

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

En Madrid, a 21 de abril de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Valoriza Servicios Medioambientales, S.A (en adelante, Valoriza) contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Villaviciosa de Odón de exclusión del lote 1 del proceso “*servicio integral de conservación, limpieza y mantenimiento de zonas verdes, espacios verdes de titularidad pública, arbolado viario público y asimilables, en el municipio, dividido en lotes 1 y 2 (reservado lote 2 a Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social o Empresas de Inserción, D.A. 4ª Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público)*”, expediente 3/2021, este Tribunal ha acordado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 12 de septiembre se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de la convocatoria para la licitación. El valor estimado de la licitación es de 20.796.487,30 euros. La duración del contrato es de 10 años, plazo considerado necesario para amortizar la inversión. Al lote 1 se presentan 24 ofertas.

Segundo.- En fecha 8 de abril de 2022 se publica la adjudicación del lote 1 a Gruporaga, S.A. En fecha 15 de noviembre de 2021 la mesa de contratación acuerda que Valoriza se encuentra en situación de baja desproporcionada, por la aplicación de los dos criterios del apartado 11 del Anexo I del PCAP:

“3) Cuando concurren tres o más licitadores, las que sean inferiores en más de 5 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas (precio fijo + precio variable), calculada dicha media de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 85.4 y 86 del RGLCAP. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 10 unidades porcentuales con respecto al presupuesto base de licitación (precio fijo + precio variable), si además ha obtenido una puntuación superior a 45 puntos en las mejoras opcionales sin coste para el Ayuntamiento”.

Se acuerda requerir a Valoriza la justificación de su oferta:

“La Mesa de Contratación ha acordado requerirle de conformidad con lo establecido en el artículo 149.4 de la LCSP, y de acuerdo a lo dispuesto en la cláusula III.7 del PCAP, hasta las 23:59 h del día 22 de noviembre del año en curso, a fin de que justifique las condiciones de su oferta, incluidas las mejoras, desglosando razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios o de costes, mediante escrito al que se deberá acompañar la documentación que estime conveniente para acreditarlo, y en particular deberán justificar las citadas condiciones referidas a:

-El ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción.

-Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.

-La innovación y originalidad de las soluciones propuestas, para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.

-El respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral, y de subcontratación, no siendo justificables precios por debajo de mercado o que incumplan lo establecido en el artículo 201.

-O la posible obtención de una ayuda del Estado.

Todo ello, con la especial advertencia, de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 149 de la LCSP que establece expresamente lo siguiente:

En todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201. Se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador cuando esta sea incompleta o se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico”.

Presentada la justificación por Valoriza, en fecha 15 de diciembre de 2021 se emite extenso informe técnico sobre la justificación de la baja, sobre el que el Secretario General plantea una serie de dudas acordando la mesa que las formule por escrito y las insta extensamente (16 apretados folios) en fecha 18 de enero. El 22 de enero se emite el nuevo informe complementario. El 23 de febrero la mesa propone el rechazo de la proposición de Valoriza, y es aceptado por acuerdo del Pleno de 25 de febrero de 2022, en el que se clasifican las ofertas presentadas.

Tercero.- El 22 de marzo de 2022, tuvo entrada el recurso especial en materia de contratación contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento notificado en 1 de marzo de 2022, en el que se solicita la anulación de la exclusión con retroacción de actuaciones.

Cuarto.- En fecha 4 de abril se recibe el informe y el expediente del órgano de contratación conforme al 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 (en adelante, LCSP), solicitando la desestimación con los argumentos que se recogen en los fundamentos de derecho.

A lo que se acompaña informe técnico de 25 de marzo. En fecha 11 de abril la adjudicataria, Gruporaga S.A., presenta escrito de alegaciones.

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 presente recurso.

Segundo.- El recurrente se encuentra legitimado a tenor del artículo 48 de la LCSP, al estar clasificado en primer lugar antes de su exclusión por la no justificación de la viabilidad de su oferta, *“podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados”*.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acto impugnado se notificó el 1 de marzo de 2022, e interpuesto el recurso el 22 de marzo se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El contrato y el acto son recurribles de conformidad con los artículos 44.1 a) y 44.2.b) de la LCSP.

Quinto.- Presenta Valoriza un extenso recurso de 28 folios, no quedando a la zaga los 36 del órgano de contratación y nuevamente 28 del adjudicatario.

Para ordenar la materia conviene concretar los términos de la baja desproporcionada o temeraria. Está incurso en los dos parámetros consignados en el antecedente segundo, en más del 5% con respecto a las ofertas del resto de licitadores calculada dicha media de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 85.4 y 86 del RGLCAP y del 10% respecto al presupuesto base de licitación (precio fijo + precio variable), si además ha obtenido una puntuación superior a 45 puntos en las mejoras opcionales sin coste para el Ayuntamiento.

Respecto del primer punto el límite del 5% es de 1.294.915,27 euros, sin descartar las ofertas que resultan superiores en un 5% a la media aritmética, y de 1.282.650,72 euros descartadas las ofertas que resultan superiores en un 5% a la media aritmética (conforme al artículo 85.4 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), que son dos, criterio sobre el que siendo la oferta de Valoriza de 1.277.667,79 euros.

Y el límite del segundo punto de 1.421.147,44 euros, existiendo 17 ofertas por debajo de este límite, más tener más de 45 puntos en las mejoras opcionales, que solo tienen Valoriza y otra empresa.

Todas las mejoras opcionales implican un mayor coste del servicio siendo valorables hasta 50 puntos. Son: incremento de medios humanos de ejecución directa (hasta 30 puntos en varios epígrafes); compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de una plataforma elevadora adicional a las dos plataformas que se exigen como mínimo en el pliego técnico, con disponibilidad durante un plazo de 6 meses al año (5 puntos); compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de una destocadora vertical autopropulsada (5 puntos); compromiso de adscripción de dos pértigas de poda y extracción de bolsones para tratamiento contra la procesionaria del pino (5 puntos); compromiso de oferta anual adicional para suministro e instalación de nuevo mobiliario urbano comprendido en el ámbito del contrato (hasta 2,5 puntos); compromiso de oferta anual adicional para suministro y plantación de árboles, arbustos, plantas y herbáceas (hasta 2,5 puntos).

Valoriza oferta en mejoras los 50 puntos.

Atendiendo al principio dispositivo, procede examinar una a una las alegaciones de Valoriza.

Insiste mucho la recurrente que su baja es solo de 4.892,93 euros, lo que supone un 0,39% sobre la media aritmética de la ofertas presentadas. Tal y como señala el órgano de contratación, esta consideración atiende solo al primer criterio de baja, el de las medias aritméticas de las ofertas presentadas, cuando hay dos criterios acumulativos, ese y el de la baja sobre el presupuesto de licitación sumado a tener más de 45 puntos en las mejoras que conllevan costes (obtiene 50, el máximo), estando en baja desproporcionada en los dos.

Esto es muy relevante, a juicio del adjudicatario, *“por cuanto la recurrente cuando presentó su oferta al lote 1 era plenamente consciente de la anormalidad de su oferta. Téngase en cuenta que de los 22 licitadores presentados, tan solo dos ofertas, la de Licuas y la de VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A., además de ser inferiores en más de 5 unidades porcentuales a la media aritmética de las presentadas, recogían una baja superior a 10 unidades porcentuales con respecto al presupuesto base de licitación y contemplaban una mejoras opcionales por las que obtenían más de 45 puntos. A pesar de que los técnicos redactores de los Pliegos ya habían puesto de manifiesto que las ofertas formuladas en tales términos ponían en riesgo la ejecución del contrato”*.

La oferta desproporcionada sobre el parámetro segundo (más del 10% de baja sobre presupuesto junto con más de 45 puntos en mejoras) ya la sabe el licitador Valoriza cuando formula su oferta, pudiendo evitarla fácilmente con rebajar la oferta de mejoras por debajo del tope o la económica por encima del umbral del 10%.

Impugna el recurrente el rechazo por el informe de la amortización de los Equipos de Protección Individual (en adelante, EPIs) a 6 años, no impidiéndolo los

pliegos, que no exigen un gasto anual por ellos. Valoriza propone un coste de 2.745,32 euros, pero para 5,4 años.

El coste de los EPIs para el lote 1 está incluido en el epígrafe 15 del PPT, denominado “*estudio económico correspondiente al lote 1*” (EE, en adelante) y en la página 95 se incluyen los costes mencionados para los EPIs como un coste anual y no se prevé su amortización, a diferencia como sucede con los costes de los vehículos y la maquinaria, tal y como señala el órgano de contratación.

Comprueba este extremo el Tribunal, figura un coste de 25 EPIs por importe de 2.250 euros, que es un coste anual sensiblemente superior al considerado como amortizable a 6 años por Valoriza.

A tenor del informe del órgano de contratación los EPIs no duran seis años, razón por la cual se contempla un coste anual y no se prevé amortización, criterio que este Tribunal estima muy razonable, tal y como afirma también Gruporaga, S.A., que transcribe y pondera los dos informes técnicos en cada alegación que hace.

Procede desestimar esta alegación.

El segundo elemento refiere a la “*pinza forestal del camión Ampliroll*”. Según el informe técnico en este elemento, que figura en el PPT como “*Camión ampliroll grúa 18 t + pinza forestal*” por importe unitario de 132.000,00 euros, amortizable a 10 años y con un coste total de amortización y financiación de 15.474,43 euros, no figura presupuestado por Valoriza la “*pinza forestal*”. Según esta última, es un problema de denominación, esta comprendida dentro del “*Camión de 18 Tn con gancho multivol*”, omitiendo el descriptivo “*pinza forestal*” pero, no se puede obviar que el coste de la pinza sí que se ha tenido en consideración en el estudio económico de Valoriza. Por otro lado, acompaña en vía de recurso una carta de compromiso de suministro, emitida por el proveedor del complemento del camión, que ya incluye la pinza. Según el informe técnico, “*sobre la cuestión de si el gancho multivol equivale a la pinza forestal, la respuesta es que se trata de dos elementos*

totalmente diferentes. El gancho multivol es un aditamento que se encuentra incorporado o se puede incorporar a la carrocería de un camión para, como el término indica, enganchar las cajas metálicas ampliroll que figuran en el PPT (p.94) y subirlas al chásis para su transporte y su posterior depósito sobre el terreno, por ejemplo. La pinza forestal es otro aditamento que se encuentra incorporado o se puede incorporar a la carrocería del camión y que consiste en una pinza de varias uñas y de gran capacidad para recoger grandes volúmenes y peso de restos vegetales o poda, por ejemplo. Se trata por tanto de dos elementos de diferente naturaleza”.

Comprueba este Tribunal que figura la pinza forestal en el EE en la línea “Camión ampliroll grúa 18 t + pinza forestal”, no recogiendo este último elemento el recurrente, como él mismo reconoce cuando acompaña un compromiso de suministro de una empresa de resultar adjudicataria que comprende “1 Gancho Multivol y pinza forestal para camión 18 Tn”, por importe de 21.000,00 euros, apareciendo ambos elementos, gancho multivol y pinza, claramente diferenciados. Compromiso, por otra parte, que no es admisible en este trámite.

Siendo un elemento necesario para la ejecución del contrato, procede desestimar esta alegación.

Impugna Valoriza la afirmación del informe técnico que no contempla el coste de las dos segadoras giro cero, dos motosierras de altura de acumulador y dos corta setos de altura de acumulador. Nuevamente, afirma que es un problema de denominación, concretamente, en su página 15ª, a la “segadora giro cero” se le denomina “Cortacésped grande”; a las “motosierras de altura de acumulador” se les denomina “podadora de altura” y a los “corta setos en altura de acumulador”, se les denomina “corta setos en altura”.

A tenor del informe técnico no se impugna la diferencia de denominación, como ya se afirmó en informe aclaratorio de 22 de enero a instancia del Secretario General. Sin embargo, cuando las diferencias corresponden a las características

técnicas y al precio, no se da por sentado que pueda ser el mismo elemento. “A modo de ejemplo, los costes de VALORIZA y los estimados en el PPT, son los siguientes:

- Cortacésped grande: 8.560,00 € frente a 17.270,00 € de segadora giro cero en PPT .

- Podadora de altura: 309,30 €, frente a 1.804,55 € de motosierra acumulador en PPT .

- Corta setos altura: 278,31 €, frente a los 1.804,55 € de corta setos acumulador en PPT.

Por lo expuesto, no es posible entender que se trate de la misma tipología de maquinaria, referido a lo ofertado comparado con lo establecido en el PPT”.

A juicio de este Tribunal, Valoriza no acredita error alguno en la calificación del informe técnico, no cabiendo suponer que debiera conocer el técnico la identidad de elementos de distinta denominación, características o precios, ni acreditando que lo sean en este trámite, siendo exclusivamente imputable al mismo la utilización de diferentes nombres técnicos a los del EE, si es que son los mismos. Procede la desestimación de la alegación, siendo maquinaria precisa para la ejecución del contrato, lo que no se cuestiona.

En cuarto lugar se impugna la valoración del informe técnico de que los costes para la maquinaria se han calculado por la empresa para un plazo de amortización a 10 años cuando el EE establece un período de amortización de 5 años. Afirma Valoriza que el EE no exigía ningún plazo de amortización para la inversión de maquinaria para realizar los cálculos económicos de los licitadores, y que el plazo de diez años es el adecuado.

Según el informe técnico el plazo de amortización repercute necesariamente en los costes, y el estudio económico contempla por ello una inversión en maquinaria nueva a los 6 años del contrato.

Gruporaga, S.A. sintetiza el doble incumplimiento que reseñan los técnicos:

“El cálculo de los costes por la licitadora resulta de este modo inadecuado, al ser más reducido y aplicar un plazo de amortización a 10 años frente a los 5 establecidos en el PPT.

- Conforme el PPT la inversión en maquinaria se debe realizar dos veces a lo largo del contrato (estudio del período de recuperación de la inversión, p. 96 del PPT), una al inicio y otra al sexto año y sin embargo, a la vista de los datos contenido en la justificación presentada por la licitadora, ésta plantea un única inversión amortizable a diez años, lo que supone un incumplimiento del PPT (p.96)”.

Comprueba el Tribunal que el EE diferencia entre vehículos amortizables a 10 años y maquinaria amortizable a 5 años, cuyo importe anual repercute sobre el precio de licitación. Y sobre la maquinaria amortizable a 5 años se prevé una inversión de 157.884,32 euros al sexto año.

Valoriza no ofrece argumentación alguna que valide la amortización a diez años de esta maquinaria, que los técnicos, conocedores de la materia, estiman necesario reponer a los cinco años.

Procede desestimar esta alegación de Valoriza.

Sobre los útiles y herramientas, continua Valoriza, el pliego no prevé ningún plazo de amortización, siendo correcto el de 6 años escogido por Valoriza para formular su oferta. Contesta el órgano de contratación que sobre este extremo el EE solo prevé un coste anual, dado su frecuente uso y necesidad de reposición, no existiendo esa posibilidad de distribuir el coste anual entre 6 años, cosa que comprueba este Tribunal en el EE, y que es lógico dada la naturaleza de los útiles y herramientas. Como afirma también el adjudicatario.

Procede desestimar esta alegación.

La partida de personal es aquella en la que Valoriza prevé un mayor ahorro. Impugna Valoriza la atribución de que no considera el coste del personal a subrogar.

Como la misma dice, sustituiría parte de este personal por personal procedente de un Centro Especial de Empleo, que reemplazaría al personal temporal cuyo contrato venciera (13 tienen contrato indefinido y 23 contrato temporal). Valoriza ha tenido en cuenta el coste de 18 operarios a tiempo completo todo el año, retribuidos conforme al convenio estatal de jardinería, 6 operarios de Centro Especial de Empleo a tiempo completo todo el año y otros 13 operarios a tiempo completo también de Centro Especial de Empleo seis meses al año.

Esta alegación de Valoriza sobre sustitución de personal temporal en el recurso no estaba incluida expresamente en su justificación, aunque la había deducido el primer informe técnico, pues según la solicitud de aclaración del Secretario General:

“El informe técnico concluye que la justificación de VALORIZA compromete la viabilidad económica de la ejecución del contrato porque considera solo los costes de los trabajadores que pretende contratar a través de un CEE, que sustituirán a varios de los trabajadores a subrogar, y no incluye el coste derivado de la subrogación del personal (...).

En sus alegaciones la empresa afirma literalmente lo que sigue (negrita en el original):

“Dado que el contrato además del personal del listado de subrogación, prevé la contratación de nuevo personal, Valoriza en su oferta ha contemplado la contratación de ese personal con la colaboración de un Centro Especial de Empleo”. Parece claro que el antecedente de “ese personal” es el “nuevo personal” cuya contratación requiere el pliego.

En el apartado 1 del estudio económico la empresa indica que prevé la colaboración de un CEE “para el personal de nueva contratación con categoría de auxiliar jardinero”. En ambos casos, la colaboración con el CEE parece referirse a los nuevos trabajadores a contratar, y no se afirma directamente que dichos trabajadores vayan a sustituir a algunos de los que van a ser subrogados, pero tampoco se descarta claramente esa posibilidad”.

Según el informe técnico, Valoriza solo refleja el coste de este personal del Centro Especial de Empleo y no del personal a subrogar, consignado en el Anexo I y en el EE. Consigna una valoración comparativa de todo el personal exigible según el EE y el propuesto por Valoriza, existiendo un desfase en el coste propuesto de los 19 operarios sustituidos de 40.714,60 euros. De 313.274,91 euros pasarían a costar 250.346,31 euros anuales, según se afirma en el primer informe.

En el informe de 22 de enero, emitido a requerimiento del Secretario General, se cifra en 25 el número de trabajadores subrogables y una diferencia de 70.472,72 euros entre el coste según el EE y el coste incluido en su justificación presentada por Valoriza (705.119,72 – 628.717 euros).

Afirma el órgano de contratación en su informe al recurso que el hecho de que pretenda sustituir el personal por otro más barato procedente de Centro Especial de Empleo no le exime estando en baja desproporcionada de la necesidad de justificar los costes de subrogación de personal. Textualmente, *“si bien viene siendo entendido, que en una oferta que no se encuentre en situación de anormalidad, no resultaría necesario especificar ni justificar cómo afrontar los costes de subrogación del personal, por el contrario en una oferta incurra en desproporción dicha justificación sí es exigible, porque no olvidemos que la obligación de facilitar la información sobre el personal a subrogar se realiza a fin de que los potenciales licitadores evalúen los costes que deben afrontar y por tanto en una oferta incurra en desproporción esos costes deben siempre justificarse”*.

A juicio de este Tribunal, la previsión de menor coste por la sustitución del personal temporal actual por personal procedente de un Centro Especial de Empleo, es contraria a las previsiones de los propios pliegos sobre coste de los trabajadores que actualmente están desempeñando el contrato, reconociendo expresamente el recurrente que no contempla en su oferta el coste real del personal subrogable. Sus cálculos son ajenos al coste actual y real del servicio, que es el coste por personal reflejado en el EE, que recoge el personal a subrogar, y se basan en meras hipótesis

futuribles sobre la sustitución masiva del personal temporal, hipótesis que no sirven para justificar la baja desproporcionada.

No acredita que el personal temporal tenga una vinculación asociada a la duración de la actual contrata, no pudiendo en caso contrario sustituirlos. A este respecto, reseña también Gruporaga S.A. que no existe tanto personal temporal en condiciones de poder rescindir su relación laboral, su modalidad contractual no permite rescindir la relación laboral con la extinción de la contrata; y que tendría que despedirlo e indemnizar, lo que no calcula. Se remite también al informe técnico complementario de 22 de enero: *“conforme reseña el Informe complementario del Técnico, la oferta de la recurrente no contempla el coste de todo el personal subrogable, dejando de considerar en su estudio justificativo nada más y nada menos que 250.346,31.-€.”*

Tampoco justifica el coste de no subrogar en la misma contrata el personal temporal que pretende sustituir por personal procedente de Centro Especial de Empleo. Como hemos dicho en Resolución número 144/2017, de 4 de mayo de 2017:

“Por tanto, la obligación de subrogación no es impuesta o excluida por la voluntad del órgano de contratación en los pliegos, sino que vendrá determinada por lo que al respecto determine la legislación laboral vigente y los convenios colectivos de aplicación y en las condiciones así establecidas, debiendo los pliegos referenciar esta obligación a efectos meramente informativos, con el objeto de que las ofertas presentadas tengan en cuenta esta eventualidad para realizar sus cálculos económicos y de otro orden. Además, la obligación de subrogación no implica necesariamente la del mantenimiento de la plantilla. Ahora bien, no estando obligado el adjudicatario a continuar con la misma para realizar la prestación contratada sí debe justificar en todo caso los costes derivados de la decisión de continuar o no con la totalidad o parte de los trabajadores incluidos en el contrato”.

Añade Gruporaga S.A. que Valoriza no es un Centro Especial de Empleo, por lo que tendría que subcontratarlo para disponer de ese personal procedente del

mismo, no ahorrando nada en virtud del convenio que tendría que suscribir por imposición legal con el mismo, que comprendería no solo los costes salariales, sino también los indirectos de estructura y el beneficio.

Procede desestimar también esta alegación de Valoriza sobre el coste de personal, que se basa en hipótesis y futuribles, no acreditados ni acreditables, y contrarias al coste de subrogación de los pliegos.

Por último, impugna Valoriza la consideración sobre no valoración del coste salarial de los oficiales jardineros y conductores. Figura un importe de 135.929,00 euros en lugar de 136.789,00 euros. La diferencia entre ambos importes responde a la bonificación en la cuota de la Seguridad Social. Según el informe técnico es un simple apunte sobre una cuestión técnica, que no merece la pena valorar dada su escasa trascendencia.

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, en su propuesta, y el órgano de contratación después, puedan razonar o fundar su decisión.

Sólo es posible, de acuerdo con el indicado artículo, 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 parezcan anormalmente bajas 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 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”.

La información justificativa, tal como está diseñado el procedimiento contradictorio de verificación de la oferta anormal o desproporcionada va dirigida a convencer al órgano de contratación de que con la oferta formulada, anormalmente más baja en comparación con las demás del mismo procedimiento competitivo, y con la justificación de su desglose, se pueden cumplir las prestaciones objeto del contrato, de manera que si la justificación es insuficiente o motivadamente no garantiza adecuadamente la ejecución del contrato, atendiendo a la inicial presunción y para preservar el interés público de la licitación la oferta ha de ser rechazada.

Es conveniente señalar además el criterio mantenido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en numerosas Resoluciones (TACRC) 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 anomalía 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, como la Resolución 294/2018 de fecha 26 de septiembre, Resolución 559/2014 de fecha 22 de julio; Resolución 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 la más reciente de fecha 11 de enero y número 10/2019 se recoge la reiterada doctrina de este Tribunal sobre esta materia, contenida entre otras, en las resoluciones nº. 803/2018 y 877/2017. Señala el Tribunal, que en los casos en que se inicie un procedimiento contradictorio dando audiencia al licitador cuya oferta esté incurso en presunción de anormalidad, para que pueda justificar el bajo nivel de precios ofertados o de costes propuestos, el rechazo de la oferta exige de una resolución debidamente motivada que razone por qué las justificaciones del licitador no explican satisfactoriamente el bajo nivel de precios ofertados. Por el contrario, cuando de lo que se trata es de admitir la justificación presentada por el licitador, no es necesario que se contenga una motivación exhaustiva.

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 y 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.

Al respecto constan en el expediente dos informes técnicos correspondientes a la justificación de la baja desproporcionada de Valoriza. En dichos informes se constata que se analiza la justificación de la oferta de la recurrente de forma exhaustiva y pormenorizada, tal y como muestra el propio recurso de la empresa, examina al detalle todos los elementos de la justificación de Valoriza. Sobre el primer informe se solicitan aclaraciones por la Secretaría General en un escrito también muy detallado, coincidentes en parte con el propio recurso posterior de Valoriza, emitiéndose nuevo informe técnico complementario en fecha 22 de enero, también detallado.

Como se ha visto más arriba, sobre ninguno de los elementos seleccionados por el propio recurrente en su impugnación del informe técnico asumido por la mesa de contratación y por el Pleno del Ayuntamiento se demuestra error alguno. Si la desestimación de una sola alegación cuantitativamente significativa haría inviable el recurso, cuanto más si lo son todas.

Tampoco se alega incumplimiento alguno del procedimiento de las bajas desproporcionadas.

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 Valoriza Servicios Medioambientales, S.A. contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Villaviciosa de Odón de exclusión del lote proceso “*servicio integral de conservación, limpieza y mantenimiento de zonas verdes, espacios verdes de titularidad pública, arbolado viario público y asimilables, en el municipio, dividido en lotes 1 y 2 (reservado lote 2 a Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social o Empresas de Inserción, D.A. 4ª Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público)*”, expediente 3/2021.

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 ex artículo 53 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.