

**Recursos nº 273/2022, 274/2022,
275/2022, 276/2022 y 277/2022
Resolución nº 287/2022**

**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 las representaciones legales de Nascor Formación, S.L.U., y Grado Informática y Gestión, S.L.U., contra las Resoluciones de la Consejería de Economía y Empleo de 13 de junio de 2022, por las que se rechazan sus proposiciones presentadas a los Lotes 7 “TURISMO” y 8 “COMERCIO Y MARKETING” por la primera mercantil y 4 “APOYO ADMINISTRATIVO”, 5 “GESTIÓN DE PERSONAL” y 6 “CONTABLE” la segunda, del contrato denominado “Cursos de Formación Profesional para el Empleo en el Centro de Formación Profesional para el Empleo en Administración, Seguros y Finanzas, CRN Fuencarral, 12 lotes”, número de expediente C-241ª/009-21 (A/SER-026117/2021), por estimarse que, estando dichas proposiciones incurso inicialmente en presunción de anormalidad, la justificación presentada por los licitadores 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 doce lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 4.189.767 euros y el plazo de duración será de 24 meses.

A la presente licitación se presentaron las siguientes ofertas a los lotes impugnados:

- Lote 4: 9 ofertas, siendo excluidos 3 licitadores, entre ellos el recurrente Grado Informática y Gestión, S.L.U., (en adelante GRADO).
- Lote 5: 8 ofertas, siendo excluidos 3 licitadores, entre ellos el recurrente GRADO.
- Lote 6: 7 ofertas, siendo excluidos 3 licitadores, entre ellos el recurrente GRADO.
- Lote 7: 6 ofertas, siendo excluidos 2 licitadores, entre ellos la recurrente, Nascor Formación, S.L.U., (en adelante NASCOR).
- Lote 8: 7 ofertas, siendo excluidos 3 licitadores, entre ellos la recurrente, NASCOR.

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 28 de abril, 6 y 19 de mayo de 2022, en la sesión de esta última fecha se constata que las proposiciones presentadas por NASCOR y GRADO a sus respectivos lotes impugnados se encuentran en presunción de temeridad, concediéndoles un plazo para la justificación de la viabilidad de sus ofertas.

El 31 de mayo de 2022, ambos licitadores presentaron justificación de sus ofertas, que fueron objeto de informes técnicos de fecha 8 de junio de 2022, informes que sirvieron de fundamento a las propuestas de rechazo de las proposiciones

elevadas por la Mesa en sesión celebrada el 10 de junio de 2022, al órgano de contratación, el cual, a través de Órdenes de fecha 13 de junio acordó rechazar las ofertas presentadas por los recurrentes.

El acto de exclusión de las proposiciones presentadas a ambos lotes fue notificado a NASCOR ya GRADO el día 14 de junio de 2022.

Tercero.- El 5 de julio de 2022, tuvieron entrada en este Tribunal los recursos especiales en materia de contratación, formulados por las representaciones de NASCOR y GRADO en los que solicitan se anulen las exclusiones, ordenando la retroacción del procedimiento al momento de valoración de sus ofertas, en sus respectivos lotes.

El 11 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 273/2022, 274/2022, 275/22, 276/22 y 277/22, por apreciarse identidad en el asunto, al tratarse del mismo expediente de contratación, siendo coincidentes el órgano de contratación, el tipo de acto y los motivos de impugnación.

Tercero.- Los recursos han sido interpuestos por persona legitimada para ello, al tratarse de personas jurídicas excluidas 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, que coincide en todos ellos.

Cuarto.- Los recursos especiales se plantearon en tiempo y forma, pues las resoluciones impugnadas fueron adoptadas el 13 de junio de 2022, notificadas el 14 del mismo mes, e interpuestos los cinco recursos el 5 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 los casos que nos ocupan es el del apartado 4, pues en ambos lotes concurren cuatro o más licitadores y la baja presentada por NASCOR y por GRADO, en sus lotes respectivos, supera el 10% de la media aritmética de las ofertas presentadas encada uno de ellos.

En los cinco 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.

Los cinco recursos guardan identidad de redacción, considerando los recurrentes que los informes que fundamentan la resolución de sus exclusiones no cuestionan 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. Tampoco concreta el informe la especialidad a la que afecta el error detectado por el órgano de contratación en las horas de práctica.

Sostienen 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; entienden los recurrentes 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.

Respecto a las mejoras, el informe de la Administración, a juicio de los recurrentes, se limita a decir que el coste hora por especialista se considera insuficiente.

Alegan asimismo que el porcentaje de beneficio empresarial supone un 6 % en ambos lotes, 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 los licitadores 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, Seguros, Material del curso y materiales fungibles, Material informático: Hardware y Software, Reparaciones y reposiciones, y Mejoras; se han emitido informes para los cinco lotes de fecha 8 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 y GRADO, 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 15 del PPT.
- En cuanto al hardware se asigna un coste 0,00 euros a “Ordenadores y periféricos, impresoras y proyectores” sin presentar evidencias de ello, por lo que no se puede determinar si el hardware previsto para el alumnado y los docentes se ajusta a las características exigidas.
- En cuanto a las mejoras, por lo que respecta a las sesiones formativas y talleres prácticos el presupuesto/hora para el especialista que debe impartirlos se considera totalmente insuficiente.

En virtud de todo lo anterior, se concluye que las justificaciones presentadas no acreditan la viabilidad de las ofertas, 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.

Séptimo.- El órgano de contratación solicita en sus informe la valoración por este Tribunal de la imposición de multa, pues alega que la presentación reiterada de recursos prácticamente iguales por la misma persona, que figura como representante de las dos mercantiles, Grado Informática y Gestion S.L.U, y Nascor Formación S.L.U, *“está interfiriendo en el calendario previsto de adjudicación de todos los lotes a los que licitan estas empresas, con el perjuicio que conlleva su retraso para la puesta en marcha de la programación comprometida de los centros de referencia nacional implicados en el ámbito de la formación profesional para el empleo dirigida prioritariamente a alumnos desempleados”*.

El artículo 58.2 de la LCSP establece que en el caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud

de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma.

El importe de ésta será de entre 1.000 y 30.000 euros determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y en el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos.

En el mismo sentido el artículo 31.2 del RPERMC dispone que cuando el Tribunal aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso acordará en la resolución que dicte la imposición de una sanción pecuniaria al recurrente en los términos previstos en el apartado 5 del artículo 47 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (actualmente 58.2 de la LCSP), justificando las causas que motivan la imposición y las circunstancias determinantes de su cuantía.

La jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la sentencia del Tribunal Supremo número 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse *“cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita”*, o cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, *“La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación”*. En este sentido se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en la Resolución 31/2013, de 27 de febrero.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª), de 5 de junio de 2013 (JUR 2013\318327), delimita los conceptos temeridad y mala fe: *“El primero (mala fe), tiene una proyección eminentemente subjetiva, porque es una creencia, mientras que el segundo [temeridad] tiene un aspecto objetivo por cuanto equivale a una conducta procesal, de forma que la mala fe es aplicable al que*

es consciente de su falta de razón procesal, mientras que la temeridad supone la conducta procesal objetiva carente de fundamento defendible en derecho". La Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª) de 22 julio de 2014 (JUR 2014\275442): "La mala fe es un concepto claramente diferenciado de la temeridad por pertenecer esta última al ámbito de la actuación procesal y la primera al campo de las relaciones sustantivas que precisamente son las que dan lugar a la litis de tal modo que se actúa con temeridad cuando se sostiene una pretensión o una oposición en juicio sin mínima base, argumento o expectativa razonable, en tanto que ha de apreciarse mala fe cuando el demandado ha venido eludiendo de modo claro, mantenido y consciente el cumplimiento de las obligaciones o cuando el demandante ha venido buscando materialmente sin razón alguna el cumplimiento de un débito de contrario, posturas que terminan llevando a la iniciación de un pleito con las consiguientes molestias, gastos y costas cuya asunción por la parte perjudicada es lógica en estos supuestos y, concretamente, los supuestos de mala fe por parte del obligado quedan de ordinario patentes a través de los previos requerimientos infructuosos que se le hayan podido dirigir o mediante otros datos que evidencien su posición remisa y obstaculizadora al normal cumplimiento".

No aprecia este Tribunal que la interposición de recursos prácticamente iguales contra exclusiones de ambas mercantiles en distintos lotes, pueda considerarse mala fe, pues la razón procesal que pudiera asistir al recurrente en un lote, serviría también para todos los demás, al ser coincidentes los motivos de impugnación frente a los actos impugnados; cuestión distinta sería que se hubiese desestimado ya algún recurso en un lote que fuera idéntico al presentado con posterioridad.

Tampoco puede estimarse que esté interfiriéndose en el calendario previsto de adjudicación de los lotes, pues el órgano de contratación ha procedido a adjudicar los lotes impugnados, por cuanto que la impugnación de las exclusiones no suspenden de forma automática la tramitación del procedimiento.

Teniendo en cuenta lo anterior y la circunstancia de que no puede apreciarse en los recursos carencia de fundamento defendible en Derecho, este Tribunal no aprecia mala fe ni temeridad en la interposición de los mismos.

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 las mercantiles Nascor Formación, S.L.U. y Grado Informática y Gestión, S.L.U., contra las Resoluciones de la Consejería de Economía y Empleo de 13 de junio de 2022, por las que se rechazan sus proposiciones presentadas a los Lotes 7 “TURISMO” y 8 “COMERCIO Y MARKETING” por la primera mercantil y 4 “APOYO ADMINISTRATIVO”, 5 “GESTIÓN DE PERSONAL” y 6 “CONTABLE” la segunda, del contrato denominado “Cursos de Formación Profesional para el Empleo en el Centro de Formación Profesional para el Empleo en Administración, Seguros y Finanzas, CRN Fuencarral, 12 lotes”, número de expediente C-241^a/009-21 (A/SER-026117/2021).

Segundo.- Desestimar los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por la representación legal de Nascor Formación, S.L.U. y Grado Informática y Gestión, S.L.U., contra las resoluciones referidas en el apartado anterior, por las que se les excluye, respectivamente, de los Lotes 7 y 8 y Lotes 4, 5 y 6 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.