

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

En Madrid, a 26 de abril de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Manipulación y Recuperación Marepa, S.A., contra Resolución de la Tenencia de Alcaldía por la que se declaró válida su exclusión por la Mesa de contratación, por baja desproporcionada, del procedimiento para la adjudicación del “contrato de servicio de recogida de papel y cartón generado en los domicilios particulares” del municipio de Galapagar, expediente 47/2001, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Anuncio de licitación fue publicado en el DOUE el 7 de enero de 2022, así mismo se publicó en la Plataforma de Contratación del Estado el 4 de enero de 2022, a través de la aplicación Vortal, con un valor estimado de 312.000 euros.

Segundo.- A la licitación se presentaron dos empresas.

La oferta económica es el precio por tonelada retirada, criterio que puntúa en 85 puntos.

Las ofertas económicas fueron:

- HIJOS DE DEMETRIO FERNÁNDEZ, S.A. 58,00 euros/T
- MAREPA, S.A. 39,49 euros/T

Los criterios de la baja temeraria son los previstos en el artículo 85 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.

La empresa Manipulación y Recuperación Marepa, S.A. (en adelante MAREPA) junto con la oferta presenta un documento que puede implicar modificación de la misma, lo que implicaría una revisión de precios no permitida por los pliegos, por lo que es requerida para aclarar si mantiene su oferta durante toda la vigencia del contrato, contestando afirmativamente.

El umbral de anormalidad queda en 46,90 euros.

Encontrándose en baja desproporcionada y requerida por la Mesa, presenta su justificación en fecha 1 de marzo de 2022, en un escrito de dos folios donde consigna costes.

En fecha 14 de marzo se le notifica el acuerdo de exclusión ratificado por la Tenencia de Alcaldía por delegación.

Tercero.- El 4 de abril se presenta recurso especial en materia de contratación. El 6 de abril de 2022, se publica la avocación del procedimiento por la Alcaldía y la suspensión del procedimiento.

Cuarto.- En fecha 11 de abril el órgano de contratación remitió el expediente administrativo y el informe a los que 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).

Consistente en un informe técnico y un informe jurídico dedicado a explicar el procedimiento del recurso especial en materia de contratación y la propia LCSP.

Quinto.- Por la Secretaría de este Tribunal se da traslado del recurso al adjudicatario, 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, no verificándolo en plazo.

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”*, al encontrarse clasificada en segundo lugar, de conformidad con lo dispuesto en el 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 la Resolución por la que se le excluye se notificó el 14 de marzo de 2022, y el recurso se presenta el 4 de abril, por tanto dentro del plazo de quince días hábiles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- Siguiendo el orden lógico, el recurrente insta, la nulidad del acuerdo de la Mesa de Contratación por el que se le excluye, con retroacción de actuaciones, por omisión del procedimiento legal por la Mesa, que debería haberse limitado a hacer una propuesta y elevarla al órgano de contratación. Solicita la nulidad de la Resolución por vulneración del artículo 149.6 de la LCSP, a cuyo tenor, la competencia para resolver la exclusión es del órgano de contratación: *“6. La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación evaluará toda la información y documentación proporcionada por el licitador en plazo y, en el caso de que se trate de la mesa de contratación, elevará de forma motivada la correspondiente propuesta de aceptación o rechazo al órgano de contratación.*

Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuatro, estimase que la información recabada no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador y que, por lo tanto, la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la mejor oferta, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo 150”.

Afirma el recurrente:

“En el caso que nos ocupa, y tal y como recoge la Resolución hoy recurrida, afirma que “A la vista del informe anterior -el ya citado Informe Técnico-, .la Mesa acordó, por unanimidad de sus miembros, excluir la oferta presentada por MAREPA al no haberse acreditado la justificación de la baja desproporcionada presentada.

Es decir, la Mesa de Contratación no cumplió con el procedimiento establecido en el art. 149.6 al no elevar la propuesta de aceptación o rechazo al Órgano de Contratación, y mucho menos figura el hecho de que esa propuesta hubiese sido motivada.

Fue la propia Mesa de Contratación la que excluyó, directamente, y sin motivación alguna, la propuesta de mi representada, lo que supone una grave irregularidad procedimental que, ya de por sí, motivaría la nulidad de la Resolución hoy recurrida”.

Ocurre que lo que se notifica a Marepa, y acompaña a su recurso, es una Resolución, de 14 de marzo, la Quinta Teniente de Alcalde, notificada a Marepa y a la adjudicataria, que en sus antecedentes comprende el relato de todas las actuaciones hasta el acuerdo de exclusión por la Mesa y la propuesta de adjudicación a favor del otro licitador que continuaba en liza y en su parte dispositiva resuelve *“declarar válido el acto de licitación”*, clasificar al único licitador que restaba y requerirle la documentación como adjudicatario. Esta Resolución, dice, dictada en ejercicio de competencias delegadas del Alcalde. Posteriormente en 6 de abril se publica Resolución del Alcalde que avoca las competencias y suspende el procedimiento, declarando en antecedentes que el adjudicatario ya ha presentado la documentación requerida.

Pese a que la propia Resolución notificada de 14 de marzo afirma que es un acto de trámite no cualificado contra el que no cabe recurso, y que la oposición al mismo podrá verificarse contra la resolución que ponga fin al procedimiento, lo cierto es que es una Resolución por la que se acuerda la exclusión de Marepa ratificando la actuación de la Mesa por delegación del Alcalde, no impugnándose la competencia de la teniente de Alcalde para dictarla, resolución que es un acto de trámite cualificado a tenor del artículo 44. 2 b) de la LCSP, en relación con el 149.6 transcrito, que considera tales los actos de exclusión de ofertas por considerarse anormalmente bajas.

Impugna el recurrente la actuación de la mesa de contratación, que efectivamente en sesión de 10 de marzo de 2022, *“acuerda por unanimidad de sus miembros excluir la oferta presentada por la empresa MAREPA, S.A. al no haberse acreditado la justificación de la baja desproporcionada presentada”*.

Pese a que la mesa no elevó propuesta al órgano de contratación, este convalidó su actuación en la resolución recurrida.

No puede afirmarse que la mesa actuó inmotivadamente, pues asume íntegramente el informe técnico que se transcribe al acta publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público y se reproduce en la resolución notificada al

recurrente, motivación *“in aliunde”* o por remisión perfectamente aceptada por la Ley, artículo 88.6 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: *“La aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma”*.

Procede desestimar este motivo de nulidad.

En segundo lugar, se afirma que su justificación de la baja fue exhaustiva y suficiente. Presenta un completo estudio de los costes, que conoce perfectamente al ser la actual adjudicataria, siendo una gran empresa especializada en la recogida de papel y cartón por toda la geografía española, que forma parte de un gran grupo, FCC. *“La jurisprudencia es muy clara a la hora de determinar que la Mesa de Contratación ha de ponderar, en cada caso, y atendiendo a las circunstancias, la justificación efectuada por el licitador y la solvencia que acredite, exigiéndose para acordar la exclusión del licitador una resolución “reforzada” que acredite que su oferta no es viable”*, concluye.

Afirma el órgano de contratación en su informe, reproduciendo la argumentación obrante en el expediente, que en el desglose de costes no existe justificación alguna de los mismos, sumando un total los costes de 117.995,45 euros.

Se contemplan dos fuentes de ingresos, una la venta de residuos de papel y cartón por importe de 85 euros/T, hasta 85.000 euros/ año (1000 toneladas), que no se justifica, y por otra la facturación del servicio por importe de 39.490 euros (1000 toneladas por 39,49 euros tonelada). Dando un total de 124.490 euros de ingresos.

En la justificación se suman ambos conceptos, lo que no es conforme a lo previsto en el PPT sobre la oferta económica, que afirma que de la oferta habrá de detrarse el número de toneladas de papel/cartón por el último precio fijado por ASPAPEL. En el informe emitido no se cuestionan los costes de prestación del servicio, sino que, y tal y como se indica en el mismo, se habían sumado las dos fuentes de ingreso consideradas, y no restado como se recogía en el 5. OFERTA

ECONÓMICA del PPT, por lo que restando los dos ingresos considerados no se cubrirían los costes de prestación del servicio, y éste sería deficitario.

En cuanto a las afirmaciones sobre su intachable comportamiento como adjudicatario actual del servicio, se da cuenta de una penalización por incumplimiento muy grave del contrato.

A tenor del artículo 85 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se encuentra en baja desproporcionada o temeraria *“cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta”*. En el caso, Marepa tiene una baja del 31,91%.

Según el informe técnico calcula 85.000 euros año de producto venta papel y cartón y 39.490 de facturación del servicio, lo que reporta unos ingresos anuales de 124.490 euros.

El apartado 3 del PPT afirma sobre la oferta técnica:

“El licitador propondrá un precio por la ejecución del servicio que incluirá la totalidad de los costes del servicio.

Dicho precio no deberá exceder en ningún caso de la cantidad de 60,00 €/Tonelada por la retirada y tratamiento de residuo de papel y cartón (I.V.A no incluido), es decir, 66,00 €/Tonelada (I.V.A. incluido).

De dicha cantidad habrá que deducir el importe resultante de multiplicar las toneladas de papel-cartón recogido por el último precio fijado por ASPAPEL como referencia de coste del precio (€/tm) del papel-cartón, vigente en el momento de emisión de cada factura. El coste del servicio dependerá del peso de residuo recogido, que deberá ser debidamente justificado mediante el correspondiente certificado.

Asimismo, será obligación del adjudicatario aportar la documentación justificativa del precio mensual fijado por ASPAPEL como referencia de coste de precio (€/tm) del papel-cartón, vigente en el momento de emisión de cada factura.

El coste anual estimado para el mencionado servicio, en función de las toneladas recogidas en años anteriores (previsión de producción de 1.300,00 tm/año), sería de 78.000,00 € (sin I.V.A.), es decir, 85.800,00 €, incluido I.V.A. El coste estimado para la duración total del contrato, establecida para cuatro años (2 + 2) sería de 312.000,00 € (sin I.V.A.), es decir, 343.200,00 €, incluido I.V.A”.

El licitador ahora recurrente no ha seguido el procedimiento previsto en los Pliegos, detrayendo del coste el producto de la venta de papel y cartón, y tampoco impugna las consideraciones del informe técnico asumido por la Mesa de contratación, limitándose a afirmar que conoce perfectamente los costes por ser la actual adjudicataria, pero sin justificar los mismos, incluido el precio a obtener de la venta de papel y cartón.

Por otro lado, realiza sus cálculos sobre 1000 toneladas, cuando expresamente el Pliego refiere a un cálculo previsto de 1300 toneladas. Según sus números, vende el mismo número de toneladas que recoge.

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. Sólo 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 incurra 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 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, como la nº 294/2018, de fecha 26 de septiembre, la Resolución 559/2014 de fecha 22 de julio y la 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.

A juicio de este Tribunal el informe sobre la baja de Marepa cumple con los requisitos de suficiencia de motivación, en relación con la justificación de la misma, que se limita a consignar costes.

Por otra parte, el recurrente no manifiesta error alguno en la misma, no impugna siquiera el informe, prevaleciendo en tal caso la discrecionalidad técnica del órgano de contratación.

Por todo lo expuesto, procede la desestimación del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 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 de la empresa Manipulación y Recuperación Marepa, S.A., contra Resolución de la Tenencia de Alcaldía por la que se declaró válida su exclusión por la Mesa de contratación, por baja desproporcionada, del procedimiento para la adjudicación del “contrato de servicio de recogida de papel y cartón generado en los domicilios particulares” del municipio de Galapagar, expediente 47/2001.

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.