



INFORME 9/2016, DE 22 DE DICIEMBRE, SOBRE LA VIABILIDAD DE UNA OFERTA CONSIDERADA DESPROPORCIONADA O ANORMAL Y SU JUSTIFICACIÓN.

ANTECEDENTES

El Secretario General Técnico de la Consejería de Políticas Sociales y Familia ha remitido escrito dirigido a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en los siguientes términos:

ANTECEDENTES

- *Mediante Orden 712/2016, de 13 de mayo, de la Consejería de Políticas Sociales y Familia, se acuerda el inicio y tramitación del expediente correspondiente al contrato de servicios titulado “GRABACIÓN DE SOLICITUDES DE TÍTULOS DE FAMILIA NUMEROSA”, cuya adjudicación se efectuará por procedimiento abierto, criterio único precio. El Importe licitación asciende a 97.921,63 euros, IVA incluido*

El objeto del mencionado contrato consistía en la realización de actuaciones administrativas de procesamiento y clasificación de la documentación obtenida para la tramitación de los títulos de familia numerosa, así como la grabación de datos en la correspondiente aplicación informática.

De conformidad con el apartado 7 de la Cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, es un contrato reservado a Centro Especial de Empleo, de acuerdo con la disposición adicional quinta del TRLCSP, cuando al menos el 70% de las personas afectadas por el contrato objeto del servicio, sean personas con discapacidad, que debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales, reconocidos legalmente y autorizados como tal. A estos efectos se entiende por Centro Especial de Empleo aquel que reúna los requisitos legalmente previstos en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos y demás normativa de desarrollo.

- *La convocatoria del mencionado contrato se publica en el B.O.C.M. n° 153, de 29 de junio de 2016. La entidad (...) presentó proposición para participar en la licitación del contrato de referencia, el 15 de julio de 2016 como consta en el certificado emitido por el Jefe de División de Régimen Interior y Obras.*

- *El 5 de agosto de 2016 la mesa de contratación celebró el acto público de apertura de ofertas económicas, apreciando que la oferta de la recurrente podría considerarse con valores anormales o desproporcionados, por lo que se acuerda solicitarles aclaración sobre la misma, tal como establece el artículo 152.3 del TRLCSP.*

- *El día 12 de agosto se recibe la justificación de la oferta de la recurrente y se remite a la unidad promotora del contrato para su valoración e informe. Informe que es emitido por la Subdirección General de Familia el día 31 de agosto. En el mencionado informe, se concluye que:*
 - *La entidad (...), presenta una justificación económica de su oferta que se considera insuficiente dado que la solvencia económica y financiera constituyen requisitos de solvencia que ya fueron evaluados con anterioridad.*

 - *En segundo lugar la entidad presenta un cuadro sin el más mínimo desglose o detalle de cómo llega a las cantidades que muestra.*

 - *La entidad alega contar con una subvención. Se solicitó de oficio a la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, certificación de las cantidades concedidas por este concepto a la entidad, sin que los datos aportados permitan discernir si las cantidades obtenidas se dirigen al contrato objeto de este informe o a cualquier otro.*

 - *Por las razones expuestas, y dado que la ausencia de datos, más allá de unos números generales, imposibilita un análisis riguroso sobre la viabilidad de la oferta, se considera que la oferta presentada por (...) debe ser desestimada.*

- *El día 5 de septiembre se reúne la mesa de contratación para el estudio de la justificación de la oferta económica que hace la empresa (...) y del informe que al respecto emitió la Dirección General de la Familia, acordando su exclusión de la licitación por no justificar adecuadamente su oferta y proponiendo la adjudicación del contrato a la siguiente proposición económicamente más ventajosa.*

- *Mediante Orden 1557/2016, de 27 de septiembre, se adjudica el contrato de referencia a la entidad (...), informándose asimismo, de los motivos de la exclusión de los licitadores excluidos.*

- Con fecha 10 de octubre de 2016 tiene entrada en el registro de esta Consejería escrito de recurso de reposición de la entidad (...) contra la citada Orden de adjudicación.

CONSULTA

El artículo 152 LCSP prevé un procedimiento contradictorio para evitar rechazar las ofertas con valores anormales o desproporcionados sin comprobar antes su viabilidad, de forma que la decisión sobre la aceptación o no de una oferta desproporcionada debe atender a los elementos de la proposición y a las concretas circunstancias de la empresa licitadora, y valorar las alegaciones del contratista y los informes técnicos emitidos.

La doctrina del TACRC, recogida entre otras en la resolución 513/2015, de 5 de junio, en caso de exclusión de una oferta incurra en presunción de temeridad, incide en que es exigible que se fundamenten los motivos que justifiquen tal exclusión mediante una resolución “reforzada”. No obstante, es al licitador al que le corresponde acreditar la posibilidad de cumplir el contrato en los términos indicados en la proposición, y proveer al órgano de contratación de argumentos que le permitan llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo.

La consulta que se formula a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se refiere a los criterios a seguir en la aplicación del artículo 152 LCSP en los siguientes aspectos:

1.- Nivel de desglose que se debe exigir en la justificación de una oferta incurra en presunción de temeridad.

En el caso que nos ocupa, la entidad licitadora para justificar la viabilidad de su oferta se limita a indicar (aparte de las subvenciones salariales), que para realizar su oferta ha tenido en cuenta los requisitos y obligaciones de los pliegos y de la normativa laboral, pero únicamente hace referencia a una única partida denominada “gastos de personal y otros”, valorándolos en 63.619,49 euros, sin entrar a detallar cómo ha llegado a esa cifra. No hace mención al convenio colectivo aplicable, ni al salario desglosado de cada uno de los trabajadores que deben ejecutar el contrato conforme al PPT. Tampoco se hace mención a la naturaleza y cuantía de los gastos calificados como “otros” en su justificación.

2.- *Qué ayudas se deben tener en cuenta. En este caso, la empresa incursa en presunción de temeridad, alude a una subvención de la Comunidad de Madrid, de financiación del coste salarial en Centros Especiales de Empleo, de 24.706,50 euros.*

En el expediente consta un certificado de la Consejería de Economía y Empleo, según el cual, la citada entidad ha cobrado subvenciones por ese concepto para periodos anteriores (la última para el periodo agosto 2014 - agosto 2015); y tiene solicitada una subvención de 1.308.546,35 euros para el periodo comprendido entre septiembre de 2015 a junio de 2016, que está “en tramitación”.

A juicio de la mesa de contratación, esta subvención no se puede tener en cuenta a la hora de valorar la justificación de la oferta, pues ni abarca el periodo de ejecución del contrato previsto en el PCAP (1 septiembre 2016 a 31 de agosto 2017), ni la tiene concedida. Se trata de una expectativa, que puede ser o no cumplida.

La propia entidad, en la justificación de la oferta reconoce que “el beneficio de este negocio se sustenta sobre unos ingresos futuros correspondientes a la subvención de coste salarial, lo que genera un Cash-Flow negativo en el corto plazo”.

A todo ello habría que añadir que, tratándose de un contrato reservado a Centros Especiales de Empleo, todos los licitadores pueden acceder a esta subvención, por lo que no serviría como hecho diferenciador respecto del resto de las ofertas presentadas.

A juicio de este Órgano de Contratación, estos motivos deberían ser suficientes para decidir su exclusión, pues no queda acreditada la viabilidad de la oferta.

Por todo lo anteriormente expuesto, al amparo de lo dispuesto en el artículo 38.2 del Decreto 49/2003, de 3 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación pública de la Comunidad de Madrid, se formula consulta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid sobre criterios a aplicar por el Órganos de Contratación en la valoración de ofertas que puedan ser consideradas desproporcionadas o anormales, en particular:

1.- *¿Qué nivel de desglose mínimo deben exigir los Órganos de Contratación en la justificación de una oferta incurrida en presunción de temeridad?*

¿Se deberían aceptar como justificación de las ofertas, importes de las partidas de gasto más importantes del presupuesto de licitación a tanto alzado, sin que se justifique cómo se ha llegado a esa cifra?

¿Se considera justificación suficiente para excluir una proposición, la falta de un mínimo desglose que permita al Órgano de Contratación comprobar la viabilidad de la misma?

2.- *En el supuesto que el licitador haya obtenido algún tipo de ayuda, ¿qué requisitos debe cumplir ésta -en cuanto a si debe estar ya concedida, cobrada o en tramitación, y al periodo de concesión-, para poder ser tenida en cuenta por el Órgano de Contratación como justificación de una proposición?*

CONSIDERACIONES

1.- La consulta se concreta en dos cuestiones acerca de los criterios a seguir en la interpretación del artículo 152 de la Ley de Contratos del Sector Público, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP): nivel de desglose mínimo a exigir por los órganos de contratación en la justificación de una oferta con carácter desproporcionado o anormal y, en el supuesto de que el licitador haya obtenido alguna ayuda, qué requisitos debe cumplir ésta para poder ser tenida en cuenta por el órgano de contratación como justificación de la proposición.

2.- El artículo 151.1 del TRLCSP establece que, cuando el único criterio a considerar para la adjudicación del contrato sea el precio, se entenderá que la oferta económicamente más ventajosa es la que incorpora el precio más bajo. No obstante, indica asimismo que el órgano de contratación clasificará las proposiciones presentadas, por orden decreciente, que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales conforme a lo señalado en el artículo 152, que determina en su apartado 1 que, cuando el único criterio valorable de forma objetiva a considerar para la adjudicación del contrato sea el de su precio, el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas podrá apreciarse de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente, por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado y establece en su apartado 3 el procedimiento contradictorio que ha de seguirse una vez identificadas las ofertas con valores anormales o desproporcionados, en

el que debe darse audiencia al licitador para que precise y justifique las condiciones de su oferta.

El licitador deberá proporcionar argumentos suficientes que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que el contrato puede llevarse a cabo con garantías por el precio ofertado, argumentos o justificaciones que deberán ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta que se ha presentado en relación al resto de ofertas válidas recibidas.

La finalidad de la regulación de las ofertas con valores anormales o desproporcionados es evitar el rechazo automático de proposiciones, permitiendo al licitador incurso en presunción de temeridad o valor anormal justificar los términos económicos de su proposición. Como indica la 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., estos trámites tienen por objeto evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y garantizar la sana competencia entre las empresas.

La justificación última de esta técnica, como afirma el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 2/2013, de 16 de enero, es que “los órganos de contratación del sector público deben velar porque el precio de los contratos corresponda con el del mercado, más allá de las rebajas que se ofrezcan en el proceso competitivo licitatorio (...). Ello es así porque (...) la contratación del sector público debe asegurarse entre otros principios, el de la libre competencia”. Debe permitirse, por tanto, al licitador que explique los motivos de su oferta y su viabilidad sin poner en riesgo la ejecución del contrato. El artículo 69.3 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18 CE establece que “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...”.

El considerando 103 de la citada Directiva recoge que cuando el licitador no pueda ofrecer una explicación suficiente, el poder adjudicador debe estar facultado para rechazar la oferta, puesto que las ofertas que resulten anormalmente bajas podrían estar basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, económico o jurídico. El rechazo debe ser obligatorio en los casos en que el poder adjudicador haya comprobado que el precio y los costes anormalmente bajos propuestos resultan del incumplimiento de la normativa social, laboral o medioambiental, como expresamente establece en su artículo 69.3.

La apreciación de si es posible el cumplimiento del contrato conforme a la proposición presentada o no debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que concurren en la oferta, no siendo posible su aplicación automática. El artículo 69.2 de la citada Directiva 2014/24/UE, enumera una serie de aspectos a que el licitador podrá referirse en sus explicaciones para la justificación de la oferta anormalmente baja, sin que esta enumeración, que figura básicamente en el artículo 152.3 del TRLCSP, tenga carácter limitativo ni obligatorio. No obstante, la legislación de contratos públicos no determina el nivel mínimo de desglose que han de exigir los órganos de contratación en la justificación de una oferta anormal o desproporcionada, dado que no resulta posible establecer unas reglas que sirvan para todo tipo de contratos y dado asimismo que las justificaciones por parte de las empresas pueden ser múltiples y diferentes y basarse en distintos conceptos. Ha de ser, pues, el órgano de contratación quien, a la vista de la justificación aportada por el licitador y a propuesta de la mesa de contratación con el asesoramiento técnico pertinente, resuelva si considera suficiente la justificación aportada para la correcta ejecución del contrato o, si por el contrario, considera que el contrato no puede ser cumplido según la proposición ofertada, a la vista de las justificaciones aportadas por el licitador. En este último supuesto, de manera excepcional, la oferta inicialmente más económica no será la adjudicataria, quedará excluida de la clasificación y se acordará la adjudicación a favor de la proposición económicamente más ventajosa, según el orden en que hayan sido clasificadas, conforme a lo indicado en el artículo 151.1 del TRLCSP.

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. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, ha venido reiterando en diversas resoluciones (nº 84/2015, de 23 de enero) que: “en caso de exclusión de una oferta incurso en presunción de temeridad es exigible que se fundamenten los motivos que justifiquen tal exclusión mediante una resolución “reforzada”.

Como indica el citado artículo 69.3 de la Directiva 2014/24/UE, sólo podrá rechazarse la oferta en el supuesto de que los documentos aportados por el licitador no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos. Por el contrario, si existen razones objetivas que permitan acreditar la posibilidad de cumplir de forma correcta con la prestación objeto de licitación, debe aceptarse la oferta.

El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en su Resolución nº 185/2016, de 22 de septiembre de 2016, considera que: “la justificación ha de ir referida fundamentalmente al cumplimiento de las prestaciones

objeto del contrato. Esto no supone que se justifique exhaustivamente cada uno de los componentes de la oferta anormal o desproporcionada, sino que se trata de argumentar de modo que permita al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo. La justificación ha de ser completa, pero no puede considerarse insuficiente por la omisión de elementos de escasa entidad en relación a la totalidad del importe o de explicaciones que puedan ser una pormenorización de lo expuesto con carácter general; obviamente, tales argumentos o justificaciones deberán ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta.”

El licitador debe probar la viabilidad de la oferta en todos los elementos que la componen aportando los justificantes necesarios para ello, por lo que en principio no parece suficiente que se aporte únicamente justificación de los importes más importantes a tanto alzado, sin determinar cómo se llega a la cuantía ni su desglose.

3.- En el supuesto objeto de consulta, uno de los argumentos utilizados por la empresa para justificar su oferta es la situación de sus cuentas anuales. Sin embargo, el informe técnico considera dicha justificación insuficiente, ya que la solvencia económica y financiera constituye requisito de solvencia que ya fue evaluado con anterioridad. Si bien es cierto que el artículo 85 del RGLCAP en su apartado 6 establece que: “Para la valoración de la ofertas como desproporcionadas, la mesa de contratación podrá considerar la relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada”, no pueden establecerse a priori unos criterios con carácter general para dicha valoración sino que será la mesa de contratación, si considera oportuna su aplicación, la que realice dicha valoración atendiendo a las diversas circunstancias que puedan concurrir en cada caso concreto” (Informe 7/2002 de 10 de octubre, de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía).

4.- La segunda cuestión se refiere a que, en el supuesto de que el licitador haya obtenido alguna ayuda, qué requisitos debe cumplir ésta para poder ser tenida en cuenta por el órgano de contratación como justificación de la proposición con valores anormales o desproporcionados: si debe estar ya concedida, o cobrada o en tramitación, así como el período a que se refiera la concesión.

El artículo 69.2.f) de la Directiva 2014/24/UE, así como el apartado 3 del artículo 152 del TRLCSP, establece entre las causas que puede alegar el licitador para justificar la proposición presentada la posible obtención de una ayuda estatal. El tenor literal de este precepto podría ser interpretado en el sentido de que no es preciso que una ayuda haya sido concedida previamente para poder ser valorada como una de las causas que justifiquen el valor anormal de una oferta. No obstante, esta interpretación no puede ser

aplicada sin más a todos los supuestos, pues dependerá de multitud de factores, que variarán en cada supuesto: tipo de ayuda, órgano concedente, cuantía, si le ha sido o no concedida a la empresa en otras ocasiones, si las circunstancias de ésta han variado con respecto a ocasiones anteriores, etc., por lo que no pueden aplicarse los mismos criterios a todos los supuestos. Corresponde, por tanto, el órgano de contratación, con el asesoramiento de los servicios técnicos, determinar en cada supuesto concreto si la expectativa de una posible ayuda alegada por el licitador puede o no ser tenida en cuenta, sin que esta Junta Consultiva pueda sustituir esta labor.

CONCLUSIONES

1.- La legislación de contratos públicos no determina el nivel mínimo de desglose que han de exigir los órganos de contratación en la justificación de una oferta anormal o desproporcionada, dado que no resulta posible establecer unas reglas que sirvan para todo tipo de contratos y dado asimismo que las justificaciones por parte de las empresas pueden ser múltiples y diferentes y basarse en distintos conceptos. En todo caso el licitador debe justificar la viabilidad de su oferta en todos los elementos que la componen de precio y condiciones como exige el artículo 152.3 del TRLCSP.

2.- Ha de ser el órgano de contratación quien, a la vista de la justificación aportada por el licitador, a propuesta de la mesa de contratación, con el previo y preceptivo asesoramiento técnico, resuelva si considera suficiente la justificación aportada para la correcta ejecución del contrato o, si por el contrario, considera que el contrato no puede ser cumplido según la proposición ofertada, a la vista de las justificaciones aportadas por el licitador.

3.- Asimismo, corresponde al órgano de contratación, con el procedimiento establecido en los artículos 152 del TRLCSP y 22.1.f) del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, determinar en cada supuesto concreto si la expectativa de una posible ayuda alegada por el licitador puede o no ser tenida en cuenta, atendiendo a las circunstancias concurrentes, sin que esta Junta Consultiva pueda sustituir esta labor.