

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

En Madrid, a 15 de diciembre de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Andaluza de Tratamientos de Higiene, S.A. (ATHISA), contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de fecha 9 de noviembre del 2022, por el que se adjudica el contrato del “Servicio de Desinfección, Desinsectación y Desratización (DDD) del término municipal de Getafe” a la empresa Andasur Control de Plagas S.L., expediente de contratación 688/2022/CNT, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 28 de julio de 2022, se publica el anuncio de licitación en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

El valor estimado asciende a 204.000 euros.

Segundo.- El apartado 22 del Anexo I del PCAP considera ofertas desproporcionadas *“aquellas que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas por los licitadores admitidos”*.

En el acta de la mesa de contratación de 30 de agosto de 2022, figura que ANDASUR CONTROL DE PLAGAS S.L., ofrece una baja del 43,00% respecto a los precios unitarios base de licitación, determinando que se encuentra en baja desproporcionada.

Realizado el tramite establecido en el art. 149 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), en plazo y forma fueron presentados los informes que justifican la viabilidad de las ofertas por Andasur.

Tercero.- El 21 de noviembre de 2022, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, solicitando la exclusión del adjudicatario y la adjudicación a su favor por ser el segundo clasificado o bien la retroacción de actuaciones para nueva valoración.

Cuarto.- El 29 de noviembre de 2022, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se 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).

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, quien no presenta alegaciones 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, 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 y notificado el 15 de noviembre de 2022 e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 21 de noviembre de 2022, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44, apartados 1. a) y 2. c) de la Ley de Contratos del Sector Público, al interponerse contra el Acuerdo de Adjudicación y ser un contrato de servicios cuyo valor estimado asciende a 204.000 euros, y se encuentra incluido en el ámbito de aplicación del artículo 44.1 de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se basa en:

a) Falta absoluta de motivación del acta del órgano de contratación, por la que se admite la justificación de la baja del adjudicatario, infringiendo el artículo 149.6 de la LCSP.

b) No se tienen en cuenta los costes salariales de 2023 a 2025.

c) Se ha considerado para el cálculo de costes una categoría profesional inferior a la requerida para la prestación del servicio. Se han realizado cálculos en base a la categoría profesional de Chofer Aplicador de 2ª, cuando considerando que este trabajador va a disponer de un Ayudante de Aplicador (según se describe en la

justificación de la oferta), la categoría profesional de este trabajador sería de Chofer Aplicador de 1ª.

d) Se han considerado una dedicación de personal inferior a la establecida en el pliego de prescripciones técnicas.

e) Deducciones y bonificaciones. La empresa declara disponer de unas deducciones en las cuotas de la seguridad social, que no ha justificado.

f) Costes de vehículos. El estudio de costes presentado no incluye el coste de los dos vehículos, incluyendo exclusivamente el coste de mantenimiento y de recarga de dichos vehículos.

g) La empresa Andasur se compromete al uso de dos vehículos eléctricos, sin embargo, no aporta el distintivo ambiental cero emisiones de los vehículos. Solamente aporta contrato de renting y permiso de circulación de un vehículo (matricula 0595LVZ), por lo que, al no aportar la documentación requerida, no procede la valoración de este criterio de adjudicación.

Contesta el órgano de contratación:

a) La mesa de contratación adopta el acuerdo basándose en el informe de fecha 21 de septiembre del 2021, que consta en el expediente, y cuyo contenido puede ser consultado por el licitador.

b) En la justificación de la partida de recursos humanos hace referencia a las tablas salariales para el año 2023 del convenio colectivo aplicable, y del 2024, 2025 y 2026, si se produjera la prórroga.

Las tablas salariales de los años que se citan (2024-2026) no están publicadas y además la prórroga del contrato, potestad del órgano de contratación, es un hecho incierto que se producirá o no, y por tanto no procede valoración.

c) En el pliego se solicita como personal adscrito al contrato, un aplicador de plaguicidas nivel básico jornada completa (y si fuera necesario otro aplicador tratamientos de choque), otro aplicador plaguicida nivel básico tres días por semana y otro aplicador si la incidencia de mosquitos en la zona de Perales es muy elevada. En ningún momento se habla de un ayudante de aplicador.

d) El cálculo en el número de horas es correcto. Se calcula el personal adscrito al contrato.

Así, y en cuanto al técnico aplicador para el servicio de mosquitos, referente al cálculo del número de semanas, este es aproximado, tal y como indica el recurrente, ya que dependerá de la incidencia de mosquitos, hecho que fluctúa cada anualidad. Dado que se establece un período de actuación de 5 meses dentro del período de abril a octubre, dependiendo de cuando se produzca la mayor incidencia, el número de semanas y por tanto jornadas de actuación, pueden fluctuar, por lo que el cálculo realizado por el contratista se considera correcto dentro de la fluctuación que se pueda producir.

e) El contratista declara disponer de subvenciones y bonificaciones que permiten la reducción en el coste de personal con los cálculos justificativos y la normativa de aplicación.

f) No se considera el coste de los dos vehículos. Se entiende que la empresa tiene su propia flota de vehículos . Si consta el coste del mantenimiento de los mismos y consumos.

g) El contratista, si bien no aporta fotocopia del distintivo cero emisiones, sí aporta matrícula del vehículo. Esta administración consulta tal y como figura en el informe técnico de fecha 21 de septiembre del 2021 la página web de tráfico, comprobando que el vehículo con matrícula 0595LVZ dispone de etiqueta ambiental 0 azul. (Cero emisiones).

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 incursa 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 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 Resolución 294/2018, de fecha 26 de septiembre, Resolución 559/2014, de fecha 22 de julio; 685/2016, de 9 de septiembre, entre otras.

En esa misma Resolución, el TACRC señala que *“hemos de analizar, tal y como señala la doctrina anteriormente sentada, la justificación presentada. Pese a tratarse de cuestiones no jurídicas sino eminentemente técnicas, sí puede este Tribunal analizar la suficiencia de tales explicaciones a los efectos de valorar en este caso los argumentos suficientes a la entidad contratante, como también puede analizar este Tribunal si la mencionada entidad ha realizado el esfuerzo de argumentación que venimos exigiendo (la llamada resolución reforzada) para poder excluir de la contratación a la empresa que ofertó el precio más bajo, que a la postre hubiese podido resultar adjudicataria del contrato ya que se trata de un contrato a adjudicar teniendo en cuenta únicamente el precio más bajo ofertado”*.

En este momento, la función del Tribunal sería meramente de control del cumplimiento de los principios y de los trámites legales, no siendo posible la sustitución del juicio técnico del informe ni de la decisión sobre la posibilidad de cumplimiento que como ya se ha dicho corresponde exclusivamente al órgano de contratación. Los elementos de control serían, además del cumplimiento de las formalidades jurídicas, que exista motivación y que la misma resulte racional y razonable, así como la comprobación de que el informe correspondiente efectuado por el órgano de contratación contiene la suficiente motivación, que 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 antes expuestos, la decisión discrecional del órgano de contratación 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.

Analizadas las alegaciones del recurrente:

Tal y como consta en el acta de la mesa de contratación, analizado el informe del jefe del Servicio de Medioambiente, se admite la justificación de la baja desproporcionada, cosa que sabe el recurrente, quien transcribe esa parte del acta de la mesa, que, además, indica que debe modificarse el informe e incorporarse posteriormente al expediente.

Ese informe de *“valoración de las ofertas en temeridad”*, de 21 de septiembre, obrante en el expediente, no se encuentra publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público, vulnerando el artículo 63.3.e) de la LCSP, el cual afirma que debe publicarse en el perfil del contratante:

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

e) (...) el informe de valoración de los criterios de adjudicación cuantificables mediante un juicio de valor de cada una de las ofertas, 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”.

La propuesta de la Mesa está motivada por remisión al informe técnico, motivación *in aliunde*, que contempla el 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”*.

El problema es que ni se ha incorporado al acta este informe , ni se ha publicado aparte en la Plataforma de Contratación.

Sin embargo, sí consta su existencia en el expediente, pudiendo haber sido conocido por el recurrente, de haber solicitado vista del mismo. El mismo acuerdo de la Mesa da cuenta de esta incorporación: *“En primer lugar, se da cuenta del informe emitido por el Jefe de Sección de Medio Ambiente, indicándole la Mesa que este se debe modificar ya que no contiene todos los pronunciamientos necesarios, debiendo incorporarse posteriormente al expediente”*.

Probablemente por ello, el recurrente no alega indefensión, que daría lugar a la nulidad del acto. Y alega contra la admisión de la oferta del adjudicatario, como si dispusiera de esta información.

Esta motivación es esencial, tanto para evitar la adopción de acuerdos arbitrarios, como para poder fundar el recurso impugnando las razones por las que se admite la justificación de la baja realizada, y no cualesquiera otras razones, porque la función del Tribunal se circunscribe a revisar, en los términos expuestos más arriba, la actuación administrativa previa de valoración de las bajas. La competencia del Tribunal se circunscribe a valorar si se han cumplido las formalidades legales, si existe motivación de la decisión sobre la baja y si esta es suficiente y no contiene ninguna apreciación palmariamente errónea.

En el caso presente, el recurrente realiza una serie de alegaciones desconectadas del informe técnico que sirvió de base a la aceptación de la viabilidad de la oferta por la Mesa y el órgano de contratación, que no han sido, pues, objeto de

valoración en vía administrativa, cuando a este Tribunal le corresponde exclusivamente valorar la actuación administrativa, su función es revisora de la misma, no le corresponde valorar *ex novo* la viabilidad de la oferta a resultas de las alegaciones del recurrente y de la contestación a las mismas del órgano de contratación, lo que convertiría el Tribunal en otra instancia de contratación.

En cuanto a los costes salariales, el informe técnico del que se hace mérito en los párrafos anteriores, solo refiere a que recoge los costes salariales según convenio de mayo de 2022, no menciona otros costes, pero tampoco se conocen los de los años 2023 a 2025, que son a fecha de hoy inciertos, estando sujetos además a la adopción de la prórroga del contrato.

Tampoco el informe técnico refiere al coste de personal aplicador alguno, que no siendo una actuación valorada en el expediente de contratación, no puede ser objeto de enjuiciamiento.

Ni la dedicación de personal, que se dice inferior a la contemplada en el Pliego.

Sobre las deducciones y bonificaciones, que da por buenas el informe técnico, el órgano de contratación afirma que acredita estos extremos.

Al coste de los vehículos sí refiere el informe técnico: se estima el coste del mantenimiento de los vehículos adscritos al contrato, así como la recarga de los mismos (vehículos eco o cero emisiones). No dice el recurrente, donde figura que deba adquirir vehículos nuevos para ejecutar el contrato.

En cuanto al distintivo ambiental de los vehículos, lo deduce el órgano de contratación de su matrícula.

El recurso es inviable, porque no se impugnan las razones que llevan al órgano de contratación a estimar viable la oferta, bien por entenderlas irracionales, bien por

entender insuficiente su motivación, para lo que debió solicitar vista del expediente y acceder al informe técnico que se cita en el acuerdo de la Mesa de Contratación.

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 legal Andaluza de Tratamientos de Higiene, S.A. (ATHISA) contra el acuerdo de Junta de Gobierno Local de fecha 9 de noviembre del 2022, por el que se adjudica el contrato del “Servicio de Desinfección, Desinsectación y Desratización (DDD) del término municipal de Getafe” a la empresa Andasur Control de Plagas S.L., expediente de contratación 688/2022/CNT.

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 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.