

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

En Madrid, a 12 de enero de 2023

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de VACIERO S.L.P. (en adelante Vaciero) contra el acuerdo del Concejal Delegado del Área de Gobierno de Economía y Hacienda, Urbanismo, Infraestructuras y Obras, Nuevas Tecnologías y Patrimonio Histórico, del Ayuntamiento de Boadilla del Monte, fecha 5 de diciembre de 2022, por el que en el acuerdo de adjudicación se excluye la oferta de la recurrente al no haber justificado la validez de su oferta, todo ello en el marco del contrato de servicios de “Apoyo en la gestión de fondos europeos y nacionales” número de expediente EC/40/22 este Tribunal ha adoptado la siguiente,

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Mediante anuncio publicado en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Boadilla del Monte, alojado en la PCSP, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con un único criterio de valoración y sin división en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 173.553,72 euros y su plazo de duración será de 3 años con prórroga por uno más.

A la presente licitación se presentaron 7 licitadores, entre los que se encuentra el recurrente

## **Segundo.- Antecedentes**

Con fecha 5 de agosto de 2022 se celebró la sesión de la mesa de contratación que tenía por objeto la apertura de las ofertas económicas. Realizado dicho acto la mesa de contratación como primera acción determinó si existía alguna oferta con valores anormales, resultando que se encontraban en esta situación Eguesan Energy S.L. y Vaciero.

Tras la tramitación del expediente contradictorio que se establece en el artículo 149 de la LCSP, se emite informe técnico por el cual no se consideran viables ninguna de las ofertas consideradas anormales.

La mesa de contratación en su sesión celebrada el 30 de septiembre de 2022 acuerda inadmitir dichas ofertas, proponiendo al órgano de contratación dicha exclusión.

Con fecha 24 de octubre Vaciero presenta recurso especial en materia de contratación contra la propuesta de la mesa de contratación contra la exclusión de su oferta. Con fecha 3 de noviembre este Tribunal dicta la Resolución 419/2022 por la que se inadmite el recurso planteado al recaer sobre una propuesta, que no acto, y por ello no ser recurrible.

Con fecha 23 de noviembre de 2022 y tras corrección de errores efectuados el 5 de diciembre, el Concejal Delegado del Área de Gobierno de Economía y Hacienda, Urbanismo, Infraestructuras y Obras, Nuevas Tecnologías y Patrimonio Histórico del Ayuntamiento de Boadilla del Monte, adjudica el contrato que nos ocupa y en el mismo

acuerdo inadmite las ofertas de los licitadores Eguesan Energy S.L. y Vaciero, por no haber justificado suficientemente la viabilidad de su oferta.

**Tercero.-** El 13 de diciembre de 2022 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Vaciero en el que solicita la anulación de la adjudicación y de su exclusión en la licitación.

El 19 de diciembre de 2022 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

**Cuarto.-** La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

**Quinto.-** La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Finalizado el plazo, no se ha presentado escrito alguno por parte de la adjudicataria.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

**Segundo.-** El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.-** El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado y notificado el 5 de diciembre de 2022 e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 13 de diciembre de 2022, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

**Cuarto.-** El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

**Quinto.-** En cuanto al fondo del recurso se pretende por parte del recurrente manifestar que si baja temeraria ha sido perfectamente justificada y por ello debería haber sido admitida.

Para ello en primer lugar indica que el órgano de contratación no ha tenido en cuenta totalmente las reglas establecidas en el artículo 85 del RGLCAP, pues no ha retirado las ofertas superiores en diez puntos porcentuales antes de emitir la media

correcta de las ofertas. Ello lleva a que la baja de la oferta del recurrente no sea de 21% sino de 12%.

Considera que esta diferencia es muy importante a la hora de determinar el detalle de la justificación tal y como la doctrina del Tribunal Central de Recursos Contractuales y otros Tribunales de Contratación vienen estableciendo.

En su recurso efectúa un resumen comentado de las causas que provocan un ahorro de costes en su oferta y que se pueden dividir en:

- Profesionales más cualificados que realizan sus funciones mejor y más rápido.
- Menores costes generales al ser una PYME.
- Oficinas en Madrid que evita costes de transportes.
- Disposición de personal propio e instalaciones y materiales propios.
- Soluciones técnicas adaptadas y originalidad de las prestaciones propuestas.
- Estudio de costes.

En cuanto al desglose de costes, en su oferta y posterior justificación Vaciero toma en consideración la dedicación profesional que cree necesaria para ejecutar el contrato que nos ocupa, considerando que las horas que el informe técnico de estudio de la justificación aparecen en el expediente de licitación por primera vez, por lo que no pueden ser tomadas en cuenta.

Indica al Tribunal que su oferta y posterior justificación efectúa una estimación de horas diferenciando la categoría junior respetando los parámetros del convenio colectivo de aplicación.

En cuanto a los gastos indirectos los reduce a los propios de marketing y Recursos Humanos, pues el resto son propios y ya se encuentran amortizados. Teniendo en cuenta su experiencia estos gastos no serán superiores al 10% de los gastos de personal.

Por último, su beneficio industrial lo cifra en el 7%, también en base a la experiencia en contratos de objeto similar.

Por último, efectúa una denuncia sobre la desvelación de información confidencial a través del informe técnico sobre la viabilidad de las ofertas que ha sido publicado en la PCSP, con las consecuencias nefastas que pueden acarrear de cara a otras licitaciones o a la competencia con otras empresas.

Como ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones la apreciación de la viabilidad de las ofertas incursas en presunción de temeridad responde al concepto de discrecionalidad técnica que corresponde al órgano de contratación. Según lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP corresponde al órgano de contratación, *“considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuarto”*, estimar si la oferta puede ser o no cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. De acuerdo con ello, es imprescindible que el informe de los servicios técnicos esté suficientemente motivado, a los efectos de que la Mesa de contratación primero, en su propuesta y el órgano de contratación después, puedan razonar o fundar su decisión.

Sólo es posible, de acuerdo con el indicado artículo, excluir una oferta que contenga valores anormales cuando, a la vista de la justificación aportada y los informes sobre la misma, se estime que *“la oferta no puede ser cumplida”*. O, como expresa también el artículo 69.3 de la nueva Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, los poderes adjudicadores exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando ésta parezcan anormalmente bajas para los servicios de que se trate y sólo se podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos, teniendo en cuenta los elementos mencionados en el apartado 2 del citado artículo.

No resulta posible la aplicación automática de los criterios de temeridad rechazando la oferta incurra en dicho umbral, pues la ley requiere solicitar explicaciones sobre la composición de la oferta y una valoración de los diferentes elementos puestos de manifiesto en la justificación y de las características de la propia empresa para poder apreciar de forma motivada si es posible o no el cumplimiento de la proposición en términos satisfactorios que ponga de manifiesto que esa anormalidad no afectará a la ejecución del contrato. Para ello la LCSP, en su artículo 149, establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad. Y ello exige, en un primer momento, otorgar al licitador la posibilidad de que explique los elementos que ha tenido en cuenta a la hora de formular su oferta de manera que no se produzca un rechazo automático y que el órgano de contratación pueda llegar a la convicción de la oferta se puede cumplir garantizando la correcta ejecución del contrato. Estos trámites tienen por objeto evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y garantizar la sana competencia entre las empresas (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 29 de marzo de 2012, dictada en el asunto C-99/10, SAG EV Slovensko a.s.).

Tal como se indica en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña 3/2012, de 30 de marzo, *“Según se desprende de la normativa mencionada, con la regulación de las ofertas o proposiciones con valores anormales o desproporcionados se persigue un doble objetivo: en primer lugar, garantizar la ejecución correcta del contrato, es decir, que la ejecución del contrato no se pueda frustrar como consecuencia del hecho de que una oferta o una proposición contenga valores anormales o desproporcionados y, por lo tanto, comprobar que estas ofertas o proposiciones son viables y que en caso de ser seleccionadas se podrán cumplir correctamente en los términos establecidos; y, en segundo lugar, establecer unos mecanismos de protección para la empresa licitadora, de manera que su oferta o proposición no pueda ser rechazada de forma automática, sino que tenga la posibilidad de defenderla”*.

La información justificativa, tal como está diseñado el procedimiento contradictorio de verificación de la oferta anormal o desproporcionada, va dirigida a convencer al órgano de contratación de que con la oferta formulada, anormalmente más baja en comparación con las demás del mismo procedimiento competitivo, y con la justificación de su desglose, se pueden cumplir las prestaciones objeto del contrato, de manera que si la justificación es insuficiente o motivadamente no garantiza adecuadamente la ejecución del contrato, atendiendo a la inicial presunción y para preservar el interés público de la licitación la oferta ha de ser rechazada.

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

En esa misma resolución el TACRC señala que *“hemos de analizar, tal y como señala la doctrina anteriormente sentada, la justificación presentada. Pese a tratarse de cuestiones no jurídicas sino eminentemente técnicas, sí puede este Tribunal analizar la suficiencia de tales explicaciones a los efectos de valorar en este caso los argumentos suficientes a la entidad contratante, como también puede analizar este Tribunal si la mencionada entidad ha realizado el esfuerzo de argumentación que venimos exigiendo (la llamada resolución reforzada) para poder excluir de la contratación a la empresa que ofertó el precio más bajo, que a la postre hubiese podido resultar adjudicataria del contrato ya que se trata de un contrato a adjudicar teniendo en cuenta únicamente el precio más bajo ofertado”*.

En la más reciente de fecha 11 de enero y número 10/2019, se recoge la reiterada doctrina de este Tribunal sobre esta materia, contenida entre otras, en las

resoluciones nº 803/2018 y 877/2017. Señala el Tribunal, que en los casos en que se inicie un procedimiento contradictorio dando audiencia al licitador cuya oferta esté incurso en presunción de anormalidad, para que pueda justificar el bajo nivel de precios ofertados o de costes propuestos, el rechazo de la oferta exige de una resolución debidamente motivada que razone por qué las justificaciones del licitador no explican satisfactoriamente el bajo nivel de precios ofertados. Por el contrario, cuando de lo que se trata es de admitir la justificación presentada por el licitador, no es necesario que se contenga una motivación exhaustiva.

En este momento la función del Tribunal sería meramente de control del cumplimiento de los principios y de los trámites legales, no siendo posible la sustitución del juicio técnico del informe ni de la decisión sobre la posibilidad de cumplimiento que como ya se ha dicho corresponde exclusivamente al órgano de contratación. Los elementos de control serían, además del cumplimiento de las formalidades jurídicas, que exista motivación y que la misma resulte racional y razonable, así como la comprobación de que el informe correspondiente efectuado por el órgano de contratación contiene la suficiente motivación, que en este caso ha de ser “reforzada”, para excluir a la recurrente por falta de justificación de la viabilidad.

De no cumplirse con estos requisitos de racionalidad o motivación reforzada antes expuestos, la decisión discrecional del órgano de contratación calificando una oferta de anormal o desproporcionada cuando no constan en el expediente las circunstancias que el citado órgano tomó en consideración en el momento de adoptar la correspondiente decisión, podría ser considerada arbitraria.

Es doctrina de este Tribunal que la exhaustividad de la justificación aportada por el licitador habrá de ser tanto mayor cuanto mayor sea la baja en que haya incurrido la oferta, por relación con el resto de ofertas presentadas. Y del mismo modo, a menor porcentaje de baja, menor grado de exhaustividad en la justificación que se ofrezca.

La decisión final sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde, según dispone el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP, al órgano de contratación que la adoptará a la vista de las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y teniendo en cuenta los informes emitidos por los servicios técnicos, sin que las alegaciones ni los informes tengan carácter vinculante pudiendo, por tanto de manera motivada, separarse de la propuesta.

A estos efectos se procede al análisis del informe técnico efectuado y asumido por la mesa de contratación por la que se considera la oferta de la recurrente como inviable.

Tras la lectura del informe técnico elaborado y en el que se van analizando cada uno de los motivos que esgrime el recurrente para justificar su viabilidad, encontramos quizás el que mayor peso tenga y es la diferencia de horas de trabajo de los profesionales que ejecutaran el servicio. Efectivamente el apartado 6 del PPTP establece un total de 1.652 horas anuales de servicio profesional, mientras que el recurrente, sin haber tomado en consideración esta obligación, ofrece en su desglose de costes de los salarios sobre un total de 1.015 horas, motivo principal de la no justificación de la viabilidad, pero que también evidencia la no asunción de los pliegos de condiciones en todos sus términos y sin merma alguna, tal y como establece el artículo 139 de la LCSP.

El resto de cuestiones alegadas por el recurrente y analizadas por el informe técnico suscrito no hacen sino poner de relieve que o bien unas son inconsistentes o bien se refieren a la solvencia técnica de la empresa.

Por todo lo cual este Tribunal considera que la apreciación del órgano de contratación de que el informe justificativo de la oferta no se encuentra motivado correctamente en este apartado, ni en el recurso planteado, se aprecia como razonable, motivada y dentro del ámbito de discrecionalidad que le es dada al órgano de contratación a la hora de apreciar la viabilidad de las ofertas incursas en presunción de temeridad, por lo que debe desestimarse el recurso en cuanto a este motivo.

Por último y en cuanto a la confidencialidad de los datos tenidos en cuenta a la hora de elaborar el informe técnico sobre las ofertas incurso en baja temeraria y que siguiendo lo establecido en el artículo 63 de la LCSP será publicado en el perfil de contratante, en el caso de que ciertas informaciones efectivamente y sin lugar a dudas pudieran ser confidenciales, así lo tendría que haber manifestado en dicho informe de justificación de la oferta, acción no ejercitada por el recurrente.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

## **ACUERDA**

**Primero.-** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de VACIERO S.L.P., contra el acuerdo del Concejal Delegado del Área de Gobierno de Economía y Hacienda, Urbanismo, Infraestructuras y Obras, Nuevas Tecnologías y Patrimonio Histórico, de fecha 5 de diciembre de 2022, por el que en el acuerdo de adjudicación se excluye la oferta de la recurrente al no haber justificado la validez de su oferta, todo ello en el marco del contrato de servicios de “Apoyo en la gestión de fondos europeos y nacionales” número de expediente EC/40/22.

**Segundo.-** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

**Tercero.-** No levantar la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP, por encontrarse en vía de resolución otro recuso contra el mismo contrato y motivo.

**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 59 de la LCSP.