

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

En Madrid, a 25 de marzo de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Classic Bus S.L., contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Arroyomolinos de fecha 10 de febrero de 2021 por el que se adjudica el contrato y se declara la inadmisión por inviable de la oferta presentada al contrato de “Servicio de transportes para los desplazamientos deportivos, educativos o sociales del Ayuntamiento de Arroyomolinos” número de expediente 8/2020 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE y en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Arroyomolinos alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 7 de septiembre de 2021, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y sin división en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 253.125 euros y su plazo de duración

será de un año prorrogable por otro año más.

A la presente licitación se presentaron 9 licitadores.

Segundo.- Tras la tramitación ordinaria del procedimiento de licitación se procede por la mesa de contratación celebrada el día 23 de octubre de 2020 a la apertura del sobre nº 2 que contiene la oferta valorable mediante criterios automáticos y su remisión a los técnicos para la evaluación y emisión del correspondiente informe técnico de valoración.

Con fecha 25 de noviembre de 2020, se constituyó la Mesa de Contratación para dar lectura al Informe de valoración de los criterios valorables en cifras o porcentajes. De conformidad con dicho informe, los miembros de la mesa acuerdan por unanimidad dar audiencia para la justificación de las ofertas de las mercantiles CLASSIC BUS, S. L. y SAMAR TOURIST, S.A. por incurrir inicialmente en presunción de temeridad.

Con fecha 30 de noviembre de 2020, el recurrente presenta la justificación de su oferta, que es informada por técnico municipal que eleva su informe a la mesa de contratación, quien asume su contenido y en su sesión de fecha 25 de noviembre procede considerar la oferta de Classic Bus, S.L. inviable.

Con fecha 12 de febrero de 2020, la Junta de Gobierno Local asume la propuesta efectuada por la mesa de contratación inadmitiendo las ofertas de Classic Bus S.L. y SAMAR TOURIST, S.L., clasificando el resto de las presentadas y adjudicando el contrato a *TRANSVÍA TOLEDO 2017, SL.*

Tercero.- El 3 de marzo de 2021, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Classic Bus S.L., en el que solicita la admisión de su oferta por considerar que ha sido suficientemente justificada su viabilidad.

El 9 de marzo de 2021, 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).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los Procedimientos Especiales de Revisión de Decisiones en Materia Contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

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, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Finalizado el plazo no han presentado escrito alguno.

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 excluida, *“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 el 10 de febrero de 2021, practicada la notificación el 15 de febrero de 2021, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 3 de marzo de 2021 dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la exclusión de la oferta dentro del acuerdo de adjudicación de un contrato de servicios 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.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se concreta en dos motivos, por un lado la legalidad de aplicar las reglas del artículo 85 del Reglamento General a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2021 (RGLCAP). Ante la ausencia de determinación de estas reglas en el PCAP y en el caso, como el presente, en el que existen pluralidad de criterios de adjudicación. En segundo lugar, verificar que la oferta presentada no es viable.

En cuanto al primero de los aspectos el recurrente considera se ha ejecutado de forma totalmente arbitraria e improcedente la determinación de su oferta como temeraria, *“dada la falta de fijación en los Pliegos de Condiciones de parámetro alguno que determinase la anormalidad de las ofertas presentadas en relación al criterio de económico, y por tanto la imposibilidad de calificar la oferta presentada por CLASSIC”.*

Considera que: *“Bajo este ámbito regulatorio y como justificación de nuestra anterior afirmación, si acudimos a lo dispuesto por el artículo 149 de la LCSP se establece que (...).*

La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación realizará la función descrita en el párrafo anterior con sujeción a los siguientes criterios:

a) Salvo que en los pliegos se estableciera otra cosa, cuando el único criterio de adjudicación sea el del precio, en defecto de previsión en aquellos se aplicarán los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente y que, en todo caso, determinarán el umbral de anormalidad por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado, sin perjuicio de lo establecido en el apartado siguiente.

b) Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto”.

Manifiesta que en consecuencia al no ser el precio el único criterio de adjudicación no podrá aplicarse directamente la regla establecida en el artículo 85 del RGLCAP, siendo imprescindible que el PCAP recoja los parámetros que determinaran que una oferta es temeraria. Invoca a este respecto diversas Resoluciones y Sentencia.

Por su parte el órgano de contratación manifiesta en este punto exclusivamente que: *“en este sentido se debe indicar que por parte de esta administración se ha tomado como criterio de determinación de las bajas temerarias, lo establecido en el art. 85 del RGLCAP, al ser este el criterio legal y recurrente en los procedimientos de contratación y, que ha sido recogido en el informe emitido por el técnico que ha realizado la valoración”.*

Este Tribunal ya se ha manifestado en diversas ocasiones sobre el tema, valga por todas la Resolución nº 41/2017, de 8 de febrero, invocada por el recurrente, que establece: *“Por tanto, si estamos ante un procedimiento de adjudicación con una pluralidad de criterios de adjudicación, como en el presente supuesto, debe ser el pliego el que determine bajo qué parámetros objetivos podemos apreciar que una oferta no puede ser cumplida como consecuencia de que incluye valores anormales o*

desproporcionados, sin que estos parámetros deban hacer referencia exclusivamente al criterio precio. Es decir, el legislador ha otorgado total libertad a los órganos de contratación para que fijen, vía pliegos, cuales son los parámetros para determinar que una oferta puede considerarse inicialmente como desproporcionada.

En ausencia de determinación en el pliego de dichos parámetros, no procede aplicar supletoriamente los que señala el artículo 85 RGLCAP, no pudiendo así considerarse a ninguna oferta como incurso en baja anormal o desproporcionada. Y ello, tal y como lo han interpretado tanto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 58/08, de 31 de marzo de 2009, como diversos Tribunales de Recursos Contractuales (Resolución 274/2011, de 26 de noviembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Acuerdos, 8/2012, y 15/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón y Resoluciones 27/2014 de 5 de febrero o 44/2015, de 15 de abril de este Tribunal, entre otras).

La ausencia de parámetros objetivos en el PCAP para considerar una oferta anormal o desproporcionada no es una infracción del procedimiento de contratación, que deba suplirse con la aplicación supletoria de la normativa contractual. El carácter potestativo de su previsión permite también que los pliegos opten por no establecer esos parámetros.

En este caso, el pliego no ha introducido referencia alguna a este extremo, por lo que no cabe introducir cuestión alguna acerca de la inclusión de valores anormales o desproporcionados en las ofertas presentadas. Dicha omisión impide, conforme a lo antes expuesto, que el órgano de contratación pueda excluir o considerar inadmisibles una determinada oferta”.

En el presente caso la cláusula 26 del PCAP establece: *“En el supuesto de que se identifiquen ofertas que se encuentran incursas en presunción de anormalidad, la mesa seguirá el procedimiento previsto en el artículo 149, si bien el plazo máximo que puede conferirse al licitador para que justifique su oferta no podrá superar los 5 días hábiles, desde la fecha del envío de la correspondiente comunicación”.*

Comprobamos pues, una ausencia total de parámetros que permitan determinar cuándo una oferta se encuentra en baja temeraria, siendo en consecuencia imposible determinar por otros medios ésta situación.

Por otro lado, el recurrente considera que la exclusión de su oferta no ha sido informada de forma reforzada tal y como es criterio de los tribunales de contratación, basándose el informe de inadmisión únicamente en la ausencia de beneficio para la empresa.

Considera que no resulta una causa válida de exclusión de una oferta, la asunción por parte del adjudicatario de posibles costes y gastos no previstos, es decir, asumiéndolos el adjudicatario con disminución del margen de su propio beneficio.

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 éstas 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 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 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.

Según el informe técnico realizado el 17 de diciembre de 2020 y hecho suyo por la mesa de contratación, la justificación para inadmitir la oferta de la recurrente es: *“Cae en baja temeraria o desproporcionada en 15 de los 17 precios unitarios que se solicitan.*

En los precios cuyo importe ofertado es cero, como son el suplemento por autocar de personas con movilidad reducida, y la anulación del servicio el mismo día, indica que:

En la determinación del coste unitario por la amortización del vehículo, no se hace distinción entre si este es adaptado o no, ya que se considera un solo precio medio de adquisición por cada tipo de vehículo de los requeridos, incluyendo el equipamiento para el transporte adaptado. Por tanto, no se genera un coste adicional por el empleo de un vehículo adaptado para el transporte de personas con movilidad reducida puesto que el uso de este tipo de vehículo de características especiales ya está considerado en el precio unitario de amortización para el cálculo de los precios ofertados.

En cuanto a la justificación de no cobrar nada por anular un servicio el mismo día, indica que no se produce ningún tipo de consumo, que el único gasto a repercutir sería si no pudiera destinar los medios materiales y personales comprometidos para ese servicio a otros servicios alternativos. Pero que, debido a su volumen de trabajo con gran cantidad de servicios alternativos, no es problema para la empresa.

En el resto de precios, para justificar su oferta presenta una documentación muy detallada, utilizando como base de esta, la estructura y metodología de cálculo del Observatorio de Costes del Transporte de Viajeros en Autocar (Publicación nº32 julio 2020). Determinando sus precios ofertados mediante la consideración de los

siguientes precios unitarios: el precio hora de personal de conducción, la amortización de vehículos, costes financieros, seguros, reparaciones, combustible, gasto en neumáticos, etc.

No obstante, revisados los cálculos que presenta, se puede observar cómo el beneficio industrial es muy limitado en porcentaje respecto del total (menos del 1% del en varios casos), siendo incluso en determinados precios ofertados dicho margen beneficio industrial de cero, o incluso negativo:

- *Desplazamiento (ida y vuelta) fuera del municipio a una distancia superior a 150 km. del mismo. Precio por km. Realizado..... BENEFICIO INDUSTRIAL: 0,00 €*
- *Precio hora extra sobre la duración máxima de servicio establecida. Autobús máximo 54 plazas..... BENEFICIO INDUSTRIAL: -16,00 €*
- *Precio hora extra sobre la duración máxima de servicio establecida. Autobús máximo 23plazas..... BENEFICIO INDUSTRIAL: -16,00 €”*

Comprobamos por tanto, que el único motivo por el que no se admite la viabilidad de la oferta es por la ausencia de beneficio industrial en la cuantía que el presupuesto base de licitación considera. Es criterio de los tribunales de contratación, que la ausencia de beneficio industrial no desvirtúa ni hace temeraria una oferta, pudiendo admitirse sin riesgo alguno, los casos en que los presupuestos rebajan e incluso anulan este concepto, ya que en muchas ocasiones el beneficio industrial no se limita a una cantidad monetaria sino a otras formas remunerativas que podríamos calificar como en especie, tales como adquisición de solvencia técnica, mantenimiento de trabajos para la empresa, posicionamiento en el mercado etc. De igual forma, no puede considerarse el informe emitido en su día y trasladado al de contestación a este recurso por parte del órgano de contratación, como informe reforzado, más bien al contrario, la brevedad y parquedad de su contenido solo ponen de manifiesto la inexistencia de causas que invaliden la justificación aportada.

Por todo lo cual este Tribunal considera que la apreciación del órgano de contratación de que el informe justificativo de la oferta no se encuentra motivado

correctamente en este apartado, ni en el recurso planteado, no se aprecia como razonable, motivada y dentro del ámbito de discrecionalidad que le es dada al órgano de contratación a la hora de apreciar la viabilidad de las ofertas incursas en presunción de temeridad, por lo que debe estimarse el recurso en cuanto a este motivo.

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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Classic Bus S.L., contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Arroyomolinos de fecha 10 de febrero de 2021 por el que se adjudica el contrato y se declara la inadmisión por inviable de la oferta presentada al contrato de “Servicio de transportes para los desplazamientos deportivos, educativos o sociales del Ayuntamiento de Arroyomolinos” número de expediente 8/2020, anulando la adjudicación propuesta y retrotrayendo el procedimiento al momento de valoración de las propuestas que se efectuara nuevamente una vez admitida la oferta presentada por la recurrente.

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.- 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.