

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

En Madrid, a 12 de enero de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Amevisa, S.A., contra el Decreto de la Concejalía Delegada de Hacienda y Contratación de 17 de noviembre de 2020, por el que se acordaba la exclusión de las ofertas presentadas en relación a los Lotes 1 y 2, del contrato de “Suministro de mascarillas covid 19”, del Ayuntamiento de Leganés, expediente nº 370/2020, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado en el DOUE y en la Plataforma de Contratación del Sector Público de fecha 29 de julio de 2020, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con criterio único precio para los lotes 1 y 2.

El valor estimado de contrato asciende a 248.800 euros, con un plazo de duración de 1 año.

Segundo.- A la presente licitación se presentaron 58 empresas, entre ellas la

recurrente.

La empresa recurrente presentó oferta al procedimiento para la adjudicación del contrato de Suministro de Mascarillas Covid-19, para los lotes 1 y 2 con las siguientes ofertas:

- LOTE 1. Mascarilla quirúrgica desechable: 0,1150 euros/unidad.
- LOTE 2. Mascarilla FFPP2: 0,6500 euros/unidad.

Con fecha 1 de octubre de 2020, se emite Informe Técnico de valoración de ofertas, donde se determina que las presentadas por la empresa recurrente para los citados lotes, son desproporcionadas o temerarias, por lo que es requerida por la Mesa de Contratación para acreditar la viabilidad las mismas.

Finalizado el plazo del requerimiento, la recurrente presenta documento justificativo de las ofertas desproporcionadas y tras su análisis, se emite Informe Técnico de justificación de las ofertas temerarias, con fecha 3 de noviembre de 2020, concluyendo que queda excluidas por no haber presentado estudio de costes de los lotes 1 y 2, teniendo estas el carácter de anormalmente bajas por aplicación de los criterios establecidos en el PCPA.

Finalmente, mediante el Decreto de la Concejalía Delegada de Hacienda y Contratación de 17 de noviembre de 2020, se acordaba la exclusión de las ofertas presentadas en relación a los Lotes 1 y 2.

A efectos de la resolución del presente recurso conviene destacar que el apartado 15) del Anexo I del PCAP establece *“Sistema de determinación de ofertas anormalmente bajas: Se consideran ofertas anormalmente bajas todas aquellas ofertas realizadas inferiores al menos en un 5 % a la media de las ofertas admitidas. Cuando la oferta consista en un porcentaje de baja sobre precios unitarios, la oferta media a considerar será la media de los porcentajes de baja ofertados”*.

En el mismo apartado se señala “*CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO. LOTES 1 Y 2 ÚNICO CRITERIO PRECIO:*”

Procede la aplicación de único criterio precio en aplicación del art. 145.3 f) LCSP, una vez que los productos a adquirir y los plazos de entrega estén perfectamente definidos en el PPT, y no es posible introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación”.

Tercero.- El 9 de diciembre de 2020, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Amevisa, S.A., contra el acuerdo de adjudicación del contrato de referencia.

Cuarto.- El 29 de diciembre 2020, 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 transpone 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 (en adelante LCSP).

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

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.- La recurrente se encuentra legitimada para la interposición del recurso, al tratarse de una persona jurídica excluida de la licitación *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 17 de noviembre de 2020, interponiendo el recurso ante este Tribunal, el 9 de diciembre del 2020, 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 exclusión. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo de asunto, el recurrente fundamenta su alegato en la indebida exclusión del procedimiento de licitación, en cuanto quedó, a su juicio, plenamente justificada la viabilidad de su oferta para los lotes 1 y 2.

Alega que el Cuadro de Características Específicas del Contrato consta de 35 características y en ninguna de ellas se establece la exigencia del cálculo de coste a las empresas ofertantes, a que alude el Decreto y sí en cambio, la fórmula de cálculo de costes para el propio presupuesto base de licitación.

Considera que no se puede inferir del PCAP y de los criterios de su CCEC, que se dé un supuesto de oferta anormalmente baja, pues ni siquiera en ambas normativas se exige una acreditación distinta a la presentada y nada se alude en ellas, sobre criterios de aplicación formal que exija una demostración más detallada.

En todo caso, entiende que el propio Decreto objeto de recurso y la resolución previa notificada, debieron de encontrarse adecuadamente motivadas, cuando las

normas complementarias del concurso, no infringidas, nada decían o justificaban la razón o bien su utilización parca, para desestimar las ofertas presentadas.

Por su parte, el órgano de contratación sostiene que la documentación presentada empresa Amevisa, S.A., al requerimiento de la Mesa de contratación de oferta desproporcionada es una declaración responsable, no acompaña estudio ni detalle de costes. Al documento justificativo no ha incluido en el informe técnico anteriormente transcrito al que no se acompaña ningún documento más ni se desglosa ningún tipo de costes o precios propuestos, sino que únicamente, es una mera declaración de la empresa que no permite la comprobación real de que la oferta pueda ser cumplida en los términos indicados en el PCAP y PPT.

Respecto al motivo de impugnación, hay que manifestar que como ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones 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 y el órgano de contratación después, puedan razonar o fundar su decisión. Sólo es posible, de acuerdo con el indicado artículo, rechazar 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 parezca anormalmente baja 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 incurra 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 anomalía 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 que 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”.

Es conveniente señalar además el criterio mantenido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en numerosas Resoluciones y que este Tribunal comparte, en cuanto a que en aquellos casos en los que el informe técnico no comparta la justificación dada por el licitador para justificar la anormalidad de su oferta, resulta evidente que debe motivarse el informe pues éste tendrá que salir al paso de lo alegado por el interesado rebatiendo su argumentación *“resolución reforzada”*, como se ha dicho por este Tribunal en otras resoluciones, siendo la más reciente la nº 294/2018, de fecha 26 de septiembre (Resolución 559/2014 de fecha 22 de julio; 685/2016, de 9 de septiembre, entre otras). En esa misma Resolución, el TACRC señala que *“hemos de analizar, tal y como señala la doctrina anteriormente sentada, la justificación presentada. Pese a tratarse de cuestiones no jurídicas sino eminentemente técnicas, sí puede este Tribunal analizar la suficiencia de tales explicaciones a los efectos de valorar en este caso los argumentos suficientes a la entidad contratante, como también puede analizar este Tribunal si la mencionada entidad ha realizado el esfuerzo de argumentación que venimos exigiendo (la llamada resolución reforzada) para poder excluir de la contratación a la empresa que ofertó el precio más bajo, que a la postre hubiese podido resultar adjudicataria del contrato ya que se trata de un contrato a adjudicar teniendo en cuenta únicamente el precio más bajo ofertado”.*

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, que en este caso ha de ser *“reforzada”*, para excluir a la recurrente por falta de justificación de la

viabilidad.

De no cumplirse con estos requisitos de racionalidad o motivación reforzada antes expuestos, 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.

La decisión final sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde, según dispone el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP, al órgano de contratación que la adoptará a la vista de las alegaciones formuladas por la empresa licitadora teniendo en cuenta los informes emitidos por los servicios técnicos, sin que las alegaciones ni los informes tengan carácter vinculante pudiendo por tanto de manera motivada, separarse de la propuesta.

Vistas las alegaciones de las partes y de acuerdo con la doctrina expuesta, procede analizar el informe justificativo de la baja temeraria y el informe del órgano de contratación.

Con carácter previo, procede destacar, en contra de lo manifestado por la recurrente, que el PCAP establece claramente en el apartado 15 del anexo del PCAP, en los términos señalados en el fundamento de hecho segundo, el criterio para la determinación de las ofertas incursas en presunción de temeridad. Criterio que ha sido aplicado correctamente por el órgano de contratación para determinar las ofertas incursas en presunción de temeridad, entre las que se encontraban las ofertas de la recurrente para el lote 1 y 2. Así mismo, se ha seguido el procedimiento previsto en el artículo 149 de la LCSP, circunstancia que no ha sido cuestionada por el recurrente.

El informe justificativo presentado por la recurrente, bajo el título “*declaración responsable*” se limita a justificar su oferta en sus acuerdos comerciales de distribución de los productos, el volumen de compra a su fabricante, sin incorporar

importes o volúmenes de negocios concretos. Recoge, así mismo, una lista de cliente. Señala como justificación, que los precios máximos de licitación publicados se calcularon en un momento en el que debido a la gran demanda y escasez de estos productos de la oferta el mercado era más estable y se ha podido ajustar el precio al mercado en el momento de presentar la oferta.

A juicio del órgano de contratación, la justificación resulta insuficiente para acreditar la viabilidad de la oferta en los términos recogidos en el PPT.

Este Tribunal, considera que, efectivamente, la justificación no desglosa ningún tipo de costes o precios propuestos, sino que únicamente, es una mera declaración de la empresa que no permite la comprobación real de que la oferta pueda ser cumplida en los términos indicados. A diferencia de las justificaciones aportadas por otros licitadores incurso en presunción de temeridad, no incorpora facturas de compra a proveedores, contratos con fabricantes, compromisos de suministro u otras justificaciones que pudieran llevar al órgano de contratación a considerar que la oferta podría ser cumplida en los términos exigidos en los Pliegos. El hecho de que los precios se calcularan en un momento de gran demanda, como alega el recurrente, incide con carácter general en las ofertas de todos los licitadores, que lo hicieron en condiciones de igualdad.

Por todo ello, debe considerarse que la exclusión del recurrente para los lotes 1 y 2 es ajustada a derecho, por lo que procede la desestimación del recurso.

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 la representación de la empresa Amevisa, S.A., contra el Decreto de la Concejalía Delegada de Hacienda y Contratación de 17 de noviembre de 2020, por el que se acordaba la exclusión de las ofertas presentadas en relación a los Lotes 1 y 2, del contrato de “Suministro de mascarillas covid 19”, del Ayuntamiento de Leganés, expediente nº 370/2020.

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 58 de la LCSP.

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 59 de la LCSP.