



Recurso nº 168/2011

Resolución nº 217/2011

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 14 de septiembre de 2011.

VISTO el recurso interpuesto por D. M.F.G.B en nombre y representación de VIAJES ZOETROPE, S.A. contra el acuerdo de la Mesa de Contratación del IMSERSO de fecha 30 de junio de 2011, en el expediente “446/2011 P.A. 7/11 Servicios de Organización, Gestión y Ejecución del Programa de Vacaciones para Mayores y para el Mantenimiento del Empleo en zonas turísticas temporadas 2011/2012 y 2012/2013”, por el que se excluye a dicha entidad del lote 3, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

De acuerdo con los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Dirección General del IMSERSO anunció la licitación pública, por procedimiento abierto, varios criterios y varios lotes, para la contratación mencionada. De la documentación de este expediente merecen destacarse los siguientes extremos. Consta en el expediente administrativo, como documento 3, folio 13, el pliego de cláusulas administrativas, cuya cláusula 9.5 dispone con rúbrica de ofertas desproporcionadas o temerarias, que el precio total del Programa de Vacaciones para Mayores estará ajustado a la calidad de los servicios que comprende, por lo que, de conformidad con lo establecido en el artículo 136.2 de la Ley 30/2007, de de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, se considerarán, en principio, desproporcionadas o temerarias las ofertas que se encuentren en los siguientes supuestos: ...Cuando concurren dos licitadores, la que se inferior en más de 6 unidades porcentuales a la otra oferta.

La oferta presentada por el recurrente en el lote 3 es superior a las citadas 6 unidades porcentuales.

Segundo. El 10 de junio de 2011, a la vista de la diferencia de ofertas en el lote 3, la Mesa de Contratación valoró, en principio, como desproporcionada o anormal la oferta económica presentada por la recurrente (documento 9 del expediente administrativo, folio 163). El 13 de junio de 2011 se le requirió para que justificara y acreditara de manera pormenorizada la oferta, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables. A este requerimiento se contestó el 17 de junio por la recurrente, por informe que consta como documento número 3 que acompaña al recurso.

El 30 de junio de 2011, la Mesa de contratación propuso la exclusión del recurrente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 de la LCSP, tras la valoración de la justificación dada del valor anormal o desproporcionado de la oferta presentada al lote 3, apoyándose en el informe encomendado en su acuerdo de 21 de junio, folio 165 del documento 9 del expediente.

Tercero. Contra el mencionado acuerdo la representación de VIAJES ZOETROPE, S.A presentó recurso ante este Tribunal el 21 de julio de 2011. En el recurso se solicita la declaración de nulidad del acuerdo de exclusión pretendiendo además que la mesa admita la oferta económica.

Cuarto. La Dirección General del IMSERSO remitió a este Tribunal una copia del expediente de contratación acompañado del oportuno informe.

Quinto. La Secretaría del Tribunal, dio traslado del recurso a la otra empresa que había participado en la licitación, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaba oportuno, formulase las alegaciones que a su derecho conviniesen, constando en el recurso tales alegaciones.

A los anteriores antecedentes les resultan de aplicación los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se interpone contra el acuerdo de la Mesa de Contratación de la Dirección General del IMSERSO de 30 de junio de 2011, por el que se excluye al recurrente de la contratación, correspondiendo a este Tribunal su resolución de conformidad con el artículo 311.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, al estar integrada la citada Dirección General en el ámbito de la Administración General del Estado.

Segundo. El acto recurrido es el acuerdo de exclusión de la Mesa de Contratación por lo que el recurso ha sido interpuesto contra acto recurrible de conformidad con lo establecido en el artículo 310.1.b) y 2.b) de la Ley de Contratos del Sector Público.

El recurso se presentó ante este Tribunal el 23 de julio de 2011, dentro del plazo legalmente previsto para ello (artículo 314.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público).

En consecuencia el recurso debe ser admitido.

Tercero. La legitimación activa de la parte recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 312 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Cuarto. Resulta pacífico por admitirse por ambas partes que la oferta económica del recurrente para el lote 3 es inferior en más de 6 unidades porcentuales a la presentada por el otro licitador.

Quinto. La pretensión de anulación del recurrente se dirige frente al acuerdo de la Mesa de Contratación por el que se le excluye al considerar que su proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. Los argumentos en apoyo de la anulación del recurrente son, por orden de aparición en el recurso, los siguientes:

1. La existencia de un informe especial emitido por una empresa auditora que concluye, a la vista del documento aportado como justificación, que tal documento es satisfactorio.

2. Que el informe técnico encargado por la Mesa de Contratación fue elaborado por quienes no son miembros de la mesa de contratación.
3. Que el informe técnico citado adolece de errores.
4. Que la proposición económica es viable a la vista de los beneficios que generaría al recurrente y
5. Que algunos costes no considerados inicialmente serían de escaso importe y otros serían asumidos por proveedores o prestados de forma gratuita por estos.

Sexto. Antes de analizar cada uno de los motivos anteriores es preciso destacar la función y desarrollo del concepto de baja temeraria. La Ley de Contratos del Sector Público establece la posibilidad de rechazar una proposición cuando se considere que no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. El rechazo de las proposiciones temerarias persigue garantizar la ejecución del contrato haciendo efectivo el principio de eficiencia y necesidad del contrato plasmado en el artículo 1 y 22 de la citada Ley, al destacarse la importancia del cumplimiento de los fines institucionales que se persiguen con la contratación administrativa. Se trata de evitar que la ejecución del contrato se frustre como consecuencia de una proposición que en atención a sus valores sea desproporcionada no cumpliéndose el fin institucional que se persigue con el contrato.

Esta cautela se prevé en el artículo 136 de la Ley de Contratos del Sector Público que establece que los pliegos pueden fijar límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales. La superación de tales límites no permite excluir de modo automático la proposición, dado que es preciso la audiencia del licitador a fin de que éste pueda justificar que no obstante los valores de su proposición sí puede cumplir con el contrato. De esta manera la superación de los límites fijados en el pliego se configura como presunción de temeridad que debe destruirse por el licitador, correspondiéndole sólo a éste la justificación de su proposición, de modo que su silencio conlleva el rechazo de la proposición.

En el supuesto que examinamos en esta Resolución se superó el límite fijado por el pliego y se dio la posibilidad al licitador de justificar su proposición. Lo que trató de hacer, si bien la Mesa de Contratación, a la vista de aquella explicación y previo informe técnico, consideró que la proposición era desproporcionada.

Así expuesto lo acontecido, la cuestión objeto de debate en este recurso se debe centrar en si la justificación del licitador es o no suficiente, y en consecuencia si su proposición es desproporcionada, sin que podamos introducir nuevos elementos de valoración o nuevas justificaciones, ya que como hemos expuesto el momento de justificación ya ha transcurrido. Consecuencia de este “cierre” del trámite es que no podemos examinar sucesivas justificaciones de suerte que no cabe aportar nuevos documentos que colmen lagunas o insuficiencias de la justificación dada. Por otro lado, si bien el informe técnico que encargó la Mesa de Contratación tiene la virtualidad de respaldar el criterio de la Mesa de Contratación, sus posibles defectos no pueden suponer aciertos de la justificación del licitador, de modo que no se puede admitir el silogismo que pretende el licitador consistente en reflejar errores del informe técnico de manera que suponga el acierto de la justificación por él dada.

Centrado el objeto del debate continuamos con el análisis de los motivos de anulación.

Séptimo. Respecto del informe especial emitido por una empresa auditora que concluye a la vista del documento aportado como justificación que tal documento es satisfactorio debe ser considerado como integrante de la justificación. Del examen del mismo resulta que no aporta nada a las manifestaciones y explicaciones del licitador limitándose a dar un juicio de satisfacción. No puede admitirse como sostiene el recurrente que basta con la conclusión de dicho informe, pues es preciso analizar si efectivamente es o no viable la proposición económica en los términos previstos en el artículo 136 de la citada Ley de Contratos, es decir, si se *justifica las condiciones de la proposición, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención*

de una ayuda de Estado. En consecuencia no basta con una afirmación, es precisa una explicación.

Octavo. En cuanto al argumento de que el informe técnico encargado por la Mesa de Contratación fue elaborado por quienes no son miembros de la mesa de contratación, y que tales personas aparecen como miembros, hemos de diferenciar si los autores del informe técnico son o no miembros de la Mesa de Contratación y si pueden o no emitir el informe. En cuanto a la constitución de la Mesa de Contratación, su composición está prevista en la Resolución de 19 de enero de 2011, de la Directora General del Instituto de Mayores y Servicios Sociales, por la que se crea y regula la Mesa de Contratación del Instituto de Mayores y Servicios Sociales, de acuerdo con lo señalado por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales en su informe, la mesa estaba válidamente constituida al asistir los miembros previstos en el artículo 3.1 de la citada Resolución. A pesar de estar válidamente constituida el acta de la sesión induce a confusión al no diferenciar entre los miembros previstos en el número 1 del artículo 3 y los técnicos previstos en el número 2 en su margen, quienes no son en sentido estricto vocales, si bien del contenido del acta resulta claramente el carácter de técnicos de aquellos a quienes se encomendó el informe técnico. Viendo la composición de la Mesa de Contratación al tiempo de acordarse la exclusión confirmamos su válida constitución, sin que la asistencia de técnicos a la Mesa merme la eficacia de sus actos.

Por otra parte, el informe técnico en estos supuestos encuentra su apoyo en el tenor del artículo 136 que señala que en caso de proposiciones anormales “*deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.*” Atendiendo a lo sucedido se satisface con creces la exigencia legal pues encontramos un informe expedido por tres técnicos.

Reconocida la validez formal del informe pasamos en el siguiente ordinal al examen de los defectos sustantivos invocados de contrario.

Noveno. Se argumenta por el recurrente que el informe técnico adolece de errores. Estos errores son reconocidos por el IMSERSO en sus alegaciones, tratándose de errores aritméticos y de transcripción. Tales errores no alteran las conclusiones del informe técnico en lo que concierne a la falta de justificación de los costes unitarios de

explotación de manera tal que se justifique la viabilidad de la proposición económica. En esencia lo relevante a fin de aceptar la proposición económica como viable es la acreditación de costes de explotación inferiores que justifiquen la baja del precio, siendo por ello estéril cualquier discusión sobre errores de cálculo siempre y cuando no se aporte por el licitador una explicación suficiente de las ventajas de su propuesta que permita una rebaja de precio. Es este punto el fundamental del debate, y no obstante las alegaciones del recurrente, todavía se desconocen determinados costes, en particular, costes de plazas hoteleras, transporte aéreo y transporte terrestre, cuestiones tratadas en el informe técnico y en las alegaciones efectuadas por el IMSERSO.

A esta ausencia de justificación de determinados costes se une el reconocimiento por el licitador, en sede de recurso administrativo, de que otros costes no se tuvieron en cuenta en su momento, y así nos encontramos con los gastos derivados de la póliza de aseguramiento colectivo, la asistencia sanitaria complementaria, la gestión y distribución de las solicitudes... Esta cuestión da lugar a una serie de explicaciones de sus costes por el licitador y su rechazo por los técnicos en cuanto a su importe o su gratuidad, esta discusión debiera pasar a un segundo plano pues la explicación de licitador supone un reconocimiento de que su proposición no había tenido en cuenta tales costes, tras lo cual el recurrente se esfuerza en defender que el beneficio previsto es tan elevado que permite absorber costes no previstos. Este argumento debe ser rechazado pues no es admisible el razonamiento del recurso de que *“no es necesario saber el importe bruto total para saber si nuestra oferta es viable”* lo cual supone negar la finalidad del trámite previsto en la Ley del Contratos del Sector Público en el que el licitador da razones de las eficiencias de su proposición, resultando un elemento clarificador el conocimiento o no por el propio licitador de su estructura de sus costes.

De lo expuesto resulta que las conclusiones del informe técnico que motivaron la exclusión se mantienen no obstante las alegaciones del recurrente, de modo que no se han acreditado los costes unitarios de explotación y en consecuencia no se ha podido comprobar si eran o no inferiores a los estimados por el IMSERSO. Abunda en lo anterior el no haberse tenido en cuenta en la proposición los costes económicos de una serie de obligaciones que incumben al adjudicatario.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto.

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 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, 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 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.