia, plantilla, stock de papel, coste por diseñador, premiso, etc.), como condiciones excepcionalmente favorables de las que dispone, son argumentaciones genéricas sin ningún tipo de documentación acreditativa del ahorro ni de la repercusión en los costes que suponen dichas condiciones excepcionales de las que manifiesta disponer”.

Este Tribunal puede comprobar que en la documentación justificativa hay una serie de explicaciones sobre la plantilla, el stock de papel, la asignación de recursos y la experiencia de la empresa. A continuación se realiza el desglose de costes a que nos hemos referido antes. Son estos datos y justificaciones los que debe analizar el informe, incluyendo a su vez los razonamientos por los que discrepa de su contenido o de sus cálculos. En este caso se aprecia una consideración general de inviabilidad que no tiene apoyo en datos objetivos o en el contenido del

documento de la empresa y que se ha limitado a reconocer que el precio es inferior al de mercado cuando ya se ha señalado que eso siendo un presupuesto de la situación de baja desproporcionada, no puede ser la única conclusión para el rechazo de la oferta por falta de justificación de la viabilidad.

Gráficas Aries, S.A., alega respecto a esta cuestión que *“al parecer, EDITORIAL MIC no sólo emplea numeroso personal ajeno a la empresa (freelance) que realiza trabajos para los clientes de la ofertante, lo que puede dar una idea del compromiso social de esa empresa, si no también (y esto es muy preocupante) que en el análisis de costes y estimación de ratios de los precios que oferta, EDITORIAL MIC no imputa GASTOS GENERALES de la empresa”*.

El Tribunal no puede compartir tal aseveración puesto que indica la recurrente en el documento de justificación, que los diseñadores están contratados a jornada completa según el convenio de artes gráficas y lo que justifica el precio más bajo es que refleja el coste de personal absorbiendo en ese coste el importe del beneficio industrial que implicaría contratar un estudio de diseño o un diseñador “freelance”, así como otros gastos. Además la afirmación no se encuentra acreditada de contrario.

En conclusión, en el caso que nos ocupa se ha procedido a la tramitación legalmente prevista para los supuestos de bajas incursas en valores anormales o desproporcionados, analizadas las razones y justificación ofrecida, ésta no se ha considerado viable, adoleciendo la decisión de la Mesa de imprecisión y falta de argumentación por las razones expuestas, no quedando motivada por tanto de forma razonable la exclusión de MIC, siendo procedente estimar el recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 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 don F.S.V., en nombre y representación de Producciones MIC, S.L., contra el Decreto del Alcalde – Presidente del Ayuntamiento de Tres Cantos, de fecha 20 de octubre de 2017, por el que se le excluye de la licitación del contrato de “Servicios de diseño, maquetación, impresión y distribución del Boletín Informativo Municipal”, número de expediente: 2017/06 CONT, anulando dicho acuerdo y retrotrayendo las actuaciones para que por la Mesa se proceda a la clasificación de las empresas incluyendo a la ahora excluida.

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.