

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

En Madrid, a 21 de julio de 2022.

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por la representación legal de Nascor Formación, S.L.U., contra las Resoluciones de la Consejería de Economía y Empleo de 10 de junio de 2022, por las que se rechazan sus proposiciones presentadas a los Lotes 9 “Atención Sociosanitaria” y 10 “Formación en Docencia”, del contrato denominado “Cursos de Formación Profesional para el Empleo en el Centro de Formación Profesional para el Empleo en Tecnologías del Frío y la Climatización, CRN Moratalaz, 10 lotes”, número de expediente C-241A/008-21 (A/SER-026111/2021), por estimarse que, estando dichas proposiciones incursas inicialmente en presunción de anormalidad, la justificación presentada por el licitador no explica adecuadamente el bajo nivel de precios o costes propuestos, no pudiendo garantizarse el satisfactorio cumplimiento del contrato, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 1 de abril de 2022, en el DOUE y en el Perfil del Contratante de la Consejería, alojado en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid, así como el 4 de abril en el BOCM, se convocó la licitación del

contrato de referencia mediante procedimiento abierto sujeto a regulación armonizada, con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en diez lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 2.963.914 euros y el plazo de duración será de 24 meses.

A la presente licitación se presentaron diez licitadores para cada lote impugnado, siendo cuatro de ellos excluidos en cada uno, entre ellos, la recurrente.

Segundo.- Celebrados actos de la Mesa de contratación para calificación de documentación, apertura de sobres comprensivos de criterios evaluables mediante juicio de valor y apertura de sobres de ofertas económicas y otros criterios de adjudicación evaluables en cifras o porcentajes, respectivamente los días 4, 11 y 18 de mayo de 2022, en la sesión de esta última fecha se constata que las proposiciones presentadas por Nascor Formación, S.L.U., (en adelante NASCOR), a los lotes impugnados se encuentran en presunción de temeridad, concediéndole un plazo para la justificación de la viabilidad de sus ofertas.

El 27 de mayo de 2022, NASCOR presentó justificación de sus ofertas, que fueron objeto de informe técnico de fecha 3 de junio de 2022, informe que sirvió de fundamento a la propuesta de rechazo de la proposición elevada por la Mesa en sesión celebrada el 9 de junio de 2022, al órgano de contratación, el cual, a través de Orden de fecha 10 de junio acordó rechazar las ofertas presentadas por el recurrente.

El acto de exclusión de las proposiciones presentadas a ambos lotes fue notificado a NASCOR el día 13 de junio de 2022, adjudicándose ambos lotes mediante Ordenes de 14 de julio para el Lote 10 y de 18 de julio para el Lote 9.

Tercero.- El 4 de julio de 2022, tuvieron entrada en este Tribunal los recursos especiales en materia de contratación, formulados por la representación de NASCOR en los que solicitan se anulen las exclusiones, ordenando la retroacción del procedimiento al momento de valoración de sus ofertas.

El 8 de julio de 2022, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y los informes a que se refiere el artículo 56.2 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 (en adelante LCSP).

Cuarto.- No se ha dado traslado de los recursos a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por los recurrentes, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 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.- El artículo 57 de la LPACAP establece que el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión, siempre que sea el mismo órgano quien deba tramitar y resolver el procedimiento, sin que contra este acuerdo de acumulación proceda recurso alguno.

Igualmente, el artículo 13 del RPERMC, prevé la posibilidad de acordar la acumulación de dos o más recursos en cualquier momento previo a la terminación, tanto de oficio, como a solicitud del recurrente o de cualquiera de los interesados.

Este Tribunal considera necesaria la acumulación de los recursos presentados

de los expedientes 269/2022 y 270/2022, por apreciarse identidad en el asunto, al tratarse del mismo expediente de contratación, siendo coincidentes el órgano de contratación, el tipo de acto, el recurrente y los motivos de impugnación.

Tercero.- Los recursos han sido interpuestos por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida del procedimiento de licitación *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”*, en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

Asimismo, se acredita la representación del firmante de los recursos.

Cuarto.- Los recursos especiales se plantearon en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 10 de junio de 2022, notificado el 13 del mismo mes, e interpuesto el recurso el 4 de julio de 2022, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Quinto.- Los recursos se interpusieron contra el acuerdo de exclusión que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.c) y 2.b) de la LCSP.

Sexto.- A los efectos de la resolución del presente recurso interesa destacar del PCAP la cláusula 1 apartado 9 que establece los límites para apreciar la concurrencia de valores anormales en las ofertas en el siguiente sentido:

“De los criterios objetivos establecidos anteriormente, se tomarán en consideración a efectos de apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, el señalado con el número 1 ‘PRECIO’, siendo los límites para apreciar que se dan en aquella dicha circunstancia, los siguientes:

1. Cuando, concurriendo un solo licitador, sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 25 unidades porcentuales.

2. Cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.

3. Cuando concurren tres licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media.

4. Cuando concurren cuatro o más licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía.

Cuando, en aplicación de los anteriores supuestos, se determine que la proposición económica estuviera inicialmente incurso en presunción de anormalidad, se estará a lo dispuesto en el artículo 149 de la LCSP.

La justificación que deba realizar el licitador incurso en dicha circunstancia habrá de referirse al conjunto de la oferta, atendiendo en dicha justificación a todos los términos técnicos de la misma, tanto los mínimos establecidos en los pliegos como los ofertados por el licitador. En concreto, la justificación deberá detallar las condiciones que determinen el precio o coste de la oferta y, en el supuesto de que un licitador hubiere ofertado mejoras deberá cuantificar las mismas, para que la Administración pueda valorar la viabilidad o no de la oferta en su conjunto”.

El supuesto de hecho que concurre en este caso es el del apartado 4, pues en ambos lotes concurren más de cuatro licitadores y la baja presentada por NASCOR supera en ambos lotes el 10% de la media aritmética de las ofertas presentadas, siendo el importe de exceso de baja de la oferta de NASCOR sobre la media de 5.735,09 euros en el Lote 9 y de 7.603,44 euros en el Lote 10.

En ambos lotes nos encontramos ante la identificación de una oferta como temeraria y su consiguiente procedimiento contradictorio que pretende lograr la justificación de la viabilidad de la propuesta antes de su exclusión, siendo el motivo de impugnación en ambos recursos el desacuerdo de la mercantil recurrente con la motivación de los informes que conllevaron a su exclusión.

Considera NASCOR que en ambos lotes, la diferencia que determina la aplicación de la cláusula del pliego es poco significativa. A este respecto y siendo el pliego la Ley del contrato, lo cierto para este Tribunal es que este argumento decae desde el mismo momento en que la baja presentada por el recurrente supera el 10% de la media aritmética de las ofertas presentadas, procediendo en este caso, como ha ocurrido en el seno del expediente, tramitar el expediente contradictorio previsto por el artículo 149 de la LCSP, sea cual sea el exceso de baja sobre la media que supere el 10%. Este procedimiento trata de evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad. Por ello se otorga 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.

Tramitado el procedimiento, considera NASCOR en sus recursos que el informe que funda la resolución de su exclusión no cuestiona que la justificación de los costes del personal docente respeten el convenio colectivo, limitándose los reparos del órgano de contratación a sostener que el perfil del personal docente es más exigente, sin concretar la mayor exigencia, ni cuantificarla.

Sostiene igualmente respecto de otros costes de personal que las exigencias del personal de coordinación que el órgano de contratación no considera cubiertas se ajustan sobradamente al mismo convenio colectivo.

En relación al material didáctico, manuales y fungible, considerando el órgano de contratación en su informe que no se contabiliza el material fungible para una parte de los cursos y que, habiéndose asignado coste 0 para otro tipo de material por disponer el licitador de stock, no se presentan evidencias de ello y no puede determinarse si se ajusta a las características exigidas; entiende el recurrente que el material especificado es común a todos los cursos y que, teniéndolo en stock y encontrándose ejecutando contratos para la misma entidad contratante, solo debe tenerse en cuenta, como se ha hecho en la oferta, sus costes de transporte.

Alega asimismo que el porcentaje de beneficio empresarial supone un 7,04% en el Lote 9 y un 8,90% en el lote 10, lo cual está perfectamente ajustado al mercado de la contratación pública, en el que el beneficio de referencia ha sido tradicionalmente del 6%.

Constata este Tribunal que, en relación a los diferentes elementos puestos de manifiesto por el licitador en su justificación, que incluyen un desglose presupuestario general y el desarrollo de determinadas partidas como la docencia, otros costes de personal: coordinación, tareas de soporte y administración, Seguro accidentes, Material didáctico, manuales y fungibles, Material informático: Hardware y Software, Reparaciones y reposiciones, y Mejoras; se han emitido informes para ambos lotes de fecha 3 de junio de 2022, en los que se procede a valorar técnicamente si, en atención a los mismos, es posible apreciar de forma motivada, el cumplimiento de las proposiciones presentadas por NASCOR, de forma que los valores anormales contenidos en sus ofertas no afecten a la ejecución del contrato.

Son varias las argumentaciones contenidas en los informes:

- En relación al coste de los docentes, entienden los informes que el coste hora asignado por el licitador es insuficiente, pues *“una vez descontado el porcentaje correspondiente a la cotización empresarial a la Seguridad Social quedaría un salario bruto por hora, que si bien se podría ajustar a los mínimos marcados con carácter general en el Convenio colectivo de*

enseñanza y formación no reglada para 2021, no se ajusta a valores del mercado, ya que, el perfil exigido en el anexo II del PPTs de las especialidades del lote está por encima del mínimo establecido en cuanto a la experiencia profesional y docente requerida en el Real Decreto 376/2008, de 1 de agosto que regula los Certificados de Profesionalidad”.

- Considera igualmente insuficiente el importe asignado al personal de coordinación y administración, pues no cubre el perfil establecido en el punto 16 del PPT.

- En cuanto al material didáctico, manuales y fungible, *“la empresa hace un desglose del material recogido en las FCT en su conjunto, no especificado el material para cada una de las especialidades formativas que comprende el lote, de manera que ciertos materiales que figuran en las dos especialidades del lote solo se contabilizan una vez. Señalar que, cuando los materiales son de consumo duradero, sería posible compartir algunos materiales entre las dos especialidades del lote, pero no sería posible en el caso de material fungible”.* *“Por otro lado, la entidad identifica ciertos materiales, sobre todo equipamiento y material de consumo duradero, con coste “0” ya que declara que dispone de suficiente stock de reposición para cubrir la realización de todas las ediciones, pero no presenta evidencias de ello”.*

En virtud de todo lo anterior, se concluye que las justificaciones presentadas no acreditan la viabilidad de la oferta, poniendo en riesgo la ejecución del contrato. Se informa asimismo que las ofertas no posibilitan una formación con la garantía de calidad que requiere un Centro de Referencia Nacional, que tiene entre sus funciones tanto el correcto diseño de la formación como la puesta en marcha de instrumentos tendentes a la mejora global de la misma.

Como ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones, pudiendo citar su Resolución 337/2020, de 3 de diciembre, la apreciación de la viabilidad de las ofertas

incursas en presunción de temeridad responde al concepto de discrecionalidad técnica que corresponde al órgano de contratación, pues según lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP, le corresponde *“considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuarto”* 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. Solo es posible, de acuerdo con el indicado artículo, 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”*.

La información justificativa, tal como está diseñado el procedimiento contradictorio de verificación de la oferta anormal o desproporcionada va dirigida a convencer al órgano de contratación de que con la oferta formulada, anormalmente más baja en comparación con las demás del mismo procedimiento competitivo, y con la justificación de su desglose, se pueden cumplir las prestaciones objeto del contrato, de manera que si la justificación es insuficiente o motivadamente no garantiza adecuadamente la ejecución del contrato, atendiendo a la inicial presunción y para preservar el interés público de la licitación la oferta, ha de ser rechazada.

A juicio de este Tribunal, en el caso que nos ocupa, se han cumplido los trámites legales del procedimiento contradictorio previsto por el artículo 149 de la LCSP, se ha realizado un esfuerzo para analizar y valorar los distintos elementos y partidas de la justificación de la oferta y existe argumentación motivada y razonable en los informes técnicos emitidos en relación a la justificación de la viabilidad de las ofertas presentadas por NASCOR, de modo que puede entenderse que existe una resolución reforzada para el rechazo de las proposiciones incursas inicialmente en presunción de anomalía, por falta de justificación suficiente de la viabilidad de las mismas.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 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.- Acumular los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por la representación legal de Nascor Formación, S.L.U. contra las Resoluciones de la Consejería de Economía y Empleo de fecha 10 de junio de 2022, por las que se rechazan sus proposiciones presentadas a los Lotes 9 “Atención Sociosanitaria” y 10 “Formación en Docencia”, del contrato denominado “Cursos de Formación Profesional para el Empleo en el Centro de Formación Profesional para el Empleo en Tecnologías del Frío y la Climatización, CRN Moratalaz, 10 lotes”, número de expediente C-241ª/008-21 (A/SER-026111/2021).

Segundo.- Desestimar los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por la representación legal de Nascor Formación, S.L.U., contra las resoluciones referidas en el apartado anterior, por las que se les excluye de los Lotes 9 y 10 del referido contrato, por estimarse que su justificación no explica adecuadamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos, no pudiendo garantizarse el satisfactorio cumplimiento del contrato.

Tercero.- 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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

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 59 de la LCSP.