

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

En Madrid, a 27 de junio de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don M.D.R., en representación de la empresa CEIFRA, S.A., contra la Orden dictada por la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Comunidad de Madrid, dictada el 30 de mayo de 2018 por la que se rechaza su oferta y se adjudica el contrato de servicios “Limpieza y conservación de parcelas de titularidad de la Comunidad de Madrid gestionadas por la Dirección General de Urbanismo Expte: A/SER- 014705/2017 (5-G/18) a la empresa POSTIGO CONSERVACION Y MEDIO AMBIENTE, S.L., este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante resolución de fecha 1 de diciembre de 2017, de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, se convocó procedimiento abierto para la licitación del contrato de referencia con el precio como único criterio de valoración. La publicación de la licitación tuvo lugar en el BOCM y en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid en fecha 8 de enero de 2018. El valor estimado del contrato asciende a 161.898,29 euros.

Mediante resolución de la Secretaria General Técnica de fecha 22 de enero

de 2018 se resolvió suspender el procedimiento de licitación de este contrato de servicios, así como el plazo para la presentación de proposiciones, con el fin de corregir errores.

Interesa destacar que el objeto del contrato es la limpieza y conservación de parcelas de titularidad de la Comunidad de Madrid, gestionadas por la Dirección General de Urbanismo. Así mismo interesa destacar que el precio de licitación está formulado mediante precios unitarios que responde a los distintos trabajos que constituyen el objeto del contrato, siendo estos:

Parámetro	Unidades de medida	Partida	Precio unitario
Pa	ha	Apertura cortafuegos	1.168,09
Pb	ha	Desbroce tractor	700,42
Pc	m ²	Desbroce mecánico monodesbrozadora	0,41
Pd	m ²	Limpieza, poda, tala y retirada de arboles	6,63
Pe	m ³	Residuos carga y transporte a vertedero	26,67
Pf	ml	Instalación vallado malla	24,18
Pg	ud	Instalación puerta malla	526,60
Ph	ud	Retirada de carteles publicitarios	520,04
Pi	ud	Informe técnico y de control	5.854,70

Segundo.- Al procedimiento de licitación concurren 29 licitadoras. A la vista del informe técnico elaborado se consideraron cinco de ellas en baja temeraria y una fue excluida por presentar oferta económica por encima del presupuesto de la licitación. A la vista de lo anterior, la Mesa de contratación en sesión celebrada el 13 de marzo del corriente acordó por unanimidad requerir a las cinco empresas en la misma situación a fin de que justificaran suficientemente sus ofertas, incluida la recurrente, de conformidad con el artículo 152.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, (en adelante TRLCSP).

Con fecha 21 de marzo de 2018 la recurrente, en plazo y forma, presenta ante el órgano de contratación el documento justificativo de la viabilidad de la oferta.

Con fecha 11 de abril se publica en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid el acta de la Mesa de Contratación celebrada el 4 de abril, que incluye los tres informes técnicos elaborados sobre las justificaciones de las ofertas consideradas en baja desproporcionada, entre las que se encuentra la de la recurrente.

Con fecha 30 de mayo de 2018 y mediante Orden de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio se adjudica el contrato que nos ocupa y se declara definitivamente excluida la oferta presentada por CEIFRA, lo que se notificó el día 31 de mayo siguiente.

Tercero.- Con fecha 13 de junio de 2018 tuvo entrada el escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de CEIFRA y en el que se solicita la admisión de su oferta por haber justificado correctamente su viabilidad.

Cuarto.- Con fecha 14 de junio, la Secretaria del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Comunidad de Madrid. El 14 de junio de 2018 el órgano de contratación remitió copia del expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), de cuyo contenido se dará cuenta al examinar el fondo del recurso.

Quinto.- El Tribunal no acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, ya que el contrato se encontraba formalizado, habiendo comenzado su ejecución con fecha 1 de junio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el

artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

A la tramitación del recurso le es de aplicación la LCSP en virtud de lo establecido en la Disposición Transitoria primera, apartado 4 de dicha norma, puesto que el acto recurrido, la Orden de adjudicación, fue dictado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, que se produjo el 9 de marzo de 2018.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica (potencial licitador, excluida, clasificada en segundo lugar, que pretende la declaración de desierto...) *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales y colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el Acuerdo impugnado fue adoptado el 30 de mayo de 2018, practicada la notificación el 31 de mayo de 2018, e interpuesto el recurso, el 14 de junio de 2018, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso, debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el rechazo de la oferta presentada a la licitación de un contrato de servicios de valor superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 44.1.c) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, el mismo se contrae a analizar la adecuación a derecho de la apreciación de la viabilidad de la oferta de la recurrente incurso en presunción de temeridad.

El TRLCSP en su artículo 152.3, establece un procedimiento contradictorio

para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad. Y ello exige, en un primer momento, otorgar al licitador la posibilidad de que explique los elementos que ha tenido en cuenta a la hora de formular su oferta, de manera que no se produzca un rechazo automático y que el órgano de contratación pueda llegar a la convicción de la oferta se puede cumplir garantizando la correcta ejecución del contrato. Estos trámites tienen por objeto evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y garantizar la sana competencia entre las empresas (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 29 de marzo de 2012, dictada en el asunto C-99/10, SAG EV Slovensko a.s.).

Tal como establece el artículo 152 del TRLCSP, sólo es posible excluir una oferta que contenga valores anormales cuando, a la vista de la justificación aportada y los informes sobre la misma, se estime que “la oferta no puede ser cumplida “o como expresa también el artículo 69.3 de la nueva Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, los poderes adjudicadores exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando ésta parezca anormalmente baja para los servicios de que se trate y sólo se podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos.

Por ello la justificación ha de ir dirigida a demostrar la viabilidad de la oferta por referencia fundamentalmente al cumplimiento de las prestaciones objeto del contrato. La cuestión que debe abordarse es si la justificación presentada respeta las condiciones establecidas en los pliegos, porque si así no fuera el cumplimiento del contrato no sería viable y la proposición inaceptable. Es decir, el término de comparación de la justificación, han de ser los propios pliegos que rigen la licitación.

Tal como se indica en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña 3/2012, de 30 de marzo: *“Según se desprende de la normativa mencionada, con la regulación de las ofertas o proposiciones con valores anormales o desproporcionados se persigue un doble objetivo: en primer lugar, garantizar la ejecución correcta del contrato, es decir, que la ejecución del contrato no se pueda frustrar como consecuencia del hecho de que una oferta o una*

proposición contenga valores anormales o desproporcionados y, por lo tanto, comprobar que estas ofertas o proposiciones son viables y que en caso de ser seleccionadas se podrán cumplir correctamente en los términos establecidos; y, en segundo lugar, establecer unos mecanismos de protección para la empresa licitadora, de manera que su oferta o proposición no pueda ser rechazada de forma automática, sino que tenga la posibilidad de defenderla.

La justificación de una oferta es la acción de explicar, aduciendo razones convincentes o alegando por otros medios, la viabilidad y acierto de una proposición, en los términos en que fue presentada al procedimiento licitatorio. Consiste pues, en la aclaración de los elementos en que el licitador fundamentó su oferta y en la verificación de que conforme a dicha aclaración, la misma es viable de forma tal que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada, en el modo y manera establecidos en los pliegos de condiciones”.

El segundo paso del procedimiento contradictorio es el informe técnico valorando la justificación presentada. Según lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 152 del TRLCSP corresponde al órgano de contratación “considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior” estimar si la oferta puede ser o no cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados.

De acuerdo con ello, es imprescindible que el informe de los servicios técnicos esté suficientemente motivado, a los efectos de que la Mesa de contratación primero, en su propuesta, y el órgano de contratación después, puedan razonar o fundar su decisión. De no cumplirse con el requisito de motivación antes expuesto, la decisión discrecional del órgano de contratación calificando una oferta de anormal o desproporcionada, cuando no constan en el expediente las circunstancias que el citado órgano tomó en consideración en el momento de adoptar la correspondiente decisión, podría ser considerada arbitraria.

A todo ello cabe añadir que la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde al órgano de contratación 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.

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.

Respecto a la primera cuestión planteada por la recurrente, en relación con el criterio de valoración Pi: "Informe técnico y control", manifiesta en su oferta y en el documento justificativo de su viabilidad, que habiendo observado que se trataba del valor que alcanzaba la mayor relación baja de la oferta-obtención de puntos, procedió a formular la oferta dividiendo la unidad de trabajo, que consiste en un único informe final que refleje el estado de las parcelas al inicio del contrato y su estado final, a fin de comprobar la adecuada ejecución del contrato, con el contenido que se establece en las cláusulas 3 y 4 del PPT, en 32 informes uno a la semana, haciendo coincidir esta división temporal con la duración del contrato, con la consiguiente división del precio unitario tipo entre 32.

El recurrente en su informe de justificación de la oferta argumenta textualmente: *"Una vez estudiada la formula se observó que el precio que más influía en el Valor VO era el valor del sumando en donde se encuentra el Informe técnico (Pi). Por lo que se decidió trabajar sobre ese precio..."*

...Dada la importancia relativa de Pi en el Valor VO de adjudicación y el hecho de que gran parte de los trabajos exigidos en el Pliego a incluir en el Informe Técnico, se realizan de forma habitual en CEIFRA, desde la empresa se tomó la decisión de ofertar un precio para esa partida que asumiera todas las tareas que aparecen en el Pliego de Prescripciones Técnicas (algunas no estaban incluidas en la rutina de control habitual efectuado por CEIFRA) y que dichos informes se realizaran con una

periodicidad adecuada desde el punto de vista técnico, es decir, semanalmente, para obtener un valor VO lo menor posible para conseguir la adjudicación”.

Basa por tanto la justificación de la viabilidad de su oferta en el apartado 7 de la cláusula primera del PCAP que establece: *“el contratista asume que la reducción del precio unitario producirá el aumento de las mediciones de las unidades estimadas correspondientes a cada precio hasta el máximo del presupuesto establecido en el contrato sin sobrepasarlo”.*

De esta forma CEIFRA procede a permutar el informe final solicitado en los pliegos de Prescripciones Técnicas por treinta y dos informes semanales, uno por cada semana de duración del contrato, dividiendo en consecuencia su coste que resulta treinta y dos veces inferior al presupuesto de licitación. Con esta pretensión la actora, incrementando el número de informes, estaría licitando por el presupuesto base, pero con la intención de obtener la mayor valoración en este criterio.

El Órgano de contratación en su informe sobre el recurso planteado emitido con fecha 19 de junio, indica: *“que la división propuesta por CEIFRA producirá (sic no solo) un aumento de las mediciones estimadas correspondientes a cada precio, sino también que está modificando el concepto de informe final que ha sido plasmado en los pliegos”.* Añadiendo: *“sólo será requerido un informe final por lógica definición del mismo y solo será certificado un informe final por el importe ofertado, no existiendo por parte de la Administración compromiso con el contratista de agotar la totalidad presupuestada, sino únicamente se abonará el trabajo realizado”.*

Independientemente de la división del precio y con ello la incursión en baja desproporcionada, el PPT solicita un único informe final, que a la vista de su contenido, no es susceptible de modificación, por lo que la oferta de CEIFRA presenta una baja que la sitúa bajo el umbral de la temeridad al incumplir una de las condiciones mínimas exigidas en el PPT, a lo que cabe añadir que con la oferta efectuada la recurrente está confundiendo la potestad de la Administración para reducir o aumentar las mediciones de obras, con la obligación de autorizar aumentos en otras actuaciones del contrato a instancia del adjudicatario.

Por todo lo cual este Tribunal considera que la apreciación del órgano de contratación sobre la viabilidad de la oferta se encuentra motivada correctamente, es razonable, y no excede el ámbito de discrecionalidad que le es dada al órgano de contratación a la hora de apreciar la viabilidad de las ofertas incursas en presunción de temeridad, por lo que debe desestimarse el recurso en cuanto a este motivo, al que se une el incumplimiento de los requisitos establecidos en el PPT por parte de la recurrente.

El segundo motivo de rechazo de la oferta, que la recurrente considera como error irrelevante, consiste en ofertar una puerta giratoria de 2x2, en lugar de una puerta abatible de 4x2. Este “error irrelevante” se convierte de conformidad con el artículo 145.1 en un incumplimiento de los requisitos mínimos establecidos en el PPT. La interpretación de los tribunales de Recursos Contractuales a este respecto es unánime, baste por todas la Resolución 985/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. A juicio de este Tribunal, no hay descripción más clara y precisa que unas medidas concretas de un elemento, en este caso una puerta y su forma de apertura. Por todo ello no se puede admitir el error irrelevante como justificación del precio desproporcionado ofertado.

De todo ello se deduce que en el supuesto que nos ocupa, se debe concluir que se ha seguido formalmente el procedimiento legalmente previsto en el art. 152.2 y 3 del TRLCSP, en cuanto a la consideración y tramitación de las oferta con valores anormales o desproporcionados; que la empresa recurrente ha efectuado la justificación de su oferta, no habiéndose apreciado su la viabilidad por los servicios técnicos del órgano de contratación, por lo que resulta razonable el rechazo de la oferta presentada por CEIFRA y procede desestimar el recurso presentado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por CEIFRA, S.L. frente al acuerdo de 30 de mayo de 2018, por el que se excluye su oferta de la licitación y se procede a adjudicar el contrato de servicios de “Limpieza y conservación de parcelas de titularidad de la Comunidad de Madrid gestionadas por la Dirección General de Urbanismo” Expte: A/SER-014705/2017 (5-G/18) a la empresa POSTIGO CONSERVACION Y MEDIO AMBIENTE, S.L.

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 58 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Cuarto.- Notificar este acuerdo al órgano de contratación y a la recurrente.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.