

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

En Madrid, a 5 de diciembre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña M.S.V.V., en nombre y representación de Autocares Vilabus, S.L., contra la Orden de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de fecha 22 de octubre del 2018, por la que se rechaza la oferta de la recurrente a la licitación del contrato “Transporte regular de uso especial para la Dirección General de Formación (Centro de Formación Profesional para el Empleo en Edificación y Obra Civil de Paracuellos de Jarama)”, número de expediente: A/SER-010477/2018, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 5 de septiembre de 2018, se publicó en el Perfil de contratante de la Comunidad de Madrid, la convocatoria del servicio mencionado a adjudicar por procedimiento abierto y un único criterio, el precio. El valor estimado del contrato asciende a 169.702,72 euros, siendo la duración inicial de 16 meses, con posibilidad de prórrogas hasta un máximo de 32 meses, incluidas las prórrogas.

Interesa destacar que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares

(PCAP) en el apartado 8 de la cláusula 1 establece: *“A efectos de determinar que una proposición es inviable por haber sido formulada en términos que la hacen anormalmente baja, se tendrán en consideración los distintos supuestos recogidos en el artículo 85 del RGLCAP, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de Octubre, estándose en cada caso a lo dispuesto en el artículo 149 de la LCSP”* al que remite el PCAP en su cláusula 12 párrafo quinto que prevé *“Si se identificase alguna proposición que pueda ser considerada anormalmente baja, de acuerdo, en su caso, con lo indicado en el apartado 8 de la cláusula 1, se realizará la tramitación prevista en el artículo 149 de la LCSP. 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 ocho empresas, una de ellas la recurrente.

La Mesa de contratación se reunió el 2 de octubre 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 Autocares Vilabus, S.A. (en adelante Vilabus) por lo que se le requirió que justificase la viabilidad de su oferta. El requerimiento se publicó ese mismo día el Tablón de Anuncios del Perfil del Contratante de la Comunidad de Madrid, señalando *“a fin de que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos”*.

La empresa presentó la oportuna justificación el 8 de octubre de 2018, que fue informada con fecha 19 de octubre y tras analizar la justificación presentada se concluye que dicha empresa no detalla indica *“un desglose del presupuesto que la empresa ha tenido en cuenta para realizar a valoración de la oferta, sin atender a los diferentes costes directos e indirectos de la prestación del servicio”* y añade que *“el único concepto que cuantifica económicamente es el beneficio empresarial, pero lo*

hace de la empresa en su conjunto, haciendo alusión a las cuantías reflejadas de años anteriores en el registro mercantil, sin especificar el beneficio estimado por este contrato de servicios que se ejecutaría en próximos años” así como el ahorro que le permite su ubicación frente a cualquier otro licitador lo que el informe técnica califica de inadmisibles “ dado que se desconocen los recursos y condicionantes que el resto de licitadores han tenido en cuenta para realizar sus ofertas económicas, máxime teniendo en cuenta que en el pliego de prescripciones técnicas se indica que “Solo se computa como recorrido integrante de la ruta el comprendido entre los puntos de origen y término, no computándose, por tanto, los recorridos en vacío que deba efectuar el transportista para la realización de cada uno de los mismos”.

La Mesa de contratación en su reunión de 19 de octubre de 2018, a la vista del informe propone la exclusión de Vilabus.

Con fecha 22 de octubre de 2018, mediante Orden de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, de fecha 22 de octubre de 2018, el órgano de contratación rechaza la proposición formulada por Autocares Vilabus, S.L., por estimar que su justificación no explica adecuadamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos, no pudiendo garantizarse el satisfactorio cumplimiento del contrato, notificándose al interesado el 23 de octubre de 2018 (quedando acreditada su recepción el día 30 de octubre de 2018) y publicándose en el Perfil del Contratante también ese mismo día.

A la vista de lo cual la licitadora solicitó acceso al expediente a fin de plantear el recurso especial, lo que se realizó el 13 de noviembre de 2018.

Tercero.- El 14 de noviembre de 2018, tuvo entrada en el Tribunal el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Vilabus en el que alega vulneración del artículo 149 y concordantes de la LCSP por falta de claridad en el requerimiento para la justificación de la viabilidad de su oferta y falta de informe “técnico” ya que niega tal carácter al emitido por la Subdirectora General

de Formación, ya que ni es ni ha recabado asesoramiento a un experto en materia transporte.

Considera que la justificación presentada es clara y válida y opone posible vulneración del artículo 326 en relación con la composición de la mesa de contratación. Por todo ello, 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 Sanfiz, S.L.U., ratificando la adecuación de la exclusión ya que propone una baja del 32,97% respecto al presupuesto de licitación, lo que supone un 14,19% más que la bajada media de las demás licitadoras, y ello sin argumentar la reducción de costes de la explotación de manera pormenorizada, ni acompañar documentación que lo acredite. Considera improcedente que justifica su baja en la condición de adjudicatario actual. Estima los costes de personal necesarios según el convenio aplicable y la estructuras de coste publicada en el último Observatorio de costes del transporte de viajeros en autocar, (número 27, de enero de 2018), publicado por el Ministerio de Fomento del Gobierno de España, y concluye que la oferta de Autocares Vilabus, pone en grave riesgo el cumplimiento de sus obligaciones laborales y de Seguridad Social, y por ende, la viabilidad y

sostenibilidad de la prestación del servicio objeto de la licitación. En consecuencia, solicita 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.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de Vilabus 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 22 de octubre de 2018, notificada el día 23, quedando acreditada su recepción el día 30 e interpuesto el recurso el 14 de noviembre, 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, 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 artículo 149 de la LCSP 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 149 de la LCSP, 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, se prevé en dicho artículo que: *“La petición de información que la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación dirija al licitador deberá formularse con claridad de manera que estos estén en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta”*. Y 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 6 del artículo 149 de la LCSP corresponde al órgano de contratación *“considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuatro”* 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 presentó las correspondientes informaciones y explicaciones sobre la viabilidad de su oferta, así *“el ahorro en costes de combustible, aceite, neumáticos y gastos derivados que permite la ubicación muy próxima de la empresa respecto al centro de formación y de las paradas del itinerario al centro de formación y desde el centro de formación así como las condiciones excepcionalmente favorables (ubicación, vehículos disponibles, zona de trabajo de la empresa, combinación con otros servicios también ubicados en el municipio Paracuellos de Jarama) de que se dispone para prestar los servicios”*.

Argumenta que no cabe rechazar la justificación aportada so pretexto de no aportar un concreto presupuesto con costes directos e indirectos cuando en la transcripción literal de la solicitud de justificación no se le ha pedido con claridad ese

presupuesto con costes directos e indirectos. De hecho no se le ha pedido nada concreto.

Opone su rechazo a la no consideración de su condición excepcionalmente favorable por mayor proximidad al centro de prestación de servicios respecto al resto de empresas participantes en el concurso, ya que si bien es lógico, como afirma el órgano de contratación que la administración a la hora de valorar el precio de los servicios para su presupuesto base de licitación solo ha tenido en cuenta los recorridos entre origen y término, de acuerdo con el PPT, esto no significa que todos los transportistas no hayan valorado desde donde mandan los vehículos o donde terminan para regresar a garaje o combinarlos con otros trabajos, porque para un transportista esos recorridos en vacío pueden llegar a ser tanto o más significativos en costes que el recorrido entre punto de origen y término.

Por ultimo alega que ha quedado acreditado y nunca puesto en duda la oferta de la empresa recurrente no vulnera normativa sobre subcontratación y cumple las obligaciones en materia medioambiental, social, laboral, nacional e internacional y los convenios sectoriales vigentes.

El órgano de contratación opone que dicho argumentos no han sido suficientes a juicio de la unidad técnica, de la mesa de contratación ni del órgano de contratación para apreciar la viabilidad de su oferta, como consta en el informe técnico de 19 de octubre de 2018, emitido por la Subdirección General de Formación que es el servicio técnico correspondiente, pues es la unidad promotora del contrato que gestiona el transporte regular de alumnos a los Centros de Formación, siendo su personal, encabezado por la Subdirectora General, los técnicos especializados y capacitados para analizar la viabilidad o no de la realización de este servicio al precio ofertado por Autocares Vilabus, S.L., pues son quienes mejor conocen el servicio que se licita.

En cuanto a la claridad del requerimiento realizado, afirma que se ha realizado atendiendo a los parámetros establecidos en el art. 149 LCSP, siendo

responsabilidad de la empresa incurso en anormalidad aportar toda aquella documentación que estime necesaria a efectos de justificar su oferta, siendo indefendible trasladar al órgano de contratación la responsabilidad de determinar, cómo o con qué documentos concretos, debe el licitador incurso justificar su oferta, ya que es éste el único que conoce porqué ha llegado a ese bajo nivel de costes que ha implicado que su oferta se encuentre en presunción de anormalidad.

Comprueba el Tribunal que el tenor literal del requerimiento efectuado a Vilabus es el siguiente *“justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos, conforme a lo establecido en el artículo 149 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.*

Se le comunica igualmente que, conforme a lo previsto en el artículo 62 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), la falta de contestación a este requerimiento de información, o el reconocimiento de que su oferta adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, podrá tener la consideración de retirada injustificada de la proposición.”

Siendo el requerimiento claro y expreso sobre los extremos a justificar:

- desglosados detalladamente los precios, todos los costes o cualquier otros parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta,
- acompañado de la información y documentos que resulten pertinentes.

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 explica:

- el conocimiento de las rutas y su experiencia por ser el prestador del servicio en los últimos 30 meses.

- la distancia de nuestro garaje al centro de formación por carretera es de unos 15 Kms, la distancia al metro de Barajas es de unos 10 Kms y al metro de Canillejas de 3 Kms, lo que estima ahorrar como poco unos 35 Kms diarios respecto a cualquier otra empresa de las que se han presentado a la licitación ubicada en la zona próxima al centro, multiplicados por 305 días de servicio, lo que supone 10.675 kms lo que supone un importante ahorro en combustible, ruedas, etc.

- la posibilidad de combinar con otras rutas que presta para transporte escolar (1 Instituto, 15 colegios, tranfer a/desde el aeropuerto y otros en la zona, en total constituyen el 90 % de sus clientes.

- la duración del contrato.
- la posibilidad de utilizar toda la flota de vehículos.
- la previsión de beneficios hasta 2020.

Al final añade *“Se propone aportar cualquier documentación respecto a los puntos referido que a juicio del órgano de contratación pudiera ser necesaria para acreditar los mismos.”*

Por tanto, no se incluye estudio o cálculo económico alguno, limitándose la recurrente a señalar, en síntesis, que cuenta con ahorros que no cuantifica y que no aporta ninguna documentación que los acredite.

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 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. 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 149 de la LCSP, 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 VILABUS, 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 doña M.S.V.V., en nombre y representación de Autocares Vilabus, S.L., contra la Orden de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de fecha 22 de octubre del 2018, por la que se rechaza la oferta de la recurrente a la licitación del contrato: “Transporte regular de uso especial para la Dirección General de Formación (Centro de Formación Profesional para el Empleo en Edificación y Obra Civil de Paracuellos de Jarama)”, número de expediente: A/SER-010477/2018.

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.- 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 59 del LCSP.