

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

En Madrid, a 22 de marzo de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña M.M.C., en nombre y representación de Mapfre España Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. (en adelante MAPFRE), contra la Resolución de la Dirección Gerencia de la Agencia de la Vivienda Social de la Comunidad de Madrid, de fecha 13 de febrero de 2017, por la que se adjudica el contrato “Servicio de aseguramiento de los riesgos de responsabilidad civil y daños materiales de la Agencia de la Vivienda Social de la Comunidad de Madrid”, número de expediente: P/Ser-007259/2016, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 17 y 18 de noviembre de 2016, se publicó respectivamente en el Perfil de contratante y el BOCM el anuncio de la licitación correspondiente al contrato de referencia, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado asciende a 2.030.120,18 euros. El anuncio había sido enviado al DOUE para su publicación el día 16 de noviembre de 2017.

A la licitación convocada concurren dos empresas Zurich Insurance PLC (en adelante Zurich) y la recurrente.

Segundo.- Tras la realización de los trámites oportunos, la Mesa de contratación en su reunión de 21 de diciembre de 2016, a la vista de las ofertas presentadas, apreció que la oferta presentada por MAPFRE podía considerarse incurso en valores anormales o desproporcionados, de acuerdo con lo previsto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. Por lo tanto se le concedió un plazo de diez días hábiles para que justificase su oferta.

La empresa presentó el día 3 de enero de 2017, la documentación que consideró pertinente para justificar la viabilidad de su oferta económica que se basa fundamentalmente en su solvencia. A la vista de dicha documentación, se requiere nuevamente a la empresa para que aclare y precise los siguientes aspectos de su justificación:

“1) Respecto a los contratos que tiene su empresa con la Comunidad de Madrid: se requiere información del tipo de contrato, presupuesto base de licitación, importe de adjudicación, importe anual de la prima de cada uno de ellos y certificados de que la ejecución se está realizando satisfactoriamente.

2) Respecto al estudio actuarial, se requieren las conclusiones del citado estudio y el informe de pricing para el cálculo de la prima. Deberá especificarse si los citados estudios están realizados por actuario colegiado.

3) Se requieren las conclusiones de los informes de auditoría publicados en los últimos 2 años a los que hacen referencia en su escrito de 3 de enero de 2017”.

Con fecha 10 de enero de 2017, la empresa contestó al requerimiento.

El 20 de enero de 2017, se reúne de nuevo la Mesa de contratación y tras el examen de la documentación presentada y del informe técnico, acordó posponer la reunión por considerar necesario realizar un análisis más profundo.

Finalmente, con fecha 27 de enero de 2017, se reúne nuevamente y la Letrada, la Interventora y la Vocal Jefe del Servicio III del Área de contratación consideran, en contra del sentido del informe, que con la documentación aportada la empresa no justifica la viabilidad de la oferta.

Tras la votación resulta un resultado a favor de la exclusión de Mapfre, tres votos contra dos, elevándose la correspondiente propuesta al órgano de contratación.

Mediante Resolución de 13 de febrero de 2017 de la Dirección Gerencia del Organismo se adjudica el contrato a la empresa Zurich y se excluye a Mapfre, indicando como motivos de la exclusión: *“Baja Temeraria: la justificación de la empresa se basa fundamentalmente en datos relativos a su solvencia técnica y profesional (aspecto que se valora en la fase de selección de contratista previamente) pero no aportan ningún dato económico que pueda justificar el precio que ofertan.”*

La adjudicación fue notificada a la empresa ese mismo día.

Tercero.- El 3 de marzo de 2017, tuvo entrada en el Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Mapfre en el que solicita se anule la Resolución de adjudicación recaída y el Acuerdo de la Mesa de 27 de enero, por considerar que *“no se ha expresado argumento o dato alguno que lleve a concluir que el precio ofertado por Mapfre imposibilite a ésta para la ejecución del contrato”*.

El 8 de marzo de 2017, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación 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 (en adelante TRLCSP).

Cuarto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso 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. Se ha recibido escrito de alegaciones de Zurich de las que se dará cuenta al resolver sobre el fondo del recurso.

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.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica licitadora que ha sido excluida y *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP) ya que de prosperar el recurso quedaría en posición de ser adjudicataria del contrato.

Asimismo se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se planteó en tiempo y forma, pues la Resolución impugnada fue notificada el 13 de febrero de 2017 y el recurso se interpuso el 3 de marzo, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación y el rechazo de la oferta de un contrato de servicios 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 recurso, los motivos esgrimidos por la recurrente se contraen a la falta de motivación de la Resolución de adjudicación y de la propuesta

de la Mesa, pues considera que ha justificado su oferta y así lo avala el informe técnico emitido.

El informe técnico presentado a la Mesa señalaba que *“Los argumentos de MAPFRE ESPAÑA. COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. para justificar su oferta se refieren por tanto a la dimensión y solvencia de la empresa y a su experiencia en contratos similares destacando su amplio conocimiento del tipo de riesgos objeto de cobertura. Una vez examinadas las justificaciones, nada evidencia que la proposición presentada no pueda ser cumplida. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución nº 303/2013, de 17 de julio considera que la “información justificativa” no puede entenderse como “información numérica, detallada y exhaustiva” sino, en los términos en que está pensada en la Ley, como información que justifique ante el órgano de contratación que se puede cumplir la proposición, en particular, en cuanto a las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga, entre las que se encuentra lo experiencia de gestión del contrato. Para el Tribunal no se trata de una “argumentación genérica”, ni hacen falta datos numéricos para apreciar que esa experiencia permite medir mejor los riesgos y prescindir de algunos gastos de gestión”. Y concluye más adelante que “el argumento de MAPFRE ESPAÑA. COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. de lo que se puede calificar de condición excepcionalmente favorable al ser adjudicatario de contratos similares, debe ser tomado en consideración en el informe técnico”.*

El Informe del órgano de contratación por su parte, considera respecto del procedimiento seguido, que el artículo 152.3 TRLCSP en relación al procedimiento de justificación y valoración de las ofertas con valores anormales o desproporcionados, señala que *“deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente”, y efectivamente así se hizo por la Mesa de Contratación, que contó con el mismo. Lo que no determina el precepto, tal y como parece pretender la recurrente, es que dicho asesoramiento sea vinculante. Como efectivamente dispone la Resolución 61/2017, de 20 de enero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, citada por MAPFRE, “la decisión*

sobre si la oferta puede cumplirse o no corresponde al órgano de contratación sopesando las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y los informes emitidos por los servicios técnicos”. Es decir, se exige al órgano de contratación, al igual que a la Mesa, “sopesar” las alegaciones de la empresa y los informes, es decir, valorarlas o tomarlas en consideración a la hora de adoptar una decisión, que en todo caso habrá de ser motivada; pero no obliga a seguir necesariamente las conclusiones del mismo. En este sentido, en la Resolución 292/2016, de 22 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, se estima ajustado a la norma la decisión de la mesa de contratación, seguida posteriormente por el órgano de contratación, de separarse del informe técnico: “En este caso, la mesa de contratación ha discrepado del informe técnico y motivado sus diferencias de criterio”. Por tanto, cabe concluir que, se ha seguido el procedimiento establecido para verificar la viabilidad de la oferta presuntamente desproporcionada”.

En cuanto a la falta de motivación de la Resolución de adjudicación, entiende que *“de acuerdo con diferentes Resoluciones dictadas por los Tribunales Administrativos de Contratación Pública, el criterio para determinar la existencia de una posible falta de motivación en la adjudicación es el de la indefensión del resto de licitadores, de modo que si a estos se les ha comunicado o han tenido acceso a la información necesaria que permita la interposición de una reclamación debidamente argumentada, ya sea en el acto de notificación inicial o con posterioridad, no cabe concluir falta de motivación”*. En este sentido se ha pronunciado por ejemplo el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 534/2015, de 29 de junio de 2015, o el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid número 4/2015, de 14 de enero, que afirma que *“Es doctrina reiterada de este Tribunal que el acto de notificación de la adjudicación se entenderá motivado de forma adecuada si al menos contiene la información que permita al licitador interponer la reclamación en forma suficientemente fundada. De lo contrario se le estaría privando de los elementos necesarios para configurar una reclamación eficaz y útil, produciéndole indefensión y provocando reclamaciones indebidamente”*.

Añade que *“En el caso que nos ocupa, prueba de que la adjudicación se ha motivado de manera correcta es el propio recurso especial en materia de contratación, en el que ha podido exponer los argumentos que ha estimado oportunos, debiendo recordarse que se le facilitó con fecha 21 de febrero de 2017 el Informe del Servicio técnico y que el Acta de 27 de enero de 2017 aparece publicada en el portal de transparencia de la Comunidad de Madrid”.*

El Tribunal comprueba que la notificación de la adjudicación contiene todos los elementos necesarios que permiten al licitador excluido conocer, tanto los motivos de la adjudicación como las causas de su exclusión y, como indica el órgano de contratación, prueba de ello es que le ha permitido interponer recurso de forma fundamentada, por lo que no puede alegarse indefensión.

En consecuencia, el motivo de recurso debe ser desestimado.

Sexto.- Se aduce como segundo motivo de recurso la falta de motivación del Acta de la Mesa de 27 de enero de 2017, que consideró, en contra del criterio expresado en el Informe técnico, que no se había justificado debidamente la viabilidad de la oferta de la recurrente.

La recurrente argumenta que aportó información los días 3 y 10 de enero de 2017 y toda esa información debió tenerse en cuenta, refiriéndose expresamente a la solvencia y experiencia acreditada por su empresa, a los colaboradores internos y externos de Mapfre y a la no exigencia de una información numérica exhaustiva y detallada.

El órgano de contratación expone en referencia al Acta citada que *“los miembros de la Mesa que votan en el sentido de proponer la exclusión de la recurrente, lo hacen en base, no a una mera opinión como se alega en el recurso, sino en base a una argumentación jurídica fundamentada en diversas Resoluciones de Tribunales de Recursos Contractuales e Informes de Juntas Consultivas”* y cita el texto del Acta en la que consta que *“en la Resolución nº 34/2012 Acuerdo del*

Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid se determina que la cuantía porcentual de la baja, determinante de su inclusión en presunción de baja anormal o desproporcionada, también han de ser tenidas en cuenta a la hora de valorar la explicación de la baja en su conjunto. El hecho de que la oferta presentada por Mapfre suponga un porcentaje de baja de más de 42% en aplicación de los criterios del artículo 85 del Reglamento, y de más de un 56 % respecto al presupuesto de licitación del contrato, debería ser motivo suficiente para que la justificación presentada detallara de manera pormenorizada los datos que le han permitido presentar esa oferta. En este mismo sentido se pronuncia el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en Resolución 292/2016 de 22 abril al establecer que “los argumentos y justificaciones deberán ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la baja”. Es cierto que la justificación de la empresa no tiene que realizarse de manera detallada y exhaustiva, pero debe aportar los datos suficientes para que el órgano de contratación pueda tener la certeza de que el contrato puede ser cumplido satisfactoriamente. Mapfre únicamente justifica su baja en criterios de solvencia y experiencia pero no aporta argumentos que permita garantizar que el contrato se va a ejecutar correctamente con el presupuesto ofertado.

En cuanto al volumen global de negocio de la empresa y el porcentaje que representa este contrato, vuelve a ser un argumento relativo a la solvencia financiera y técnica de la empresa que ya se valoró en una primera fase pero que no viene a justificar la baja de la oferta.

Señalan que cuentan con colaboradores internos y externos que prestan un servicio de calidad a costes inferiores a los del mercado minorista, pero no aportan documentación que acredite dicha vinculación ni datos económicos que justifiquen esta bajada de costes.

En resumen, la justificación de Mapfre se basa fundamentalmente en datos relativos a su solvencia técnica y profesional (aspecto que se valora en la fase de selección de contratista previamente) pero no aportan ningún dato económico que pueda justificar el precio que ofertan”.

La empresa Zurich, en trámite de alegaciones expone que la recurrente “no justifica la oferta sino únicamente la solvencia técnica (...) Mapfre justifica la presentación de su baja temeraria aludiendo a que su oferta económica se ajusta al riesgo licitado, teniendo en cuenta que ha sido adjudicataria hace más de seis años y, por ello, cuenta con un amplio histórico de siniestralidad, el cual ha sido analizado por sus actuarios hasta configurar las condiciones presentadas. Reiteramos la alegación anterior, pero queremos reforzarla manifestando que el modelo de aseguramiento que actualmente rige en LA AGENCIA es radicalmente distinto al que ha sacado a concurso público y ha ganado ZURICH”.

Aportan como evidencia de lo anterior, los Pliegos de anteriores licitaciones en los que se puede comprobar que las franquicias eran mayores que las actuales. De igual manera argumentan que en las respuestas a las consultas realizadas sobre la licitación, publicadas el 9 de diciembre en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, consta la “Respuesta de LA AGENCIA a la Consulta nº 5 de la página 2, que reza: “El programa de seguros que se licita ha sufrido muchos cambios frente al programa de seguros vigente y por tanto no existirá una equivalencia de los siniestros de los últimos años con los que en un futuro se pudieran producir. Sobre todo en la garantía de Responsabilidad Civil inmobiliaria, donde anteriormente había fijada una franquicia de 3.000 € y en el pliego actual se elimina la franquicia para daños por agua hasta 150.000 € y 300.000 € para el resto de coberturas. Una vez agotadas estas cuantías, se aplica la franquicia de 3.000 € por siniestro”. También traemos a colación la Consulta titulada “Siniestralidad” (...) a la que LA AGENCIA responde en términos similares a la anterior: “El programa de seguros que se licita ha sufrido muchos cambios frente al programa de seguros vigente y por tanto no existe una equivalencia de los siniestros de los últimos años con los que en un futuro se pudieran producir. Ello afecta, especialmente, a la garantía de Responsabilidad Civil inmobiliaria, donde anteriormente había fijada una franquicia de 3.000 € y en el pliego actual se elimina la franquicia para daños por agua hasta 150.000 € y 300.000 para el resto de coberturas. Se facilita la siniestralidad de la parte de daños facilitada por la compañía de seguros que

actualmente tiene asegurado el programa que aunque también ha sufrido importantes cambios mantiene similar el rango de franquicias””.

Concluyen por tanto, que la experiencia técnica que se alega por Mapfre y que sirve al Informe Técnico sobre justificación de la viabilidad de la oferta de Mapfre, queda completamente desvirtuado y acompañan un estudio de siniestralidad tendente a probar que la oferta de Mapfre es desproporcionada y que debió haber probado con los datos existentes que podía cumplirla.

Igualmente añade que “respecto a la aleatoriedad del seguro, estamos conformes con lo alegado por Mapfre, pero debemos alertar en este punto que una cosa es la aleatoriedad, y otra bien distinta, la arbitrariedad. En efecto, nada tenemos que objetar a que la aleatoriedad constituya uno de los fundamentos de los contratos de seguro, pero Mapfre no hace uso de la aleatoriedad, sino, antes bien, a la arbitrariedad para la determinación de la prima ofertada, la cual debe determinarse siempre basándose en un cálculo actuarial y en la experiencia del comportamiento del objeto del seguro”.

Por todo ello, coinciden con la opinión manifestada por la letrada, Interventora y la Vocal Jefa de Servicio III del Área de Contratación de la Mesa de Contratación en que la viabilidad de la oferta no ha sido debidamente justificada.

Expuestas las posiciones de las partes, conviene recordar que 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. 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 que 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 primer paso del procedimiento contradictorio para el análisis de las ofertas anormales es la solicitud de acreditación de la viabilidad de la oferta, siendo de aplicación lo dispuesto en 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.

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 parezca anormalmente baja 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.

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 de licitación 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 ha de ser los propios pliegos que rigen la licitación.

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 o admitiéndola, cuando no constan en el expediente las circunstancias que el citado órgano tomó en consideración en el momento de adoptar la correspondiente decisión, o cuando estando motivado incurra en error, determinaría que la decisión deba ser anulada.

En conclusión, en el caso que nos ocupa se ha procedido a la tramitación legalmente prevista para los supuestos de bajas incursas en valores anormales o desproporcionados y procede en este momento analizar las razones y justificación ofrecida por la empresa para acreditar la viabilidad de la oferta.

Analizados los escritos de justificación presentados por la recurrente, comprueba el Tribunal que fundamentan la viabilidad de la oferta en los siguientes factores:

- 1.- Los contratos de seguro análogos al actual que han sido cumplidos satisfactoriamente.
- 2.- El amplio histórico de siniestralidad con que cuenta y que ha sido analizado por sus actuarios y que le permite concluir que el ratio de siniestralidad de los contratos de la entidad es sensiblemente inferior a la media de su carteras.
- 3.- El volumen global de negocios en los ramos afectados.
- 4.- Contar con una red propia de reparadores.

Como ya se ha hecho constar en los Hechos, se solicitó ampliación de la justificación presentada, en concreto respecto de los contratos obtenidos, el estudio actuarial y las conclusiones de los informes de auditoría publicados de los dos últimos años.

La recurrente, en su escrito ampliatorio de la justificación, indica los contratos que viene prestando a Consejerías y Servicios Regionales de la Comunidad de Madrid. Aporta los informes públicos de auditoría solicitados de los años 2014 y 2015 y señala que el informe actuarial es un documento interno de la compañía *“en el cual se analizan coeficientes de frecuencia siniestral, costes medios de carteras homogéneas, riesgos expuestos de toda nuestra cartera de viviendas, aplicación de nuestros tratados de reaseguro, por este motivo nuestras recomendaciones de Compliance interno impiden acompañarles esta información tan relevante para la gestión de la Compañía a la que represento”*.

Antes de proceder al análisis de la justificación presentada deben recordarse los criterios establecidos por los órganos encargados de resolver los recursos en materia de contratación pública, en cuanto a los requisitos y condiciones que deben cumplir las justificaciones de viabilidad de las ofertas desproporcionadas o anormales y los informes relativos a las mismas.

1.- La Resolución del TACRC 618/2015, de 6 de junio, en la que se señala lo siguiente: *“El Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse en varias resoluciones acerca del tratamiento de las propuestas desproporcionadas o anormales, así en la Resolución nº 374/2015, de 24 de abril se dijo: “Sobre la justificación de la viabilidad de las ofertas económicas incursas en presunción de temeridad, la doctrina del Tribunal (resumida en la Resolución 142/2013, de 10 de abril) considera que: El hecho de que una oferta incluya valores anormales o desproporcionados no implica su exclusión automática de la licitación, sino la necesidad de conferir trámite de audiencia al contratista para que justifique la viabilidad económica de la proposición, y de recabar los asesoramientos técnicos*

procedentes. Como también señala la nueva Directiva sobre contratación pública (Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero), en su artículo 69.3.

2.- “El poder adjudicador evaluará la información proporcionada consultando al licitador. Solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos...”. Este es también el criterio del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, manifestado, por ejemplo, en la Sentencia de 29 de marzo de 2012 en el asunto C599/10. En el apartado 27 y siguientes de esta sentencia el Tribunal declara lo siguiente: “27 Procede recordar que, a tenor del artículo 55 de la Directiva 2004/18, 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. 28. De esas disposiciones, redactadas en términos imperativos, resulta claramente que el legislador de la Unión ha querido obligar al poder adjudicador a verificar la composición de las ofertas anormalmente bajas, imponiéndole igualmente la obligación de solicitar a los candidatos que aporten las justificaciones necesarias para demostrar que esas ofertas son serias (véase, en este sentido, la sentencia de 27 de noviembre de 2001, Lombardini y Mantovani, C-285/99 y C-286/99, Rec. p. I-9233, apartados 46 a 49)”.

En consecuencia vemos que en definitiva se exige que el licitador *“pueda explicar las razones por las que su oferta sí puede ser cumplida”* y que los licitadores deben *“justificar plena y cumplidamente la seriedad de sus ofertas.”*

3.- La apreciación de la viabilidad debe realizarse en función de las prestaciones del contrato, Resolución 62/2014 de 2 de abril, del TACPCM.

4.- La justificación de la viabilidad debe realizarse teniendo en cuenta el alcance y la complejidad de las prestaciones. Resolución 9/2016, de 20 de enero, del TACPCM.

En el caso que analizamos, se observa que ninguno de los dos escritos de justificación contiene ningún cálculo numérico o cifra aproximada, relativa a los costes o datos considerados para la elaboración de la oferta, es decir, los costes estimados de las prestaciones, en función de las condiciones específicas del contrato de seguro, en concreto, de las franquicias establecidas que, como hemos visto, han sufrido variación respecto de contratos anteriores.

No se incluye tampoco estudio alguno sobre el número aproximado de siniestros y las cantidades que puedan significar, aunque sea de una forma aproximada.

Debe señalarse que el hecho de que los estudios actuariales sean un documento interno de la empresa, no excluye que un resumen de los mismos pueda aportarse como justificación de la viabilidad de la oferta. La no presentación de tales estudios siendo requerido para ello, al órgano de contratación que por definición no es competidor y respecto del cual no existe ninguna cusa que justifique la negativa, podría motivar por sí sola el rechazo de la oferta.

La confidencialidad de los estudios y trabajos lo es, respecto de los demás licitadores, al objeto de proteger los derechos de la empresa sobre sus métodos de trabajo y secretos empresariales, pero no alcanza al órgano de contratación, el cual debe tener la certeza de que la oferta puede ser cumplida en debidas condiciones.

Por otro lado, como ya señaló este Tribunal en su Resolución 97/2016, de 18 de mayo, *“Los argumentos expresados, referentes al volumen de negocio, a currículum y experiencia de los abogados, a los demás contratos con Administraciones Locales o a los medios técnicos disponibles, no pueden ser acogidos como justificadores de la viabilidad de una oferta, puesto que se relacionan con la solvencia de la firma pero no con la posibilidad de realizar un contrato por menos de la mitad de lo presupuestado para la licitación”*.

Es consciente el Tribunal de las peculiaridades del objeto del contrato y del sector al que pertenece, los seguros, en el que una empresa se compromete a cubrir determinados riesgos durante un tiempo determinado bajo ciertas condiciones, por lo que su volumen de negocio y las condiciones excepcionalmente favorables de que pueda disponer, tienen un peso importante en la justificación, pero ese peso no puede resultar exclusivo en la justificación de su oferta.

Es decir, esas condiciones favorables y la posición de la empresa en el mercado, en definitiva su solvencia, se ha de tener en cuenta para valorar la viabilidad de la oferta pero en modo alguno pueden eximir de justificar “*las condiciones de la misma*”, en los términos del artículo 152.3 del TRLCSP y el 69.2 de la Directiva 2014/24/UE.

Cualquier otra interpretación supondría que las empresas sólidamente implantadas en el mercado, quedarían exentas de justificar las ofertas anormales o desproporcionadas, en flagrante incumplimiento de lo previsto en la Directiva y en la Ley y con clara discriminación para las restantes licitadoras.

No debe olvidarse que los documentos de justificación que se aporten deben, como indica el requerimiento de justificación, “*proveer de argumentos objetivos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo la prestación.*”

Por ello la justificación necesariamente ha de incluir algún tipo de explicación sobre datos numéricos o factores concretos tenidos en cuenta, que lleve a la conclusión razonable de que la oferta puede cumplirse en los términos exigidos por el PPT.

En este caso, el Informe Técnico emitido, que no es vinculante para la Mesa, se refiere fundamentalmente a la solvencia acreditada de la empresa pero ya hemos visto que esas consideraciones no se pueden entender, por si solas, como

suficientes. Por tanto es admisible y razonable su separación del criterio manifestado en el informe técnico y que su propuesta como órgano colegiado se aparte de él.

En consecuencia, al no contener la justificación presentada por Mapfre ni el informe técnico emitido, la necesaria motivación razonada y razonable, exigida por el artículo 152 del TRLCSP, el órgano de contratación siguiendo el criterio manifestado en la propuesta de adjudicación que le fue elevada, puede adoptar la decisión de no admitir la oferta y por tanto el recurso debe ser desestimado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP 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 doña M.M.C., en nombre y representación de Mapfre España Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A., contra la Resolución de la Dirección Gerencia de la Agencia de la Vivienda Social de la Comunidad de Madrid, de fecha 13 de febrero de 2017, por la que se adjudica el contrato “Servicio de aseguramiento de los riesgos de responsabilidad civil y daños materiales de la Agencia de la Vivienda Social de la Comunidad de Madrid”, número de expediente: P/Ser-007259/2016.

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.- Dejar sin efecto la suspensión mantenida por el Tribunal en su reunión de 8 de marzo de 2017.

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.