

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

En Madrid, a 1 de octubre de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Técnicas de Control, Prevención y Gestión Ambiental S.L., (en adelante Técnicas de Control) contra la resolución de 21 de agosto de 2020, por la que se adjudica el contrato “Servicio de control de calidad de los servicios de limpieza viaria y recogida de residuos sólidos urbanos” (Expediente nº 6139) licitado por el Ayuntamiento de Alcalá de Henares, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado en el DOUE de 22 de octubre de 2019 y en la Plataforma de Contratación del Sector Público de fecha 25 de octubre de 2019, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto y con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 3.809.186,23 euros, con un plazo de duración de 24 meses.

Segundo.- A efectos de la resolución del presente recurso conviene destacar que la cláusula 13 del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT) establece *“CONDICIÓN ESPECIAL DE EJECUCIÓN. De conformidad con el artículo 202, Condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen 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, todos los vehículos adscritos al servicio tendrán distintivo ambiental de la DGT O EMISIONES o ECO. En el caso de etiquetas ECO se limitarán a vehículos cuyas emisiones no superen los 90 g de CO2 por kilómetro”*.

La cláusula 6 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares establece: *“Se consideraran las ofertas como anormalmente bajas cuando:*

- *Concurriendo un solo licitador, sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 25 unidades porcentuales.*
- *Cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.*
- *Cuando concurren tres o más licitadores, las que sean inferiores en más de 20 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas”*.

A la presente licitación se presentaron cuatro empresas, entre ellas la recurrente.

Con fecha 13 de diciembre de 2019, la Mesa de contratación acuerda conceder un plazo de 10 días a la recurrente para que presente escrito en el que se justifique y desglose el presupuesto presentado, dado que, conforme se establece en los pliegos que rigen la licitación, la oferta se considera anormalmente baja.

Con fecha 17 de enero de 2020, se emite informe relativo a la propuesta económica presentada por la recurrente en el que se informa que la justificación económica se considera suficiente para llevar el contrato a término, si bien, en la documentación aportada, la relación de vehículos incluye 3 vehículos eléctricos

Renault Twizy y dos vehículos, aparentemente gasolina, Hyundai i20, por lo que no se considera que se ajuste a lo establecido en los pliegos.

Con fecha 30 de enero de 2020, a la vista del citado informe, la Mesa de contratación acuerda conceder un plazo de 5 días para que la recurrente presente las aclaraciones y justificaciones pertinentes en relación a los vehículos a adscribir al contrato, conforme se establece en el artículo 13 del PCT.

Con fecha 3 de febrero de 2020, se presenta escrito de aclaraciones por la empresa, en el que se hace constar que *“Los vehículos propiedad de la empresa Hyundai i20 citados (4510JZG, 9156 JZG), si bien actualmente son vehículos con motor gasolina con unas emisiones estimadas entre 100 - 112 gr CO2, con independencia de este contrato se ha previsto su transformación a combustible GLP (vehículos bi-fuel) que una vez pasados por la ITV obtienen automáticamente el distintivo ambiental ECO de la DGT, reduciendo de esta manera las emisiones por debajo de lo indicado en el pliego de prescripciones técnicas”*.

Con fecha 10 de febrero de 2020, se emite informe técnico en el que, a la vista de la documentación de los vehículos que pretende adscribir al contrato, se hace constar que de conformidad con la justificación económica de la oferta y de la documentación relativa a los vehículos aportada por la empresa, se comprueba que la oferta económica no contempla los gastos derivados de la conversión a Gas Licuado de Petróleo (en adelante GLP), indicada en la última documentación.

Con fecha 17 de julio de 2020, se emite informe técnico en el que se propone la exclusión de la recurrente al no quedar acreditada la viabilidad de su oferta.

El 20 de julio de 2020, la Mesa de contratación acuerda excluir de la licitación a la recurrente.

Con fecha 21 de agosto de 2020, se acuerda la adjudicación del contrato.

Tercero.- El 11 de septiembre de 2020, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Técnicas de Control, contra el acuerdo de adjudicación del contrato de referencia.

Cuarto.- El 21 de septiembre 2020, el Órgano de contratación remitió el 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).

Quinto.- El procedimiento de licitación se encuentra suspendido en base a lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP.

Sexto.- Con fecha 21 de septiembre de 2020, por la Secretaría de este Tribunal se ha dado traslado del recurso al adjudicatario para que presenten las alegaciones que estime oportunas, de acuerdo con el artículo 56.3 de la LCSP, que fueron presentadas por la adjudicataria con fecha 25 de septiembre de 2020, oponiéndose a la estimación del recurso, en los términos que se expondrán más adelante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 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.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica participante en la licitación, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente 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 acto impugnado fue adoptado el 21 de agosto de 2020, notificándose ese mismo día, interponiéndose el recurso ante este Tribunal el 9 de septiembre de 2020, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, el recurso se fundamenta en la indebida exclusión de su oferta, por considerar que en su informe quedó suficientemente justificada su viabilidad. Considera que la cláusula 13 del Pliego de Condiciones Técnicas que rige la licitación, establece las condiciones especiales de ejecución del contrato. Por tanto, a juicio del recurrente, son condiciones vinculadas a la ejecución del contrato que no deben ser tenidas en cuenta en fases anteriores, toda vez que presentó una declaración responsable en la que se indica que se van a cumplir dichos requisitos en el momento de ejecución del contrato.

Por otro lado, considera que tal y como viene descrito en el tenor literal del art. 149.6 de la LCSP, solo 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”*. Cuestión en la que no cabe discusión, ya que el propio informe técnico establece que *“La justificación económica se considera suficiente para llevar el contrato a término”*. El informe técnico, solicita aclaración sobre las condiciones especiales de ejecución, que deberán inequívocamente cumplirse en el momento de la ejecución, y no en ningún momento previo.

Finalmente, sostiene que ningún momento del procedimiento se ha recibido motivación de la exclusión de manera “reforzada”, tal como exige la jurisprudencia y la doctrina de los Tribunales de resolución de recursos contractuales.

Por su parte, el Órgano de contratación considera que se ha observado el procedimiento establecido en el artículo 149 de la LCSP y que se ha motivado el acuerdo de exclusión como establece el señalado artículo 149.6 de la citada ley. Sostiene que no queda justificada la oferta económica, clasificada en un inicio como anormalmente baja, ya que no se imputa el importe de conversión de los vehículos, amortizados y propiedad de la empresa, a GLP. Se entiende que este coste ha de imputarse al contrato puesto que, de conformidad con los pliegos y la documentación aportada por la empresa, los vehículos están adscritos al contrato al 100%.

Por su parte, el adjudicatario considera que la oferta del recurrente incumple el Pliego de Prescripciones Técnicas en su cláusula 9, apartado B.8 y que la viabilidad de su oferta no ha quedado acreditada. El coste de la transformación de motores a GLP, sería de aproximadamente de 2.500 euros, suponiendo una inversión de unos 5.000 euros para los dos vehículos adscritos al contrato al 100%. Todo ello supondría un gasto más que repercutiría sobre el contrato, que no ha sido contemplado en la justificación de su oferta. Así mismo, considera que el coste del personal directo es superior a la oferta económica de la recurrente.

Vistas las alegaciones de las partes, hay que manifestar que, como ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones, la apreciación de la viabilidad de las ofertas incursas en presunción de temeridad responde al concepto de discrecionalidad técnica que corresponde al Órgano de contratación.

Según lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP, corresponde al Órgano de contratación “considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuarto” 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 y el Órgano de contratación después, puedan razonar o fundar su decisión. Solo es posible, de acuerdo con el indicado artículo, rechazar 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, teniendo en cuenta los elementos mencionados en el apartado 2 del citado artículo”*.

No resulta posible la aplicación automática de los criterios de temeridad rechazando la oferta incurso en dicho umbral, pues la ley requiere solicitar explicaciones sobre la composición de la oferta y una valoración de los diferentes elementos puestos de manifiesto en la justificación y de las características de la propia empresa para poder apreciar de forma motivada si es posible o no el cumplimiento de la proposición en términos satisfactorios que ponga de manifiesto que esa anomalía no afectará a la ejecución del contrato.

Para ello la LCSP, en su artículo 149, 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 que 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 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”*.

Es conveniente señalar además, el criterio mantenido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC) en numerosas resoluciones y que este Tribunal comparte, en cuanto a que en aquellos casos en los que el informe técnico no comparta la justificación dada por el licitador para justificar la anormalidad de su oferta, resulta evidente que debe motivarse el informe pues éste tendrá que salir al paso de lo alegado por el interesado rebatiendo su argumentación *“resolución reforzada”*, como se ha dicho por este Tribunal en otras resoluciones, siendo la más reciente la nº 294/2018, de fecha 26 de septiembre (Resolución 559/2014 de fecha 22 de julio; 685/2016, de 9 de septiembre, entre otras). En esa misma Resolución, el TACRC señala que *“hemos de analizar, tal y como señala la doctrina anteriormente sentada, la justificación presentada. Pese a tratarse de cuestiones no jurídicas sino eminentemente técnicas, sí puede este Tribunal analizar la suficiencia de tales explicaciones a los efectos de valorar en este caso los argumentos suficientes a la entidad contratante, como también puede analizar este Tribunal si la mencionada entidad ha realizado el esfuerzo de argumentación que venimos exigiendo (la llamada resolución reforzada) para poder excluir de la contratación a la empresa que ofertó el precio más bajo, que a la postre*

hubiese podido resultar adjudicataria del contrato ya que se trata de un contrato a adjudicar teniendo en cuenta únicamente el precio más bajo ofertado”.

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, así como la comprobación de que el informe correspondiente efectuado por el Órgano de contratación contiene la suficiente motivación, que en este caso ha de ser “*reforzada*”, para excluir a la recurrente por falta de justificación de la viabilidad.

De no cumplirse con estos requisitos de racionalidad o motivación reforzada antes expuestos, 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.

La decisión final sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde, según dispone el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP, al Órgano de contratación que la adoptará a la vista de las alegaciones formuladas por la empresa licitadora teniendo en cuenta los informes emitidos por los servicios técnicos, sin que las alegaciones ni los informes tengan carácter vinculante pudiendo por tanto de manera motivada, separarse de la propuesta.

Vistas las alegaciones de las partes y de acuerdo con la doctrina expuesta, procede dilucidar si el informe justificativo de la baja temeraria cumple los requisitos de racionalidad y motivación reforzada exigido por la doctrina y la jurisprudencia.

En el caso que nos ocupa, el recurrente, en su informe de 17 de enero de 2020, tras un análisis de los costes, determina que los costes estimados son 94.944,03 euros y su oferta asciende a 95.033,00 euros, concluyendo que, la oferta emitida es superior a los costes estimados de ejecución del contrato, por lo que entienden que queda justificada la oferta presentada.

En el informe justificativo, dentro del apartado referido a “Costes de materiales”, contempla un coste unitario de 6.219,01 euros, para los tres vehículos eléctricos Renault Twizy que se compromete a adquirir. Respecto de los dos vehículos de gasolina, Hyundai i20, que hace constar que son de su propiedad, no imputa coste alguno.

De acuerdo con el informe de justificación de la baja temeraria realizado por el recurrente, como se ha señalado anteriormente, existe un margen de 88,97 euros entre los costes estimados y su oferta. Consideraba, por tanto, que, dado que su oferta es superior a los costes estimados, aunque lo sea por escaso margen, su oferta era viable económicamente.

Pues bien, el recurrente, en su informe aclaratorio reconoce que dos de los vehículos propuestos para adscribir a la ejecución del contrato al 100%, son de gasolina, por lo que para cumplir lo establecido en la condición especial de ejecución prevista en la cláusula 13 de PPT, debe proceder a su transformación a combustible GLP. El coste de transformación no figura ni en el informe justificativo de la baja temeraria, ni en el informe aclaratorio.

Este Tribunal carece de conocimientos técnicos para determinar el coste de transformación a combustible GLP, pero resulta evidente que será muy superior a los 88,97 euros de margen que existía, según su informe, entre los costes estimados y su oferta, por lo que la justificación de su oferta devine insuficiente. En este sentido, el adjudicatario realiza una estimación de costes de 5.000 euros.

Respecto de la ausencia de motivación reforzada de la exclusión por el Órgano de contratación, hay que señalar que la justificación, si bien es concisa, es clara y no ofrece dudas respecto de los motivos que llevan a no considerar viable su oferta. En este sentido, el Órgano de contratación mostró su conformidad con el resto de la justificación aportada, si bien, tras diversos informes, consideró que no se había imputado el coste de transformación de los dos vehículos a GLP, por lo que consideró inviable la oferta. Hay que destacar que el Órgano de contratación pidió aclaraciones adicionales a la recurrente, sin que en las mismas acreditara dicha imputación, limitándose a señalar el compromiso de cumplir lo previsto en el PTT.

Por todo lo anterior, se considera que la actuación del Órgano de contratación fue ajustada a Derecho, por lo que procede la desestimación del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 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 la representación de Técnicas de Control, Prevención y Gestión Ambiental S.L., contra la resolución de 21 de agosto de 2020, por la que se adjudica el contrato “Servicio de control de calidad de los servicios de limpieza viaria y recogida de residuos sólidos urbanos” (Expediente nº 6139) licitado por el Ayuntamiento de Alcalá de Henares.

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.- Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

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 59 de la LCSP.