



Recurso nº 110/2020

Resolución nº 407/2020

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

En Madrid, a 19 de marzo de 2020.

VISTO el recurso interpuesto por D. M. J. C. G., en nombre y representación de BIOTRAN GESTIÓN DE RESIDUOS, S.L. (BIOTRAN), contra la resolución de adjudicación del contrato de “*servicio de retirada de residuos peligrosos no sanitarios en UCOS del ARG de la 4ª SUIGE*”, con expediente 20427-19-0235-00, convocado por la Jefatura de Intendencia de Asuntos Económicos Oeste del Ministerio de Defensa, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Jefatura de Intendencia de Asuntos Económicos Oeste convocó la licitación pública, por procedimiento abierto ordinario, del contrato denominado “*servicio de retirada de residuos peligrosos no sanitarios en UCOS del ARG de la 4ª SUIGE*”, con expediente 20427-19-0235-00.

El contrato tiene un valor estimado de 272.727,27 euros, IVA excluido.

Segundo. La licitación se ha llevado a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP en adelante), y, en cuanto no se encuentre derogado por ésta, por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Fue publicado en el BOE, así como en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Tercero. Como consta en el expediente administrativo remitido, documento nº16, se presentaron a la licitación las siguientes entidades:



- BIOTRAN GESTIÓN DE RESIDUOS, S.L.
- SERTEGO SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.L.U.

El pliego de cláusulas administrativas particulares, Anexo IV, señala, en relación con el precio, que:

“1.- PRECIO

Se valorará hasta un máximo de 80,00 puntos, el precio ofertado por Kilogramo para todos y cada uno de los residuos a gestionar relacionados en el anexo I del PPT (que incluirán los costes de la gestión de residuos, las tasas, tarifas o abonos resultantes de dicha gestión, cualquier otro gasto derivado de la gestión del contrato y los impuestos que puedan corresponder). El no ofertar a algún tipo de residuo supone la exclusión automática de la oferta.

Se valorará el precio total contenido en la oferta económica para un año.

Precio Total de los residuos peligrosos: $T_p = \text{Sumatorio } Q_i \times P_i$ (siendo ‘ Q_i ’ la cantidad estimada de producción de residuos, en Kg relacionados en el Anexo IV del PPT y ‘ P_i ’ el precio de gestión de cada residuo ofertado, IVA no incluido)”.

Por medio de resolución de 3 de enero de 2020, el órgano de contratación adjudicó el contrato a la empresa SERTEGO SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.L.U., que había obtenido la mejor puntuación, quedando en segundo lugar la entidad recurrente:

	TOTAL
SERTEGO	100,00 puntos
BIOTRÁN	96,21 puntos

En concreto, la recurrente presentó una oferta de 57.450,05 euros/año, mientras que la adjudicataria presentó una oferta de 54.726,04 euros/año (precio ofertado multiplicado por las cantidades establecidas en el anexo IV PPT).



La entidad hoy recurrente, BIOTRÁN, interpone recurso especial frente a dicha resolución de adjudicación, por considerar que se ha cometido un error en la valoración de la oferta presentada por la adjudicataria. Y ello porque la entidad SERTEGO incluyó precios en sentido negativo, en concreto para “*aceites lubricantes y dieléctricos*” así como para “*baterías de plomo*”.

Señala la recurrente que, si bien la regulación actual permite ofrecer precios de importe cero, en ningún caso autoriza a presentar precios negativos. Cita para ello diversas resoluciones, como la del Recurso nº 60/2019, Resolución nº 71/2019 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid. Sostiene que las prestaciones con precio unitario negativo no pueden ser admitidas en ningún caso, por lo que la oferta de la adjudicataria debió ser excluida, aunque los pliegos no lo recojan expresamente. De lo contrario, considera que se vulneraría el principio de onerosidad.

Cuarto. De acuerdo con lo previsto en el artículo 56.2 LCSP se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido éste acompañado del correspondiente Informe

En el meritado informe, el órgano de contratación interesa la desestimación del recurso, formulando alegaciones frente a las cuestiones que en él se proponen.

Dicho informe señala que, como se recoge en el Acta 76/2019 de 2 de diciembre, la mesa de contratación interesó a SERTEGO aclaración sobre los dos importes con valor negativo que incorporaba su oferta.

La citada entidad contestó señalando que, efectivamente, “*la retirada de los residuos de cada Kg de aceites lubricantes y dieléctricos supondrá un abono (descuento en la correspondiente factura) de 0,10 € (IVA excluido), así como que cada kg retirado de baterías de plomo supondrá un abono a la Administración (descuento en factura) de 0,45 € (IVA excluido)*”.

Ante tal manifestación, la mesa de contratación, por unanimidad, acordó aceptar la oferta y realizó la propuesta de adjudicación. Y el órgano de contratación considera que el contratista asume la obligación de retirar los residuos, pero, al mismo tiempo, también



adquiere su propiedad. Lo que supone que, en ocasiones, cuando dichos residuos tienen un valor intrínseco, su adquisición forma parte también de su retribución. Ello pondría de manifiesto el carácter oneroso del contrato que nos ocupa, y permite al órgano de contratación lograr una eficiente utilización de los fondos públicos.

Quinto. El 3 de febrero de 200, por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), sin que ninguno de ellos evacuase el trámite conferido.

Sexto. En la medida en que el contrato estaba ya adjudicado al formularse este recurso, por la mera interposición del mismo se produce la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de LCSP, como resulta de la resolución de 10 de febrero de 2020 adoptada por la Secretaria del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para conocer del mismo a tenor de lo establecido en el art. 45.1 de la LCSP.

Segundo. El recurso se interpone en la licitación de un contrato de servicios, cuyo valor estimado es 272.727,27 euros, IVA excluido, por lo que el mismo es susceptible de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el artículo 44.1.a) LCSP.

En cuanto al acto recurrido objeto del recurso, éste es el acuerdo de adjudicación de la recurrente, susceptible de impugnación conforme al artículo 44.2.c) LCSP.

Por todo ello, el objeto del recurso se ha configurado correctamente

Tercero. La legitimación se regula en el Art. 48 LCSP, que señala que *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*.



En reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada entre otras sentencias en las de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de 1999 y 2 de octubre de 2001, donde se declara que por interés debe entenderse toda situación jurídica individualizada, dicha situación que supone una específica relación con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, se extiende a lo que, con más precisión, se titula interés legítimo, que es el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio. El interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga.

En el presente caso, la parte recurrente ha participado en el procedimiento de licitación, habiendo obtenido la segunda mejor puntuación, por lo que dispone de legitimación al ser interesada en la revocación del acuerdo impugnado conforme al artículo 48 LCSP.

Cuarto. El inicio del procedimiento y el plazo de interposición del recurso especial se regulan en el artículo 50 LCSP, y se desarrolla en el artículo 19 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Por lo que, en el caso que nos ocupa, debe considerarse que la interposición se ha formulado en plazo.

Quinto. Pasando a continuación a examinar el fondo del asunto, la recurrente, después de reiterar los trámites principales del procedimiento, interesa que se anule la Resolución recurrida, se proceda a la exclusión de la adjudicataria y a la adjudicación del contrato en favor de la mercantil impugnante.



El Órgano de contratación, por las razones antes expuestas, que se expresan en el informe emitido en virtud del Art. 56.2 LCSP, se opone al recurso presentado.

Sexto. Pasando a analizar la cuestión principal planteada por la recurrente, la controversia se centra en determinar si la oferta presentada por la adjudicataria, que incluye precios negativos para dos tipos de residuos -“*aceites lubricantes y dieléctricos*” así como para “*baterías de plomo*”- se ajusta o no a los pliegos.

La recurrente considera que no, puesto que, a su juicio, la presentación de precios negativos debe comportar la exclusión de la adjudicataria. Y ello porque, aunque los pliegos no indiquen esta circunstancia, de aceptarse, supondría admitir que es el contratista el que debe pagar un precio a la Administración por prestar a ésta un servicio, lo que supondría contravenir el principio de onerosidad de los contratos. Cita para ello una resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid. Subsidiariamente, considera que los precios ofrecidos por la adjudicataria para los dos tipos de residuos deberían tenerse por no puestos, lo que determinaría que la oferta económica de SERTEGO fuera, en realidad, de 58.816,74 euros/año, de modo que la oferta de la recurrente sería más conveniente que la de la adjudicataria.

Para la resolución de esta cuestión, es preciso tener en consideración tanto el Art. 2.1 LCSP como el Art. 145.5 de la misma norma, que señalan que:

“Artículo 2. Ámbito de aplicación.

1. Son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la presente Ley en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren las entidades enumeradas en el artículo 3.

Se entenderá que un contrato tiene carácter oneroso en los casos en que el contratista obtenga algún tipo de beneficio económico, ya sea de forma directa o indirecta”.

“Artículo 145. Requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato.

5. Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas



particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:

a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.

b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.

c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores”.

Igualmente, y aunque el precio sobre el que se plantea debate no es cercano a cero, sino negativo, conviene recordar la doctrina reiterada de este Tribunal en relación con las ofertas a precio cero (0), que se contiene, entre otras, en la resolución 1044/2018, de 16 de noviembre, recurso 1021/2018 del TACRC, que dispone que:

“Lo dispuesto en este precepto viene a conferir rango legal a una doctrina administrativa constante que venía interpretando el artículo 150 del anterior Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y que puede resumirse del modo que sigue:

a) En relación con los criterios evaluables mediante fórmulas, las fórmulas que se utilicen deben permitir determinar la oferta económicamente más ventajosa y además ordenar proporcionalmente las ofertas, de suerte que un criterio definido de tal modo que se desvirtúen ambos objetivos, puede dar lugar a la nulidad de pleno derecho del PCAP y con ella del procedimiento en su conjunto (resolución nº120/2013, y las que en ella se citan).



b) El establecimiento de fórmulas de valoración en el criterio precio que dan lugar a que ofertas más baratas alcancen peor puntuación que ofertas más caras da lugar a una infracción no subsanable de las normas sobre preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación (resolución nº 228/2015).

c) Un licitador puede ofrecer gratuitamente una prestación o una unidad básica de la prestación, a condición de que oferte un precio real o positivo del conjunto de la o las prestaciones, pero la oferta cero por una prestación base unitario que tiene una fórmula de valoración, uno de cuyos factores es el precio ofertado por la misma, no es correcta y no se ajusta al pliego, siendo en tal caso admisible asignar a la oferta cero el precio de una centésima de unidad de euro, en cuanto no altera los criterios de adjudicación ni beneficia al licitador que ofertó cero y sí permite funcionar a una fórmula que no ha previsto el supuesto indicado (resolución nº 241/2018).

d) No resulta admisible la introducción de criterios de valoración que permitan a los licitadores efectuar ofertas hipotéticas o ilusorias que no se traduzcan en una verdadera ventaja para la Administración, desvirtuando así la finalidad del procedimiento (resolución nº 224/2011)”.

Es decir, las ofertas económicas efectuadas a 0, o a valores cercanos a 0, en relación con algunas prestaciones o unidades son válidas, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: i) que en su conjunto la oferta tenga un precio positivo; ii) que la fórmula no quede desvirtuada, dando lugar a resultados que no permitan una ordenación proporcional de las ofertas y iii) que el resultado final no suponga otorgar mayor puntuación en el criterio precio a quien, en su conjunto, ha realizado una oferta más cara.

Y esta doctrina es perfectamente aplicable al caso que aquí nos ocupa. Así:

- Si bien la adjudicataria ofrece precios negativos respecto de dos residuos, su oferta total, valorada en conjunto, es positiva (54.726,04 euros), como resulta de los documentos nº 19 y 22 del EA.

- La fórmula no ha quedado desvirtuada, pues ha sido perfectamente aplicada por el órgano de contratación, habiéndose podido ordenar proporcionalmente las ofertas.



- Por último, el resultado final no ha supuesto conceder una puntuación mayor en el criterio precio, a quien ha efectuado una oferta más cara. Y ello porque SERTEGO ha efectuado una oferta más ventajosa para el órgano de contratación.

Por lo tanto, sí que se respeta el principio de onerosidad de los contratos que prevé la LCSP, tal y como pone de manifiesto el órgano de contratación. En el caso examinado, se produce un intercambio de prestaciones entre las partes, porque el contratista adquiere residuos que puede enajenar, por lo que puede generar nuevos ingresos para cubrir costes e incluso abonar a la Administración un importe, que se descuenta del precio total. Además, desde el punto de vista del órgano de contratación, la oferta de la adjudicataria permite una más eficiente utilización de los fondos públicos. La resolución que se cita por la recurrente se refiere a un negocio jurídico distinto, pues tiene por objeto no un contrato de servicios, sino de agencia, en el que, por el contrario, no hay intercambio de prestaciones, dado que la prestación se produce a título gratuito, incluso abonando a la Administración un importe por cada gestión realizada.

Por todo lo expresado, el acto recurrido es conforme a derecho y debe ser desestimado el recurso formulado.

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 por D. M. J. C. G., en nombre y representación de BIOTRAN GESTIÓN DE RESIDUOS, S.L. (BIOTRAN), contra la resolución de adjudicación del contrato de “*servicio de retirada de residuos peligrosos no sanitarios en UCOS del ARG de la 4ª SUIGE*”, con expediente 20427-19-0235-00, convocado por la Jefatura de Intendencia de Asuntos Económicos Oeste del Ministerio de Defensa.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento, conforme al art. 57.3 LCSP.



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 art. 58 LCSP.

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 de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Téngase en cuenta que el plazo ha quedado interrumpido por la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, salvo que como interesado prefiera realizar el trámite antes de que pierda vigencia el citado Real Decreto.