

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

En Madrid, a 10 de abril de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por Don J.N.Z., en nombre y representación de Utopicus, y Don R.P.G., en nombre y representación de Auren Abogados y Asesores Fiscales Mad. S.L. contra la Orden de la Consejería de Empleo, Turismo y Cultura de fecha 5 de marzo de 2014, por la que se rechaza la proposición presentada al contrato “Apoyo telefónico, telemático y presencial a la actividad emprendedora de la Comunidad de Madrid, promovido por la Consejería de Empleo, Turismo y Cultura y cofinanciado por el Fondo Social Europeo”, nº de expediente: 09-AT-00037.2/2013, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 10 de diciembre de 2013 se publicó en el BOCM y en el Portal de contratación pública de la Comunidad de Madrid la convocatoria del contrato “Apoyo telefónico, telemático y presencial a la actividad emprendedora de la Comunidad de Madrid, promovido por la Consejería de Empleo, Turismo y Cultura y cofinanciado por el Fondo Social Europeo”, por procedimiento abierto con criterio precio, con un valor estimado de 2.670.743,80 euros.

Segundo.- De acuerdo con la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) *“El objeto del contrato es la prestación integral de servicios de asesoramiento y acompañamiento empresarial personalizado a emprendedores mediante apoyo telefónico, telemático y presencial a la actividad emprendedora, desde la gestación de la idea hasta que las empresas consolidan su actividad: estudio de viabilidad de proyecto, plan de empresa, búsqueda de financiación, acompañamiento en el desarrollo de negocio y asesoramiento altamente especializado”.*

Interesa señalar a efectos de este recurso, que la cláusula 12 del PCAP se remite al artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, (RGLCAP) en cuanto a los criterios para apreciar que las ofertas son desproporcionadas o temerarias.

De acuerdo con la cláusula 18 del PCAP *“el régimen de pagos se realizará en retribución fija y en retribución variable por cumplimiento de objetivos según establece el artículo 87.4 del TRLCSP”*, especificando a continuación cada una de las modalidades de retribución.

Por su parte, en el apartado 5 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) se describen los recursos humanos mínimos que las entidades licitadoras deben aportar al proyecto:

- Al menos 1 Consultor/a para coordinación y dirección del proyecto.
- Al menos 4 Consultores/as para la prestación de servicios de orientación y asesoramiento y el desarrollo de planes de negocio.
- 2 Técnicos/as de inversión-analistas para asesoramiento financiero.
- 1 Consultor: para asesoramiento en proyectos empresariales innovadores, de base tecnológica y con un alto potencial de internacionalización

Tercero.- A la licitación convocada se presentaron 13 licitadores, entre ellos las recurrentes.

El día 16 de enero de 2014, fueron abiertos los sobres con las propuestas de los licitadores recogándose en el acta correspondiente las cantidades ofertadas por cada una de ellas, sin perjuicio de ulterior cálculo de valor anormal o desproporcionado, resultando que la oferta de la reclamante era la más ventajosa económicamente ascendiendo a 598.750 euros, IVA excluido, lo que suponía un porcentaje del baja del 55,08%.

Con fecha 20 de enero, la Mesa de contratación requiere a las recurrentes para que presenten justificación de su oferta al presentar valores anormales o desproporcionados, requerimiento que fue atendido, mediante la aportación de un escrito, respecto del que se solicita que se declare su confidencialidad.

El 19 de febrero de 2014 se emite informe técnico sobre las alegaciones presentadas por la UTE formada por Auren Abogados y Asesores Fiscales Mad. S.L. y Utopicus Innovación Cultural S.L., en el que se expone que la UTE presenta una oferta económica por importe de 598.750 euros que se desglosa de la siguiente forma:

- Costes generales 89.812 euros.
- Costes de personal 463.725 euros.
- Margen operativo 45.213 euros.

Se indica en dicho informe respecto de la justificación ofrecida de los costes de prestación del servicio que *“En cuanto al primero de los apartados, el de costes generales, la UTE no realiza un desglose pormenorizado del coste de los diferentes conceptos que lo componen, ni del criterio de cálculo utilizado para su imputación”*, no siendo posible por tanto según se afirma, determinar si son pertinentes y adecuados por razón de la actividad o funciones a los que se destinan. Este desglose es particularmente importante atendiendo a su elevado importe.

Respecto de los costes de personal se advierte en el informe que, igual que en el caso anterior, la entidad no desglosa las funciones o actividades que realizará cada uno de los miembros del equipo técnico, ni el tiempo que se dedicará a cada

una de ellas, ni su distribución a lo largo del período de tiempo en que se va a ejecutar el contrato, *“no siendo posible tampoco en este apartado de costes, por causa de esta carencia, determinar la viabilidad del cumplimiento de todos y cada uno de los objetivos del proyecto”*.

Nada se objeta respecto del margen operativo.

En conclusión se indica que *“que la justificación de costes presentada por esta entidad no se ajusta a lo establecido en el punto 4 del pliego de prescripciones técnicas donde se recogen los aspectos objetivos de retribución para cada uno de los servicio”* y que *“no justifica en sus alegaciones ni los términos de su oferta económica la viabilidad para ejecutar de forma satisfactoria el contrato”*.

A la vista del anterior informe, el órgano de contratación mediante Orden de 5 de marzo de 2014, dispone rechazar la proposición de las reclamantes, así como de de otra licitadora por entender que dichas proposiciones no son viables, lo que se notificó a las recurrentes el día 6 de marzo, acompañándose el informe del día 19 de febrero. Consta que la recepción de la notificación se produjo el día 10 de marzo siguiente. El rechazo de la oferta se publicó asimismo en el perfil de contratante el día 18 de marzo de 2014.

Cuarto.- El 27 de marzo de 2014 se presentó ante el órgano de contratación recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 44 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, por las empresas Utopicus, y Auren Abogados y Asesores Fiscales Mad. S.L. contra la Orden de 5 de marzo de 2014, de rechazo de la oferta presentada. Dicho recurso se remitió a este Tribunal junto con el expediente administrativo 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,(TRLCSF), donde tuvo entrada el día 2 de abril.

Las recurrentes solicitan que se anule el Acuerdo impugnado y se retrotraigan

las actuaciones al momento de la adjudicación del contrato adjudicándose a la oferta más ventajosa que es, según se aduce, la de las recurrentes. Alegan como fundamento de su pretensión la motivación insuficiente de la notificación impugnada, y arbitrariedad en su adopción, que conculca los principios pro actione y de concurrencia competitiva y por ende el principio de igualdad.

Por su parte el órgano de contratación se ratifica en las conclusiones recogidas en el informe técnico de 19 de febrero de 2014.

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del escrito 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, sin que se haya presentado ningún escrito con tal finalidad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 TRLCSP y el artículo 3.2 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 la presente reclamación.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de las recurrentes para interponer recurso especial por tratarse ambas de personas jurídicas licitadoras al contrato objeto de impugnación, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP).

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el rechazo de la oferta de las recurrentes en un contrato de servicios clasificado en la categoría 11 del Anexo II del TRLCSP, sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso especial al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.b), en relación con el artículo 16.1.b) del TRLCSP.

Cuarto.- La interposición se ha producido dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP, pues la Orden impugnada se notificó a la recurrente el 10 de marzo de 2014 y el recurso se interpuso el 27 del mismo mes ante el órgano de contratación, dentro del plazo de 15 días hábiles establecido en el artículo 44.2 b) del TRLCSP.

Quinto.- Tal y como más arriba se ha expuesto las recurrentes fundamentan su recurso en la falta de motivación de la Orden recurrida y en la vulneración de los principios de libre concurrencia e igualdad como consecuencia de la adopción arbitraria de la misma.

En relación con la primera de las cuestiones planteadas debe señalarse que la Orden recurrida fue notificada a las recurrentes junto con el informe técnico en el que se explicaban las razones por las que no se consideraba viable la oferta de aquellas, por lo que tanto la Orden como su notificación ofrecen una motivación respecto del acto adoptado, debiendo no obstante examinarse la suficiencia de la misma.

Este Tribunal ya ha declarado en numerosas ocasiones, que la notificación de los actos dictados en el seno del procedimiento de licitación susceptibles de recurso, ha de contener la motivación suficiente que permita la interposición del mismo. En concreto con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación expresará en forma resumida las razones por las que no se haya admitido su oferta, en los términos del artículo 151.4 TRLCSP, cuando señala que *“La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación”*.

Con carácter general la motivación cumple la función de asegurar, de un lado, el principio de transparencia en la actuación de las Administraciones Públicas de trascendental importancia en el ámbito de cualesquiera procedimientos de concurrencia competitiva, como es el caso de la contratación pública, y de otro, la de

posibilitar el control del acto y la verificación de su contenido al fin perseguido, como es propio de la actividad del Estado de Derecho, para determinar si se ajusta o no a la normativa vigente, y de dar a conocer a sus destinatarios las razones en que aquéllos se asientan, único modo de que puedan decidir sobre la pertinencia o no de su impugnación y sobre los fundamentos de ésta. La Administración ha de expresar las razones de otorgar preferencia a uno de los licitadores frente al resto, o del rechazo de las ofertas, haciendo desaparecer así cualquier atisbo de arbitrariedad y permitiendo, al mismo tiempo, que puedan contradecirse, en su caso, las razones motivadoras del acto y el órgano de control apreciar si se ha actuado o no dentro de los límites impuestos a la actividad de los poderes públicos.

En este sentido cabe citar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 28 de enero de 2010, (Asunto C-406/08 Uniplex):

“30. Sin embargo, el hecho de que un candidato o licitador tenga conocimiento de que su candidatura u oferta ha sido rechazada no le sitúa en condiciones de interponer efectivamente un recurso. Tal información es insuficiente para permitir al candidato o licitador descubrir la posible existencia de una ilegalidad que pueda fundamentar un recurso.

31. El candidato o licitador afectado sólo puede formarse una opinión bien fundada sobre la posible existencia de una infracción de las disposiciones aplicables y sobre la oportunidad de interponer un recurso después de ser informado de los motivos por los que ha sido excluido del procedimiento de adjudicación de un contrato”.

Ello no significa que deba hacerse una motivación profunda o exhaustiva de cada fundamento del acto notificado, sino que basta con la fundamentación somera de cuáles han sido los criterios seguidos para su adopción, con el parámetro anteriormente indicado de que el contratista pueda tener conocimiento cabal de las causas por las que se ha adjudicado el contrato a un determinado licitador, las de

exclusión en su caso y las de no adjudicación al resto, al objeto de permitirle ejercitar de forma fundada las acciones que en Derecho le correspondan.

En el caso que ahora nos ocupa, sin perjuicio de que pueda considerarse el acierto de la motivación, lo cierto es que no se aprecia falta de la misma al ofrecer el acto recurrido explicación suficiente de las razones por las que se rechaza la oferta incurso en presunción de temeridad que concreta en la falta de desglose suficiente de los costes de personal y de gastos generales en la justificación efectuada, que no permiten tener por viable la misma.

A ello cabe añadir que la indicada motivación no ha impedido a la recurrente interponer recurso fundado como de hecho así ha sido, en concreto en relación con la suficiencia de la explicación de los costes, así se señala al respecto: *“No se trataba de justificar exhaustivamente la oferta (cosa que se podría haber hecho) sino de proveer de argumentos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que de que se puede llevar a cabo.*

Las manifestaciones del citado informe técnico, en que se funda el acuerdo de exclusión, se limitan a rechazar la estimación de uno de los elementos de coste que se requirió, pretendiendo un desglose de funciones, actividades y costes de diferentes conceptos que en absoluto se contienen en el Pliego (Ley del Contrato) que rige esta contratación De tal discrepancia deducen que la oferta es inviable.

Pero lo cierto es que la económica a justificar es la oferta global y que el análisis no puede reducirse a uno o varios de los elementos sin considerar la totalidad de la oferta.

El razonamiento del órgano de contratación más bien implica que la inconsistencia o baja temeraria se produce respecto a los costes estimados de personal y otros costes de organización, costes que deben ser, en todo caso, a riesgo y ventura del contratista”.

Este examen del contenido del acto recurrido que implica el conocimiento cabal de su contenido, enerva la presencia de una eventual indefensión con base en la falta de motivación del mismo, por lo que debe desestimarse el recurso por este motivo.

Dado que acaban de exponerse las principales objeciones que realizan las recurrentes a la apreciación de la falta de justificación de la viabilidad de la oferta incurra en principio en presunción de temeridad, procede examinar la adecuación a derecho del rechazo de la oferta derivado del informe técnico de 19 de febrero.

Examinada la justificación presentada por las recurrentes se constata que en la misma se indica que su propuesta se basa en una serie de puntos, en concreto, interés estratégico por parte de Auren y Utopicus en la operación y en el equipo de trabajo, experiencia aportada-y capacidad de trabajo/servicio por parte de Auren y Utopic-US, de las que hace una somera exposición en términos genéricos. Se explica así que en las oficinas de Auren trabajan más de 200 profesionales que gestionan diariamente el apoyo, asesoramiento y consultoría a todo tipo de empresas y resuelven continuamente incidencias relacionadas con la gestión fiscal, contable, laboral y financiera y que gestiona semanalmente más de 150 consultas a distintos estamentos públicos. Así mismo se hace constar que al ser una operativa ordinaria y recurrente dentro de la actividad de Auren, no habría sobre costes ni cargas económicas adicionales para hacer frente a las condiciones ni al objeto de la licitación referida. Se señala asimismo que Utopic ya viene realizando desde hace más de tres años los servicios objeto del contrato para un gran número de emprendedores, por lo que cuenta con gran experiencia, organización y conocimiento, y puede adoptar soluciones técnicas más eficientes en la prestación de dichos servicios, en la forma que especifica.

El escrito de justificación de la viabilidad contiene un apartado de costes y otro de honorarios, el primero se corresponde con los costes generales del contrato para cuya justificación se aduce que *“el hecho de aplicar las distintas economías de escala en todos los procesos minimiza el impacto económico en la asignación*

adicional de recursos. Dentro de estos gastos estarían incluidos todos los relativos a oficinas, telecomunicaciones, teléfonos, desplazamientos, audiovisuales, internet, ordenadores y aplicaciones / software necesario para cumplir con las condiciones y objeto de la licitación referida. Todos ellos al estar negociados ya de manera minuciosa tanto para la parte de Auren como para la parte de Utopicus, responden a las tarifas más ajustadas del mercado dado el tamaño de ambas compañías”.

Respecto de los costes de personal se acompaña un cuadro de honorarios:

Relación de personal	Salario bruto	Coste empresa	Nº personas	Total 12 meses	Total 18 meses
1 coordinador	35.000	47.250	1	47.250	70.875
1 consultor tech+internac	30.000	40.500	1	40.500	60.750
6 consultores empren+finan	25.000	33.750	6	202.500	303.750
apoyo administrativo	14.000	18.900	1	18.900	28.350

Total personal: 463.725 euros.

Los principios de transparencia, libre concurrencia y no discriminación exigen que la adjudicación de los contratos se realice, en principio, a favor de la oferta económicamente más ventajosa, como aducen las recurrentes, oferta que en principio era la suya. El TRLCSP admite que la oferta más económica no sea considerada, sin embargo, la más ventajosa cuando en ella concurren características que la hacen desproporcionada o anormalmente baja, permitiendo excepcionalmente, en esos casos, que la oferta inicialmente más económica no sea la adjudicataria. La apreciación de si es posible o no el cumplimiento de la oferta, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que la componen y de las características de la propia empresa licitadora, no siendo posible

la aplicación automática.

Por ello el apartado 3 del artículo 152 del TRLCSP, regula el procedimiento contradictorio a seguir para la comprobación de la oferta al disponer que *“cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique su valoración y precise sus condiciones, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda del Estado.*

En el procedimiento habrá de solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente”.

El artículo 152 del TRLCSP exige que una vez identificadas las ofertas con valores anormales o desproporcionados y antes de adoptar una decisión sobre la adjudicación del contrato, se de audiencia al licitador para que justifique los precios de su oferta y precise las condiciones de la misma, considerando después la oferta a la vista de las justificaciones facilitadas en dicho trámite. Es necesario probar la viabilidad de la oferta en todos los elementos que la componen ofreciendo la posibilidad de aportar todo tipo de justificantes, residenciándose en los licitadores cuya oferta está incurso en presunción de temeridad la carga de probar suficientemente que la misma es viable. Seguidamente procede valorar las explicaciones presentadas y en consecuencia tomar la decisión de admitir o rechazar las citadas ofertas.

Con carácter previo al concreto examen del documento de justificación y ante lo alegado por la recurrente cabe señalar que no puede ampararse de forma genérica la eventual falta de viabilidad de una oferta en el principio de riesgo y

ventura recogido en el artículo 215 del TRLCSP. Entiende este Tribunal que en ningún caso el principio de riesgo y ventura puede dar cobertura a ofertas que no puedan ejecutarse en los términos en que han tenido lugar. Para garantizar la seriedad y la viabilidad de las ofertas se establecen una serie de mecanismos en la ley, como el establecimiento de un presupuesto de licitación, el mecanismo de justificación de las ofertas incursas en presunción de temeridad del artículo 152 del TRLCSP o la restricción de los modificados contractuales en los casos y con los requisitos marcados por la Ley, tendentes a evitar la imposibilidad de ejecución efectiva de las prestaciones contratadas. Así la primera de las obligaciones de cualquier licitador es la de realizar una oferta seria, coherente y viable. Este Tribunal lógicamente no puede avalar la consideración de que una oferta que, de acuerdo con lo establecido en los pliegos se aprecia temeraria y respecto de la que no se acredita su viabilidad, deba ser aceptada por la Administración, que en este punto no olvidemos es la garante del interés público que justifica la licitación, bajo el principio de riesgo y ventura invocado por la recurrente.

En este caso las recurrentes realizan una serie de consideraciones genéricas respecto de los costes generales, y acompañan un cuadro que refleja los costes de personal que de acuerdo con los pliegos deben aportar al contrato. La falta de desglose de la justificación de la oferta, tanto en cuanto a los a los costes generales como los de personal, en sí misma no es una causa que justifique la falta de viabilidad de la oferta por parte del órgano de contratación, debiendo examinarse la misma a la luz del contenido de las prestaciones a realizar de acuerdo con el PPT.

En este caso concreto el PPT contempla determinadas exigencias para cumplir las distintas prestaciones objeto del contrato, como la utilización de la Aplicación Web de la Comunidad de Madrid y además la empresa adjudicataria deberá contar con, al menos, una oficina en el municipio de Madrid en una zona céntrica con las siguientes características: cada asesor contará con un espacio mínimo de 10 m², el horario de atención será de mañana y tarde, de lunes a viernes, acceso a Internet en cada puesto de trabajo, línea telefónica en cada puesto de

trabajo, impresora y fax, material y mobiliario de oficina adecuado a la actividad a realizar.

En cuanto al resto se indica en el PPT que la empresa adjudicataria podrá asesorar bien a través del 012, o de la web de la Comunidad de Madrid o presencialmente. A la vista del contenido del PPT este Tribunal considera que la falta de desglose de los gastos generales no permite al órgano de contratación examinar si efectivamente con la cantidad ofertada en tal concepto se pueden atender las exigencias antes recogidas.

Respecto de los costes de personal, se ofrece un desglose de los mismos, si bien es cierto que en el mismo no se especifican los convenios colectivos aplicables de donde se derivan los salarios expuestos. En todo caso de acuerdo con el PPT, al menos deben ponerse a disposición del contrato 1 consultor, para la realización de las labores de coordinación y dirección, 5 consultores para la realización de diversas tareas, 2 técnicos de inversión-analistas. Asimismo de acuerdo con el PPT *“El horario de atención será de mañana y tarde, de lunes a viernes”*.

No es el objeto del presente recurso comprobar la suficiencia de los medios aportados por el recurrente sino la adecuada justificación de la viabilidad de su oferta con estricto cumplimiento del PPT. En este caso como más arriba hemos indicado, se ofertan adecuadamente todos los medios exigidos, pero lo cierto es que al no ofrecer información sobre el coste del personal en relación con el horario de atención, resulta justificada la decisión del órgano de contratación, al no poder tener por cumplidos el PPT en toda su extensión, con los costes de personal ofrecidos, encontrando que en este punto la Orden impugnada es conforme a derecho.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y en 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.- Desestimar el recurso presentado por Don J.N.Z., en nombre y representación de Utopicus, y Don R.P.G., en nombre y representación de Auren Abogados y Asesores Fiscales Mad. S.L. contra la Orden de la Consejería de Empleo, Turismo y Cultura de fecha 5 de marzo de 2014 por la que se rechaza la proposición presentada por la UTE Utopicus-Auren Abogados y Asesores Fiscales S.L. al contrato “Apoyo telefónico, telemático y presencial a la actividad emprendedora de la Comunidad de Madrid, promovido por la Consejería de Empleo, Turismo y Cultura y cofinanciado por el Fondo Social Europeo”.

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.