

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

En Madrid, a 20 de enero de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por don P.G.M., en nombre y representación de Casco Antiguo Comercial, S.L., contra el Decreto del Delegado del Área de Gobierno de Salud, Seguridad y Emergencias, del Ayuntamiento de Madrid, de 15 de diciembre de 2015, por el que se rechaza la oferta presentada al lote 4, por Casco Antiguo y se adjudica a favor de Iturri, S.A., el contrato “Suministro de diverso vestuario para la Subdirección General de Bomberos del Ayuntamiento de Madrid”, número de expediente: 300/2015/00469, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 1 de agosto de 2105, se publicó en el DOUE, previo el anuncio de licitación previa el 15 de abril anterior, en el BOE el 28 de agosto de 2015 y en el BOCM el 31 de julio, la convocatoria de la licitación del contrato “Suministro de diverso vestuario para la Subdirección General de Bomberos del Ayuntamiento de Madrid”, por procedimiento abierto y único criterio precio, dividido en siete lotes y con un valor estimado de 514.802,50 euros.

Segundo.- A la licitación convocada concurren 11 empresas en total, entre ellas la recurrente que solo presenta oferta a los lotes 2 “Guantes de fuego” y 4 “Bolsa de transporte personal para intervención”.

Consta en el expediente de licitación que el 23 de septiembre de 2015 se requirió a la recurrente para que aportara información adicional en relación con la solvencia técnica del producto a suministrar en el lote 4, indicando *“para el lote 4 ‘Bolsa de transporte personal para intervención’, en la memoria presentada se ha transcrito literalmente el pliego, debe presentar referencia comercial, y características reales de tejido con el que está confeccionada la bolsa”*. Dicho requerimiento fue atendido día 25 de septiembre siguiente, señalando que *“Tanto la descripción como muestra presentada se basan en los requisitos técnicos del pliego, siendo un modelo confeccionado de forma expresa para el cuerpo de bomberos, por lo que la referencia comercial si debemos darla sería en todo caso Bolsa de Transporte para personal de intervención del Ayuntamiento de Madrid”*, acompañando la ficha original del proveedor del tejido.

En el caso del lote 4 objeto del presente recurso solo tres licitadoras habían presentado oferta, Rescate y Emergencias, S.L. con una baja del 0%, Iturri, S.A. con una baja del 14,25% y Casco Antiguo Comercial, S.L., con una baja del 57,50%. Al estar incurso su oferta en presunción de temeridad se le concedió de conformidad con el artículo 152.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, en adelante TRLCSP, trámite de audiencia, para que en el plazo de diez días hábiles justificara por escrito la valoración de la oferta, lo que se verificó el día 8 de octubre de 2015. Se aduce para justificar la viabilidad de la oferta que *“el motivo de la bajada se debe a que las bolsas ofertadas se confeccionan en nuestras instalaciones de Asia, donde hemos fabricado desde el año 2011 la totalidad de las bolsas de transporte que trabajamos en la empresa (33.315 unid), y cuyos datos figuran en las aclaraciones que presentamos previas a la apertura.”*

Constan en el expediente dos versiones de informe de valoración de la

justificación presentada, uno de 20 de octubre de 2015 en el que se indica que *“Antes de la apertura de las ofertas económicas la empresa fue requerida para que presentara la referencia comercial y las características reales del tejido con el que confeccionarían la bolsa. En respuesta presentó un correo electrónico donde constan las características del tejido y en el pie de firma figura la dirección postal de una empresa en China a la que identifican como su proveedor del tejido.*

De la argumentación de la empresa, sólo su condición de fabricante puede considerarse que incide directamente en el precio para este caso, pero como no ofrece ningún otro argumento, se considera que la justificación presentada por la empresa no es suficiente para acreditar la viabilidad de su oferta”; y otro de fecha 4 de noviembre de 2015 en el que se concluye que la justificación presentada por la empresa no es suficiente para acreditar la viabilidad de su oferta puesto que, *“De la argumentación de la empresa, sólo su condición de fabricante puede considerarse que incide directamente en el precio del suministro puesto que el precio final del producto no se ve gravado con los porcentajes de distribuidores y minoristas. Pero la empresa no ha puesto en relación su condición de fabricante con la baja ofertada.*

La localización geográfica de la fábrica no implica objetivamente una rebaja en el precio del producto. Tampoco el número de bolsas de transporte que fabrica el licitador anualmente, puesto que, como él mismo ha indicado en la documentación entregada para acreditar la solvencia técnica, la bolsa es “un modelo confeccionado de forma expresa para el Cuerpo de Bomberos”. Por tanto, con estos dos argumentos tampoco justifica su oferta”.

El 15 de diciembre de 2015, el Delegado del Área de Gobierno de Salud, Seguridad y Emergencias del Ayuntamiento de Madrid, decretó adjudicar el lote 4 del contrato a Iturri, S.A., considerando que la recurrente no había justificado la viabilidad de su oferta, lo que se notificó a la recurrente el día 22 de diciembre de 2015.

Tercero.- El 4 de enero de 2016 la representación de la recurrente presenta, previo el anuncio a que se refiere el artículo 44.1 del TRLCSP recurso especial en materia

de contratación contra la adjudicación y rechazo de su oferta, respecto del lote 4 del contrato de referencia aduciendo que la justificación efectuada es objetiva frente a lo señalado por el órgano de contratación ya que el coste de las bolsas ofertado se debe a que se trata de un producto de fabricación propia, lo que permite unas economías de escala que garantizan la viabilidad del suministro. Acompaña para apoyar sus afirmaciones, facturas de las productoras de Asia a las que se refiere en su justificación.

Dado traslado del recurso al órgano de contratación, el 8 de enero de 2016 remite el expediente administrativo y el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 TRLCSP. En el informe se indica que el informe de apreciación de la viabilidad de la oferta está suficientemente motivado y es razonable y objetivo, aduciendo que no puede tenerse en cuenta la documentación aportada con el recurso por la recurrente.

Cuarto.- Habiéndose dado traslado del expediente administrativo para alegaciones al resto de interesados, de conformidad con lo establecido en el artículo 46 del TRLCSP, no se ha presentado escrito de alegaciones alguno.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP 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.- La recurrente se encuentra legitimada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, *“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”*.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al acto objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, siendo por tanto susceptible de impugnación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

Cuarto.- En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, la adjudicación se notificó a la recurrente el 22 de diciembre de 2015, presentándose recurso, el día 4 de enero de 2016 ante este Tribunal. Por lo tanto el recurso se presentó en plazo.

Quinto.- Entrando a considerar las razones de fondo sobre el rechazo de la oferta de la recurrente por falta de justificación adecuada de la viabilidad de la misma al estar incurso en presunción de temeridad.

El TRLCSP, en su artículo 152, 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 que la oferta se puede cumplir garantizando la correcta ejecución del contrato.

Por ello la justificación ha de ir referida fundamentalmente al cumplimiento de las prestaciones objeto del contrato. Esto no supone que se justifique exhaustivamente cada uno de los componentes de la oferta anormal o desproporcionada, sino que se trata argumentar de modo que permita al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo, la justificación ha de ser completa, pero no puede considerarse insuficiente por la omisión de elementos de escasa entidad en relación a la totalidad del importe o de explicaciones que puedan ser una pormenorización de lo expuesto con carácter

general; obviamente, tales argumentos o justificaciones deberán ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta.

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.).

Según lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 152 del TRLCSP corresponde al órgano de contratación “considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior” 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.

De no cumplirse con el requisito de motivación antes expuesto, 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. Por el Ayuntamiento de Madrid se ha seguido el procedimiento previsto y se concedió al licitador que presentó oferta incurso en presunción de ser desproporcionada, trámite para justificar la viabilidad de su oferta. La decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde 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.

La apreciación de si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que componen la oferta y de las características que concurren en la propia empresa licitadora, por

tanto, a la vista de la justificación y de los informes técnicos emitidos, el órgano de contratación, a quien corresponde la decisión sobre la apreciación de la posibilidad de cumplimiento de la oferta ha contado con el asesoramiento preceptivo y este está debidamente motivado en base a la justificación aportada por la recurrente.

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 excluyendo toda posibilidad de arbitrariedad.

En el caso que nos ocupa resulta que la recurrente presentó una justificación de su oferta ciertamente escueta en relación con las prestaciones exigidas en el PPT, ahora bien, en cada supuesto debe tenerse en cuenta el alcance y la complejidad de las prestaciones objeto del contrato, en relación con la justificación ofrecida. No podemos obviar que en este caso se trata de un contrato de suministro único, de un producto técnicamente sencillo que comprende un número de 1.650 unidades con un presupuesto por unidad de 32,00 euros, cuyas características técnicas responden a las exigencias del PPT, tal y como se desprende del requerimiento de información y su repuesta efectuados el 23 y 25 de septiembre de 2015, más arriba expuestos.

El informe técnico sobre la viabilidad de la misma a la vista de las justificaciones presentadas, considera insuficiente la justificación realizada, pero a su vez, admite que la condición de fabricante de la empresa es relevante, indicando *“De la argumentación de la empresa, sólo su condición de fabricante puede considerarse que incide directamente en el precio del suministro puesto que el precio final del producto no se ve gravado con los porcentajes de distribuidores y minoristas. Pero la empresa no ha puesto en relación su condición de fabricante con la baja ofertada”*.

En el supuesto que nos ocupa el Tribunal observa que se ha seguido formalmente el procedimiento legalmente previsto en el artículo 152.2 y 3 del TRLCSP, en cuanto a la consideración y tramitación de las ofertas con valores anormales o desproporcionados; que la empresa adjudicataria, en el trámite de audiencia concedido presenta la justificación de su oferta; y el informe técnico emitido está suficientemente motivado. Esto no obstante a juicio de este Tribunal no resulta razonable el informe, que después de afirmar que sólo la condición de fabricante de la recurrente puede considerarse que incide directamente en el precio del suministro, concluye luego en forma contradictoria con lo anterior, que la empresa no ha puesto en relación su condición de fabricante con la baja ofertada, cuando específicamente en su justificación ofrece tal vinculación, en los siguientes términos: *“Así mismo queremos aclararles que el motivo de esta bajada se debe a que las bolsas ofertadas se confeccionan en nuestras instalaciones en Asia, donde hemos fabricado desde el año 2011 la totalidad de bolsas de transporte que trabajamos en la empresa (33.315 unidades) (...)”*.

Por otro lado es cierto que este Tribunal ha señalado en varias ocasiones que la totalidad de la documentación justificativa de la viabilidad de la oferta debe aportarse en el trámite de justificación, sin que pueda tenerse en sede de recurso otra documentación no aportada al órgano de contratación, por lo que las facturas aportadas, si bien confirman la declaración efectuada, no pudo tenerse en cuenta por el Ayuntamiento de Madrid.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la justificación de la baja propuesta, fundada en la circunstancia de que las bolsas se producen en las instalaciones de la recurrente en Asia, comprende dos aspectos; de un lado que la empresa es productora de las bolsas, elemento examinado y aceptado expresamente por el órgano de contratación y otro vinculación con la propia ubicación de la fábrica -en Asia- donde las condiciones de producción pueden ser más competitivas, aspecto no contemplado, al menos expresamente en el informe del órgano de contratación. Cabe señalar al respecto que en el requerimiento de justificación de la viabilidad de la oferta se recogía íntegramente el contenido del

artículo 152 del TRLCSP, en cuanto a los elementos sobre los que podría fundarse la bajada de la oferta y la viabilidad de la prestación del contrato citando en concreto “*las condiciones de trabajo existentes en el lugar donde se vaya a realizar la prestación*”, pese a lo cual, no consta como más arriba se ha indicado que se haya contemplado esta circunstancia.

La comprobación de tal elemento sería necesaria a la luz de lo dispuesto en el artículo 69 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, que podemos traer a colación a los meros efectos interpretativos al completar el régimen del artículo 152 del TRLCSP en cuanto transpone el artículo 55 de la Directiva 2004/18/CE, y no oponerse al mismo. Ello exigiría, de acuerdo con el considerando 40 de la Directiva 2014/24, una declaración de la empresa en tal sentido.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 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, interpuesto por don P.G.M., en nombre y representación de Casco Antiguo Comercial, S.L., contra el Decreto del Delegado del Área de Gobierno de Salud, Seguridad y Emergencias, del Ayuntamiento de Madrid, de 15 de diciembre de 2015, por el que se rechaza la oferta presentada por Casco Antiguo y se adjudica a favor de Iturri, S.A., el contrato “Suministro de diverso vestuario para la Subdirección General de Bomberos del Ayuntamiento de Madrid”, número de expediente: 300/2015/00469, declarando que procede retrotraer el procedimiento para admitir la oferta de la recurrente y solicitarle la declaración responsable indicada en el fundamento de derecho quinto de la presente Resolución y en su caso, proceder tras el cumplimiento de los trámites del artículo 151.2 del TRLCSP, a la adjudicación del contrato.

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 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- 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 49 del TRLCSP.