

Recurso nº 484/2021
Resolución nº 514/2021

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 12 de noviembre de 2021, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha dictado el siguiente Acuerdo:

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 del Ayuntamiento de las Rozas de fecha 17 de septiembre de 2021, por el que se adjudica el contrato de “Servicio de Transporte Discrecional” número de expediente 2020-006-SER este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el día 18 de mayo de 2021 en el DOUE y en el perfil de contratante del Ayuntamiento de las Rozas alojado en la PCSP, 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 312.000 euros y su plazo de duración inicial será de un año prorrogable por iguales periodos hasta un total de cinco años.



A la presente licitación se presentaron tres licitadores, entre ellos el recurrente.

Segundo.- En fase de conocimiento de las propuestas, que están sujetas a valoración automática, se determina por la mesa de contratación que la oferta presentada por la recurrente se encuentra en situación de baja anormal.

En aplicación del artículo 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), se solicita el preceptivo informe sobre la viabilidad de la propuesta.

Tras su aportación en plazo por Classic Bus, se emite informe técnico en el que no se considera justificada la viabilidad de la oferta presentada y en consecuencia se emite informe proponiendo la inadmisión de dicha propuesta.

La mesa de contratación en su sesión de fecha 23 de septiembre admite dicho informe técnico y en consecuencia acuerda proponer al órgano de contratación la inadmisión de la oferta presentada por la hoy recurrente.

La Junta de Gobierno Local como órgano de contratación admite la propuesta formulada por la mesa de contratación y acuerda adjudicar el contrato que nos ocupa así como inadmitir la oferta formulada por el recurrente, todo ello en fecha 17 de septiembre de 2021, notificándose el acuerdo el 24 de septiembre.

Tercero.- El 10 de octubre 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 anulación del acuerdo de adjudicación, así como la anulación del acuerdo de la mesa de contratación por la que consideraba su oferta como anormalmente baja, todo ello en consonancia con lo dispuesto en el pliego de cláusulas administrativas particulares.



El 26 de octubre 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, Arcobus, S.L., en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Que se inició el 27 de octubre, no habiéndose producido la personación del interesado.

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 17 de septiembre de 2021, practicada la notificación el 24 de septiembre de 2021, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 10 de octubre 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 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 limita a intentar demostrar que la determinación de la anormalidad de la oferta presentada por la recurrente no estaba en ningún caso en situación de baja temeraria o anormalidad.

Argumenta su pretensión considerando que en el PCAP cláusula XXII se especifica:

“XXII.- Criterios para apreciar las ofertas con valores anormales o desproporcionados.

1. Cuando en aplicación de los parámetros establecidos en los criterios de valoración de las ofertas, alguna de ellas esté incurso en presunción de anormalidad o desproporción, se concederá a los licitadores afectados un plazo de tres días hábiles para que puedan presentar una justificación adecuada de las circunstancias que les permiten ejecutar dicha oferta en esas condiciones, con los criterios que se señalan al respecto en el artículo 149.4 de la LCSP

2. El carácter anormal de las ofertas se apreciará en función de los siguientes parámetros en relación con el precio ofertado:

- Cuando, concurriendo un solo licitador, sea inferior el porcentaje lineal de baja ofertado en más de 20 unidades.*
- Cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 12 unidades a la otra.*



- Cuando concurren tres o más licitadores, las que sean inferiores en más de 7 unidades a la media aritmética de los porcentajes de baja ofertados. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 7 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.

3. A los efectos de lo dispuesto en esta cláusula, en el caso de las empresas pertenecientes a un mismo grupo, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos del artículo 42.1 del Código de Comercio, que presenten distintas proposiciones para concurrir individualmente a la adjudicación de un contrato, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de apreciación de ofertas desproporcionadas o anormales, la oferta más baja en precio, produciéndose la aplicación de los efectos derivados del procedimiento establecido para la apreciación de ofertas desproporcionadas o anormales, respecto de las restantes ofertas formuladas por las empresas del grupo.

4. Recibidas las justificaciones, el empleado público que ha informado el pliego de prescripciones técnicas emitirá informe analizando, detalladamente, las motivaciones que haya argumentado el licitador para poder mantener su oferta.

En todo caso, se rechazarán las ofertas si se comprueba que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes”.

En base a esta redacción el recurrente considera que: “Por tanto, encontrándonos en el supuesto de tres o más licitadores, según el Pliego de Condiciones resultarían presuntamente temerarias aquellos porcentajes de baja **inferiores en más de 7 unidades** a la media aritmética de los porcentajes ofertados.

De esta forma hay que entender que a esa media aritmética resultante se la debía minorar 7 unidades porcentuales para constituir, por debajo de la misma, el inicio de los valores anormales o desproporcionados.



Dicho en términos matemáticos, resultando dicha media aritmética un 18%, resultarían presuntamente anormales aquellas bajas porcentuales por debajo del 11%, es decir, únicamente la propuesta de TRANSVIA con su baja del 2%.

Sin embargo, opuestamente a dicho proceder, la Mesa de Contratación se aparta manifiestamente de lo marcado por el Pliego de Condiciones al considerar la propuesta CLASSIC presuntamente temeraria por resultar su porcentaje de baja (35,15%) superior en más de 7 unidades de la media aritmética de los porcentajes de baja ofertados (18%), cuando insistimos, la cláusula XXII del PCAP estipulaba “inferior”, acepción que según la Real Academia Española de la Lengua lo identifica como “que está debajo de algo o más bajo que ello; que es menos que algo en calidad o en cantidad”.

Y es precisamente en el juego de los adjetivos dónde radica el nudo gordiano de la controversia: el pliego estipula “inferiores en 7 unidades porcentuales” pero sin embargo la Mesa rompe el significado propio de los términos recogidos en los pliegos para aplicar en su operativa matemática de determinación del régimen de temeridad el concepto “superiores en 7 unidades porcentuales”, determinando con ello el arranque del procedimiento contradictorio seguido con el requerimiento y justificación de la viabilidad de la propuesta de CLASSIC que desemboca en la exclusión de su propuesta en el procedimiento.

Por ello, lo que aquí denunciamos es una aplicación errónea y arbitraria de los criterios de determinación de la temeridad previstos en el condicionado del pliego, que finalmente ha viciado todo el proceso de adjudicación del contrato, excluyendo indebidamente del procedimiento a la oferta de CLASSIC”.

Por su parte el órgano de contratación en su escrito al recurso mantiene que en relación al contenido del PCAP: “Indica, textualmente, para el caso de que concurren tres licitadores, la cláusula 22ª del pliego que “cuando concurren tres o más licitadores, las que sean inferiores en más de 7 unidades a la media aritmética de los porcentajes de baja ofertados. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 7 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”.



Las más inferiores no pueden ser otras que aquellas que presentan valores más bajos, es decir los porcentajes que se correspondan con las ofertas más económicas por solicitar un menor precio, es decir los porcentajes, en cifra, más elevados, ya que, de lo contrario, los valores anormales serían aquellos más elevados.

En este caso, concurriendo tres licitadores, se toma para el cálculo en porcentaje de las ofertas presentadas por los tres, obteniéndose una media del 17,72%. Por tanto, todas aquellas ofertas más bajas (inferiores) a 17,72 puntos más 7 unidades más, es decir, más bajas (inferiores) a 24,42% presentarán valores anormales. ¿Cuáles son? Aquellas cuyo porcentaje de baja es mayor del 24,42% son las ofertas más inferiores.

Por lo tanto, la oferta presentada por CLASSIC BUS S.L. tiene valores anormales al haber ofertado un 35,15% y siendo la media de las ofertas presentadas inferiores en más de 7 unidades, el 24,42%.

Como es lógico, utilizando el porcentaje como parámetro de comparación, cuando más alto es el porcentaje más baja es la oferta y, por lo tanto, inferior”.

Como es sabido, los pliegos conforman la ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido.

En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna y sin posibilidad de relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación, límite que también afecta al órgano de contratación.

Establecida la anterior doctrina, comprobamos en el texto de la cláusula XXII del PCAP la claridad meridiana de la fórmula para determinar la anormalidad de una oferta, así como la perfecta aplicación que de ella se hace por la mesa de contratación.



La pretensión del recurrente tergiversando las palabras, inferior/superior, no puede considerarse más que un burdo intento de fundamentar un recurso sin base jurídica alguna.

A mayor abundamiento, el momento para haber impugnado la consideración de la oferta como temeraria se inició el día 13 de julio de 2020, con la notificación de esta circunstancia y la solicitud del preceptivo informe.

La presentación por parte de Classic Bus de la justificación requerida anula la posibilidad de impugnar dicha consideración, en virtud de la doctrina de los actos propios.

Por todo ello se desestima el recurso interpuesto.

Sexto.- El artículo 58.2 de la LCSP establece que en el caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma.

El importe de ésta será de entre 1.000 y 30.000 euros determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y en el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos.

En el mismo sentido el artículo 31.2 del RPERMC dispone que cuando el Tribunal aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso acordará en la resolución que dicte la imposición de una sanción pecuniaria al recurrente en los términos previstos en el apartado 5 del artículo 47 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (actualmente 58.2 de la LCSP), justificando las causas que motivan la imposición y las circunstancias determinantes de su cuantía.

La jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del



Tribunal Supremo número 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse *“cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita”*, o cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, *“La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación”*. En este sentido se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en la Resolución 31/2013, de 27 de febrero.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª), de 5 de junio de 2013 (JUR 2013\318327), delimita los conceptos temeridad y mala fe: *“El primero (mala fe), tiene una proyección eminentemente subjetiva, porque es una creencia, mientras que el segundo [temeridad] tiene un aspecto objetivo por cuanto equivale a una conducta procesal, de forma que la mala fe es aplicable al que es consciente de su falta de razón procesal, mientras que la temeridad supone la conducta procesal objetiva carente de fundamento defendible en derecho”*. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª) de 22 julio de 2014 (JUR 2014\275442): *“La mala fe es un concepto claramente diferenciado de la temeridad por pertenecer esta última al ámbito de la actuación procesal y la primera al campo de las relaciones sustantivas que precisamente son las que dan lugar a la litis de tal modo que se actúa con temeridad cuando se sostiene una pretensión o una oposición en juicio sin mínima base, argumento o expectativa razonable, en tanto que ha de apreciarse mala fe cuando el demandado ha venido eludiendo de modo claro, mantenido y consciente el cumplimiento de las obligaciones o cuando el demandante ha venido buscando materialmente sin razón alguna el cumplimiento de un débito de contrario, posturas que terminan llevando a la iniciación de un pleito con las consiguientes molestias, gastos y costas cuya asunción por la parte perjudicada es lógica en estos supuestos y, concretamente, los supuestos de mala fe por parte del obligado quedan de ordinario patentes a través de los previos requerimientos*



infructuosos que se le hayan podido dirigir o mediante otros datos que evidencien su posición remisa y obstaculizadora al normal cumplimiento”.

Este Tribunal a la vista de los antecedentes considera que la multa debe imponerse en la cantidad de mil euros, puesto que si bien es cierto que el recurso es temerario, los perjuicios ocasionados al órgano de contratación no se han cuantificado.

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 por la representación legal de Classic Bus S.L., de contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de las Rozas de fecha 17 de septiembre de 2021, por el que se adjudica el contrato de “Servicio de Transporte Discrecional” número de expediente 2020-006-SER

Segundo.- Declarar que se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP en su cuantía mínima de 1.000 euros.

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.

LA SECRETARIA DEL TRIBUNAL

