

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

En Madrid, a 20 de noviembre de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por don P.M.A., administrador único de GESMEDIA CONSULTING, S.A., contra la Orden de 21 de octubre de 2014, de la Consejera de Empleo, Turismo y Cultura, por la que se adjudica el contrato denominado “Servicios para la difusión de las ayudas de fomento de empleo y del emprendimiento”, nº de expediente: 09-AT-00054.0/2014, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El anuncio del contrato denominado “Servicios para la difusión de las ayudas de fomento de empleo y del emprendimiento” fue enviado al Diario Oficial de la Unión Europea el día 10 de julio de 2014, publicado en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid y en el Perfil de contratante, el día 17 de julio de 2014 y en el Boletín Oficial del Estado el día 19 de julio de 2014. El contrato se adjudicará mediante procedimiento abierto con criterio único el precio, y tiene un valor estimado de 2.314.049,59 euros.

Segundo.- Según el apartado 8 de la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) *“la suma de todos los porcentajes de descuento ponderados de la oferta económica presentada por cada licitador, tendrá como resultado la oferta global de descuento ponderada. La mayor de las ofertas de descuento global ponderado será la que obtenga la consideración de mejor oferta económica.”*

El día 5 de septiembre de 2014 se procedió a la apertura de proposiciones económicas. Se aplica a las ofertas la fórmula prevista en el mencionado apartado 8 de la cláusula 1 del PCAP resultando que el descuento global ponderado de PHD Media Spain es de 86,24; el del recurrente de 81,06 y el del siguiente licitador 72,84 puntos. La Mesa de contratación acuerda formular propuesta de adjudicación a favor de la empresa PHD Media Spain, S.L.U., condicionada a las comprobaciones relativas a la consideración de la proposición económica como desproporcionada o temeraria, según el artículo 85 del Reglamento General de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre y el artículo 152.1 y 3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante TRLCSP).

Se comprobó que la oferta de PHD Media Spain se encontraba en los supuestos o umbrales para apreciar la anormalidad o desproporción por lo que se tramitó el procedimiento contradictorio a que se refiere el artículo 152.2 del TRLCSP, solicitando asesoramiento técnico al servicio correspondiente que estima que dicha oferta es viable, pudiendo cumplirse el contrato satisfactoriamente.

Tercero.- La Mesa de Contratación, en su reunión de 8 de octubre de 2014 acuerda proponer al órgano de contratación la aceptación de la oferta presentada por la empresa PHD Media Spain, S.L.U.

Mediante Orden de fecha 21 de octubre, se adjudica a la empresa PHD MEDIA SPAIN, S.L.U., notificándose la misma, el día 23 de octubre de 2014 a los interesados.

Cuarto.- El día 7 de noviembre se recibe en este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación a PHD Media Spain, S.L.U. En el mismo se manifiesta que dicha oferta “*entraría dentro del supuesto del artículo 85.4 del Reglamento 1098/2001 debiendo quedar, por tanto invalidada para concursar*” y solicita que se resuelva anular el acuerdo de adjudicación a favor de la empresa PHD Media Spain, S.L.U., y excluir al licitador del procedimiento.

Quinto.- El 13 de noviembre se recibe una copia del expediente de contratación junto con el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP. El informe expone que el recurso carece de fundamento, que efectivamente la oferta de PHD Media Spain, S.L.U., incurrió en valores anormales o desproporcionados y por ello se ha seguido el procedimiento contradictorio del artículo 152.2 del TRLCSP y la Mesa de contratación procedió a proponer al órgano de contratación la aceptación de la oferta inicialmente incurso en valores anormales por considerarla viable.

Sexto.- Concedido trámite para alegaciones se ha presentado escrito en nombre de PHD MEDIA SPAIN, S.L.U. que argumenta que según el PCAP el órgano de contratación adjudicará el contrato a la oferta económicamente más ventajosa, entendiendo como tal la de precio más bajo; que Gesmedia hace una interpretación tergiversada y errónea al no considerar adecuadamente lo detallado en el apartado 8 de la cláusula 1, obviando su último párrafo, que establece que con el fin de establecer cuál es la mejor oferta económica se tendrá en cuenta la suma de todos los porcentajes de descuento ponderados de la oferta económica presentada por cada licitador que tendrá como resultado la oferta económica global de descuento ponderada y la mayor de las ofertas de descuento global ponderado será la que obtenga la condición de mejor oferta económica. También a efectos de determinar si la oferta está incurso en valores anormales se tomara para su cálculo el valor

resultante del descuento global ponderado. No es correcto excluir a unas compañías en unos medios y a otras en otros, con la única intención de eliminar competidores que ofertan mejores condiciones globales como requiere la licitación y aún así PHD Media justificó de manera satisfactoria la viabilidad de su oferta.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 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.- La empresa recurrente resulta legitimada para interponer el presente recurso especial en materia de contratación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP al tratarse de una licitadora al contrato cuya oferta es la segunda más ventajosa.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se interpone el 7 de noviembre, en el plazo de los quince días hábiles siguientes a la notificación de la adjudicación que se produjo el día 23 de octubre, por tanto de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- También queda acreditado, que el recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de servicios incluido en la categoría 13 del Anexo II del TRLCSP, sujeto a regulación armonizada, susceptible de recurso de acuerdo con el artículo 40.1.a) del TRLCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto este se concreta en determinar si la presentación de una oferta incurra en valores anormales o desproporcionados debe suponer automáticamente su exclusión como solicita la recurrente.

El artículo 55 de la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios establece que:

“1. Si, respecto de un contrato determinado, alguna oferta se considera anormalmente baja con relación a la prestación, antes de rechazar dicha oferta, el poder adjudicador solicitará por escrito las precisiones que considere oportunas sobre la composición de la oferta”.

(...)

2. El poder adjudicador consultará al licitador y verificará dicha composición teniendo en cuenta las justificaciones aportadas”.

Asimismo el artículo 43 de la citada Directiva obliga a los poderes adjudicadores a elaborar un informe escrito, en el que se incluirá como mínimo la siguiente información:

“d) motivos por los que se hayan rechazado ofertas que se consideren anormalmente bajas”.

El artículo 152 transpone a la legislación nacional el contenido de la Directiva en relación a las ofertas anormales o desproporcionadas, obligando a tramitar un procedimiento de verificación contradictoria con la finalidad de que la oferta no sea excluida de forma automática y para comprobar si la proposición puede ser o no cumplida con los valores ofertados.

El sentido de esta regla es garantizar que el precio ofrecido por alguno de los licitadores antes de su aceptación por el órgano de contratación se adecúa al efectivo cumplimiento del contrato y no dé lugar a la aceptación de una oferta inviable, permitiendo la adjudicación a quien la ha realizado si a la vista de las explicaciones del oferente se observa que es una oferta seria y que puede ser cumplida en atención a las circunstancias concurrentes.

La sentencia del TJUE de 27 de noviembre de 2001, asuntos C-28/99 y C-286/99, Lombardini-Mantovani, declaró que el objetivo primordial de la Directiva es la apertura de los contratos públicos a la concurrencia de ofertas. Por ello podría ser contraria a derecho la fijación automática de la temeridad sin ponderar los precios de mercado, obstaculizando la presentación de ofertas más competitivas.

Más recientemente la sentencia del TGUE de 16 de septiembre de 2013, dictada en el asunto T-402/06, Reino de España/Comisión Europea, señala que la Directiva de contratos públicos de obras presupone necesariamente la aplicación de un procedimiento contradictorio de verificación de aquellas ofertas que la entidad considere anormalmente bajas, al exigir a ésta que después de tomar conocimiento de todas las oferta y antes de decidir la adjudicación del contrato solicite primero por escrito las precisiones sobre los concretos elementos de la oferta sospechosa de anomalía que le hayan hecho albergar dudas y valore después dicha oferta a la luz de las justificaciones facilitadas por el licitador afectado. Es fundamental que cada licitador sospechoso de haber presentado una oferta anormalmente baja disponga de la facultad de alegar oportunamente su punto de vista ofreciéndole para ello la oportunidad de presentar todo tipo de justificaciones sobre los diferentes componentes de su oferta, en un momento que necesariamente ha de ser posterior a la apertura de todas las plicas, en el que tenga conocimiento no solo del umbral de anomalía aplicable a la correspondiente licitación y del hecho de que su oferta haya parecido anormalmente baja, sino también de los puntos concretos que hayan suscitado las dudas de la entidad adjudicadora.

Por tanto, la presentación de una oferta que incurre en valores anormales no supone de manera automática su exclusión del procedimiento de adjudicación. Tanto la Directiva 2004/18/CE como el artículo 152 del TRLCSP establecen la necesidad de aplicar un procedimiento contradictorio de verificación de la viabilidad de esa presunción de oferta anormalmente baja, ofreciendo para ello la posibilidad de aportar todo tipo de justificaciones.

A la vista de las alegaciones del recurrente este Tribunal quiere señalar que en el recurso no se reprocha ninguna ilegalidad a las actuaciones de la Mesa de contratación, ni a la Orden recurrida, ni al procedimiento seguido. Únicamente se pretende la declaración de rechazo de la oferta por la mera constatación de estar incurso en presunción de temeridad, consecuencia que no es conforme con la normativa y argumentación citada anteriormente, por lo que procede desestimar la pretensión.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 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, interpuesto por don P.M.A., administrador único de GESMEDIA CONSULTING, S.A., contra la Orden de 21 de octubre de 2014, de la Consejera de Empleo, Turismo y Cultura, por la que se adjudica el contrato denominado “Servicios para la difusión de las ayudas de fomento de empleo y del emprendimiento”, nº de expediente: 09-AT-00054.0/2014.

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.