

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

En Madrid, a 7 de julio de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Global Knowledge Network Spain, S.L.U., contra la Resolución del Consejero de Economía, Hacienda y Empleo de fecha 9 de junio de 2022, por la que se excluye la oferta de la recurrente de la licitación del Lote 6 del contrato de servicios “Cursos de formación profesional para el empleo en el centro de formación profesional para el empleo en tecnologías de la información y comunicaciones (CRN GETAFE)”, número de expediente A/SER-026114/2021, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 1 de abril en el DOUE y en 4 de abril en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 23 lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 7.372.238 euros y su plazo de duración será de dos años.

A la licitación del lote 6 se presentaron ocho licitadores, entre ellos la recurrente.

Segundo.- Antecedentes. Una vez finalizado el plazo de licitación, con fecha 27 de abril de 2022, se reunió la Mesa de contratación para proceder a la calificación de la documentación presentada por los licitadores, se efectuó la comunicación de las ofertas presentadas y de aquellas que debían subsanar la documentación.

El 5 de mayo de 2022, se celebra la Mesa en la que se procede a la apertura de las proposiciones relativas a los criterios evaluables mediante juicio de valor y se comunican las ofertas admitidas a la licitación.

El 12 de mayo de 2022, se celebra la Mesa en la que se procede otorgar la puntuación de las proposiciones relativas a los criterios evaluables mediante juicio de valor.

El 18 de mayo de 2022, se celebra la Mesa en la que se realiza la apertura de las proposiciones económicas y de la documentación relativa a los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmula matemática, dejándose constancia de que la proposición presentada por Global Knowledge Network Spain, S.L.U. (en adelante GK), para el lote nº 6 “*Formación Microsoft*” se encuentra incurso en temeridad, para que se procedan a realizar los trámites oportunos.

El 30 de mayo de 2022, la empresa GK presenta la documentación para justificar su oferta.

El 3 de junio de 2022, el Director del CRN de GETAFE emite Informe técnico sobre la justificación de la oferta presentada por GK.

El 8 de junio de 2022, se reúne la Mesa para el análisis de la justificación de la empresa, así como del Informe técnico del Director del CRN de GETAFE, acordando,

en virtud de dicho informe, proponer al órgano de contratación el rechazo de la proposición de la empresa GK.

El 9 de junio de 2022, mediante orden de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo, se acuerda el rechazo de la proposición presentada por GK al lote nº 6 “*Formación Microsoft*”, por entender, de acuerdo con la propuesta de la Mesa y con el Informe del Director del CRN de GETAFE, que su justificación no explica adecuadamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos, no pudiendo garantizarse el satisfactorio cumplimiento del contrato.

Dicha orden se publica en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid el día 10 de junio de 2022, junto con el acta de la mesa y el Informe técnico del Director del CRN de GETAFE.

El 10 de junio de 2022, es notificada a todos los licitadores del lote nº 6 la mencionada orden de rechazo de la proposición de GK.

Tercero.- El 27 de junio de 2022, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de GK en el que solicita la anulación de la resolución por la que se excluye su oferta de la licitación, al considerar que ha sido ampliamente justificada su viabilidad.

El 30 de junio 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 (en adelante LCSP).

Cuarto.- El recurrente ha solicitado la suspensión del procedimiento de licitación a fin de evitar la adjudicación a otra empresa y con ello la producción de perjuicios de difícil reparación para aquella y para él mismo. Este Tribunal no se manifiesta sobre dicha suspensión al pasar directamente a resolver el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 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 el 9 de junio de 2022, practicada la notificación al día siguiente e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 27 de junio 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.b) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se basa en la pretensión de la recurrente de que su informe de viabilidad de su oferta previamente considerada temeraria, sea suficiente para la admisión de la propuesta.

Para ello incide en la documentación técnica aportada, donde se ponen de manifiesto todas sus alianzas y estrategias empresariales que la permiten por un lado

formular la mejor oferta técnica, siendo la mejor calificada y por otro lado mejorar sustancialmente el precio base de licitación.

Considera que la obligación de la administración tanto general como institucional es conseguir el servicio al mejor precio, concurriendo aquí la mejor oferta económica con la mejor oferta técnica.

Por último mantiene que si hubiera sido necesario abordar el estudio concreto de algún extremo o aportar determinada documentación, debería haber sido solicitada, bien inicialmente o bien en trámite de subsanación.

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 anomalía 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.

En el presente caso manifiesta el órgano de contratación en su informe al recurso que: “*GLOBAL KNOWLEDGE reconoce que, en la justificación de los términos de su oferta no aportó un presupuesto desglosado ni aportó documentación justificativa, si bien llama la atención que responsabilice a la Administración de estos hechos. Este argumento carece de solidez, pues reunida la **Mesa de Contratación el***

*día 18 de mayo de 2022 (documento nº 18), para proceder a la apertura de ofertas económicas y, verificando sus miembros que la oferta de GLOBAL KNOWLEDGE se encontraba incurso en presunción de anormalidad, la Mesa, a través de su Secretario, comunicó mediante escrito de 20 de mayo de 2022, al citado licitador esta circunstancia, otorgándole un plazo de 6 días hábiles ‘a fin de que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos, conforme a lo establecido en el artículo 149 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público’(documento nº 21). Esta comunicación, tal y como se señala expresamente en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, fue objeto de publicación en el **Tablón de Anuncios del Perfil de Contratante**, el 20 de mayo de 2022 (documento nº 22).*

Por tanto, a la empresa se le ha comunicado con total claridad la circunstancia de que su oferta económica estaba incurso en presunción de anormalidad, solicitándoles expresamente que justificaran los costes de su oferta, atendiendo a los parámetros establecidos en el art. 149 LCSP, siendo responsabilidad de la empresa incurso en anormalidad aportar toda aquella documentación que estime necesaria a efectos de justificar su oferta, siendo indefendible trasladar al órgano de contratación la responsabilidad de la escasez de argumentos y documentación aportados por el licitador incurso en baja para justificar su oferta, ya que es éste el único que conoce porqué ha llegado a ese bajo nivel de costes que ha implicado que su oferta se encuentre en presunción de anormalidad. Por tanto, habiendo solicitado la Mesa de contratación la aportación de documentación, no tiene porqué reiterar en un segundo momento dicha petición, pues el art. 149 LCSP no contempla un segundo trámite de audiencia, siendo una cuestión distinta que de la documentación aportada, la Mesa hubiera requerido alguna aclaración sobre algún aspecto concreto.

(...) Alegan igualmente que ‘la práctica sobre el tipo de justificación en ofertas anormalmente bajas difiere sustancialmente de unos órganos de contratación a otros, por lo que Global Knowledge – que además es una empresa conocida en el sector y que trabaja habitualmente con las Administraciones Públicas- entendió que la justificación presentada era completamente suficiente’.

Entendemos que esta alegación carece de fundamento, ya que este órgano de contratación se hace responsable de los procedimientos de licitación tramitados dentro de su ámbito de actuación, procedimientos de los cuales conoce el objeto de lo que pretende contratar, conoce las proposiciones formuladas por los diferentes licitadores y conoce las justificaciones efectuadas por las empresa incursas en presunción de anormalidad, no pudiendo ni debiendo valorar aspectos relativos a procedimientos de licitación en los cuales desconoce absolutamente las circunstancias que los rodean.

En todo caso, con esta alegación, parece que el recurrente alude a que estamos ante una empresa solvente, idónea para llevar a cabo el objeto del contrato. En ningún caso, la Administración, en esta fase del procedimiento, está cuestionando la solvencia y capacidad de GLOBAL KNOWLEDGE (este aspecto se verifica una vez se ha propuesto la adjudicación del contrato), si bien, esta circunstancia por sí sola tampoco podría entenderse suficiente para considerar viable una oferta, sino que es necesario que la justificación de la oferta presentada garantice la viabilidad de realizar todas las prestaciones objeto del contrato por el precio ofertado”.

Manifiesta el órgano de contratación que ante esta solicitud, la respuesta de GK fue un escrito genérico en el que no se aportaba documentación acreditativa de los costes en los que su oferta incurría para considerarla como viable.

Este informe se encuentra en el expediente de contratación siendo su contenido:

“En virtud del requerimiento recibido se insta a esta parte a justificar la oferta presentada, por considerarla anormalmente baja. De conformidad con lo solicitado procedemos a fundar el motivo de la oferta realizada:

Para la determinación de la oferta económica, la empresa ha valorado previamente el riesgo y perjuicio que supondría una mala o ineficiente ejecución del servicio.

La empresa a la que represento cuenta con una amplia y dilatada experiencia en la realización de formación y certificación oficial del fabricante Microsoft.

Global Knowledge Network Spain, es Learning Partner Autorizado en la categoría GOLD para la entrega de los cursos y certificaciones oficiales incluidos en el catálogo oficial del fabricante.

En esta misma línea disponemos de una experimentada red de profesores autorizados por el fabricante- MCT (Microsoft Certified Trainer) que se pondrán a disposición del contrato, y que nos permite aplicar tarifas por volumen en el conjunto de nuestros servicios de formación en Microsoft aplicados al presente contrato.

Así mismo, Global Knowledge Network Spain está incluido como Learning Partner Autorizado, en el programa WDF (Workforce Development) de Microsoft, cuyo objetivo es formar y certificar en tecnologías de Microsoft para mejorar la empleabilidad de jóvenes, desempleados y parados de larga duración. El programa WFD permite a la empresa que represento acceder a descuentos hasta un 50% en la compra de exámenes oficiales.

Por ello, para la fijación de la oferta económica presentada se han tomado en consideración todos estos aspectos mencionados que nos permiten garantizar que, no sólo puede cumplirse con el objeto del contrato sino que se realizará cumpliendo los máximos estándares de calidad y la entidad obtiene un resultado económico positivo con la realización del servicio”.

A la vista de este escrito, el informe técnico que sirve para la adopción del acuerdo de exclusión y que justifica y motiva dicho acuerdo indica: *“La justificación de la oferta económica presentada por la entidad ‘**GLOBAL KNOWLEDGE NETWORK SPAIN**’ se fundamenta en la presentación de un escrito donde expone la valoración de la oferta, sin aportar ningún desglose presupuestario que contemple los conceptos que configuran el conjunto de los servicios mínimos obligatorios a prestar para la ejecución del contrato: equipo docente, coordinación, equipamiento técnico, material didáctico, certificaciones de alumnos, material fungible, software y seguro de alumnos. En cuanto a los conceptos valorados como mejoras por la propia empresa en la licitación, tampoco desglosa costes para: equipamiento técnico-didáctico, sesiones formativas, talleres prácticos y coordinación de prácticas para los alumnos.*

No aporta ninguna documentación, justificante, presupuesto o factura que acredite el ahorro en el coste estimado por la empresa en su oferta económica.

Únicamente adjunta un documento en el que acredita estar incluido como Learning Partner Autorizado, en el programa WDF (Workforce Development) de Microsoft, lo que, según la empresa, le facilita descuentos en los gastos de presentación de los alumnos a los exámenes oficiales de Microsoft, pero al no aportar costes, no es posible valorarlo”.

Añade el órgano de contratación que: “Sin embargo, el escrito de formulación del escrito de Recurso Especial que nos ocupa planteado por GK viene a ofrecer en este momento alegaciones sobre la viabilidad de la oferta distinta de las que en su momento se ofrecieron incluyendo presupuestos que justifican los posibles ahorros”.

Concluye el órgano de contratación manifestando que: “a la vista de que el requerimiento efectuado que fue realizada en los términos legales oportunos con referencia directa al art. 149 de la LCSP no era necesario ni obligatorio haberle solicitado aclaraciones adicionales al informe de justificación presentado hasta que de manera concreta el licitador diera una justificación de su oferta en términos de viabilidad del pliego”.

A la vista de las posiciones y acciones de las partes este Tribunal reitera la doctrina formulada en su Resolución 78/2022, de 24 de febrero, y 250/2022, de 30 de junio, en las que se matiza que la justificación de la viabilidad de la oferta debe efectuarse en su momento procesal oportuno y no vía subsanación o aclaración o vía recurso.

Así mismo recuerda su Resolución 2/2017, de 11 de enero, “El contenido de la justificación ha de ir referido a las prestaciones objeto del contrato. Las empresas deciden libremente la composición de sus ofertas económicas de acuerdo a los criterios establecidos en el Pliego y son conocedoras de los factores de todo tipo que han tenido en cuenta para su formulación en los términos en que la han presentado, valorando incluso el riesgo de exclusión al que se exponen, si sus propuestas son anormalmente bajas y el riesgo de no resultar adjudicatarias, si los precios que proponen son demasiado altos o cercanos a los máximos establecidos por el Pliego”.

De ahí que no pueda considerarse suficiente el hecho de contar con una amplia solvencia técnica para acometer el contrato, tal y como pretende el recurrente en este caso.

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 los aspectos solicitados, 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.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 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 Global Knowledge Network Spain S.L.U., contra la Resolución del Consejero de Economía, Hacienda y Empleo de fecha 9 de junio de 2022, por la que se excluye la oferta de la recurrente de la licitación del Lote 6 del contrato de servicios “Cursos de formación profesional para el empleo en el centro de formación profesional para el empleo en tecnologías de la información y comunicaciones (CRN GETAFE)”, número de expediente A/SER-026114/2021.

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.- 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.