

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

En Madrid, a 23 de septiembre de 2015.

VISTA la reclamación interpuesta por don C.J.L., en nombre y representación de CTC Servicios Ambientales, S.L. (en adelante, CTC) contra la adjudicación del lote 2 del procedimiento de licitación 228/2014 “Servicios de gestión de residuos peligrosos y no peligrosos, producidos en las instalaciones de Canal de Isabel II Gestión, S.A.”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 3, 11, y 18 de febrero de 2015 se publicó respectivamente en el Diario Oficial de la Unión Europea, Boletín Oficial del Estado, y Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid la convocatoria de licitación por procedimiento abierto y criterio único precio del contrato de referencia. El valor estimado del contrato asciende a 1.323.151,48 euros.

Interesa destacar en relación con el objeto del contrato que el apartado 8.1 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) establece respecto de las ofertas con valores anormales o desproporcionados, *“Se apreciará como proposición desproporcionada o anormalmente baja aquella que supere a la*

baja media en más de 5 puntos porcentuales calculados sobre el importe máximo de licitación”.

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron 12 empresas, entre ellas la recurrente que licitó al lote 2.

Una vez examinada la documentación administrativa y abiertas las ofertas económicas en el acto público que tuvo lugar el 17 de abril de 2015, la Mesa en dicho acto procedió a clasificar las ofertas realizadas por las licitadoras, siendo clasificada en primer lugar para el lote 2 la empresa recurrente, sin perjuicio del ulterior cálculo del carácter desproporcionado de las ofertas.

De acuerdo con los cálculos efectuados, la oferta de la recurrente se encontraba incurso en presunción de temeridad por lo que con fecha 6 de mayo de 2015 se le requiere para que justifique la viabilidad de su oferta, para lo que aporta carta de justificación fechada el día 8 mayo. Dicha justificación fue examinada por los técnicos correspondientes, que el día 10 de junio emiten informe en el que consideran que la justificación aportada por la empresa es insuficiente.

Como consecuencia de lo anterior la Mesa de Contratación en acto público del día 7 de julio, acuerda no tomar en consideración la oferta de la recurrente al lote 2 (al igual que las ofertas al resto de lotes todas ellas incursas en presunción de temeridad), y propone la adjudicación a la siguiente empresa que realizó la oferta más baja no incurso en tal presunción, requiriéndose el 8 de julio siguiente, para que se aportara la documentación precisa para proceder a la adjudicación del contrato.

Con fecha 17 de julio de 2015, se comunica a las licitadoras la adjudicación del contrato, indicándose respecto del lote 2 que la justificación de la oferta realizada por la recurrente no ha sido tomada en consideración, *“toda vez que la justificación presentada por dicha empresa no desvirtúa la presunción de valor anormal o desproporcionado”.*

Tercero.- El 4 de agosto de 2015 tuvo entrada en este Tribunal el escrito de reclamación, formulado por la representación de CTC, previa presentación del anuncio contemplado en el artículo 105.1 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (LCSE). Ese mismo día se requirió al órgano de contratación para que remitiera el expediente administrativo y el informe preceptivo a que hace referencia el artículo 105.2 LCSE. Junto con dicha comunicación se adjuntó la Resolución 1/2015, de 29 de julio, de la Presidenta del Tribunal por la que se suspende la tramitación de los recursos especiales en materia de contratación durante el mes de agosto al no ser posible, dada la composición de aquel, contar con el quórum suficiente para resolver los recursos planteados.

En la reclamación se solicita que se anule el acuerdo impugnado y se retrotraigan las actuaciones al momento en que el órgano de contratación ha de resolver sobre la adjudicación del contrato con inclusión de la oferta de CTC considerando que su exclusión está vacía de toda fundamentación, privándosele de conocer cuáles son los concretos extremos que han llevado al órgano de contratación a no tomar en consideración su oferta, *“sin que la fórmula estereotipada empleada (prácticamente un formulario, dicho sea con los debidos respetos) cubra las exigencias mínimas de fundamentación que permitan a mi representada plantear el presente recurso sin que se le ocasione indefensión (proscrita por nuestra Constitución).”*

Asimismo afirma que la viabilidad de su oferta ha sido debidamente acreditada, en los términos que expone.

Por su parte el informe del órgano de contratación aduce que *“Canal de Isabel II Gestión, S.A. ha aplicado correctamente la norma que respecto a las ofertas anormalmente bajas establece el artículo 82 de la Ley 31/2007”* para indicar asimismo respecto de la alegación de falta motivación que *“la empresa reclamante no solicitó por escrito a Canal de Isabel II Gestión, S.A. ninguna aclaración en los términos establecidos en el artículo 84.3 de la Ley 31/2007. El órgano de*

contratación ha seguido el régimen de notificaciones que establece la normativa especial de los contratos sujetos a la Ley 31/2007, por lo cual no puede en ningún caso considerarse que el órgano de contratación haya incumplido la normativa de contratación aplicable.”

Por último debe destacarse que se da respuesta a las cuestiones concretas relativas a la justificación de la valoración de la oferta, hechas valer por la recurrente en los términos que más adelante se expondrán.

Cuarto.- Con fecha 1 de septiembre se ha dado traslado del expediente administrativo al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 105.3 de la LCSE, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, habiendo presentado escrito las empresas en compromiso de UTE Recolte Servicios Ambientales, S.A.U. y Acteco Productos y Servicios, S.L., en el que solicita que se desestime la reclamación formulada considerando que no se ha producido falta de motivación, que los términos de la solicitud de justificación estaban claros en cuanto debían contener *“En todo caso las precisiones, justificaciones y aclaraciones que se realicen, deberán acompañarse del correspondiente análisis, desglose o estudio económico que motive suficientemente el importe económico ofertado”*, para concluir que la recurrente no recoge en su escrito argumentos que permitan al Tribunal sustituir o revisar el criterio técnico de la administración, frente al riguroso estudio efectuado por el órgano de contratación.

Quinto.- Con fecha 7 de septiembre de 2015 se acordó por el Pleno de este Tribunal mantener la suspensión del expediente de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El contrato está sujeto a la LCSE. En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato, la cláusula primera del PCAP señala que: *“El presente contrato tiene carácter privado. El contrato está sujeto a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes*

y los servicios postales y en su defecto al derecho privado. Lo señalado anteriormente se entiende sin perjuicio de las remisiones expresas hechas en el presente Pliego al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Las reclamaciones que se presenten por infracción de las normas contenidas en la Ley 31/2007, se tramitarán de conformidad con lo establecido en el Título VII de la referida Ley en redacción dada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación (...).

La competencia del Tribunal para conocer de las reclamaciones viene establecida en los artículos 101 y siguientes de la LCSE, en los que se dispone lo siguiente:

“Los órganos indicados en el artículo 311 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, [actual artículo 40 del TRLCSP] serán los competentes en sus ámbitos respectivos y en relación con las entidades enumeradas en el apartado 1 del artículo 3 de esta Ley, así como a las que estén adscritas o vinculadas a ellas, o a las que hayan otorgado un derecho especial o exclusivo, para ejercer las siguientes competencias respecto de los contratos cuyos procedimientos de adjudicación se regulan:

a. Resolver las reclamaciones y cuestiones de nulidad que se planteen por infracción de las normas contenidas en esta Ley”.

De conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación con el artículo 41.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP) y el artículo 3.2 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 la reclamación.

Segundo.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica cuya oferta no ha sido tomada en consideración en el procedimiento de licitación, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto*

perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de reclamación” de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 102 de la LCSE.

Asimismo se acredita la representación del firmante de la reclamación.

Tercero.- La reclamación se plantea en tiempo, pues la remisión de la notificación de la adjudicación del contrato en la que se pone en conocimiento de la recurrente que su oferta no había sido tomada en consideración se produjo el día 17 de julio de 2015 y la reclamación se interpuso el 4 de agosto 2015, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 104.2 de la LCSE.

Cuarto.- El acto de exclusión, objeto de reclamación, corresponde a un contrato de servicios sujeto a la LCSE al superar los umbrales establecidos en su artículo 16.a) y estar incluido en la categoría 16 “Servicios de alcantarillado y eliminación de desperdicios: servicios de saneamiento y servicios similares”, del anexo II A de la misma.

De acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 104.1 de la Ley 31/2007, se ha anunciado previamente ante el órgano de contratación la interposición de la reclamación.

Quinto.- En la reclamación se esgrimen dos motivos para justificar la anulación de la Resolución de adjudicación.

1. En primer lugar se esgrime como fundamento del recurso la falta de motivación de la resolución de adjudicación.

Cabe distinguir en relación con la falta de motivación aducida, la referida a la resolución de adjudicación y su notificación de la del informe de valoración.

Asimismo debe tenerse en cuenta que la exigencia de motivación en el caso de la Ley de Sectores excluidos es diferente de la contenida en la el texto refundido

de la Ley de Contratos del Sector Público. De acuerdo con lo establecido en el artículo 84 de la LCSE las entidades contratantes informarán a los operadores económicos participantes en el menor plazo posible de las decisiones tomadas en relación con la adjudicación del contrato, debiendo facilitar dicha información por escrito en caso de que así se solicite a las entidades contratantes. Esta circunstancia se puso en conocimiento de la recurrente en la notificación de la adjudicación del día 17 de julio, indicando asimismo la procedencia del recurso administrativo especial en el plazo de 15 días. Por lo tanto de acuerdo con este artículo atribuye al licitador que desee recurrir la carga procedimental de solicitar la motivación por escrito de las decisiones adoptadas en relación con la adjudicación del contrato.

De esta forma no puede apreciarse incumplimiento por parte del órgano de contratación en tanto en cuanto cumple con lo dispuesto en el artículo 84 LCSE, no habiendo por otro lado la recurrente ejercido el derecho de solicitar el acceso al expediente o la comunicación de la motivación de las decisiones adoptadas con relación a la adjudicación del contrato, en concreto en relación con la decisión de no tomar en consideración su oferta. Esta circunstancia es asimismo puesta de manifiesto por la alegante.

Otra cosa es la motivación del informe para apreciar la viabilidad de la oferta que, en este caso si bien en la Resolución recurrida no se contiene más que una indicación genérica del rechazo de la oferta, lo cierto es que en el expediente consta el informe de justificación con una motivación suficiente, respecto de las alegaciones de la carta de justificación por lo que no puede sostenerse tal falta de motivación.

2. Se alega también que se ha producido una inadecuada valoración del informe de viabilidad de la oferta de la recurrente.

El artículo 82 de la LSE transpone a la legislación nacional el contenido de la Directiva 2004/17/CE en relación a las ofertas anormales o desproporcionadas, obligando a tramitar un procedimiento de verificación contradictoria con la finalidad

de que la oferta no sea excluida de forma automática y para comprobar si la proposición puede ser o no cumplida con los valores ofertados.

El sentido de esta regla es garantizar que el precio ofrecido por alguno de los licitadores antes de su aceptación por el órgano de contratación se adecúa al efectivo cumplimiento del contrato y no dé lugar a la aceptación de una oferta inviable, permitiendo la adjudicación a quien la ha realizado, si a la vista de las explicaciones del oferente se observa que es una oferta seria y que puede ser cumplida en atención a las circunstancias concurrentes.

La Sentencia del TJUE de 27 de noviembre de 2001, asuntos C-28/99 y C-286/99, Lombardini-Mantovani, declaró que el objetivo primordial de la Directiva es la apertura de los contratos públicos a la concurrencia de ofertas. Por ello podría ser contraria a derecho la fijación automática de la temeridad sin ponderar los precios de mercado, obstaculizando la presentación de ofertas más competitivas.

Más recientemente la Sentencia del TGUE de 16 de septiembre de 2013, dictada en el asunto T-402/06, Reino de España/Comisión Europea, (aplicable por la identidad de regulación al caso que nos ocupa), señala que la Directiva de contratos públicos presupone necesariamente la aplicación de un procedimiento contradictorio de verificación de aquellas ofertas que la entidad considere anormalmente bajas, al exigir a ésta que después de tomar conocimiento de todas las ofertas y antes de decidir la adjudicación del contrato, solicite primero por escrito las precisiones sobre los concretos elementos de la oferta sospechosa de anomalía que le hayan hecho albergar dudas y valore después dicha oferta a la luz de las justificaciones facilitadas por el licitador afectado. Es fundamental que cada licitador sospechoso de haber presentado una oferta anormalmente baja disponga de la facultad de alegar oportunamente su punto de vista ofreciéndole para ello la oportunidad de presentar todo tipo de justificaciones sobre los diferentes componentes de su oferta, en un momento que necesariamente ha de ser posterior a la apertura de todas las plicas, en el que tenga conocimiento no solo del umbral de anomalía aplicable a la correspondiente licitación y del hecho de que su oferta haya parecido anormalmente

baja, sino también de los puntos concretos que hayan suscitado las dudas de la entidad adjudicadora.

Por tanto, la presentación de una oferta que incurre en valores anormales no supone de manera automática su exclusión del procedimiento de adjudicación. Tanto la Directiva 2004/17/CE como el artículo 82 de la LCSE establecen la necesidad de aplicar un procedimiento contradictorio de verificación de la viabilidad de esa presunción de oferta anormalmente baja, ofreciendo para ello la posibilidad de aportar todo tipo de justificaciones. Caso distinto es, como aduce la recurrente, que la valoración de la justificación efectuada no fuera objetiva y respetuosa con los principios de igualdad y transparencia, lo que exige un examen de la justificación y del informe de valoración de la misma.

Es preciso proceder al examen de la justificación de la oferta y su apreciación por el órgano de contratación, teniendo en cuenta que la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde a la entidad contratante, según dispone el artículo 82 de la LSE, que la adoptará a la vista de las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y teniendo en cuenta los informes emitidos por los servicios técnicos, sin que las alegaciones ni los informes tengan carácter vinculante. Si los técnicos encargados de llevar a cabo la valoración de la justificación de la oferta consideran inviable la ejecución la ley permite, como excepción, que la adjudicación no recaiga en la oferta inicialmente más ventajosa correspondiendo tal decisión al órgano de contratación. Si se constata que el contrato no puede ser ejecutado en los términos previstos en los pliegos se puede concluir que se trata de una oferta anormalmente baja y debe ser rechazada. Dicho de otro modo, tratándose de la oferta económicamente más ventajosa solo la apreciación de riesgo en la ejecución puede impedir la adjudicación a dicha oferta. Evidentemente esta decisión, tan gravosa para el licitador, requiere una adecuada motivación, completa, racional y razonable que rebata las razones aducidas por el licitador en su justificación.

Señala la recurrente como primer argumento justificativo de la viabilidad de su oferta que CTC es la actual prestadora del servicio lo que le proporciona un

conocimiento directo que le ha permitido un mejor ajuste de los costes y que dicha empresa viene prestando el servicio con total y completa satisfacción de Canal de Isabel II y que como actual prestataria dispone de todos los medios humanos, técnicos, materiales, etc., para la adecuada prestación del servicio objeto de licitación. En consecuencia explica que su importe de licitación no ha estado guiado por el precio base de salida incrementado, sino de sus precios actuales, menos las mejoras de costes que ha trasladado a sus precios base de licitación, tal y como expone en la justificación efectuada el 8 de mayo de 2015.

Debe señalarse al respecto, que si bien es cierto que su condición de actual prestataria del servicio le permite realizar un estudio de costes en términos de realidad, ello no implica que dicha circunstancia, sin más, sirva para justificar la baja económica propuesta para la prestación del servicio. No se trata de acreditar la solvencia de la empresa para prestar el servicio, sino la viabilidad de la concreta oferta efectuada, dando cumplida explicación del cálculo de costes efectuados al efecto. Para ello, si bien el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas debe fijarse, por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado, la apreciación de la viabilidad de la oferta debe hacerse en relación con la prestación que se ha de ejecutar, de acuerdo con lo establecido en el artículo 82 de la LCSE, tal y como entre otras, ha señalado este Tribunal, en la Resolución 62/2014, de 2 de abril.

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 excluyendo toda posibilidad de arbitrariedad.

La justificación de precios remitida por la empresa CTC contempla dos apartados: de un lado la reducción de costes por tratamiento de residuos y de otro la reducción de costes por ejecución de transportes.

El informe técnico distingue entre los conceptos considerados en el pliego, el transporte y el suministro de envases y contenedores, sin que contenga mención alguna al coste del tratamiento de residuos que por lo tanto debemos considerar que ha sido debidamente justificado a juicio del órgano de contratación.

En cuanto al transporte, la baja es del 18% que la recurrente justifica en primer lugar indicando que se debe a la instalación de un depósito de 20.000 litros de combustible que ha producido un 20% sobre el coste anterior, aportando documento de alta en industria del tanque de gasoil y facturas del precio de combustible con tanque y sin tanque (debe advertirse que las facturas presentadas junto con el escrito de justificación no son las mismas que las aportadas en fase de recurso pudiendo tenerse solo en cuenta las aportadas junto con el escrito de justificación). Asimismo señala que ha instalado un sistema de eficiencia y control GPS que *“reduce enormemente el consumo”*, y que ha comprado un remolque para poder efectuar servicios de retirada de distintos tipos de residuos y ahorrar kilómetros de desplazamiento.

El órgano de contratación consideró en el informe de justificación que *“no hay cálculo justificativo de la influencia de estos descuentos en el precio ofertado. Al efecto señalar que la reducción de precio del gasoil no sería superior a un 5% y no aporta cálculo o justificación técnica ni programación del uso del remolque”*.

Añade que para los residuos urbanos el precio ofertado de 40€/retirada supone la mitad de un precio medio del mercado y en cuanto a la retirada en camión pluma de 100€ considera que es bajo puesto que en el mercado puede llegar a ser del doble.

Por último en cuanto a suministro de envases se afirma que la baja es del 40% apreciándose en el suministro de contenedor de 30 m³, a 85 €/unidad que la oferta de precios es hasta 20 veces inferior al de mercado.

En el supuesto que nos ocupa, comprobados en el expediente los extremos señalados más arriba, el Tribunal observa que se ha seguido formalmente el procedimiento legalmente previsto en el artículo de la 82 LSE, en cuanto a la consideración y tramitación de las ofertas con valores anormales o desproporcionados; que la empresa adjudicataria, en el trámite de audiencia concedido presenta la justificación de su oferta; que el informe técnico emitido está debidamente motivado y resulta racional y razonable, sin que se advierta arbitrariedad; y que el mismo ha sido aceptado por la Mesa de contratación y el órgano de contratación, considerando que no excluye razonablemente los riesgos de que la oferta no pueda ser cumplida lo que afectaría a la normal ejecución del contrato, proponiendo en consecuencia su no consideración.

Por todo lo anterior, no resulta posible la sustitución del juicio técnico del informe, ni de la decisión del órgano de contratación sobre la posibilidad de cumplimiento o no de las ofertas, que se revela como ajustada a Derecho.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 101 de la LCSE en relación al 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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 la reclamación interpuesta por Carmelo Justo Luque, en nombre y representación de CTC Servicios Ambientales, S.L. contra la adjudicación del lote 2 del procedimiento de licitación 228/2014 “Servicios de gestión de residuos

peligrosos y no peligrosos, producidos en las instalaciones de Canal de Isabel II Gestión, S.A.”

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 106.5 de la LSE.

Tercero.- Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 104.6 de la LCSE, mantenida por este Tribunal mediante Acuerdo del Pleno de 7 de septiembre de 2015.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 108 LSE.