

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

En Madrid, a 1 de diciembre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Optimus Gestión Logística, S.L. contra la Orden, de 21 de octubre de 2022, de la Consejería de Cultura, Turismo y Deporte por la que se le excluye del procedimiento de licitación del contrato “recogida, transporte y entrega de documentos entre centros bibliotecarios incluidos en el servicio de préstamo intercentros de la Dirección General de Patrimonio”, número de expediente A/SER-016657/2022, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 23 de agosto de 2022 en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el DOUE y el 25 en el BOCM se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y no dividido en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 674.598,5 euros y su plazo de duración será de 12 meses con posibilidad de prórroga, como máximo, por otros 12

meses.

A la presente licitación se presentaron seis empresas, entre ellas la recurrente.

Segundo.- Realizados los actos de apertura de los sobres que contienen la documentación administrativa y económica, la mesa de contratación concluye que Optimus Gestión Logística, S.L se encuentra incurso en temeridad por lo que, en aplicación del artículo 149.4 de la LCSP, se tramita el correspondiente procedimiento contradictorio.

Mediante la Orden de la Consejería de Cultura, Turismo y Deporte, de 21 de octubre de 2022, se rechaza la oferta del recurrente por entender que no justifica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios y costes propuestos.

Tercero.- El 16 de noviembre de 2022 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Optimus Gestión Logística, S.L. en el que solicita la anulación de la exclusión de su oferta y la suspensión del procedimiento de licitación hasta que se resuelva el recurso.

El 24 de noviembre de 2022 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe 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 (LCSP), solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, 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 46.1 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 recurso ha sido interpuesto 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*” (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 21 de octubre de 2022, practicada la notificación el 24 de octubre e interpuesto el recurso el 16 de noviembre de 2022, dentro del plazo de quince días hábiles puesto que el 1 y el 9 de noviembre fueron inhábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, 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.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- Manifiesta el recurrente que, de acuerdo con la doctrina existente sobre la justificación de la viabilidad de la oferta incurrida en temeridad, no es preciso realizar una justificación pormenorizada sino que hay que dar argumentos suficientes que permitan al órgano de contratación constatar que la oferta es viable y que, además, juega un papel de especial importancia las condiciones de la propia empresa.

Considera que su oferta no incurre presunción de anormalidad y alega que es el actual adjudicatario del contrato, que lo está ejecutando a plena satisfacción y que la oferta es muy parecida a la que realizó en el 2022 incrementada con el IPC previsto en el pliego actual para el ejercicio 2023 y 2024.

Realiza una comparativa de la anterior oferta y la actual para concluir que su oferta es viable.

Por ello, no entiende por qué aquella oferta no era temeraria por el mero hecho de no quedar por debajo de los porcentajes establecidos y por qué no se tienen en cuenta las condiciones de la propia empresa licitadora que está prestando el servicio en la actualidad.

Por su parte el órgano de contratación cita el pliego de cláusulas administrativas particulares, en concreto, la cláusula que determina el cálculo de las ofertas temerarias para confirmar que, efectivamente, la oferta de Optimus Gestión Logística, S.L. está incurso en temeridad.

Señala que la documentación presentada por la recurrente para justificar su oferta es:

- En primer lugar, ratifica los precios unitarios ofertados para las cuatro categorías de servicio exigidas, reitera la oferta económica ya enunciada.
- En segundo lugar, expone que el licitador *“ha valorado y estudiado los pliegos de esa licitación y en la oferta presentada se han mantenido los mismos precios que se están aplicando en un contrato de las mismas características que se está realizando actualmente”*. Aporta copia del contrato.
- Aporta certificados de la Tesorería de la Seguridad Social y de la Agencia Tributaria a fin de dar fe de no tener deudas contraídas con ellas.
- Aporta Normas ISO (ISO 9001:2015; ISO 14001: 2015; ISO 45001: 2018), así como clasificación profesional y Certificado en ROLECE.

- Finalmente, afirma que puede realizar el trabajo con los precios presentados respetando las obligaciones en materia social y laboral conforme a la normativa vigente.

De esta documentación se desprende que no contiene los argumentos y justificaciones necesarias para conseguir la confianza del órgano de contratación y además, en cuanto a la valoración de los antecedentes de la empresa, esto ya se apreciaron al tratarse de un aspecto directamente relacionado con su solvencia.

Según la doctrina de los Tribunales cuanto mayor es la baja, mayor será la exhaustividad de la justificación aportada. En este caso, la desproporción de la oferta ponderada es de 3,76 euros sobre 10,76 euros, media ponderada de los precios unitarios de licitación, lo que equivaldría a una rebaja de la base imponible del presupuesto de licitación de un 34,94% sobre el presupuesto de licitación.

Como ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones 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. 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 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.

Sólo 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”*. 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, teniendo en cuenta los elementos mencionados en el apartado 2 del citado artículo.

No resulta posible la aplicación automática de los criterios de temeridad rechazando la oferta incurra en dicho umbral, pues la ley requiere solicitar explicaciones sobre la composición de la oferta y una valoración de los diferentes elementos puestos de manifiesto en la justificación y de las características de la propia empresa para poder apreciar, de forma motivada, si es posible o no el cumplimiento de la proposición en términos satisfactorios que ponga de manifiesto que esa anomalía no afectará a la ejecución del contrato. Para ello la LCSP, en su artículo 149, 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 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 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.

Es conveniente señalar además el criterio mantenido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en numerosas Resoluciones, y que este Tribunal comparte, en cuanto a que en aquellos casos en los que el informe técnico no comparta la justificación dada por el licitador para justificar la anomalía de su oferta, resulta evidente que debe motivarse el informe pues éste tendrá que salir al paso de lo alegado por el interesado rebatiendo su argumentación, “*resolución reforzada*”, como se ha dicho por este Tribunal en otras resoluciones, como la Resolución 294/2018, de fecha 26 de septiembre, Resolución 559/2014 de fecha 22 de julio; Resolución 685/2016, de 9 de septiembre, entre otras.

En esa misma Resolución, el TACRC señala que “*hemos de analizar, tal y como señala la doctrina anteriormente sentada, la justificación presentada. Pese a tratarse de cuestiones no jurídicas sino eminentemente técnicas, sí puede este Tribunal analizar la suficiencia de tales explicaciones a los efectos de valorar en este caso los argumentos suficientes a la entidad contratante, como también puede analizar este*

Tribunal si la mencionada entidad ha realizado el esfuerzo de argumentación que venimos exigiendo (la llamada resolución reforzada) para poder excluir de la contratación a la empresa que ofertó el precio más bajo, que a la postre hubiese podido resultar adjudicataria del contrato ya que se trata de un contrato a adjudicar teniendo en cuenta únicamente el precio más bajo ofertado”.

En la más reciente, de fecha 11 de enero y número 10/2019, se recoge la reiterada doctrina de este Tribunal sobre esta materia, contenida entre otras, en las resoluciones nºs 803/2018 y 877/2017. Señala el Tribunal, que en los casos en que se inicie un procedimiento contradictorio, dando audiencia al licitador cuya oferta esté incurso en presunción de anormalidad, para que pueda justificar el bajo nivel de precios ofertados o de costes propuestos, el rechazo de la oferta exige de una resolución debidamente motivada que razone por qué las justificaciones del licitador no explican satisfactoriamente el bajo nivel de precios ofertados. Por el contrario, cuando de lo que se trata es de admitir la justificación presentada por el licitador, no es necesario que se contenga una motivación exhaustiva.

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, así como la comprobación de que el informe correspondiente efectuado por el órgano de contratación contiene la suficiente motivación, que en este caso ha de ser “*reforzada*”, para excluir a la recurrente por falta de justificación de la viabilidad.

De no cumplirse con estos requisitos de racionalidad o motivación reforzada antes expuestos, 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.

La decisión final, sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde, según dispone el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP, 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, pudiendo, por tanto, de manera motivada, separarse de la propuesta.

En el presente caso se cumplido con el procedimiento contradictorio establecido en el artículo 149.4 de la LCSP.

Consta en el informe técnico que analiza la justificación de la viabilidad de la oferta: *“El licitador no presenta información alguna relativa al cálculo de los distintos elementos constitutivos del precio del contrato (tales como recursos humanos, costes asociados al transporte o los materiales utilizados), a los que se refiere la cláusula 1.4 del PCAP.*

Por consiguiente, en primer lugar, la documentación presentada no permite conocer la base del cálculo del coste por visita de la oferta, dado que no contiene información alguna sobre dicho cálculo, ni, por tanto, la justificación de la rebaja que se desprende de dicha oferta.

Además, se especifica que la oferta toma como referencia el cálculo de costes de otro pliego, el vigente, licitado en 2020, mientras el actual, que se prevé para el ejercicio de 2023, contiene el cálculo de costes según PCAP de la presente licitación a la que se refiere la oferta.

De todo lo anterior se concluye que la documentación presentada por el licitador no recoge el cálculo de costes ni información que fundamente los costes unitarios ofertados del mismo, diferenciados o desagregados en sus elementos y por tipos de unidades de ejecución”.

Revisada por este Tribunal la documentación presentada por la recurrente para justificar la viabilidad de su oferta, se constata que no se realiza ningún cálculo económico que permita analizar el bajo nivel de precios ofertados. La comparación con otras licitaciones no es un método para justificar la viabilidad de los pliegos pues cada una se rige por sus correspondiente cláusulas, las circunstancias son distintas y los licitadores también.

Por ello, se desestima el recurso al no apreciarse en el informe técnico error, arbitrariedad ni discriminación, encontrándose dentro del margen de la discrecionalidad que le es dada al órgano de contratación.

Resuelto el fondo del asunto no procede pronunciarse sobre la suspensión del procedimiento de licitación solicitada.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 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 la representación legal de Optimus Gestión Logística, S.L. contra la Orden, de 21 de octubre de 2022, de la Consejería de Cultura, Turismo y Deporte por la que se le excluye del procedimiento de licitación del contrato “Recogida, transporte y entrega de documentos entre centros bibliotecarios incluidos en el servicio de préstamo intercentros de la Dirección General de Patrimonio”, número de expediente A/SER-016657/2022.

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 multa 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 de la LCSP.