

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

En Madrid, a 13 de agosto del 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Sulo Iberica, S.A., (antes Plastic Omnium Sistema Urbanos, S.A.), contra su exclusión de la licitación “Compra de 545 contenedores de residuos de carga bilateral en Sevilla la Nueva, Villamanta, Villamantilla y Villanueva de Perales” de la Mancomunidad Intermunicipal de Servicios El Alberche de la Dirección General de Administración Local de la Consejería de Vivienda y Administración Local de la Comunidad de Madrid acordada por la Mesa de Contratación en 6 de julio de 2020, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Se publica la convocatoria de la licitación en el Diario Oficial de Unión Europa el 18 de febrero de 2020 y en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad el 19 de febrero de 2020, con un valor estimado de 703.050 euros.

Segundo.- La cláusula 1.4 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares establece que están incursas en presunción de temeridad:

“Cuando concurra 1 solo licitador y su oferta sea inferior al presupuesto base de licitación en más del 25%. Cuando concurren 2 licitadores, la que sea inferior en más del 20% a la otra oferta. Cuando concurren 3 licitadores, las que sean inferiores en más del 10 % a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más del 10 % a dicha media. Cuando concurren 4 o más licitadores, las que sean inferiores en más del 10 % a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más del 10 %, se procederá al cálculo de una nueva meda sólo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía”.

Tercero.- Las proposiciones admitidas ofertan:

1. SANIMOBEL, S.A. 697.600,00 euros.

2. PLASTIC OMNIUM SISTEMAS URBANOS, S.A. 544.945,50 euros.

SULO se encuentra un 1,88% del 20% de baja sobre el licitador contemplado en el Pliego.

Según acredita la recurrente la segunda empresa tiene la denominación que figura en el encabezamiento actualmente. La entidad contratante habla de Plastic Omnium Sistemas Urbanos, S.A., cuando ésta se trata de una denominación antigua, siendo en la actualidad Sulo Iberica, S.A., que es la denominación con la que se ha presentado a la licitación.

Cuarto.- En fecha 6 de julio se publica el Acuerdo de exclusión adoptado por la Mesa de Contratación y el requerimiento de documentación al otro licitador:

“Realizada la tramitación prevista en el artículo 149 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, para las ofertas formuladas en términos que las hagan anormalmente bajas y a la vista del informe de fecha 29 de junio de 2020, emitido por la Dirección General de Administración Local, la Mesa considera

que la oferta de la empresa PLASTIC OMNIUM SISTEMAS URBANOS, S.A. no es viable, por lo que queda excluida de la licitación.

Por tanto, de conformidad con lo establecido en el art. 150.2 de la Ley de Contratos del Sector Público, la Mesa acuerda requerir la documentación a SANIMOBEL, S.A. que es el siguiente licitador, según el orden en el que fueron clasificados, una vez efectuada la valoración de los criterios de adjudicación establecidos en la licitación del presente contrato”.

Quinto.- En fecha 16 de julio se presenta el recurso especial en materia de contratación solicitando la anulación de la exclusión por haber sido justificada la viabilidad de la oferta. Simultáneamente se insta la suspensión del procedimiento, que se acuerda por este Tribunal Administrativo el 23 de julio.

Sexto.- El expediente e informe del órgano de contratación se reciben el 28 de julio conforme al artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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). A tenor de lo dispuesto en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas no se ha estimado preciso dar plazo de alegaciones al propuesto adjudicatario de este procedimiento.

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 la empresa que hizo la mejor oferta económica, pudiendo eventualmente resultar

adjudicatario y por ello, *“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 publicado el 6 de julio y el recurso interpuesto en este Tribunal, el 16 de julio de 2020 dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acto de exclusión que a su vez inadmitía la oferta de la recurrente en el marco de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP. El acto se adopta por la Mesa de contratación.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso nos encontramos ante la identificación de una oferta como temeraria y su consiguiente procedimiento contradictorio que pretende lograr la justificación de la viabilidad de la propuesta antes de su exclusión.

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.

Para lograr este objetivo el artículo 149 de la LCSP establece en su apartado 4 párrafo segundo que identificada una oferta como anormal se requerirá al licitador para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de precios.

El párrafo tercero del mismo apartado establece concretamente los valores sobre los que el órgano de contratación podrá solicitar aclaraciones y que son:

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

- b) Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.
- c) La innovación y originalidad de las soluciones propuestas, para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.
- d) 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.
- e) O la posible obtención de una ayuda de Estado.

En el caso presente, una vez identificada la proposición como incurso en presunción de temeridad se insta la correspondiente justificación del licitador.

El licitador justifica su oferta en un extenso escrito con los epígrafes que recoge el informe del órgano de contratación, que estimando válidos sus argumentos, entiende que no se cuantifica. Textualmente:

“La estructura del dossier presentado, bastante completo, en tres apartados.

En el primer apartado la fabricación de los equipos queda asegurada por un grupo de profesionales del sector metalúrgico con más de 25 años de experiencia en el sector, con la maquinaria más avanzada que optimiza los costes de fabricación de los contenedores: Maquinaria de corte por Láser, plegadoras, cizallas, punzonadoras cnc, centros de control numérico, tornos, robots de soldadura, etc. Además cuenta con materia prima de forma global a nivel de grupo, obteniéndose precios muy competitivos al realizarse compras en gran volumen. Los contenedores se fabrican mediante planchas de acero galvanizado en caliente, con lo que se permite la fabricación en serie y el almacenaje sin ocupar excesivo espacio. Los contenedores se transportan en bloque semi-montados apilados llegando a almacenar 40 unidades por camión.

En el segundo apartado, el montaje se realiza con personal y medios propios, no teniendo que subcontratar a empresas externas, y por lo tanto no incurriendo así en costes adicionales. Para ello la empresa dispone en su plantilla de un equipo dedicado única y exclusivamente a la realización de montajes, realizándolo en serie, disponiendo de camiones propios y personal en plantilla para realizar el reparto de los contenedores hasta su ubicación final.

En el tercer apartado hace referencia al Beneficio Industrial, en el sentido de que la licitación en cuestión es mayor en número de unidades a la media de las licitaciones públicas convocadas en el año 2020, por lo que la empresa decidió ajustar su Beneficio Industrial para este proyecto por el volumen de cifra de negocio que conlleva.

Conclusión: No indican ningún valor económico (en cuantía absoluta o en porcentaje) que justifique el importe de su oferta, de manera unitaria por contenedor, es decir no realiza ningún análisis de precios y presupuestos que avalen la viabilidad de la cuantía de su oferta. Por todo ello, se estima como NO VIABLE la propuesta económica de la empresa PLASTIC OMNIUM SISTEMAS URBANOS, S.A”.

En contestación a este recurso el órgano de contratación reproduce el argumento, señalando elementos que no cuantifica.

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”*.

Doctrina compartida por este Tribunal contenida entre otras, en las resoluciones nº 803/2018 y 877/2017.

En este momento, la función del Tribunal sería meramente de control del cumplimiento de los principios y de los trámites legales, Los elementos de control serían, además del cumplimiento de las formalidades jurídicas, que no se han efectuado correctamente en este concreto caso, 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.

Este Tribunal Administrativo de Contratación no comparte el criterio del órgano de contratación conforme al cual el licitador no ha explicado su baja porque no ha cuantificado, cuando afirma previamente que el *dossier* presentado es bastante completo.

En los términos del Pliego la baja es un 1,88 % sobre el 20 por 100 de la oferta del otro licitador, es decir, de 13.114,88 euros. Como hemos señalado la argumentación debe ser mayor cuanto mayor sea la baja y viceversa. Por otra parte,

no es preciso desglosar todos los costes, sino proveer de argumentación suficiente al órgano de contratación. Como señala la Resolución nº 705/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Rec. Nº 731/2014):

“Como hemos manifestado en otras resoluciones (entre otras referidas a un supuesto similar, en la Resolución 338/2014, de 25 de abril), la ‘información justificativa’, en los términos en que está pensada en la Ley, debe entenderse referida a las precisiones que recabe el órgano de contratación. En este caso, la Mesa de Contratación no formuló en su solicitud de justificación ninguna petición particular de precisiones sobre la composición de la oferta. La recurrente, por su parte, detalló los factores favorables considerados en cuanto a solvencia y carácter estratégico del contrato y en cuanto al procedimiento de ejecución y soluciones técnicas adoptadas (la utilización de procedimientos, aplicaciones y soporte informático idénticos a los de otros contratos) y las condiciones excepcionalmente favorables que tiene (costes fijos ya asumidos por el grupo y disponer de los modelos de pliegos para la licitación de los concursos). Frente a estas manifestaciones, el razonamiento del informe técnico no va encaminado a verificar si la justificación aportada explica satisfactoriamente la viabilidad del contrato con el precio propuesto, sino a comprobar si se demuestra de manera suficiente ese nivel de precios. Las justificaciones de la recurrente se califican de genéricas y el informe parece requerir el detalle y la cuantificación del ahorro. Respecto al detalle o desglose de costes, ya hemos reiterado también en numerosas resoluciones que no se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo. Y obviamente, tales argumentos o justificaciones deberán ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta. En este caso, la desproporción de la oferta de AON parece elevada en comparación con el resto, pero se ha de tener en cuenta que todas las demás ofertas se han hecho a la vista de la indicación del PCAP: en el límite (6% de comisión) para no incurrir en presunción de temeridad. El hecho de que en su justificación, AON no haya detallado los menores costes, no es argumento suficiente para rechazarla. Las justificaciones de la recurrente que hacen referencia a su implantación, experiencia, organización y métodos de trabajo, no se han tenido en cuenta. Tampoco han sido

objeto de apreciación alguna en el informe técnico las consideraciones de AON sobre su solvencia y el carácter estratégico del contrato con el Ayuntamiento. A este respecto, se ha de tener en cuenta que el artículo 85 del RGLCAP, aunque relativo a los criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas en las subastas, en su apartado 6 establece: ‘6. Para la valoración de las ofertas como desproporcionadas, la Mesa de Contratación podrá considerar la relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada’.

SULO desarrolla de forma completa los apartados descritos en el informe de los servicios técnicos, según el propio informe, sin embargo no cuantifica los mismos. A juicio de este Tribunal este razonamiento no es la motivación reforzada exigida por la doctrina, no rebatiendo los argumentos de SULO, y teniendo en cuenta que se trata de desglosar el 1,88 por 100 del precio, 13.114, 88 euros. Procede por ello la estimación del recurso.

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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Sulo Iberica, S.A., (antes Plastic Omnium Sistema Urbanos, S.A.), contra su exclusión de la licitación “Compra de 545 contenedores de residuos de carga bilateral en Sevilla la Nueva, Villamanta, Villamantilla y Villanueva de Perales” de la Mancomunidad Intermunicipal de Servicios El Alberche de la Dirección General de Administración Local de la Consejería de Vivienda y Administración Local de la Comunidad de Madrid, con retroacción de actuaciones.

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 del procedimiento.

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.