

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

En Madrid, a 8 de noviembre de 2018.

VISTA la reclamación interpuesta por don J.V.G., en nombre y representación de Industrias Químicas del Ebro, S.A. (IQE) contra la propuesta de adjudicación del lote 2 del contrato “Suministro de 16.800 toneladas anuales de sulfato de aluminio en solución a las ETAP de Canal de Isabel II, Sociedad Anónima, dependientes de la Subdirección de Planificación de Recursos Hídricos y Abastecimiento”, número de expediente: 39/2018, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 3, 20 y 21 de marzo de 2018, se publicó respectivamente en el DOUE, en el Portal de la Contratación de la Comunidad de Madrid y en el BOCM, la convocatoria de licitación pública, por procedimiento abierto y criterio único el precio, para la adjudicación del referido contrato con precios unitarios y dividido en dos lotes, pudiendo licitar a los 2 lotes pero solo resultar adjudicatario en uno de ellos. El valor estimado del contrato es de 8.870.400 euros y la duración tres años con posibilidad de una prórroga por un año, obligatoria para el adjudicatario.

Segundo.- A la licitación del lote 2 han concurrido 4 empresas, una de ellas la recurrente.

En el Anexo I punto 1 del PCAP, se define el objeto del contrato como el suministro de 16.800 toneladas anuales de sulfato de aluminio en solución a las ETAP del Canal Isabel II, S.A. (en adelante Canal) distribuidas como sigue:

Lote 1, 70% del total de toneladas objeto de la licitación (35.280 Tn).

Lote 2, 30% del total de toneladas objeto de la licitación (15.120 Tn).

En el punto 8 del Anexo se establecen los supuestos en los que se considera que una oferta es anormal o desproporcionada en función del nº de licitadores, y el procedimiento a seguir para justificar la viabilidad de la oferta. Así para cuando como en este caso el número de licitadores es 4 o superior dispone: *“Cuando concurren cuatro o más licitadores, las que sean inferiores en más de 5 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media 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.”*

El 12 de julio de 2018 la Mesa de contratación determinó el umbral de valor anormal o desproporcionado de las ofertas admitidas al presente procedimiento de licitación, resultando la oferta presentada por la reclamante incurso en presunción inicial de valor anormal o desproporcionado. Por lo que se solicitó a dicho licitador que presentara las precisiones, justificaciones y aclaraciones que considerara precisas sobre la composición de la oferta a fin de definir por Canal de Isabel II, S.A. la viabilidad de la misma o su carácter anormalmente bajo.

Analizada la justificación, según informe técnico de fecha 30 de agosto de 2018 suscrito por el Jefe del Área de Tratamientos de Aguas Lozoya-Jarama, por la Subdirectora de Planificación de Recursos Hídricos y Abastecimiento y por la Directora de Operaciones (en adelante “el Informe Técnico de 30 de agosto de 2018”)

se concluye que no queda justificado el valor anormal o desproporcionado de la oferta de la reclamante y en consecuencia el 5 de septiembre de 2018 la Mesa de Contratación, asumiendo sus conclusiones propuso excluir dicha oferta y adjudicar el contrato, en concreto el lote 2 a Kemira Ibérica, S.A.

El acta de la Mesa se publicó en el portal de la contratación el día 9 de septiembre, a la vista de lo cual el reclamante solicitó acceso al expediente y copia del informe de 30 de agosto, lo que se llevó a efecto el 1 de octubre de 2018 por lo que en ese momento tuvo conocimiento de diversas comunicaciones internas del órgano de contratación, realizadas entre el 19 de septiembre y el 1 de octubre, a fin de elevar la propuesta a los órganos competentes para adoptar la resolución final de adjudicación.

Así el órgano de contratación, había requerido a la adjudicataria propuesta la documentación administrativa y de solvencia, y la correspondiente fianza, de conformidad con lo dispuesto en las cláusulas 13 y 15 del PCAP. Cumplido ese trámite, con fecha 25 de septiembre de 2018 la Mesa de Contratación había acordado por unanimidad, elevar al Director General y Vicepresidente Ejecutivo, (órgano competente para la adjudicación en virtud del poder que le había otorgado el Consejo de Administración de Canal de Isabel II, S.A. en su sesión de 19 de septiembre de 2018) la propuesta de adjudicación del contrato del Lote 2 a favor de Kemira Ibérica, S.A. por importe de 1.871.856 euros, excluido el IVA ante la urgente necesidad de disponer del sulfato de aluminio, reactivo que se encontraba agotado y que es imprescindible para cumplir con los requisitos sanitarios de la calidad del agua de consumo humano.

Además, en cumplimiento del artículo 26 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (en adelante "RGCCPM") aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril, mediante comunicación interna de 25 de septiembre de 2018, se advertía de la obligación de elevar al Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid la propuesta de adjudicación del lote 2 del contrato, a fin de dar cuenta de dicha decisión, antes de adoptar su resolución.

Sin embargo, el 27 de septiembre de 2018, la Mesa de contratación advirtió que no procedía elevar al Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid la propuesta de adjudicación del contrato del lote 2, hasta que se elevase la propuesta de adjudicación de los contratos de ambos lotes a la vez, a efectos de cumplir las “Reglas para la presentación de ofertas y para la adjudicación de los contratos” del procedimiento establecidas en el apartado 1 del Anexo 1 del PCAP. Dicho acta se publicó al día siguiente.

Tercero.- Con fecha 23 de octubre de 2018, la representación de IQE, presentó escrito de reclamación ante el Tribunal, previo anuncio al órgano de contratación, contra lo que denomina *“acuerdo de adjudicación de fecha 25 de septiembre suscrito por el Subdirector de Contratación”* que acompaña al recurso y que en realidad es la nota interior elaborada por dicha unidad por la que se eleva la propuesta al Director General advirtiendo de la necesidad de remitirla con carácter previo al Consejo de Gobierno, y de la que había tenido conocimiento al tomar vista del expediente el 1 de octubre de 2018.

En su escrito solicita la anulación de dicha propuesta por la que se adjudica el lote 2 a Kemira Ibérica, S.A. y se excluye a Industrias Químicas del Ebro, S.A., y que se declare expresamente que la oferta de Industrias Químicas del Ebro, S.A. debe ser admitida y en consecuencia, adjudicando el lote 2 a la oferta económicamente más ventajosa, que es la de Industrias Químicas del Ebro, S.A. Así mismo solicita la suspensión del procedimiento.

De la reclamación se dio traslado al órgano de contratación el cual manifiesta que el acto es una propuesta de adjudicación que no es susceptible de reclamación por no encontrarse en *“ninguno de los supuestos establecidos en el artículo 40.2 del TRLCSP”* ya que se reclama contra un acto que no es susceptible de recurso, no obstante da respuesta a todos los motivos alegados en la reclamación. Fundamenta su oposición en las resoluciones de este Tribunal nº 118/2018, de 18 de abril y nº 74/2018, de 8 de marzo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación con el actualmente vigente artículo 46.1 de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, (en adelante LCSP) y el artículo 3.5 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 la presente reclamación, al tratarse el procedimiento de licitación de un contrato de suministro sujeto a la LCSE, al superar los umbrales establecidos en el artículo 16.a) de la misma.

Segundo.- La reclamante ostenta legitimación activa en su condición de licitadora que ha sido excluida en el procedimiento. De acuerdo con el artículo 102 de la LCSE: *“Podrá interponer la correspondiente reclamación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de reclamación”.*

Tercero.- Especial análisis merece el acto objeto de la reclamación, la comunicación interna de fecha 25 de septiembre de 2018 por la que se eleva propuesta de adjudicación al órgano de contratación en la que consta el rechazo de la oferta de la recurrente por no acreditar la viabilidad, de conformidad con el Acuerdo adoptado por la mesa de contratación de 5 de septiembre de 2018, que se publicó el 19 de septiembre en el Portal de la contratación.

Establece el artículo 149.6 de la LCSP, en relación con el artículo 82 de la LCSE, *“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. En ningún caso se acordará la aceptación de una oferta sin que la propuesta de la mesa de contratación en este sentido esté debidamente motivada.*

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. En general se rechazarán las ofertas incursas en presunción de anormalidad si están basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde una perspectiva técnica, económica o jurídica”.

En este caso, se trata de una propuesta de rechazo de la mesa acordada el 5 de septiembre, por no haber acreditado la viabilidad de su oferta de la cual tuvo conocimiento la recurrente en el trámite de vista del expediente el 1 de octubre.

A la vista del contenido de la nota interior y de las circunstancias concurrentes debemos concluir que el acto no es susceptible de reclamación, ya que este Tribunal como ha señalado en otras resoluciones no puede hurtar al órgano de contratación su competencia para decidir si acepta o no la propuesta de la Mesa de contratación.

Debe esperar la reclamante a la decisión del órgano de contratación que bien puede apartarse del criterio de la Mesa o confirmar la exclusión. Acto que se le ha de comunicar debidamente motivado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 84.1 de la LCSE, y contra el que podrá interponer la correspondiente reclamación alegando sobre el rechazo de su oferta por no haber justificado la viabilidad de la misma.

En consecuencia, debe inadmitirse la presente reclamación, al no ser el acto objeto de la misma, susceptible de reclamación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 44.2.b) de la LCSP.

En su virtud, previa deliberación, en sesión celebrada en la fecha del encabezamiento, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 101 de

la LCSE y el artículo 3 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.- Inadmitir la reclamación interpuesta por don J.V.G., en nombre y representación de Industrias Químicas del Ebro, S.A. (IQE) contra la propuesta de adjudicación del lote 2 del contrato “Suministro de 16.800 toneladas anuales de sulfato de aluminio en solución a las ETAP de Canal de Isabel II, Sociedad Anónima, dependientes de la Subdirección de Planificación de Recursos Hídricos y Abastecimiento”, por tratarse de un acto no susceptible de reclamación.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 106.5 de la LCSE.

Tercero.- 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 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 108 de la LCSE.