

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

En Madrid, a 23 de abril de 2014.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por Don J.V.J., en nombre y representación de Fomento de Técnicas Extremeñas S.L. (Fotex), contra la adjudicación del contrato de “Manejo, tratamiento clínico y recuperación de fauna protegida en el Centro de Recuperación de animales silvestres de la Comunidad de Madrid (CRAS Madrid-Viñuelas) Red Natura 2000. Año 2013-2015”, de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La Consejería de de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio mediante Orden de 9 de julio de 2013 acordó el inicio de la tramitación del expediente del contrato de servicios citado mediante procedimiento abierto y criterio precio con un valor estimado de de 1.460.291,22 euros cuya contratación se autorizo por el Consejo de Gobierno en la reunión de 14 de noviembre de 2013.

El anuncio de la convocatoria se publicó en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, de fecha 2 de diciembre de 2013.

Segundo.- De acuerdo con lo establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas (PCAP), el único criterio de valoración de las ofertas para su adjudicación será el precio, estableciendo a su vez en el apartado 7 del Anexo I el siguiente parámetro para determinar el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas:

“El carácter desproporcionado o anormal de las ofertas se apreciará de acuerdo con lo previsto en el artículo 85 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en relación con el art. 152 del TRLCSP.

Para el cálculo del carácter desproporcionado o anormal de las ofertas, se aplicará la reducción de un tercio a los porcentajes establecidas en el apartado 5 del mencionado artículo 85 del RGLCAP. Este hecho se motiva atendiendo a las situación económica actual y a que el 70% del presupuesto se refiere a horas de personal, por lo que es necesario que la oferta se aproxime lo máximo posible al presupuesto base de licitación a fin de garantizar el pago a los trabajadores y por tato la prestación del servicio de calidad. Además la reducción de jornales pondría en riesgo la pervivencia de los animales que se alojan en el Centro de recuperación, muchos de ellos de un enorme valor genético”.

A la licitación convocada se presentaron tres empresas entre ellas, la recurrente.

Tercero.- Consta en el expediente que realizados los trámites previos pertinentes, el 18 de diciembre de 2013, se reunió la Mesa de contratación y celebró el acto público de apertura de proposiciones económicas de las tres empresas admitidas que ofrecieron los siguientes precios: Tracani S.A., 608.430,34 euros; Tahler S.A., 653.991,42 euros; y Fomento de Técnicas Extremeñas S.L., 591.417,94 euros.

Se observa por la Mesa que de existir alguna oferta que contenga valores anormales o desproporcionados se cursara la oportuna comunicación y se solicitará

la información a los incluidos en tal circunstancia, como está previsto en el artículo 152 del TRLCSP.

El Secretario de la Mesa de contratación mediante escrito de 20 de diciembre comunica a la empresa Fomento de Técnicas Extremeñas S.L. (Fotex), ahora recurrente, que su oferta podría incluir valores anormales o desproporcionados y la requirió para que justificase los términos de su oferta, así como la viabilidad de ejecutar satisfactoriamente el contrato en las condiciones ofrecidas.

El día 23 de diciembre la empresa presentó el informe para justificar la viabilidad de su oferta.

El 30 de diciembre se emite informe de la Jefa del Área de Contratación sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del RGLCAP y la reducción de un tercio los porcentajes fijados en dicho artículo, en el que señala que la media de las ofertas presentadas asciende a 617.946,57 euros y *“por tanto las ofertas no pueden haber realizado una baja superior a 6,67 unidades porcentuales a la media de las ofertas realizadas (6,67=10 unidades recogidas en el artículo 85 reducidas en un tercio).*

Que ninguna empresa supera la media de 6,67% por lo que no había que eliminar ninguna para hacer el cálculo de nueva baja y estarían en baja las ofertas que hubiesen realizado una baja superior al 6,67.

Que al tratarse de tres licitadoras hay que cumplir el apartado 3 del artículo 85 del RGLCAP al que también se aplica la reducción de un tercio. Se entiende por analogía con el artículo 85.1 que las 25 unidades porcentuales (16,67 por reducción del tercio) se refieren al presupuesto de licitación 25-8,33 (es el tercio de 25) = a 16,67%”.

Concluye que *“el Área ha optado por el cálculo respecto de presupuesto de licitación puesto que de aplicarse el porcentaje del 25% (en este caso el 16,67%) sobre la media aritmética de las ofertas, sería innecesaria la existencia del último*

inciso del apartado 3 del artículo 85 del RGLCAP ya que aritméticamente si una empresa no ha llegado a realizar una baja superior a al 6,67%, menos aun del 16,67%”.

Una vez sentado el criterio sobre la aplicación del artículo 85 del RGLCAP a las ofertas realizadas, el Jefe de área de Conservación de Flora y Fauna emite un informe sobre la justificación de la viabilidad de la oferta de la recurrente, con fecha 30 de de diciembre, que, tras analizar la justificación realizada por al empresa Fotex, en los términos que por claridad expositiva se expondrán en su caso en los fundamentos de derecho de esta Resolución, concluye que: *“De acuerdo con todo lo expuesto, el técnico que suscribe considera que la oferta económica de la empresa Fotex S.L. puede incluir valores anormales o desproporcionados que hacen desaconsejable su aceptación al considerarse baja temeraria”.* Cabe destacar del mencionado informe que como consideración previa al mismo sobre dicha oferta, expone que *“que el contrato que nos ocupa se lleva desarrollando varios años y se tiene, por tanto, una experiencia notable en los costes reales de las distintas partidas que lo componen. Esto equivale a decir que los costes concretados en el estudio económico anejo al pliego de prescripciones técnicas son muy aproximados a la realidad y admiten un porcentaje de baja reducido”.*

A la vista del anterior informe, la Mesa de contratación en su reunión de 21 de febrero acuerda elevar al órgano de contratación la propuesta de adjudicación a favor de Tracani S.A.

Consta un escrito de la recurrente al órgano de contratación recibido el día 3 de marzo de 2014 en el que cuestiona la clasificación aportada para acreditar su solvencia por la propuesta como adjudicataria, dada su cifra de negocios y el número de trabajadores, y en el que solicita a la Mesa que revise la solvencia de la misma y en su caso compruebe, ante el órgano competente, la vigencia de la clasificación exigida M8C.

Con fecha 5 de marzo el Secretario de la Mesa emite un informe en el que señala que una vez comprobada la vigencia de la clasificación de la empresa Tracani en el Grupo, Subgrupo y Categoría establecidos en los PCAP, no cabe más que mantener su admisión a la licitación y el resto de actuaciones realizadas por la Mesa de contratación.

Por último el día el día 7 de marzo de 2014, se dicta Orden por la que se acuerda adjudicar el contrato a la empresa Tracani y se excluye a la recurrente, *“por no estimarse justificados los valores desproporcionados o anormales de la oferta presentada debido a sus importantes bajas en conceptos tan esenciales como son el personal, la alimentación, el mantenimiento de las instalaciones y las analíticas a realizar, lo cual puede presentar inconvenientes graves en el funcionamiento del Centro y riesgos de inseguridad sanitaria, tanto para el personal como para la fauna”*, lo que se notifica a la recurrente con fecha 13 de marzo.

Cuarto.- Frente a dicha Orden la empresa excluida presentó recurso ante este Tribunal el 31 de marzo de 2014, en el que considera que el acto impugnado adolece de vicios susceptibles de acarrear la nulidad o anulabilidad del mismo.

Con carácter previo al examen concreto de los motivos que justifican a su juicio la nulidad de la adjudicación, señala que se excluye a Fotex S.L. obviando el hecho, de que en el año 2009 fue la adjudicataria del contrato, licitado por la empresa pública de la Comunidad de Madrid Gestión y Desarrollo de Medio Ambiente de Madrid (GEDESMA). Que este servicio se desarrolló hasta el límite del contrato de cuatro años, finalizando el 31 de octubre del 2013, fecha en que se prórroga estando prestando dichos servicios hasta el día de hoy y por ello es conocedora de los costes reales de mismo, puesto que viene ejecutándolo desde 2009.

Señala asimismo que se excluyó al jefe de Sección de Especies Protegidas de la Mesa de contratación, lo que infringe la más elemental normativa al respecto del funcionamiento de los órganos colegiados, y todo ello para evitar que pudiera

informar que la oferta de Fotex previsiblemente por mantener una postura opuesta a la del Jefe de Área y considerar que su oferta económica es perfectamente viable, por lo que debería haber sido la adjudicataria del contrato.

Considera asimismo que se ha producido error en la valoración de la oferta económica presentada por la empresa, que no incurre en baja temeraria, ya que entiende que, aunque vigente y no derogado, el segundo criterio de valoración de la baja que recoge el art. 85.3 del RGLCAP del 2001, no es aplicable por contradecir lo dispuesto en el art. 152.1 del vigente TRLCSP.

Aduce también que la diferencia entre las dos ofertas es mínima o irrelevante, más aún cuando la oferta de Fotex se basa en casi cinco años de experiencia realizando el trabajo y la otra oferta más bien parece *“fruto de un mero acierto numérico o cabalístico”*. Por la diferencia irrelevante entre las ofertas no puede considerarse que alguna esté en una situación de desproporción que impida el correcto desarrollo de los trabajos, que en definitiva es lo que persigue la norma que regula los límites en las bajas en las licitaciones públicas, citando para ello la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 74/2012.

Alega que la empresa cuenta con una solvencia técnica acreditada por más de cuatro años de ejecución de este mismo trabajo y con una solvencia económica que queda acreditada en sus cuentas anuales debidamente registradas, y que se adjuntan a este escrito, a diferencia de la empresa adjudicataria.

Respecto de la concreta apreciación de su oferta como inviable señala en primer lugar que el informe que presenta el Jefe de Área de Conservación de Flora y Fauna utiliza para contrastar los costes presentados por Fotex, los del anterior proceso de licitación de este mismo servicio, es decir, de hace casi cinco años, concretamente de abril de 2009 y no lo hace con precios del actual proceso de licitación, los cuales no contienen un desglose por concepto por lo que no deberían haberse tenido en cuenta para la valoración de la justificación presentada por Fotex

para la correcta ejecución del Servicio, pues no se han publicado en los Pliegos de la licitación.

Seguidamente explica los conceptos y costes que ha tenido en cuenta en su oferta, de los que daremos cuenta por claridad expositiva con el concreto examen de cada uno de ellos.

Quinto.- El órgano de contratación remitió al Tribunal el expediente, el 3 de abril 2014, así como el informe sobre el recurso presentado.

En el informe tras exponer los antecedentes en la tramitación del expediente, sobre los motivos en que se sustenta el recurso interpuesto manifiesta, en primer lugar respecto de la concurrencia de temeridad en la oferta de la recurrente que el Área de Contratación no opta, con carácter aleatorio, por aplicar el artículo 85 del RGLCAP, si no que se limita a aplicar lo establecido en el PCAP para apreciar los valores anormales o desproporcionados, tal y como se refleja en el informe de la Jefa del Área de Contratación de 30 de diciembre, y concluye que el último apartado del art 85.3 del RGLCAP no está derogado y que es acorde a lo dispuesto en el artículo 152.1 del TRLCSP.

En cuanto a la concreta apreciación de la viabilidad de la oferta, señala que este presupuesto por conceptos no ha sido publicado pero ha sido el utilizado por Fotex para justificar su oferta. Es por tanto el presupuesto que la unidad promotora ha procedido a utilizar para poder realizar su informe, valorando magnitudes comparables.

Añade que Fotex incluye en el recurso interpuesto una mayor justificación de los términos de su oferta que la presentada en el momento de la petición por la Mesa de contratación de la justificación de su baja. Por tanto, la valoración de su justificación se realizó únicamente con la documentación aportada, distinta de la presentada en este recurso. *“Por otra parte, el criterio según el cual Fotex, basándose principalmente en su experiencia durante los 4 años precedentes*

ejecutando este servicio justifica su oferta, ha de ponerse en relación con el presupuesto con el cual ejecutaba dicho servicio, presupuesto que es mayor que el que actualmente ha licitado”.

En cuanto a la composición de la Mesa de contratación afirma que “*En aplicación de dichos artículos, el titular de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio dictó la Orden 204/2013, de 25 de enero, por la que se designa, con carácter permanente, a los miembros de la Mesa de contratación, publicándose en el B.O.C.M. de 13 de febrero de 2013, estableciendo también los miembros en caso de necesaria suplencia*”, para concluir que las convocatorias y mesas realizadas han seguido la legalidad establecida y respetan en todo caso las normas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiado.

Sexto.- El día 4 de abril se 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.

Dentro del plazo concedido se presentaron alegaciones por la empresa Tracani S.A. que alega que no concurre motivo de nulidad de actuaciones al amparo del artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, en relación con el artículo 32 TRLCSP, al haberse constituido la Mesa de contratación en la forma prevista en la legislación vigente y constituida según la Orden 204/2013, de 25 de enero, que designa, con carácter permanente, a los miembros de la Mesa de contratación.

No concurre por lo tanto el motivo de nulidad de actuaciones alegado, sin que el hecho que el jefe de Sección no fuera convocado a la Mesa donde se valoraron los informes presentados por los licitadores, como se aduce de contrario, “suponga causa de nulidad alguna, entre otros motivos porque no formaba, ni debía formar parte de la misma, y por lo tanto, al no ser vocal no tenía ni que *ser sustituido*, ni hubo que *designar a un nuevo vocal*.”

Tampoco concurre desviación de poder, vicio del acto administrativo que consiste en el ejercicio por un órgano de la Administración Pública de sus competencias o potestades públicas para fines u objetivos distintos de los que sirvieron de supuesto para otorgarle esa potestad, pero amparándose en la legalidad formal del acto. Se debe acreditar por quien la alega, mediante motivos concretos, que se ha seguido un objetivo espurio tendente a satisfacer intereses ajenos al bien público, y en este caso Fotex no lo hace, limitándose a insinuarlo, con el fin de dejar una mancha sobre el procedimiento llevado a cabo por la Mesa de contratación.

La oferta inicial y posterior justificación resulta que presenta valores anormales o desproporcionados. El único criterio de valoración de las ofertas para su adjudicación será el precio, de conformidad con el artículo 150.3 apartado g) del TRLCSP, y de conformidad con lo recogido en el PCAP, el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas se apreciará de acuerdo con lo previsto en el artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en relación con el art. 152 del TRLCSP.

No se trata por lo tanto de una aplicación arbitraria de los criterios de valoración de las ofertas como pretende el representante de Fotex, sino que los criterios a seguir vienen perfectamente definidos en el PCAP y la Mesa de contratación ha aplicado estrictamente lo impuesto en el Pliego, recogido en el artículo 85 del RGLCAP relativo a los criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias, en relación con el artículo 152 TRLCSP.

En base a lo dispuesto en el apartado 5 del art. 85 de RD 1098/2001, (en adelante RGLCAP), y por estar así recogido en el pliego, se ha procedido a la reducción de un tercio en el correspondiente PCAP, de los porcentajes, de forma motivada y referido a todos los apartados. De los cálculos realizados resulta por lo tanto desproporcionada la oferta presentada por Fotex toda vez que su oferta implica una baja de 19 unidades porcentuales y no resultan desproporcionadas las ofertas

presentadas por Tahler y Tracani, esta última con una baja de 16,67 unidades porcentuales.

Que se aplicó el artículo 152 del TRLCSP, dándose audiencia al licitador, y solicitándose asesoramiento técnico del servicio correspondiente.

La Mesa de contratación cumple por lo tanto estrictamente con lo dispuesto en el PCAP y Fotex pudo haber recurrido en su día el pliego, cosa que no hizo, y ahora al considerarse su oferta desproporcionada es cuando se manifiesta en contra del pliego de condiciones.

Sobre la clasificación M8C de la empresa Tracani S.A. y lo manifestado por Fotex, en su ánimo de desprestigiarla, se adjunta el Certificado de Inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado, con la clasificación vigente a la fecha de emisión (13 de febrero de 2014), como M8C.

La dilación en la adjudicación definitiva del contrato está produciendo a esta parte graves perjuicios económicos. Como adjudicataria, se ha visto obligada a incurrir en elevados costes financieros y de personal. La situación actual beneficia únicamente a la anterior adjudicataria Fotex que ve cómo mes a mes sigue cobrando por unos servicios que están adjudicados a otra empresa.

Por todo ello solicita se declare que la Resolución de fecha 13 de marzo de 2104 de la Mesa de contratación de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Comunidad de Madrid es ajustada a derecho, adjudicándose el contrato a Tracani S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El recurso ha sido interpuestos por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica licitadora *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del*

recurso” (artículo 42 del TRLCSP). Asimismo queda acreditada la representación con que actúa el firmante del recurso.

Segundo.- El acto recurrido es la adjudicación de un contrato de servicios del Anexo II del TRLCSP, categoría 27, con un valor estimado superior a 207.000 euros y por lo tanto, susceptible de recurso especial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1.b) y 2.c) del TRLCSP.

Tercero.- En cuanto al plazo para la interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP dispone que deberá presentarse en el plazo de 15 días hábiles a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.

Consta que la Orden por la que se rechaza la oferta y se acuerda la adjudicación, se adoptó el día 7 de marzo de 2014, se remitió la notificación el día 13 de dicho mes y el recurso se interpuso el día 31 de marzo por lo que fue presentado dentro del plazo establecido.

Cuarto.- De conformidad con lo dispuesto 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.

Quinto.- Son varias las cuestiones planteadas por la recurrente en orden a justificar la falta de adecuación a derecho de la exclusión de su oferta.

La primera cuestión que debe ser objeto de examen a la vista de las alegaciones de la recurrente es la de si la oferta efectivamente estaba o no incurso en presunción de temeridad por aplicación de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 85 de RGLCAP, en tanto en cuanto se afirma en el recurso que aunque vigente y no derogado, el segundo criterio de valoración de la baja que recoge el

artículo 85.3 del RGLCAP del 2001, no es aplicable por contradecir lo dispuesto en el artículo 152.1 del vigente TRLCSP.

En todo caso debe partirse de la consideración, tantas veces señalada por este Tribunal de que como es sabido, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Como más arriba se ha recogido, el apartado 7 del Anexo I establece el parámetro para determinar el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas realizando una remisión genérica a lo dispuesto en el artículo 85 RGLCAP, dado que el sistema para adjudicar el contrato se corresponde con la antigua subasta al tener como único criterio de adjudicación el precio, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 152 del TRLCSP, *“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”*.

En el proceso de creación normativa en materia de contratación pública ha dado lugar a la peculiaridad de que el Reglamento General que contiene los parámetros para determinar si una oferta está incurso o no en presunción de temeridad, es previo a la norma que desarrolla pues el TRLCSP carece de desarrollo reglamentario. Efectivamente hasta la entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público, la Ley no regulaba la materia de la consideración de las bajas

temerarias, sino que era el artículo 85 del RGLCAP el que establecía las reglas para apreciar la presunción de tal temeridad en las ofertas. Sin embargo, con la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, la cuestión pasa a ser regulada por esta, adquiriendo rango legal. Por tanto debe acudir primero a la Ley y en su desarrollo o concreción al Reglamento.

En este punto el artículo 136.1 de la LCSP y actual 152.1 del TRLCSP, es muy claro al disponer que cuando el único criterio valorable de forma objetiva a considerar para la adjudicación del contrato sea el de su precio,- como en el caso que nos ocupa-, 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.

La Disposición Derogatoria única del RDL 3/2011 deroga todas las disposiciones de igual o menor rango a la ley.

Por lo tanto, el artículo 85 del RGLCAP resulta de aplicación por remisión expresa de la Ley, estando vigente en todo aquello que no se oponga a la misma, en virtud del principio de jerarquía normativa establecido en el artículo 9.3 de la Constitución Española, por lo que únicamente cabe determinar si ambos preceptos son o no compatibles en su interpretación y en todos sus aspectos.

Así para el caso de que el sistema elegido por el órgano de contratación para la adjudicación del contrato sea el del criterio único precio, que se corresponde con la antigua subasta, el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas podrá apreciarse de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente, en este caso el que ya está establecido, pero no de cualquier forma sino por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado.

Por lo tanto, cualquier sistema establecido o que se quiera establecer en el futuro tiene que respetar esta previsión legal, y es que se haga, insistimos, por

referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado. De esta forma en tanto en cuanto el apartado 3 del artículo 85 establece un porcentaje de baja fijo, -el 25%- , con independencia de las ofertas que se hayan presentado, este Tribunal considera que no es de aplicación, o dicho en otras palabras que se encuentra tácitamente derogado. En este sentido cabe citar el informe de la Abogacía del Estado 12/2009, de 27 de septiembre, cuyas conclusiones se comparten.

De otro lado cabe señalar que, en este caso concreto, no se puede considerar la vinculación del recurrente a unos pliegos que no había recurrido en tiempo, en tanto en cuanto el apartado 7 del Anexo I del PCAP en su redacción es perfectamente ajustado a derecho en cuanto se remite al artículo 85 del RGLCAP, siendo en este caso la interpretación que realiza la Mesa de contratación de dicha remisión la que resulta contraria a derecho.

Sentada la inaplicabilidad del inciso del apartado 3 del artículo 85 del RGLCAP en cuanto establece un porcentaje de baja del 25% por referencia al presupuesto de licitación para considerar que una oferta está incurso en presunción de temeridad, debe examinarse si la oferta de la recurrente incurría en tal presunción con la sola aplicación del otro parámetro fijado en el artículo 85.3 para el caso de que concurren tres licitadores, perfectamente vigente, cual es el de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas, teniendo en cuenta que en este caso concreto el PCAP reduce dicha cantidad en un tercio.

En tal caso, la media de la base imponible de las tres ofertas presentadas es de 617.946,57 euros, siendo el límite a aplicar según el PCAP 6,67 unidades porcentuales de baja, ello implica que estarán incursas en temeridad las ofertas que ofrezcan una baja superior a 659.163,6 euros que es el resultado de sumar a la baja media 41.217,04 euros, que representa el 6,67% de la baja media. Por ello, tal y como se indica en el informe de la Jefa del Área de Contratación y se comprueba por este Tribunal, ninguna empresa supera el límite resultante de dicha aplicación.

No estando incurso en presunción de temeridad la oferta de la recurrente, cabe anular la Orden de 7 de marzo de 2014, por la que se adjudica el contrato y se excluye la oferta de la recurrente y no procede en consecuencia entrar a considerar la adecuación a derecho de la valoración de la viabilidad de la oferta de la recurrente.

En su virtud, previa deliberación, por mayoría, y al amparo de 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, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación formulado por Don J.V.J., en nombre y representación de Fomento de Técnicas Extremeñas S.L. (Fotex), contra la adjudicación del contrato de “Manejo, tratamiento clínico y recuperación de fauna protegida en el Centro de Recuperación de animales silvestres de la Comunidad de Madrid (CRAS Madrid-Viñuelas) Red Natura 2000. Año 2013-2015”, tramitado por la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio.

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.- Levantar la suspensión de la tramitación cuyo mantenimiento fue acordado por el tribunal el día 2 de abril de 2014.

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 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.

Voto particular que se emite por la vocal del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, María Juana Martínez Aníbal-Álvarez respecto de la Resolución 70/2014, en el recurso especial número 62/2014 interpuesto por la representación de la empresa Fotex S.L. contra la Orden de 7 de marzo de 2014 por la que se adjudica el contrato de “Manejo, tratamiento clínico y recuperación de fauna protegida en el Centro de Recuperación de animales silvestres de la Comunidad de Madrid (CRAS Madrid-Viñuelas) Red Natura 2000. Año 2013-2015”, de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio:

Respetando la Resolución adoptada por el Tribunal en este Recurso, se formula el voto particular manifestando discrepancia respecto de la misma, por los fundamentos que se exponen en cuanto a la vigencia y aplicación de lo dispuesto en el artículo 85.3 del RGLCAP para determinar el carácter anormal o desproporcionado de las ofertas.

En este contrato de servicios la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas (PCAP) en su apartado 7 establecía que el *carácter desproporcionado o anormal de las ofertas se apreciaría de acuerdo con lo previsto en el artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), en relación con el artículo 152 del TRLCSP.*

Establecía igualmente que se aplicaría la reducción de un tercio a los porcentajes establecidos en el apartado 5 del artículo 85 del RGLCAP *“motivado por la situación económica actual y a que el 70% del presupuesto se refiere a horas de personal y para que la oferta se aproximase lo máximo posible al presupuesto base de licitación y garantizar el pago a los trabajadores y la prestación del servicio de calidad”*.

Según criterio del Tribunal manifestado en varias resoluciones el artículo 85 del RGLCAP, se encuentra en vigor en lo que no se oponga a lo dispuesto en el TRLCSP.

El artículo 85 del RGLCAP, regula los criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en las subastas, referido actualmente a los contratos a adjudicar mediante criterio precio, y distingue los supuestos en que concurra un solo licitador, dos, tres, cuatro o más licitadores. Los criterios de aplicación a los diferentes supuestos lo son por referencia al conjunto de ofertas válidas presentadas, por lo que resulta acorde con lo dispuesto en el artículo 152.1 del TRLCSP.

El artículo 85.3 del RGLCAP establece los criterios a tener en cuenta cuando concurren tres licitadores, indicando que se considerarán desproporcionadas las ofertas inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas, excluyendo del cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a la misma. El último párrafo, dispone que, en cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales, sin especificar sobre qué importe ha de considerarse dicha baja.

En el caso que se analiza concurrían tres empresas y la media de las ofertas presentadas ascendía a 617.946,57 euros por lo que aplicando el porcentaje establecido en el artículo 85.3, reducido en un tercio como preveía el PCAP, resultaba que las empresas que realizasen una oferta inferior en 6,67 unidades

porcentuales a la media de las ofertas realizadas (576.729,53 euros) estarían en presunción de temeridad. La oferta de la recurrente ascendía a de 591.417,94 euros por lo que según este cálculo no presentaba una baja anormal. No obstante el artículo 85.3 del RGLCAP, para el supuesto de que concurran tres licitadoras, dispone en el último párrafo, que, *“en cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales”*.

El órgano de contratación interpretó este porcentaje en relación con el presupuesto de licitación. Al reducir el porcentaje, como preveía el PCAP, del 25 % en un tercio resultaba que las empresas que presentasen una baja superior a 16,67 unidades porcentuales respecto del presupuesto de licitación, es decir las ofertas por debajo de 608.430,34 euros, se consideran desproporcionadas. Según este cálculo la oferta de la recurrente que ascendía a 591.417,94 euros se considera desproporcionada.

La referencia porcentual del apartado 3 del artículo 85, se realiza por la Mesa de contratación en relación con el presupuesto de licitación, siguiendo el criterio adoptado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en su informe 7/2012, de 19 de diciembre, sobre la vigencia del apartado 3 del artículo 85 del RGLCAP y la posibilidad de calcular el porcentaje, tanto respecto del presupuesto de licitación como en relación con la media aritmética de las ofertas y como señalaba este informe cualquiera de las dos formas cumple lo establecido en el artículo 152.1 del TRLCSP, ya que previamente se ha realizado un cálculo referido a la media de las ofertas presentadas y volver a referirlo con la citada media, *“resultaría de imposible aplicación, por operar previamente el umbral de las 10 unidades porcentuales”*.

El informe citado entiende que en ambos supuestos interpretativos se cumple el objetivo fundamental de esta previsión que es no rechazar la oferta más beneficiosa y asegurar que no resultará adjudicataria una oferta que por su escasa cuantía haga inviable la correcta ejecución del contrato. En todo caso, el informe señala que se trataría de un tema interpretativo y no una cuestión derogatoria.

Concreta que *“el hecho de que el porcentaje del último inciso del artículo 85.3 del RGLCAP se interprete referido al presupuesto de licitación, al igual que en el supuesto de un solo licitador, y no únicamente a la media aritmética de las ofertas presentadas, no supone una contradicción con el artículo 152.1 del TRLCSP, puesto que en el párrafo inicial de este apartado se referencia la desproporción al conjunto de ofertas válidas presentadas al considerar de esta forma las que sean inferiores en más de 10 unidades a la media aritmética de las ofertas presentadas, pudiendo considerarse la referencia a 25 unidades porcentuales un complemento preciso para asegurar la viabilidad de la ejecución del contrato”*.

Este vocal comparte el criterio expuesto de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en cuanto a que el último párrafo del artículo 85.3 del RGLCAP es un elemento adicional a favor de asegurar la viabilidad de la oferta y que no se opone a lo dispuesto en el artículo 152.1 del TRLCSP, por cuanto en la aplicación del primer porcentaje ya ha tenido en cuenta la media de las ofertas presentadas. El RGLCAP no se pronuncia sobre la obligación de atender únicamente a este primer porcentaje para determinar la desproporción de la oferta sino que concreta de forma concluyente que en cualquier caso se considera desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales.

La Abogacía del Estado, emitió informe de 27 de marzo de 2009, sobre si sería ajustada a Derecho la cláusula de un pliego que, para determinar qué ofertas presentan valores anormales, estableciera un porcentaje de baja fijo por referencia al presupuesto de licitación. Este informe analiza lo dispuesto en el artículo 136 1 de LCSP cuando el único criterio de adjudicación es el precio y el apartado 2 del mismo cuando para la adjudicación deben tenerse en cuenta más de un criterio (actualmente artículo 152 apartados 1 y 2). Expone que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el Estado, ha expresado su preferencia por que el cálculo de la temeridad se realice por referencia al conjunto de las ofertas presentadas y cita el Informe 16/66, de 3 de febrero de 1966, donde declaraba:

“No es aconsejable establecer un tanto por ciento fijo del presupuesto formulado por la Administración, a partir del cual hayan de ser consideradas las bajas de subasta que puedan producirse como desproporcionadas o temerarias”.

Estudia igualmente sobre el sistema de porcentaje fijo establecido de antemano en el pliego, la Doctrina y Jurisprudencia Comunitaria citando la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Sexta), de 27 noviembre de 2001, en el caso Lombardini y otros contra Società Italiana per Condotte d'Acqua SpA y otros, en la que el Abogado General expresaba su preferencia por un sistema de fijación del umbral de temeridad calculado por referencia a las ofertas que se presenten a cada concurso. No obstante en la Sentencia de 27 de noviembre de 2001, sobre este caso el Tribunal de Justicia Europeo se limita a decir, que la Directiva no contiene reglas específicas sobre la fórmula matemática utilizable para calcular la temeridad.

En la Sentencia se analizaba, entre otras cuestiones, la adecuación la exclusión de las ofertas anormalmente bajas y la adjudicación del contrato basándose exclusivamente en un criterio matemático fijando el umbral de anomalía en relación con el importe del contrato, sin que se estableciese la aportación de explicaciones a las empresas afectadas y sin que éstas tuviesen la posibilidad de aportar otras justificaciones después de que se sospechase la anomalía de sus ofertas.

La Sentencia en el apartado 43 se pronuncia en los términos siguientes:
“Pues bien, este Tribunal de Justicia ya ha declarado que, cuando, a juicio de la entidad adjudicadora pública, las ofertas de un licitador tengan carácter anormalmente bajo en relación con las prestaciones que deben llevarse a cabo, el artículo 29, apartado 5, de la Directiva 71/305 (LCEur 1971, 100) exige que, antes de decidir la adjudicación del contrato, dicha entidad adjudicadora requiera al licitador para que facilite una justificación de sus ofertas de precios o informe a dicho licitador sobre aquellas de sus ofertas que presentan un carácter anormal y que le dé un

plazo razonable para presentar precisiones complementarias (sentencia de 10 de febrero de 1982, Transporoute”.

En la Sentencia se cuestiona si el cálculo del umbral de anomalía basado en la media de las ofertas, es acorde con los objetivos que persigue la Directiva ya que en este asunto algunos de los licitadores sostuvieron, *“que un mecanismo de cálculo del umbral de anomalía basado en la media de las ofertas relativas a una licitación determinada correría el riesgo de resultar falseado por ofertas que no correspondieran a una voluntad efectiva de contratar, sino que tuvieran como única finalidad influir en el resultado de dicho cálculo. También podría resultar falseada la concurrencia de ofertas, puesto que se llegaría a una situación en la que los licitadores procurarían presentar, no la mejor oferta posible, sino aquella que, con arreglo sobre todo a criterios estadísticos, tuviera las máximas probabilidades de ser la primera de las ofertas no sospechosas, a la que se adjudica automáticamente el contrato”.*

Y en el apartado 72 la Sentencia recoge lo siguiente:

“Es verdad que prácticas como las descritas en el apartado anterior podrían tener una influencia considerable en el resultado al que conduzca un mecanismo de cálculo del umbral de anomalía basado en la media de las ofertas, lo que sería contrario a los objetivos que persigue la Directiva, tal como se definen en los apartados 34 a 36 de la presente sentencia. Por esta razón y en aras de garantizar la plena eficacia de la Directiva, el referido resultado no debe ser intangible, sino que la entidad adjudicadora debe poder reconsiderarlo siempre que sea necesario, teniendo en cuenta, entre otros factores, el umbral de anomalía de las ofertas en licitaciones comparables y las enseñanzas que puedan extraerse de la experiencia común.”

Y seguidamente sobre la aplicación de un criterio matemático concluye:
“73.De lo anterior se desprende que, si bien es verdad que según reiterada jurisprudencia el Derecho comunitario se opone a que determinadas ofertas se excluyan de oficio de los contratos públicos de obras en virtud de un criterio

matemático, tal como se ha recordado en los apartados 45 a 47 de la presente sentencia, por el contrario no es menos cierto que el Derecho comunitario no se opone en principio a que se utilice un criterio matemático, como el umbral de anomalía aplicado en los litigios principales, para determinar qué ofertas resultan anormalmente bajas, siempre que, empero, el resultado al que conduzca la aplicación de tal criterio no sea intangible y que se respete la exigencia de una verificación contradictoria de las referidas ofertas, de conformidad con el artículo 30, apartado 4, de la Directiva)”.

El referido Informe del Abogacía del Estado razona que la temeridad (la oferta anormal) tiene como premisa el desajuste entre la oferta y el mercado, no sería ajustada a Derecho dicha cláusula si resultara que el porcentaje fijo elegido no es apropiado para definir los precios «normales» del mercado. Por ello, podría ser contraria al principio de concurrencia la cláusula de un pliego que, al fijar la temeridad sin ponderar adecuadamente los precios de mercado, obstaculizara la presentación de ofertas más competitivas.

“Es decir, si el porcentaje fijo elegido por el órgano de contratación no se correspondiera con los precios de mercado (que deberían ser, en todo caso, los del mercado comunitario), podría cuestionarse la legalidad del pliego. Por ello, el empleo de este tipo de cláusulas presenta también riesgos desde el punto de vista de seguridad jurídica (que se impugne el pliego por inadecuación del porcentaje elegido)”.

Sobre la consideración de precios de mercado, el órgano de contratación ha realizado en este contrato un ajuste del precio atendiendo a la situación económica y como hace constar el Jefe de Área en su informe de 30 de diciembre de 2013, en su consideración previa al informe sobre la oferta, explica que el contrato se lleva desarrollando varios años y se tiene, por tanto, una experiencia notable en los costes reales de las distintas partidas que lo componen. Añade *“que ello quiere decir que los costes concretados en el estudio económico anejo al pliego de prescripciones técnicas son muy aproximados a la realidad y admiten un porcentaje*

de baja reducido". En el PCAP se ha establecido la reducción prevista en el artículo 85.5 del RGLCAP de los porcentajes establecidos en los apartados anteriores y se justifica expresamente en el PCAP *"atendiendo a las situación económica actual"*.

Como dispone el artículo 87 del TRLCSP *"Los órganos de contratación cuidaran de que el precio sea adecuado para el cumplimiento del contrato mediante a la correcta estimación de su importe atendiendo al precio general de mercado en el momento de fijar el presupuesto de licitación y aplicación, en su caso, de las normas sobre oferta con valores anormales o desproporcionados"*.

Atendiendo a lo anterior el precio de mercado actualmente y por la crisis económica no puede considerarse delimitado por las ofertas de los licitadores puesto que en la situación actual las empresas, en su deseo de resultar adjudicatarias, vienen presentando unos porcentajes de baja elevadísimos lo que permite dudar del cumplimiento de los contratos con los niveles requeridos. El órgano de contratación como prevé el artículo 87 del TRLCSP ha tenido en cuenta los precios de mercado al elaborar el presupuesto del contrato, como lo ha puesto de manifiesto en este expediente.

La Mesa de contratación, en este contrato, para determinación de las ofertas incursas en valores anormales o desproporcionados ha realizado una primera referencia al conjunto de ofertas válidas presentadas y ha aplicado igualmente la referencia a 25 unidades porcentuales como un elemento adicional necesario para asegurar la viabilidad de la ejecución del contrato.

Sobre lo expuesto parece oportuno señalar que la Directiva 2004/18 CE en su artículo 55, sobre ofertas anormalmente bajas, dispone que *"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"*.

Igualmente la Directiva 2014/24 UE sobre contratación pública que deroga la Directiva 2004/18 CE, en su artículo 69 sobre ofertas anormalmente bajas dice “1. *Los poderes adjudicadores exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando las ofertas parezcan anormalmente bajas para las obras, los suministros o los servicios de que se trate*”.

Sobre la aplicación de las Directivas Comunitarias la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 16 de septiembre de 1999, en el asunto C-27/98, señala que, “*como no es necesaria ninguna medida particular de aplicación para el cumplimiento de los requisitos enunciados en el artículo 18, apartado 1, de la Directiva 93/37, las obligaciones que se derivan de ellos para los Estados miembros son, por lo tanto, incondicionales*”.

Conforme a lo anterior la consideración de oferta anormalmente baja en la Directivas de contratación no lo hacen por referencia a las ofertas que se presenten a la licitación, en la Directiva 2004/18, se refiere expresamente a las prestaciones objeto del contrato y en la 2014/24, dispone que el órgano de contratación deberá exigir que los licitadores expliquen el precio o los costes propuestos respecto del contrato concreto y el análisis de la viabilidad de la oferta estará por tanto en relación con las prestaciones que constituyen el objeto del contrato.

Cabe concluir sobre lo anterior que la jurisprudencia Comunitaria concretamente en la Sentencia de 27 de noviembre de 2001 en el caso Lombardini-Mantovani, el Tribunal de Justicia Europeo se limita a decir, que la Directiva no contiene reglas específicas sobre la fórmula matemática utilizable para calcular la temeridad y que incluso cuestiona la aplicación del mecanismo de cálculo del umbral de anomalía basado en la media de las ofertas, admitiendo que la entidad adjudicadora lo reconsidere siempre que sea necesario, teniendo en cuenta, otros factores.

La situación económica actual ha motivado que el órgano de contratación haya justificado en el Pliego la aplicación del artículo 85 apartados 3 y 5 del RGLCAP para evitar bajas elevadas por la experiencia en licitaciones anteriores

De lo anterior cabe considerar que no se aprecia que el artículo 85.3 del RGLCAP en la aplicación del porcentaje del 25 % resulte contrario al artículo 152.1 del TRLCSP y que por ello se encuentre derogado sino que es acorde con el sentido de las Directivas Comunitarias y por ello la cláusula del PCAP que lo recoge resulta ajustada a Derecho.

En el expediente se siguió el procedimiento establecido en el artículo 152 del TRLCSP y resultaba acreditada la insuficiencia de la oferta tanto en el Informe técnico emitido por el Jefe de Área como de un informe pericial solicitado por la Consejería, el día 13 de febrero de 2014, al Ilustre Colegio Veterinario. En este se realiza un análisis detallado sobre los distintos conceptos establecidos en los Pliegos y las necesidades del Centro. El extenso informe técnico veterinario realiza un análisis exhaustivo de los distintos conceptos del Pliego en relación con la oferta de la recurrente siendo significativo lo referente a medios materiales para la atención sanitaria que se considera del todo insuficiente para el desarrollo de las labores clínicas asistenciales previstas. En referencia al coste de material de limpieza y desinfección del Centro, advierte que resulta a todas luces muy deficiente. Sobre el abastecimiento de la alimentación de los animales se advierte que se pretenden cubrir las necesidades no presupuestadas en base a cesión gratuita de benefactores terceros. En lo referente al coste de analíticas resulta que lo ofrecido supondría la cobertura de no más de 6 animales al mes y no se incluye en este concepto analíticas concernientes al estudio de ADN que son requeridos. Considera insuficiente igualmente el coste ofrecido para vehículos y concluye el informe que *“Tras el estudio y análisis de la documentación, podemos determinar que existen los suficientes indicios en la oferta presentada por la empresa Fotex S.L. para que con el esperado normal funcionamiento del Centro Madrid-Viñuelas, este vea reducida de forma significativa la calidad asistencial para la que está diseñado.*

La recurrente en su escrito de recurso aporta datos adicionales sobre lo inicialmente puesto de manifiesto en la justificación de la oferta en relación a los costes de personal, medios materiales (atención sanitaria y bienestar) medios materiales de administración y telefonía, mantenimiento y conservación de instalaciones, alimentación, analítica, vehículos, gestión de residuos peligrosos. Estos datos no pueden tenerse en cuenta en el momento de resolver el recurso dado que la justificación de la oferta debe realizarse en el momento procedimental previsto para ello dentro del plazo de audiencia que prevé el artículo 152. 3 del TRLCSP.

Del análisis de la oferta presentada, y la justificación aportada para acreditar la viabilidad de la oferta y los informes técnicos emitidos, resultaba que los precios ofrecidos y la justificación aportada no demostraba la posibilidad de ejecutar el contrato en los términos requeridos en los Pliegos.

En el expediente se ha seguido la tramitación prevista para estos supuestos en el artículo 152 del TRLCSP, que el informe técnico estaba motivado y la oferta de la recurrente no resultaba justificada y así se consideró por la Mesa de contratación que elevó la propuesta al órgano de contratación que rechazó la oferta incurso en valores anormales o desproporcionados por cuanto la justificación presentada no acreditaba su viabilidad. De ello resulta que no fue excluida de forma arbitraria como alega por haber resultado suficientemente motivada en los informes técnicos emitidos que asume el órgano de contratación en la Orden impugnada.

Por todo ello, se entiende, a juicio de esta vocal, que la Resolución a dictar en este recurso debía ser en el sentido de desestimar el recurso especial en materia de contratación formulado por Don J.V.J., en nombre y representación de Fomento de Técnicas Extremeñas S.L., contra la Orden de 7 de marzo de 2014, por la que se adjudica el contrato de “Manejo, tratamiento clínico y recuperación de fauna protegida en el Centro de Recuperación de animales silvestres de la Comunidad de Madrid (CRAS Madrid-Viñuelas) Red Natura 2000. Año 2013-2015”, de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio”.