

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

En Madrid, a 19 de noviembre de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Compañía de Tratamientos Levante S.L. (en adelante CTL), contra la adjudicación del contrato de Servicio de mantenimiento para la prevención y el control de la legionelosis en instalaciones y edificios dependientes del Ayuntamiento de Móstoles, expediente: C7049/CON/2018-102, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 22 y 24 de diciembre de 2019 se publicó, respectivamente, en el perfil de contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE la convocatoria del contrato de servicios de referencia para su adjudicación electrónica por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado total del contrato es de 375.000 euros, con un plazo de duración de dos años prorrogable por tres más, hasta un máximo de cinco años.

Segundo.- A la licitación se presentaron trece empresas, entre ellas la recurrente.

La Mesa de contratación, en sesión celebrada el 29 de mayo de 2020, efectuó la apertura de las ofertas admitidas presentadas por 12 licitadoras, excluyendo la proposición de una empresa que no aportó la subsanación de la documentación administrativa.

Con fecha 22 de junio de 2020, la Coordinadora de Sanidad y Mayores, emitió informe de valoración de las proposiciones, en el que consta la concurrencia de 5 ofertas anormalmente bajas: CTL, GBS, HERMO, JM, y LOKÍMICA. El citado informe proponía la exclusión del procedimiento de la oferta presentada por GBS por no justificar suficientemente bien los siguientes puntos: “1. No se describen el coste de los productos biocidas que se van a utilizar ni define el uso de los Kits de medición. 2. El número de jornadas destinadas para visitar la torre de refrigeración para revisión y mantenimiento son inferiores a las que se consideran necesarias, ya que, es obligatorio realizar un control diario del nivel de cloro o biocida tal como indica la normativa. 3. En los trabajadores destinados a las tareas solo se indica que hay cinco técnicos para eventualidades no justificando el ahorro de costes por desplazamientos durante las tareas no eventuales, es decir, las tareas programadas.”, proponiendo como adjudicataria del contrato a CTL. La Mesa de Contratación en sesión celebrada el 23 de junio de 2020 acuerda por unanimidad solicitar informe aclaratorio respecto al citado informe técnico de los sobres nº 2 (Oferta Económica, y en su caso, otros criterios de valoración evaluables mediante la aplicación de una fórmula).

Con fecha 23 de julio de 2020, se emitió nuevo informe de valoración de las ofertas, suscrito por tres Técnicos de Salud Pública, con el visto bueno de la Coordinadora de Sanidad y Mayores, en el que se ratificaba la concurrencia de las ofertas anormalmente bajas, detectada inicialmente y, analizada nuevamente la documentación justificativa de las mismas, considerando a todas suficientemente justificadas, proponiendo su admisión y la adjudicación a GBS.

El 12 de junio y el 22 de septiembre de 2020 CTL presentó, sendos escritos de alegaciones, considerando inadecuado el criterio seguido para determinar las bajas anormales, y la improcedencia de la aceptación, “a posteriori” de la baja

desproporcionada de la empresa GBS, sin recibir contestación por parte del Ayuntamiento.

La Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el 6 de octubre de 2020, acuerda adjudicar el contrato de servicios a GBS Calidad Ambiental Sistemas Integrales de Tratamientos para el Medio Ambiente, S.L, por presentar la oferta económicamente más ventajosa, conforme a la propuesta de la Mesa de contratación efectuada el 24 de julio de 2020, a la vista del informe técnico emitido el día 23 del mismo mes.

Tercero.- Con fecha 19 de octubre de 2020 se ha recibido en este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa CTL, en el que solicita la anulación del acuerdo de adjudicación adoptado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Móstoles en la sesión celebrada el día 6 de octubre de 2020, en base a la no aceptación explícita de la justificación de baja desproporcionada presentada por GBS, establecer una nueva clasificación de las empresas licitadoras y adjudicar el contrato a la empresa que haya resultado más ventajosa una vez excluida GBS del procedimiento. Asimismo, interesa la suspensión de la tramitación del procedimiento de contratación hasta la resolución del recurso.

Cuarto.- El órgano de contratación el 5 de noviembre de 2020, remitió el expediente administrativo y el informe a que se refiere el artículo 56.3 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 (en adelante LCSP), solicitando la desestimación del recurso especial en materia de contratación interpuesto por CTL, confirmando el acuerdo recurrido, por ser ajustado a Derecho.

Quinto.- El 5 de noviembre de 2020, por la Secretaría de este Tribunal se da traslado del recurso al adjudicatario del contrato, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 56.3 de la LCSP y 29.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (RPERMC), por un plazo de cinco días hábiles, para que formule las alegaciones y aporte los documentos que considere oportuno.

El 11 de noviembre se reciben en el Tribunal las alegaciones presentadas por la representación de GBS, dentro del plazo concedido, solicitando la desestimación del recurso presentado.

Sexto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no solicita levantamiento de la suspensión del procedimiento.

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, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, al haber sido clasificada en segundo lugar para la adjudicación del contrato.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso como administrador único de la empresa.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el Acuerdo de adjudicación impugnado fue adoptado el 6 de octubre y el recurso se presentó ante este Tribunal el 19 de octubre de 2020, dentro del plazo de quince días hábiles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El acto impugnado es recurrible por tratarse de la adjudicación de un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto las alegaciones formuladas por la recurrente se concretan en dos, en primer lugar, que su propuesta ha sido indebidamente considerada incurra en desproporción por el órgano de contratación, y, en segundo lugar, que como consecuencia de la aportación de documentación justificativa por parte del resto de licitadores, se admitió la justificación de GBS, habiendo sido previamente rechazada.

Por lo expuesto, CTL se considera perjudicada en esta tramitación por haberse vulnerado los preceptos de la LCSP, y por haberse ignorado y no contestado las alegaciones presentadas ante el órgano de contratación en cuanto al criterio de desproporción y por la anomalía de realizar un nuevo estudio y basarse en los datos justificativos de las demás empresas y no en el análisis riguroso de costes aportado, justificaciones que afirma no debieron ser presentadas porque las ofertas no eran desproporcionadas según la Ley de Contratación. Asimismo, señala que los costes tanto directos como indirectos son diferentes en cada empresa en función de las sinergias, instalación de automatismos, sistemas informáticos que reducen costes, situación financiera de la empresa en cuestión, ubicación de la empresa, volumen de compra de biocidas, concluyendo que lo que se hace es un “rescate” de una justificación ya rechazada previamente, pero basándose en los argumentos y datos de otras empresas.

El órgano de contratación por su parte informa respecto al primer motivo de impugnación que la cláusula 14 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), determina que: *“En cuanto a la posibilidad de considerar, de conformidad con lo previsto en el artículo 149 de la LCSP, alguna oferta en su conjunto, como anormalmente baja, se entenderán como tales aquellas que sean inferiores en más de seis puntos porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas.”*, por lo que es correcta la apreciación realizada por la Administración de las ofertas considerables

como anormalmente bajas, conforme a lo dispuesto en los artículos 149.2 y 139.1 de la LCSP.

En cuanto a la segunda causa impugnatoria, el Ayuntamiento alega que en ningún momento del procedimiento de adjudicación se produjo el rechazo de la justificación de GBS, ni de su proposición, dado que la mesa de contratación ante el informe técnico de 22 de junio de 2020 requirió al Servicio promotor de la contratación la evacuación de un nuevo informe aclaratorio, motivando suficientemente tal propuesta. En este sentido indica que de la misma forma que los actos de la Mesa, incluso la propuesta de adjudicación al órgano de contratación, no pueden considerarse declarativos de derechos para los licitadores, los informes técnicos emitidos en el curso de la licitación por los servicios técnicos correspondientes tampoco generan para aquéllos derecho alguno.

Por otra parte, considera ajustado a Derecho el Acuerdo de la Mesa de Contratación, del 24 de julio de 2020, haciendo suyo el informe técnico emitido el 23 de julio de 2020, en el que se justificaba la discrepancia respecto del evacuado el 22 de junio, pues muy probablemente evitó un error que pudiera haber afectado a la legalidad de la adjudicación. En relación a los biocidas utilizados, la empresa define únicamente el biocida de la torre de refrigeración, por lo que el coste de producto químico para tratamientos de las demás instalaciones no se reflejaba, realizada una media de las 5 empresas con ofertas anormalmente bajas, describiendo el coste de los biocidas en conjunto, se observa que el coste medio de producto químico es similar al resto, incluso una de ellas tiene un coste de biocidas por debajo de lo destinado por GBS. Los kits de medición de biocida se incluyen en concepto de coste de reactivos, pero no incluía su descripción, sin que pueda considerarse criterio de exclusión. Se procedió a realizar el desglose en minutos, del número de jornadas indicadas para visitar la torre de refrigeración, ya que el tiempo destinado a esa medición es de unos 20-30 minutos, dándose por cubierto el servicio. Al realizar la revisión pormenorizada de la justificación de costes de personal, se consideró que tienen justificados los medios personales.

Concluye que no se ha producido ningún acto presunto o expreso de la Administración, que lesione el derecho a la defensa de la recurrente o le genere indefensión, amén de señalar que consta en el expediente la debida publicidad de los

actos adoptados en el curso de la licitación, así como la posibilidad de cualquier interesado, de tomar vista del expediente, por lo que se han cumplido las formalidades legalmente establecidas en el procedimiento de adjudicación del contrato, garantizando en todo momento los principios de transparencia, libre concurrencia y no discriminación.

La adjudicataria en su escrito de alegaciones incide en lo ya informado por el órgano de contratación respecto a la cláusula 14 del PCAP, el artículo 149 de la LCSP, y su aceptación al presentar la oferta según el modelo recogido en el PCAP. Asimismo, señala que es habitual en los procedimientos de contratación realizar revisiones o varios informes sobre los diferentes aspectos para seleccionar la oferta más ventajosa y adecuada, queda claro que se realizó de nuevo un estudio de todas y cada una las empresas, realizando las comparaciones oportunas con el fin de determinar diferentes aspectos del contrato.

Este Tribunal comprueba en relación al primer motivo de impugnación que el órgano de contratación ha actuado conforme a lo dispuesto en el artículo 149.2.b) de la LCSP al establecer en el PCAP el parámetro objetivo para identificar las ofertas incursas en baja anormal, consistente en seis puntos porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas, por tratarse de un procedimiento de contratación con pluralidad de criterios de adjudicación, permitiendo a la mesa de contratación identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto.

Igualmente se constata que se ha seguido por el órgano de contratación el procedimiento establecido en el artículo 149.4 de la LCSP una vez identificada la existencia de varias ofertas incursas en presunción de anormalidad, por lo que la actuación de la Mesa requiriendo a CTL la justificación de su oferta, al igual que a las otras cuatro empresas con ofertas presuntamente desproporcionadas, ha sido conforme a lo previsto en el PCAP y en la LCSP.

A estos efectos cabe recordar que el citado artículo 149 de la LCSP establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad. 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.

Así, es regla común general en el Derecho español, por influencia del Derecho Comunitario, la de adjudicar el contrato a favor de la oferta económicamente más ventajosa, estableciéndose como excepción que la adjudicación pueda no recaer a favor de la proposición que reúna tal característica cuando ésta incurra en valores anormales o desproporcionados, sin que implique como hemos dicho la exclusión automática, sino la necesidad de conferir trámite de audiencia para que el licitador justifique la viabilidad económica de su proposición, recabando los asesoramientos técnicos procedentes, sin que sea necesaria una prueba exhaustiva, bastando acreditar una convicción de que el licitador será capaz de ejecutar plena y satisfactoriamente el contrato. Si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que concurren en la oferta y de las características de la propia empresa licitadora.

Respecto al segundo motivo de impugnación, hemos de señalar que el segundo paso del procedimiento contradictorio es el informe técnico valorando la justificación presentada. Así conforme a lo previsto en el artículo 149.4 de la LCSP “En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente”, correspondiendo a la mesa de contratación en el presente procedimiento, como órgano de asistencia técnica especializada del órgano de contratación, según lo dispuesto en el artículo 326.1 y 2 de la LCSP, ejercer las funciones previstas en las letras c) y d), la propuesta sobre la calificación de una oferta como anormalmente baja, previa tramitación del procedimiento del artículo 149, y la propuesta al órgano de contratación de la adjudicación del contrato a favor del licitador que haya presentado la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145, según los criterios del PCAP que rige la licitación. Es claro por tanto que al servicio

proponente de la contratación le corresponde emitir el informe técnico de la documentación justificativa de la oferta presentada por el licitador, pero solo a la Mesa de contratación le compete efectuar la propuesta de adjudicación al órgano de contratación.

Asimismo, la Mesa en el ejercicio de las citadas funciones puede requerir uno o varios informes técnicos según lo considere necesario, pues el asesoramiento técnico previsto en el artículo 149.4 no tiene por qué limitarse a un informe, y el artículo 150.1 de la LCSP expresamente prevé que la mesa de contratación para realizar la clasificación de las proposiciones presentadas puede solicitar cuantos informes técnicos estime pertinentes. Además, el artículo 157.5 de la LCSP prevé que *“Cuando para la valoración de las proposiciones hayan de tenerse en cuenta criterios distintos al del precio, el órgano competente para ello podrá solicitar, antes de formular su propuesta, cuantos informes técnicos considere precisos. Igualmente, podrán solicitarse estos informes cuando sea necesario verificar que las ofertas cumplen con las especificaciones técnicas del pliego.”*

Por ello, para poder apreciar la viabilidad de las ofertas presentadas a la licitación la Mesa cuenta con el asesoramiento técnico del Servicio correspondiente, al objeto de analizar las justificaciones que en su caso hayan presentado los licitadores incursos en baja anormal o desproporcionada, informe técnico cuya solicitud es preceptiva en este supuesto para la Mesa de contratación a tenor del término “deberá” empleado en la redacción del citado párrafo del artículo 149.4 de la LCSP, pero que como hemos mencionado no tiene por qué consistir en un único informe.

En todo caso corresponde al órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador, los informes de asesoramiento técnico y la propuesta de la Mesa, estimar si la oferta puede ser o no cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, sin que las alegaciones, los informes y la propuesta tengan carácter vinculante. 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, por tanto no hay

inconveniente en que tanto la mesa como el órgano de contratación puedan solicitar más de un informe técnico o pedir aclaración o mayor fundamentación a los informes técnicos efectuados. 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.

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. A ello se ha de añadir que en el presente supuesto en ningún momento plantea la recurrente que no se haya adjudicado el contrato a la mejor oferta ni argumenta sobre la inviabilidad de la proposición presentada por GBS.

Por todo lo expuesto, procede desestimar el recurso presentado por CTL al no apreciarse en la actuación del órgano de contratación vulneración de lo dispuesto en los pliegos que rigen la contratación, ni en la LCSP, respetándose lo previsto en la cláusula 14 del PCAP, y conforme a lo que establecen los artículos 145 y 149 de la LCSP, procediendo además aplicar el criterio de discrecionalidad técnica.

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 la empresa Compañía de Tratamientos Levante S.L., contra la

adjudicación del contrato de Servicio de mantenimiento para la prevención y el control de la legionelosis en instalaciones y edificios dependientes del Ayuntamiento de Móstoles, expediente: C7049/CON/2018-102, adoptado el 6 de octubre de 2020 por acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento.

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 del procedimiento de adjudicación del contrato de servicios de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.3 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.