

Recurso nº 393/2022

Resolución nº 393/2022

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

En Madrid, a 13 de octubre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la mercantil Alternativas Ecológicas Ingeniería Energética, S.L., (en adelante, ALTERECO), contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Fuenlabrada, adoptado en sesión ordinaria de 22 de agosto de 2022, por el que se dispone la adjudicación de la contratación conjunta del “Servicio de Mantenimiento de Instalaciones Petrolíferas, Revisión, Reparación e Inspección de Depósitos de Combustible en Centros Educativos, Escuelas Infantiles e Inmuebles Municipales del Ayuntamiento de Fuenlabrada y en Centros pertenecientes al Organismo Autónomo Patronato Municipal de Deportes (PMD), dividido en dos lotes (expediente nº 2022/000170)”, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados los días 25 y 27 de mayo de 2022, respectivamente en el Perfil del Contratante del Ayuntamiento de Fuenlabrada, alojado en la Plataforma de la Contratación del Sector Público, y en el DOUE, se

convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 2 lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 849.915,70 euros y su plazo de duración será de 4 años.

A la presente licitación se presentaron tres empresas a ambos lotes, entre ellas, la recurrente.

Segundo.- Por la mesa de contratación en sesión celebrada el 7 de junio de 2022, se procede a la apertura y calificación de la documentación administrativa y a la apertura de criterios evaluables de forma automática.

Identificada como desproporcionada la baja efectuada por THERMOSOL SAT, S.A., se requiere de justificación conforme a lo establecido por el artículo 149 de la LCSP y aportada la justificación, esta se considera suficiente por acuerdo de la mesa en sesión celebrada el 23 de junio de 2022, aprobándose la clasificación de ofertas por orden decreciente y proponiéndose la adjudicación de ambos lotes a THERMOSOL.

El contrato se adjudica a THERMOSOL SAT, S.A. por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 26 de agosto de 2022.

Tercero.- El 21 de septiembre de 2022, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de la mercantil ALTERECO en el que solicita se anule el acuerdo de adjudicación en favor de THERMOSOL, retrotrayendo las actuaciones al momento de valoración de la justificación de la oferta por dicha mercantil, acordándose su exclusión al no haber acreditado la viabilidad de su oferta, adjudicándose el contrato en favor del recurrente.

El 30 de septiembre 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) solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto.- La tramitación de ambos lotes 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, concediéndole un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Dentro del plazo establecido, el adjudicatario ha presentado alegaciones.

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*”, en virtud de lo dispuesto por 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 el acuerdo impugnado fue adoptado el 26 de agosto de 2022, publicado el 2 de septiembre en el Perfil, e interpuesto el recurso el 21 de septiembre de 2022, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acuerdo de adjudicación, en el marco 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.- Entrando ya en el fondo del asunto, la impugnación se centra en la incorrecta justificación de la viabilidad de la oferta presentada por THERMOSOL a ambos lotes del procedimiento, pues la misma, a juicio del recurrente, no ha desvirtuado la presunción de anormalidad que pesaba sobre ella, así como en la arbitrariedad en la valoración de la citada justificación por parte del órgano de contratación, procediendo la exclusión del procedimiento.

Entiende el recurrente que la exhaustividad de la justificación debe ser tanto mayor cuanto mayor sea la baja en que ha incurrido la oferta, que en el presente caso es del 27%, habiéndose realizado por parte del licitador requerido para justificar la viabilidad de su oferta una exposición vaga, imprecisa y genérica que no se plasma en cifras concretas de ahorro para la licitación que nos ocupa, no habiéndose destruido la presunción de anormalidad que pesa sobre las ofertas a ambos lotes.

Alegando la levedad de las justificaciones presentadas, defiende asimismo que los datos aportados son insuficientes para que pueda realizarse, por parte de la Administración, un juicio de viabilidad, debiendo por tanto haber resultado excluida la oferta de THERMOSOL para ambos lotes.

Del mismo modo que no considera motivada la justificación de la oferta, tampoco considera motivado el informe técnico de valoración de la justificación, emitido en fecha 22 de junio de 2022, pues no habiéndose realizado el más mínimo cálculo numérico por parte del licitador, la aceptación de la justificación se convierte en *“una cuestión de fe, incompatible con el mínimo rigor exigible cuando se están gestionando recursos públicos”*.

Por su parte, el órgano de contratación recoge en su informe que todas las actuaciones del órgano de contratación se han realizado cumpliendo los preceptos de la LCSP, en particular, las normas relativas a la justificación de las bajas anormales, habiéndose tramitado el expediente conforme a lo estipulado por el artículo 149.4 de la LCSP y habiéndose emitido informe de valoración, en el marco de la discrecionalidad técnica, en que se motivan las razones por las que se consideraba la oferta viable, entre las que se encuentran el hecho de contar con personal propio para la realización de todas las tareas relativas al objeto del contrato, excepto las relativas a inspecciones y certificados (a realizar por Organismos de Control Autorizados o entidades de Inspección y Control industrial), y la existencia de acuerdos con proveedores que implican reducción de costes.

Se informa asimismo, que lo que hace el recurrente es impugnar el contenido del informe técnico, intentando sustituir el juicio técnico emitido por argumentos que no desvirtúan la valoración efectuada.

Por último, señala que, cuando se trata de admitir una justificación presentada por el licitador, la motivación no debe ser tan exhaustiva como lo sería en el caso de rechazarla, citando varias resoluciones de este Tribunal en que así se determina.

En tercer término, el adjudicatario alega en su escrito que está en condiciones de asumir el contrato y la oferta aprobada es totalmente viable, tanto técnica como económicamente, tal y como justificó debidamente en el momento de presentación de la oferta, al contar con personal cualificado y medios propios con experiencia demostrable de más de 30 años, habiendo justificado debidamente que cuentan con ofertas y condiciones de proveedores especialmente ventajosas, por su larga trayectoria en el sector y en la realización de este tipo de obras. Expone, en vía de alegaciones, un cuadro de precios/unitario y orientativo *“ya que el coste de este expediente variará mucho en función del resultado de las inspecciones, las correcciones en instalaciones que haya que hacer, el número de depósitos que se vayan a inertizar y dejar fuera de servicio, la capacidad de cada uno de los tanques en los que haya que intervenir, etc.; aspecto que tampoco podría justificar con números absolutos ninguna de las empresas que se dediquen a este sector y quisieran licitar a este tipo de obras”*. Y señala que el listado de precios de SALTOKI que se aportó junto con su oferta, es una lista de precios pública, pero su oferta se mejora con los descuentos que se aplican a THERMOSOL, y no a otras empresas del sector, sobre dicha tarifa, los cuales fluctúan entre un 50% y 60%, mejorando considerablemente las condiciones económicas para el organismo correspondiente. Añade ser perfectamente conocedora del estado actual de las instalaciones, puesto que en el año 2013 fue la encargada de revestir los tanques, dejando las instalaciones en perfecto estado conforme a normativa y por tanto tiene conocimiento suficiente para poder valorar en este momento los tanques que requerirán de nuevo su revestimiento y cuáles no, así como los que el Ayuntamiento solicitará su baja, con la consiguiente inertización.

Del examen del expediente realizado por este Tribunal se constata que en el Informe técnico emitido con fecha 9 de junio de 2022, se recoge que la oferta presentada a ambos lotes por parte de THERMOSOL SAT, S.A. realiza una baja del 27%, superando las 25 unidades porcentuales previstas en el PCAP para considerar una oferta como desproporcionada, por remisión al artículo 85 del RD 1098/2001, Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Y que se ha tramitado el procedimiento previsto por el artículo 149.4 de la LCSP, efectuando requerimiento de justificación de la viabilidad de su oferta a través de la Plataforma el mismo 9 de junio de 2022. Por parte de THERMOSOL se presenta la correspondiente justificación el día 13 del mismo mes, en la que señala que cuenta con personal propio: electricista, albañil, personal de mantenimiento, soldador, calefactor, instalador y reparador de productos petrolíferos, así como personal administrativo especialista en el área petrolífera. Y que, tanto la experiencia como su plantilla permiten abordar los trabajos en un orden determinado para evitar revisiones e inspecciones no satisfactorias que conllevan una segunda visita y un coste adicional. Por otro lado, las pruebas de estanqueidad y la corrección de anomalías se realizan con los propios empleados evitando costes de empresas ajenas, externalizándose únicamente las inspecciones y certificados que obligatoriamente deben emitir los OCA - Organismos de Control Autorizados o EICI - Entidad de Inspección y Control Industrial. Se justifica que cuentan con una amplia cartera de proveedores habituales de productos petrolíferos, tanto distribuidores de material como fabricantes, teniendo con varios de ellos unos compromisos de plazos de entrega y precios muy beneficiosos, adjuntando a la oferta compromisos de determinados proveedores, así como el listado de proveedores y marcas habituales.

Como ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones, las más recientes en sus resoluciones 265/2022, de 7 de julio y 368/22 de 15 de septiembre, 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 anormalidad 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.

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.

Pues bien, habiendo sido calificado de arbitrario por el recurrente por falta de motivación, lo cierto es que constan en el expediente las circunstancias que el órgano tomó en consideración en el momento de adoptar la correspondiente decisión, pues el informe de 22 de junio de 2022 concluye que, analizados los términos expuestos en la documentación presentada, la oferta es suficientemente sólida y se considera que no subcontratando los trabajos propios de electricista, albañil, soldador, calefactor, instalador y reparador de productos petrolíferos, personal de mantenimiento así como personal administrativo especialista en el área petrolífera, conjuntamente a diferentes compromisos firmados con proveedores de productos petrolíferos y distribuidores de estos materiales y fabricantes, manteniendo acuerdos de precios y descuentos con gestores y proveedores de proximidad, además de acreditar una oferta especial de EICI-OCA para inspecciones, entre otros, justifica la oferta presentada y por consiguiente se considera suficiente la justificación de la oferta presentada para ambos lotes.

A la vista de la motivación contenida en el citado informe y, considerando que el criterio del TACRC, en sus resoluciones n^{os} 877/2017, 803/2018 y 10/2019, entre otras, criterio compartido por este Tribunal es el de entender que 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, *“motivación reforzada”*; mientras que, 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, se considera suficiente la motivación incorporada al informe que sirvió tanto a la mesa como al órgano de contratación para admitir la viabilidad de la oferta y posteriormente adjudicar ambos lotes del contrato a THERMOSOL.

No apreciándose arbitrariedad en el informe técnico, se desestima el 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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la mercantil Alternativas Ecológicas Ingeniería Energética, S.L., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Fuenlabrada, adoptado en sesión ordinaria de 22 de agosto de 2022, por el que se dispone la adjudicación de la contratación conjunta del “Servicio de Mantenimiento de Instalaciones Petrolíferas, Revisión, Reparación e Inspección de Depósitos de Combustible en Centros Educativos, Escuelas Infantiles e Inmuebles Municipales del Ayuntamiento de Fuenlabrada y en Centros pertenecientes al Organismo Autónomo Patronato Municipal de Deportes (PMD), dividido en dos lotes (expediente nº 2022/000170)”.

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 de los lotes 1 y 2 del procedimiento de contratación 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.