



**Recurso nº 064/2010**

**Resolución nº 024/2011**

## **RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 9 de febrero de 2011.

**VISTO** el recurso interpuesto, el día 15 de diciembre de 2010, por D. F. M. V., en nombre y representación de PRODUCTOS LIEBANA, SL, contra el acuerdo de adjudicación del órgano de contratación SANIDAD ANIMAL Y SERVICIOS GANADEROS (TRAGSEGA) - en la actualidad Tecnologías y Servicios Agrarios, SA (TRAGSATEC)-, de fecha 17 de septiembre de 2010, por el que se adjudicó el contrato, mediante procedimiento abierto, para el "Servicio de destrucción de subproductos de origen animal clasificados como material de categoría I, procedentes de la Comunidad Autónoma de Castilla – La Mancha", el Tribunal en el día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

### **ANTECEDENTES DE HECHO.**

**Primero.** TRAGSEGA convocó, mediante anuncio publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el día 6 de mayo de 2010, licitación para adjudicar por procedimiento abierto el servicio citado, habiendo presentado documentación las empresas PRODUCTOS LIEBANA, SL y FERNANDO CORRAL E HIJOS, SL, admitidos ambos a la licitación por la Mesa Central de Contratación del Grupo TRAGSA.

**Segundo.** Previos los trámites del procedimiento legalmente previstos, TRAGSEGA acordó el día 17 de septiembre de 2010 la adjudicación del contrato a favor de FERNANDO CORRAL E HIJOS, SL, en la cantidad de 0,0575 €/Kg (IVA excluido), con una capacidad de destrucción de 150 Tm/día.

**Tercero.** Contra la mencionada adjudicación PRODUCTOS LIEBANA, SL ha interpuesto el presente recurso en el que solicita la nulidad de la adjudicación, así como la retroacción de las actuaciones al momento de valoración de las ofertas, por entender que la oferta de la empresa adjudicataria incurre en baja temeraria y que existe vulneración de los artículos 9.3 y 24 de la Constitución Española y 123 y 136 de la Ley 30/2007, articulando mediante otrosí la solicitud de diversos medios de prueba documental y testifical, y la solicitud de la medida cautelar consistente en la suspensión del procedimiento de adjudicación.

**Cuarto.** La Secretaría del Tribunal, dio traslado del recurso a la otra empresa que había participado en la licitación de referencia, FERNANDO CORRAL E HIJOS, SL, otorgándola un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaba oportuno, formulase alegaciones, sin que se haya evacuado éste trámite por la interesada.

**Quinto.** Con fecha 12 de enero de 2011, el Tribunal acordó levantar la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 315 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

**Primero.** Con carácter previo es necesario precisar que TRAGSEGA (en la actualidad TRAGSATEC), es una empresa integrada en el grupo TRAGSA, la cual de acuerdo con la Disposición adicional trigésima de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público tiene la consideración de poder adjudicador, si bien no ostenta el carácter de Administración Pública.

A este efecto, la Ley de Contratos del Sector Público establece las “Normas aplicables por los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas” (Sección 1ª, Capítulo II, Título I del Libro III). Entre estas normas, la Ley distingue las relativas a la adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada y las aplicables a aquellos otros contratos no sujetos a armonización, disponiendo reglas específicas para los primeros (art. 174) y estableciendo ciertas disposiciones para los segundos (art. 175).

**Segundo.** Teniendo en cuenta que el acto recurrido es el acuerdo de adjudicación del contrato, y que nos encontramos ante un procedimiento abierto de adjudicación de un contrato de servicios comprendido en la categoría 27 del Anexo II de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público cuyo valor estimado es superior a 193.000 euros, de acuerdo con el artículo 310 de la citada la Ley 30/2007, el recurso interpuesto se califica como recurso especial en materia de contratación.

**Tercero.** Asimismo y de conformidad con lo establecido en el artículo 311 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, corresponde la competencia para resolver el citado recurso al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

**Cuarto.** La legitimación activa de la parte recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 312 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre e igualmente se cumplen las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 314 de la citada Ley.

**Quinto.** Entrando en el análisis del fondo del recurso, el Tribunal debe analizar en primer lugar la pretensión de la recurrente de que se declare la nulidad de la adjudicación por resultar la oferta del adjudicatario desproporcionada o temeraria. La recurrente funda su razonamiento, básicamente, en tratar de acreditar, mediante un análisis de costes, que la oferta realizada por la adjudicataria es inferior al coste que le supondría la prestación del servicio.

Sobre este punto, interesa indicar que aunque el escrito de interposición del recurrente pone de manifiesto sus dudas acerca de si se ha cumplimentado en forma adecuada el procedimiento a seguir en tales casos de conformidad con el artículo 136 de la Ley de Contratos del Sector Público, del examen del expediente de contratación se desprende que tal procedimiento fue efectivamente seguido habiéndose recabado el informe del licitador que formuló la oferta presuntamente desproporcionada o anormalmente baja y emitido el dictamen correspondiente sobre tal circunstancia por los servicios técnicos.

En tal sentido es obvio que el procedimiento no adolece de vicio alguno que pueda afectar a la validez de los actos adoptados con posterioridad a los trámites mencionados.

**Sexto.** Cuestión diferente es la referente a si la resolución adoptada adjudicando el contrato a favor de la licitadora que presentó la oferta supuestamente anormal en lo relativo a su cuantía puede considerarse ajustada a derecho. Es decir si la mencionada oferta incura en una baja equivalente a un 57% respecto de la otra oferta presentada debe considerarse o no incura en los supuestos contemplados en el pliego en relación con el artículo 136 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Ante todo debe indicarse que por tratarse de un procedimiento de adjudicación en el que deben tenerse en cuenta para proceder a ésta diversos criterios de valoración, los elementos de juicio que deben llevar a considerar que una oferta es desproporcionada o anormalmente baja deben figurar expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Así ocurre en el caso presente pues el apartado H) del Anexo I del mencionado pliego establece que *“Se considerará que una proposición es anormalmente baja, y por ende, será calificada como desproporcionada o temeraria, de acuerdo con los siguientes supuestos: (...) b) Cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta. (...). Si se identificara una proposición como desproporcionada o anormal, deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación. En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente”*. Por su parte el artículo 136.2 de la Ley de Contratos del Sector Público dispone que *“Cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, podrá expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, podrán indicarse en el pliego los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales”*.

De lo anterior deben extraerse dos conclusiones. En primer lugar que cuando para la adjudicación deban tenerse en cuenta varios criterios de valoración, los que deban servir

de base para determinar si una oferta es o no anormalmente baja o desproporcionada deben hacerse constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y en segundo que la finalidad de esta apreciación es determinar *“que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados”*.

Esta última conclusión es especialmente relevante, pues pone de manifiesto que la apreciación de que la oferta contiene valores anormales o desproporcionados no es un fin en sí misma, sino un indicio para establecer que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ello y que, por tanto, no debe hacerse la adjudicación a quien la hubiera presentado. De acuerdo con ello la apreciación de si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que concurren en la oferta y de las características de la propia empresa licitadora, no siendo posible su aplicación automática.

Ello motiva que el artículo 136 de la Ley de Contratos del Sector Público en su apartado 3 establezca que *“cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado. En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente”*.

En definitiva la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no corresponde al órgano de contratación sopesando las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y los informes emitidos por los servicios técnicos. Evidentemente ni las alegaciones mencionadas ni los informes tienen carácter vinculante para el órgano de contratación que debe sopesar adecuadamente ambos y adoptar su decisión en base a ellos.

En el caso objeto del presente recurso el procedimiento se ha seguido en los términos ajustados a las exigencias legales, en cuanto que, de acuerdo con el artículo 136 citado y según la información que obra en el expediente, se ha recabado el informe del licitador que formuló la oferta presuntamente desproporcionada o anormalmente baja y emitido el dictamen correspondiente sobre tal circunstancia por los servicios técnicos.

**Séptimo.** La recurrente para justificar su recurso utiliza argumentos tendentes tan sólo a poner de manifiesto el carácter exageradamente bajo de la oferta en relación con los costes de producción a incurrir para la prestación del servicio. Ni un solo argumento se esgrime para demostrar que en tales condiciones la oferta es imposible de cumplir. Simplemente se trata de acreditar vía costes de producción que la oferta de la adjudicataria es inferior al coste de prestación del servicio. Con ello se pone de manifiesto que, aun admitiendo que la forma normal de actuar en el mundo empresarial, no es hacerlo presumiendo que se sufrirán pérdidas como consecuencia de una determinada operación, situación ésta que sólo se produciría si aceptamos los cálculos de costes de la recurrente, es claro también que entre las motivaciones del empresario para emprender un determinado negocio no sólo se contemplan las específicas de ese negocio concreto, sino que es razonable admitir que para establecer el resultado de cada contrato, se haga una evaluación conjunta con los restantes negocios celebrados por la empresa y que, analizado desde esta perspectiva, pueda apreciarse que produce un resultado favorable.

Así las cosas, lo que interesa determinar es si el licitador que resultó adjudicatario se encuentra en condiciones de cumplir el contrato en los términos de la proposición presentada, y a este respecto es necesario reconocer que las alegaciones de la recurrente no han proporcionado elementos de juicio suficientes para sustentar la opinión de que no podrá cumplirlo.

**Octavo.** Por otro lado, la recurrente solicita la nulidad del procedimiento, por infracción de los principios de la Ley de Contratos del Sector Público (art. 123) así como de los Constitución Española (arts. 9.3 y 24.1), como consecuencia de prácticas irregulares, derivadas de reuniones y conversaciones telefónicas entre personas de la empresa recurrente y de TRAGSA.

A este respecto señalar, que no es competencia de este Tribunal pronunciarse sobre las mismas toda vez que no han afectado de modo directo al procedimiento de adjudicación del contrato, sin perjuicio de que la empresa recurrente proceda a exigir las responsabilidades que considere oportunas ante el correspondiente orden jurisdiccional.

En concreto, los artículos 310 y 311 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, se refieren, respectivamente, a los actos recurribles en el recurso especial en materia de contratación y al órgano competente para resolver los recursos que se planteen respecto de los mismos, en este caso, el Tribunal Administrativo Central de Recurso Contractuales. Resulta evidente que entre los actos que pueden ser objeto de recurso según el apartado 2 del artículo 310 de la Ley citada, anuncios de licitación, pliegos y documentos contractuales, actos de trámite cualificados y acuerdos de adjudicación, en ningún caso incluyen lo alegado por la recurrente.

**Noveno.** Finalmente la recurrente en sus alegaciones alude a otros procedimientos de contratación, a los cuales también se refiere el órgano de contratación en su informe, si bien no son valorados por este Tribunal en cuanto que son actuaciones ajenas al procedimiento objeto de recurso y no son tenidas en cuenta para la resolución que se dicta.

**Décimo.** El conjunto de los razonamientos expuestos en los apartados anteriores pone de manifiesto que procede desestimar el presente recurso.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

**ESTE TRIBUNAL**, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA:**

**Primero.** Desestimar el recurso interpuesto, el día 15 de diciembre de 2010, por D. F. M. V., en nombre y representación de PRODUCTOS LIEBANA, SL, contra el acuerdo de adjudicación del órgano de contratación SANIDAD ANIMAL Y SERVICIOS GANADEROS (TRAGSEGA) -en la actualidad Tecnologías y Servicios Agrarios, SA (TRAGSATEC)-, de fecha 17 de septiembre de 2010, por el que se adjudicó el contrato, mediante procedimiento abierto, para el "Servicio de destrucción de subproductos de origen animal

clasificados como material de categoría I, procedentes de la Comunidad Autónoma de Castilla – La Mancha”, por no ser procedente la declaración de nulidad del mismo al no haber quedado acreditado que la adjudicataria, FERNANDO CORRAL E HIJOS, SL, no esté en condiciones de ejecutar el contrato en los términos de la proposición presentada.

**Segundo.** Inadmitir las pruebas solicitadas por la recurrente en su escrito de recurso en cuanto que las mismas no aportan información adicional a la que se contiene en el expediente administrativo, incluida la que acompaña al recurso presentado.

**Tercero.** 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 317.5 de la Ley.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, 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 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.