

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

En Madrid, a 30 de junio de 2016.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don E.R.H., en nombre y representación de La Despensa Ingredientes Creativos, S.L., contra la adjudicación del contrato “Servicios de agencia de marketing online para la promoción y dinamización online de Madrid como destino turístico”, número de expediente: SP15-1432, tramitado por Madrid Destino, Cultura, Turismo y Negocio, S.A., este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La empresa municipal del Ayuntamiento de Madrid, denominada Madrid Destino, Cultura, Turismo y Negocio, S.A., (en adelante, Madrid Destino) publicó el anuncio de licitación del contrato de servicios mencionado, en el DOUE de fecha 24 de diciembre de 2015. Previamente se había publicado en el Perfil de contratante de Madrid Destino, el 21 de diciembre. El contrato se adjudica por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, con un valor estimado de 458.000 euros.

Segundo.- Según el apartado 13 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP), la solvencia técnica, de acuerdo con el artículo 78 a) del TRLCSP, se acreditará mediante:

“Relación firmada y acreditada documentalmente mediante certificados de buena ejecución, de los principales servicios efectuados similares al del objeto de este contrato, en los tres últimos ejercicios (2012, 2013 y 2014) o los que correspondan en caso de que el licitador se hubiere constituido o iniciado sus actividades en un periodo inferior.

Los certificados presentados deberán contener, al menos, los siguientes datos: objeto, fecha de realización, importe, y acreditación de la buena ejecución”.

Por otro lado, el apartado 21 del mismo Anexo, relativo a los criterios de adjudicación, determina que *“se considerará como desproporcionada o temeraria la baja de toda proposición económica que exceda un 20%, por lo menos, de la media aritmética de los porcentajes de bajas de todas las proposiciones presentadas respecto al precio máximo estimado de los costes fijos”.*

Tercero.- A la licitación se presentaron doce empresas, incluida la recurrente.

Una vez examinadas por los servicios técnicos correspondientes las proposiciones económicas presentadas, los mismos identificaron que la oferta de la empresa licitadora Advalue Communications, S.L. (en adelante Advalue) podía estar incurso en valores anormales o desproporcionados, conforme a lo establecido en el PCAP.

Como consecuencia de lo anterior y de conformidad tanto con lo establecido en el Anexo I del PCAP, como en el artículo 152.3 del TRLCSP, Madrid Destino procedió, con fecha 6 de abril de 2016, a dar trámite de audiencia al licitador Advalue, a fin de proceder a justificar la valoración de su oferta y precisar las condiciones de la misma. El 11 de abril de 2016, Advalue presentó escrito de justificación de su oferta.

El día 27 de mayo de 2016 se notifica a la recurrente el Acuerdo de adjudicación del contrato a favor de Advalue.

Cuarto.- Con fecha 15 de junio, se recibió en el Tribunal, procedente del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, recurso especial en materia de contratación presentado por La Despensa Ingredientes Creativos, S.L., contra la adjudicación del contrato.

En el recurso alega la falta de solvencia técnica de la adjudicataria puesto que no le consta que tenga domicilio y actividad real y por otro lado, aduce que no ha justificado debidamente la viabilidad de su oferta, que ha sido considerada incursa en valores anormales o desproporcionados y solicita que se anule la adjudicación recaída.

El recurso había sido previamente anunciado con fecha 13 de junio de 2016.

Quinto.- El 23 de junio de 2016, el Tribunal acordó mantener la suspensión automática del procedimiento producida como consecuencia de lo previsto en el artículo 45 del TRLCSP.

Sexto.- Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso a todos los interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, no habiéndose formulado ninguna alegación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP 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 La Despensa Ingredientes Creativos, S.L. para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP al tratarse de una persona jurídica licitadora al contrato *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* al haber resultado clasificada en segundo lugar por lo que la eventual estimación del recurso, la colocaría en posición de ser adjudicataria del contrato.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo, pues el Acuerdo de adjudicación fue notificado el 27 de mayo, habiéndose interpuesto el recurso el día 15 de junio, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- Madrid Destino es una empresa municipal que en virtud de lo establecido en el artículo 3 del TRLCSP forma parte del sector público y tiene la consideración de poder adjudicador por tener personalidad jurídica propia, haberse creado para satisfacer necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil y estar financiada su actividad y controlada su gestión y nombrados los miembros de su consejo de Administración por una Administración pública que es poder adjudicador como el Ayuntamiento de Madrid.

El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de servicios de sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, se trata de determinar en primer lugar si la adjudicataria ha acreditado la solvencia exigida en el PCAP y posteriormente si se ha admitido correctamente la oferta de la recurrente por haber acreditado su viabilidad, una vez incurrida en valores anormales o desproporcionados.

Procede por tanto, analizar la documentación aportada por la adjudicataria para acreditar la solvencia técnica exigida.

Alega la recurrente que tras haber realizado una consulta a través de la página web de Registradores de España, se corrobora que la adjudicataria del concurso, no ha depositado nunca sus cuentas anuales o al menos no aparece registrado de forma telemática en dicha web. Además señala que *“En relación a la página web de ADVALUE <http://www.ad-value.es/> decir que únicamente se trata de una pantalla donde aparecen los datos básicos de la sociedad pero no tiene más información sobre las actividades que realizan, los proyectos en los que están inmersos, sus clientes, etc. El único enlace existente redirige a un correo electrónico. Y teniendo en consideración que se trata de una empresa de publicidad y marketing en Internet resulta extraño que no dispongan de una página web salvo una única pantalla con los datos de contacto, (dirección, email y teléfono). De todo ello comprobamos que es difícil deducir la experiencia previa, organización, y clientes de la misma, porque carecen de publicidad”*. Finalmente argumentan que *“en el domicilio social del adjudicatario, que coincide con el mismo que tienen publicitado en internet, no hay ningún tipo de actividad y ni siquiera tienen conocimiento de la empresa adjudicataria en dicho inmueble”*.

El órgano de contratación en su informe explica que *“de manera común a estos hechos que MADRID DESTINO no valora las ofertas presentadas por las empresas en función de páginas web, redes sociales o domicilio, en este caso fiscal y no de actividad, de las empresas licitadoras. MADRID DESTINO acepta y valora las ofertas presentadas conforme a unos criterios legales y técnicos fijados entre otras normativas, por el TRLCSP, dado que al tratarse de un poder adjudicador, ha de someterse a los principios de contratación pública establecidos en la legislación vigente. Por ello, MADRID DESTINO establece unos criterios de solvencia económica, financiera, técnica o profesional que se recogen en el PCAP y deben ser presentados por todos los licitadores para poder continuar con la valoración de su oferta, además de la acreditación de su capacidad para contratar, que se demuestra*

entre otros documentos con la declaración responsable de no estar incurso en prohibiciones para contratar establecidas en el artículo 60 del TRLCSP, la presentación del certificado positivo de la Seguridad Social, del certificado positivo de la Agencia Estatal Tributaria y finalmente con el certificado positivo emitido por el Ayuntamiento de Madrid acreditando no tener ninguna deuda pendiente, certificados que se solicitan en el requerimiento previo a la adjudicación del contrato”.

El artículo 74 del TRLCSP establece que la solvencia económica y financiera y técnica y profesional se acreditará mediante la aportación de los documentos que se determine por el órgano de contratación de entre los previstos en los artículos 75 a 79. El artículo 78 hace referencia a la solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios y el apartado 13 del PCAP ha escogido como medios de acreditación los del apartado a) del citado artículo.

El Tribunal comprueba que Advalue aportó como documentos acreditativos de su solvencia técnica, que es la que se discute, un listado acreditativo de los principales servicios similares realizados en los últimos tres años, en el que consta el objeto, importe, la fecha y el beneficiario. En cuanto a los certificados de buena ejecución, ha aportado tres de diferentes empresas de las que aparecen en el listado como destinatarias de los servicios.

En consecuencia, considera el Tribunal que la solvencia ha quedado acreditada de la forma exigida en el PCAP, sin que pueda considerarse determinante para apreciar la misma, otros datos o circunstancias diferentes de los exigidos en el Pliego.

El hecho de que no se hayan aportado las cuentas anuales de la sociedad o de que el domicilio social haya variado o se desconozca, podrá tener, en su caso, consecuencias en el ámbito mercantil o societario pero no en el ámbito de la contratación en el que, como siempre se indica, rigen los Pliegos y lo que en ellos se establece.

Por lo tanto, el recurso debe desestimarse por este motivo.

Procede en segundo lugar analizar la justificación de la viabilidad de la oferta que considera la recurrente no se ha acreditado debidamente.

El TRLCSP en su artículo 152.3, 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.).

El PCAP establece los criterios por los que se considerarán en presunción de desproporcionadas o temerarias las ofertas sin que se discuta la apreciación de la Mesa respecto de la oferta de Advalue.

El primer paso del procedimiento contradictorio para el análisis de las ofertas anormales es la solicitud de acreditación de la viabilidad de la oferta. Resulta de aplicación lo establecido en el apartado 21 del Anexo I del PCAP *“de conformidad con el artículo 152 del TRLCSP, cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, se dará audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, que le permitan ejecutar la prestación sin incidencias o disfunciones.*

No obstante, si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador, estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la proposición económica más ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas”.

Tal como establece el artículo 152 del TRLCSP, 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 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.

Por ello 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 4 del artículo 152 del TRLCSP 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. 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.

En cuanto a la justificación presentada para la valoración de la viabilidad presentada por la recurrente, alude a la experiencia de la empresa y a los

numerosos proyectos realizados, citando entre ellos la campaña realizada para Madrid Destino, “*Está Pasando Ahora en Madrid*”. También alude a que se trata de una agencia totalmente nacional y que eso supone un abaratamiento de los costes. Por último, señala que en el apartado de producción no ha resultado la oferta más económica sino la cuarta y que es únicamente en el concepto de coste mensual (Fee) en el que han buscado ajustar los precios lo máximo posible.

Según informa Madrid Destino, “ADVALUE argumenta, y así se recoge en el informe de valoración entre otros aspectos, la campaña de lanzamiento (adjudicada a finales de 2014) del nuevo portal de turismo de Madrid esmadrid.com realizada para MADRID DESTINO, “Está Pasando Ahora en Madrid” a plena satisfacción de MADRID DESTINO, habiéndoseles incluso pagado derechos de uso para poder continuar utilizando piezas de videos creados por ellos durante dicha campaña una vez finalizado el contrato. En el concepto de Fee honorarios de agencia, el trabajo no se externaliza, lo desarrolla la propia agencia, con lo cual reducen costes. Indican ser una agencia independiente, no perteneciente a un grupo multinacional, lo que les permite trabajar con una estructura de costes mucho más ajustada. Aclaran que, no obstante, su oferta en el apartado de producción de piezas no es la más económica debido a su necesidad de externalizar parte del trabajo.

Respecto lo anterior y como parte del fundamento tanto de los servicios técnicos correspondientes como de la mesa de contratación para aceptar la justificación y la oferta de ADVALUE, procede informar que ADVALUE fue adjudicataria a finales del año 2014 del Procedimiento de Contratación para la Campaña de Lanzamiento del Nuevo Portal esmadrid.com de MADRID DESTINO.

Respecto de esta adjudicación y del servicio objeto del contrato, dadas las características de la campaña de lanzamiento su objeto fue similar en muchas de las prestaciones recogidas en el mismo con las del procedimiento que estas alegaciones traen causa e indicar que el servicio se prestó a total y plena satisfacción de MADRID DESTINO, como así lo acredita el exitoso resultado de la campaña “Está Pasando Ahora en Madrid”, la nota de prensa publicada, así como la

ampliación de los derechos de imagen sobre parte de la campaña resultado del servicio prestado dado el éxito de la misma”.

La recurrente no discute o contradice la justificación presentada ni da argumentos por los que aprecie que la proposición, en cuanto a la cuantía mensual, no va a poder ser cumplida. Simplemente expone que tratándose de un presupuesto tan bajo, el órgano de contratación debe explicar minuciosamente cómo ha valorado la oferta y en base a qué criterios ha estimado “lícito” (sic) el presupuesto.

A la vista de los informes y documentos aportados, debemos concluir que por Madrid Destino se ha seguido el procedimiento previsto y se concedió al licitador que presentó oferta incurso en presunción de ser desproporcionada o temeraria, trámite para justificar la viabilidad de su oferta. La adjudicataria ha presentado una justificación de su oferta. Asimismo, se ha procedido a emitir informe técnico sobre la viabilidad de la misma a la vista de las justificaciones presentadas y de las circunstancias concurrentes. El informe que consta en el expediente analiza de forma suficiente las justificaciones aportadas y ha considerado que la justificación presentada para la ejecución del contrato lo hace viable sin que, por otro lado, existan argumentos razonados de contrario que permitan poner en duda esa viabilidad.

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, cuestiones que han sido analizadas sin encontrar supuesto de ilegalidad.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y 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 especial en materia de contratación interpuesto por don E.R.H., en nombre y representación de La Despensa Ingredientes Creativos, S.L., contra la adjudicación del contrato “Servicios de agencia de marketing online para la promoción y dinamización online de Madrid como destino turístico”, número de expediente: SP15-1432, tramitado por Madrid Destino, Cultura, Turismo y Negocio, S.A.

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.- Levantar la suspensión de la tramitación del expediente de contratación acordada por este Tribunal el 23 de junio.

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 49 del TRLCSP.