

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

En Madrid, a 12 de enero de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS, S.A. (en adelante REPSOL), contra la Orden, de 14 de diciembre de 2022, del consejero de Economía, Hacienda y Empleo por la que se adjudica el “Acuerdo marco para el suministro de gasóleo tipo C, a los Centros de la Comunidad de Madrid”, en concreto los lotes 2 y 3, número de expediente A/SUM-019571/2022, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 6 de septiembre en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid se convocó la licitación del Acuerdo Marco de referencia mediante procedimiento abierto, siendo el precio el único criterio de adjudicación y dividido en 3 lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 37.995.420,40 euros y su plazo de duración será de dos años.

A los Lotes 2 y 3 de la presente licitación se presentaron 2 empresas entre ellas la recurrente.

Segundo.- Tramitado el procedimiento de licitación mediante Orden, de 14 de diciembre de 2022, del Consejero de Economía, Hacienda y Empleo se adjudican los Lotes 2 y 3 a la empresa ENERPLUS, S.L.U.

Tercero.- El 20 de diciembre de 2022 REPSOL presenta recurso especial en materia de contratación ante el órgano de contratación que es remitido a este Tribunal el 22 de diciembre adjuntando 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 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 (LCSP).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida, para los Lotes 2 y 3, por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, 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 se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario de los Lotes 2 y 3 de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo

56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones que han sido presentadas en el plazo establecido.

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.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica clasificada en segundo lugar *“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 acuerdo impugnado fue adoptado el 14 de diciembre de 2022, notificado el 15, e interpuesto el recurso el 20, 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 Acuerdo Marco que tiene por objeto un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.b) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- Alega REPSOL que ENERPLUS oferta una prima a aplicar sobre el precio de referencia de siete con treinta y seis céntimos de euro (7,36 céntimos de euro), por

lo que presenta una evidente presunción de baja temeraria al ser inferior en casi un 60% a la presentada por REPSOL (17,50 céntimos de euros).

Considera el recurrente, y así lo puso de manifiesto por escrito tras el acto de apertura de ofertas que la oferta presentada por ENERPLUS para el Lote 2 y 3, es inferior un 60% a la presentada por REPSOL, por lo que es anormalmente baja y que por ello pone en riesgo la correcta ejecución del contrato.

Sin embargo, ni la mesa de contratación ni el órgano de contratación, según la motivación expresada en la resolución de adjudicación, han solicitado la justificación de viabilidad de dicha oferta a ENERPLUS tal y como impone el PCAP en su cláusula 14, último párrafo y en todo caso el artículo 149 de la LCSP, por lo que se ha vulnerado el procedimiento de adjudicación en ambos lotes.

El órgano de contratación manifiesta que el 10 de octubre de 2022 se remite requerimiento de documentación a ENERPLUS para adjudicarle los lotes 2 y 3 del Acuerdo Marco.

El 20 de octubre de 2022 REPSOL remite un correo a la Junta Central de Compras indicando que ENERPLUS se encuentra en baja temeraria y que se requiera a este licitador para que justifique su oferta de conformidad con el artículo 149 de la LCSP.

El 21 de octubre de 2022 se remite requerimiento a la empresa solicitando que presenten las aclaraciones que consideren oportunas sobre su oferta, de conformidad con los artículos 149 de la LCSP y 85 del RGLCAP. Posteriormente, el 24 de octubre de 2022, se remite nuevo requerimiento a la empresa, dejando sin efecto el requerimiento de documentación que se le practicó con fecha 10 de octubre, aspecto este que no se había indicado en el requerimiento de 21 de octubre de 2022 en los siguientes términos:

“En el procedimiento de la Junta Central de Compras de la Comunidad de Madrid relativo al Acuerdo Marco para el suministro de gasóleo tipo C, a los centros de la Comunidad de Madrid, dividido en tres lotes, se ha detectado que las ofertas económicas presentadas a los lotes 2 Área Territorial Madrid Este y 3 Área Territorial Madrid Capital, pudieran encontrarse incursas en presunción de anormalidad, por lo que se deja sin efecto el requerimiento de documentación practicado a la empresa con fecha 10 de octubre y se solicita que, en el plazo de 5 días hábiles (hasta el 31 de octubre), presenten las aclaraciones que consideren oportunas sobre su oferta de conformidad con los artículos 149 de la LCSP y 85 del RGLCAP.

Se le recuerda que en dichas aclaraciones no se pueden variar los precios ofertados”.

La empresa ENERPLUS, S.L.U. presentó las aclaraciones solicitadas mediante escrito de 31 de octubre de 2022. Dichas aclaraciones se remitieron al Área de Racionalización del Gasto de la División de la Junta Central de Compras, que emitió su informe técnico con fecha 2 de noviembre de 2022, y en el que concluye señalando que, tras examinar con detalle la justificación presentada por aquella empresa, no se ha incurrido en baja temeraria, y que la prima ofrecida permite cubrir los costes de suministro de la empresa, durante el período de vigencia del acuerdo marco.

“El 3 de noviembre de 2022, se reúne la Mesa de Contratación para proceder a la valoración de las aclaraciones formuladas en relación con la presunción de anormalidad de las ofertas económicas presentadas por ENERPLUS, S.L.U. a los lotes 2 Área Territorial Madrid Este y 3 Área Territorial Madrid Capital, recogándose en el acta de dicha sesión lo siguiente:

A la licitación se han presentado dos ofertas, resultando de aplicación para el análisis de los valores anormales o desproporcionados lo dispuesto en el artículo 85.2 del RGLCAP, conforme al cual, en principio, tendrá este carácter “cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra empresa”.

A la vista del informe técnico, y analizadas las ofertas bajo los parámetros del referido artículo la mesa considera suficiente la justificación de la viabilidad de las ofertas económicas presentadas a los lotes 2 y 3, dada por la empresa ENERPLUS, S.L.U., y estima que no existe anormalidad en las ofertas económicas presentadas. por lo que de conformidad con lo establecido en la cláusula 16 Acreditación de la capacidad para contratar, del pliego de cláusulas administrativas particulares del acuerdo marco a que se ha hecho referencia, se procederá a solicitar a la empresa ENERPLUS, S.L.U. la documentación relativa para la acreditación de la capacidad para contratar”.

Este Acta se publica en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

Añade que el último párrafo de la cláusula 14 del PCAP establece “Si se identificase alguna proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, de acuerdo, en su caso, con lo indicado en el apartado 7 de la cláusula 1, se realizará la tramitación prevista en el artículo 149 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). En caso de subasta electrónica esta tramitación se llevará a cabo tras la finalización de la subasta, tomando en consideración para apreciar si existen valores anormales o desproporcionados los de la última puja de cada licitador”.

Transcribe el apartado 7 de la cláusula 1 y concluye que la prima es un elemento más que forma parte del precio del litro de gasóleo C, sin embargo, la recurrente para realizar el cálculo comparativo entre sus ofertas y las presentadas por ENERPLUS en los lotes 2 y 3, para determinar si las de esta última empresa son anormalmente bajas, ha utilizado únicamente los importes de la prima por litro de gasóleo ofertados, cuando realmente el cálculo de la media aritmética ha de efectuarse en valores absolutos, no únicamente entre los importes de la prima

ofertados; se deben comparar los presupuestos estimados de compra de cada una de las empresas una vez aplicada la prima ofertada.

Por ello manifiesta el órgano de contratación que no se deben atender las alegaciones de la empresa recurrente ya que se ha seguido el procedimiento establecido en la cláusula 14 del PCAP, y el artículo 149 de la LCSP, ya que con fecha 24 de octubre de 2022, se requirió a la empresa ENERPLUS, S.L.U. para que presentase las aclaraciones que considerase oportunas en relación con la presunción de anormalidad de las ofertas económicas presentadas a los lotes 2 y 3, presentando ENERPLUS, S.L.U. las aclaraciones solicitadas mediante escrito de 31 de octubre de 2022. Posteriormente, el 2 de noviembre de 2022 se emite informe técnico por el Área de Racionalización del Gasto de la División de la Junta Central de Compras, que concluye señalando que, tras examinar con detalle la justificación presentada por aquella empresa, no se ha incurrido en baja temeraria, y que la prima ofrecida permite cubrir los costes de suministro de la empresa, durante el período de vigencia del Acuerdo Marco e incluso obtener beneficios. Posteriormente, se reunió la Mesa de Contratación el 3 de noviembre de 2022, para valorar las aclaraciones aportadas por ENERPLUS, S.L.U. y el informe técnico elaborado por el al Área de Racionalización del Gasto de la División de la Junta Central de Compras, tras lo cual la Mesa estima que no existe anormalidad en las ofertas económicas presentadas por la empresa ENERPLUS, S.L.U., por lo que de conformidad con lo establecido en la cláusula 16 del PCAP del acuerdo marco, señala que se proceda a solicitar a dicha empresa la documentación relativa para la acreditación de la capacidad para contratar.

Por su parte el adjudicatario se opone a lo manifestado por el recurrente en similares términos a cómo lo hace el órgano de contratación e indica que no se ajusta a la realidad la afirmación de la recurrente que se procedió *“sin más a la adjudicación a favor de ENERPLUS”*, puesto que como puede comprobarse por lo anteriormente expuesto, la Mesa de Contratación requirió las aclaraciones de la oferta presentada y

éstas, una vez realizadas, fueron analizadas y aprobadas por el Área de Racionalización del Gasto.

Vistas las alegaciones de las partes, la controversia se centra en determinar si se tramitó el procedimiento contradictorio establecido en el artículo 149 de la LCSP para las ofertas anormalmente bajas.

Revisado el expediente de contratación por este Tribunal se verifica que se requirió a ENERPLUS para que justificase su oferta de conformidad con los artículos 149 de la LCSP y 85 del RGLCAP. Asimismo, consta la contestación al requerimiento para justificar la viabilidad de su oferta y el correspondiente informe técnico de 2 de noviembre de 2022 en el que se concluye que *“no se ha incurrido en baja temeraria y que la prima ofrecida permite cubrir los costes de suministro de la empresa, durante el periodo de vigencia del Acuerdo Marco”*.

Asimismo, en la sesión celebrada por la Mesa de Contratación el 3 de noviembre de 2022 se pone de manifiesto que se analiza dicho informe técnico y acuerda que está justificada la viabilidad de la oferta. Dicho Acta es publicada en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el 4 de noviembre.

A la vista de lo expuesto anteriormente es incomprensible cómo REPSOL puede alegar que no se ha respetado el procedimiento contradictorio establecido en el artículo 149 de la LCSP pues consta en el Acta indicada anteriormente.

No obstante, el órgano de contratación no publicó en el perfil del contratante el informe técnico sobre la viabilidad de la oferta, según prescribe el artículo 63 de LCSP

“(…)

3. En el caso de la información relativa a los contratos, deberá publicarse al menos la siguiente información:

(…)

e) (...) en su caso, los informes sobre las ofertas incursas en presunción de anormalidad a que se refiere el artículo 149.4 y, en todo caso, la resolución de adjudicación del contrato”.

Dicha omisión es una irregularidad no invalidante. Es más, el recurrente podía haber solicitado al órgano de contratación dicho informe en virtud del derecho que le asiste, como licitador en el procedimiento, a tener acceso al expediente de contratación en los términos establecidos en el artículo 52 de la LCSP.

De acuerdo con lo anterior, se desestima el recurso interpuesto.

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 la representación legal de REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS, S.A. contra la Orden, de 14 de diciembre de 2022, del consejero de Economía, Hacienda y Empleo por la que se adjudica el “Acuerdo marco para el suministro de gasóleo tipo C, a los Centros de la Comunidad de Madrid”, en concreto los Lotes 2 y 3, número de expediente A/SUM-019571/2022.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática para los Lotes 2 y 3, 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.