

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

En Madrid, a 14 de octubre de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de VIFRUSA, S.L. contra la Resolución del Director Gerente del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS) de 2 de septiembre de 2021, por la que se adjudica el contrato y se acuerda su exclusión del contrato "Suministro de alimentos perecederos en el Hospital Universitario Ramón y Cajal de Madrid", dividido en 8 lotes, en lo referente al lote 1, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el DOUE, con fecha 30 de abril de 2021, 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 2.514.526,13 euros y su plazo de duración será de doce meses.

Segundo.- A la licitación del lote 1 se presentaron tres empresas, entre ellas la recurrente.

En la sesión de Mesa de contratación de fecha del 16 de junio de 2021, se procedió a la apertura del sobre nº 2 relativo a los “criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor” encomendando al Servicio promotor elaborar el correspondiente informe técnico.

Con fecha 14 de julio de 2021, tuvo lugar la apertura de ofertas económicas. En dicho acto se puso en conocimiento de los presentes el informe técnico emitido respecto a los criterios sujetos a juicio de valor. Acto seguido, se abrió el sobre nº 3 relativo a la “oferta económica y criterios evaluables por aplicación de fórmulas”.

El 21 de julio de 2021, la Mesa se reúne para analizar el informe emitido verificándose la existencia de ofertas incursas en baja anormal o desproporcionada, entre la que se encontraba las empresas VIFRUSA para el lote 1.

En sesión de Mesa de contratación de fecha de 28 de julio de 2021, en base a la documentación aportada por los licitadores, se procede a la lectura del informe elaborado por parte del Servicio promotor para el estudio de la justificación de las ofertas, así como las soluciones que las empresas han aportado para su viabilidad, y de la documentación examinada se concluye que la empresa VIFRUSA no ha justificado plena y satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos en la oferta, por lo que no se admite su precio en el lote nº 1.

Mesa de contratación de fecha 25 de agosto de 2021, propuso la adjudicación del contrato a la empresa FRUTAS HNOS RUIZ GOMEZ, S.L. para el Lote nº 1. L

Por Resolución del Director Gerente del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS) de 2 de septiembre de 2021 se adjudica el contrato a la empresa propuesta y se acuerda la exclusión de la recurrente.

Tercero.- El 21 de septiembre de 2021 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de VIFRUSA por el que solicita la anulación de su exclusión para el lote 1 del contrato de referencia.

El 29 de septiembre 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 en lo referente al lote 1, 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 resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Con fecha 6 de octubre tiene entrada en este Tribunal el escrito de alegaciones efectuadas por la adjudicataria, de cuyo contenido se dará cuenta en el fundamento de derecho quinto de esta Resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 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 de la licitación, *“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 notificado el 2 de septiembre de 2021 e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 21 de septiembre 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 suministros 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 fundamenta en primer lugar en que, solicitado en la reunión de acceso al expediente, y como consta en el acta de la misma, no se les permitió acceder a la documentación del sobre 2 por haberla declarada confidencial las otras empresas licitadoras. En el sobre dos se acompañan los certificados de inscripción en el Registro Sanitario y desconocen si la Empresa TECNOVE, SL lo ha presentado. Acudiendo al Registro de Empresas Alimentarias (RGSEAA) del Ministerio de Consumo, dicha empresa no está inscrita en la Clave 21:

VEGETALES (Hortalizas, Frutas, Setas, Tubérculos, Legumbres) Y DERIVADOS, que es la de aplicación para este Lote 1.

Considera que, de ser cierto, esta falta de certificación, la Empresa TECNOVE, SL debería de ser excluida de la licitación, con lo que al comprobar los valores anormales o desproporcionados que se recoge en la cláusula 1 punto 8 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares se obtendría lo siguiente:

FRUTAS HNOS. RUIZ GÓMEZ oferta de 163.464,70 € con una baja del 9,09%
VIFRUSA, SL oferta 107.135,00 € con una baja del 40,42%

Por lo que la media de las bajas sería del 24,76% y ninguna empresa entraría en valores anormales al no separarse más de 20 puntos de la media.

Por su parte, el órgano de contratación alega que efectivamente, el PCAP recoge la aportación del Registro general sanitario (RGSEAA) en la cláusula 1.5 del pliego, sin embargo también ha establecido, en la cláusula 15.1.5 del mismo, que la acreditación de este aspecto se requerirá al licitador que haya obtenido mejor puntuación y por lo tanto haya sido propuesto adjudicatario, conforme lo establecido en el art. 150.2 de la LCSP. Examinada la oferta de TECNOVE S.L., ha presentado en el sobre de documentación administrativa, una declaración responsable (DEUC) de reunir los requisitos exigidos en el pliego y ser un operador económico válidamente inscrito (página 3 del DEUC). Así pues, la Mesa de contratación no puede excluir “a priori” a este licitador por este motivo. La decisión de excluir a un licitador no puede hacerse sobre la mera suposición de que la información contenida en el DEUC no es veraz, porque para eso se incluye este documento en el sobre nº 1. Igualmente, puesto que la oferta de TECNOVE S.L. no ha sido seleccionada por ser la de mejor relación calidad-precio, tampoco se le ha solicitado que acredite este aspecto.

Por su parte, el adjudicatario sostiene que el recurrente hace valer cualquier cuestión para justificar no exceder en más de 20 puntos la media, intentando con

falsas alegaciones sin fundamento la exclusión de TECNOVE S.L., sin que exista ningún otro medio o argumento que pudiera razonablemente desvirtuar la realidad objetiva de la puntuación de su oferta. No obstante, incluso mediando la exclusión de TECNOVE S.L. la Cláusula 1 punto 8 de PCAP refiere a las ofertas presentadas, por lo que la de TECNOVE, así como la de cualquier otro competidor en el concurso, es útil para establecer objetivamente la media, manteniéndose en todo caso VIFRUSA muy por encima de esta.

Vistas las alegaciones de las partes, conviene destacar las previsiones establecidas en el PCAP:

Cláusula 1.5 del PCAP establece *“Habilitación empresarial o profesional precisa para la realización del contrato.*

Procede: si

Documentación que acredite la inscripción en registro general sanitario de empresas alimentarias y alimentos (RGSEAA), en la clave que les sea de aplicación para la ejecución del contrato”.

La Cláusula 12 del PCAP establece *“A) SOBRE Nº 1 “DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA” que incluirá, preceptivamente, los siguientes documentos:*

1. Declaración responsable del licitador sobre el cumplimiento de los requisitos previos para participar en este procedimiento de contratación, conforme al formulario normalizado del (DEUC), establecido por el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016, según se recoge en el anexo V al presente pliego”.

Respecto a la capacidad de obrar, la Cláusula 15.1.5 establece *“Documentación acreditativa de la habilitación empresarial o profesional precisa para la realización del contrato, en su caso, conforme a lo requerido en el apartado 5 de la cláusula 1.”*

La documentación que deben presentar los licitadores viene recogida en la cláusula 12 del PCAP citado, exigiendo una declaración responsable del licitador sobre el cumplimiento de los requisitos previos para participar en este procedimiento de contratación, conforme al formulario normalizado del (DEUC).

La empresa TECNOVE presentó la documentación exigida en los Pliegos, de modo que la mesa de contratación actuó correctamente al admitirla a la licitación, sin que proceda en este momento procedimental entrar a conocer los aspectos planteados por la recurrente, retrotrayendo actuaciones al momento de su admisión. Por otro lado, la admisión de su oferta debió ser recurrida en el momento de su admisión, no una vez adjudicado el contrato a empresa distinta de la que se cuestiona su habitación profesional.

Por todo ello, la admisión de la empresa TECNOVE fue ajustada a derecho, por lo que procede la desestimación del presente motivo.

Visto lo anterior, procede entrar en el siguiente motivo del recurso referido a su disconformidad con la exclusión de su oferta incurrida en temeridad. A su juicio, las alegaciones del informe técnico en que se funda el acuerdo de exclusión, no desmontan la justificación realizada y no hay una resolución “reforzada” que razone su exclusión.

Analiza cada uno de los apartados del informe técnico del siguiente tenor:

1.- Sobre el ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción, concluye el informe que:

“La empresa Vifrusa SL no justifica documentalmente los acuerdos con proveedores que le permitan el bajo nivel de precios ofertados. Se realizan comparativas de precios ofertados con los precios oficiales de los productos en el mercado central de Madrid

(Merca Madrid) se aprecia una bajada muy significativa de estos respecto a los precios del mercado Mayorista Merca Madrid).

Valoración: Insuficiente”.

A este respecto, señala que en los mayoristas frutas y hortalizas no suelen existir acuerdos con proveedores, las compras se hacen directamente con los agricultores y se tratan las partidas individualmente dependiendo de la oferta de cada momento, se recurre a subasta de frutas y verduras y a Cooperativas, hortofrutícolas, sociedades de transformación dependiendo del producto la estacionalidad, y los precios.

Las fluctuaciones en los precios de las frutas y hortalizas son debidas a una serie de factores como el clima, la estacionalidad, y el lugar de compra, así como la calidad y la cantidad y muchos otros factores juegan un papel importante e influyen en el precio final. Carece de rigor determinar, sin justificación alguna, que se aprecia una bajada muy importante con respecto a los precios de Merca Madrid por dos razones:

Primera, compra directamente al productor, agricultor individual o cooperativas en diferentes puntos de la geografía española, así como importaciones directas de Francia, Polonia y Bélgica, siendo el gran volumen de compra de productos lo que economiza sensiblemente el precio final por disminuir el canal de distribución, lo cual nos proporciona una mejora económica junto a una mayor calidad y servicio. Segunda, el informe no especifica la fecha de esos precios, si son medias de un período, ni los analiza por estacionalidad, cuando en Merca Madrid los precios son semanales y el contrato es para todo un año.

2.-Sobre las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras, concluye el informe que:

*“La empresa Vifrusa S.L. no acredita documentalmente ninguna solución técnica.
Valoración: Ninguna distinta a las prescripciones técnicas del PPT”.*

Señala que según se especifica en el punto NOVENO de la Justificación:

VIFRUSA S.L está certificada según:

- Sistema de gestión de calidad ISO 9001:2015,
- Certificado Sanitario 21.00017375/M de la Comunidad de Madrid
- Sistema de calidad basado en el sistema de Análisis de Peligros y Puntos de Control Críticos (APPCC), cuyo objetivo es garantizar las correctas prácticas de higiene en la Empresa, así como la trazabilidad de los productos.

Todas las certificaciones van acreditadas documentalmente en la documentación de la oferta sobre DOS y recibiendo la mayor puntuación de los tres Licitantes, sobre criterios cualitativos.

3.- Sobre la innovación y originalidad de las soluciones propuestas, para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras, concluye el informe que:

“La empresa Vifrusa S.L. no acredita documentalmente ninguna propuesta respecto a la innovación y originalidad de soluciones.

Valoración: Ninguna distinta a las prescripciones técnicas del PPT”.

No puede existir innovación y originalidad en la prestación del suministro de frutas y verduras si se siguen las pautas de gestión de calidad según la ISO 9001 y un Sistema Autocontrol APPCC, cuyo objetivo es garantizar la inocuidad y la seguridad de los alimentos mediante la identificación y evaluación y control de los peligros, así como la TRAZABILIDAD como procedimientos relativo a la seguridad alimentaria y existe un plan de contingencias, un vehículo ECO para el reparto y se designa a una persona encargada del suministro con los títulos de Manipulador De Alimentos; Prevención Riesgos Laborales y Primeros Auxilios como se especifica en la MEMORIA TÉCNICA.

4.- Sobre el respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral, y de subcontratación, no siendo justificables precios por debajo de mercado o que incumplan lo establecido en el artículo 201, concluye el informe que:

“La empresa Vifrusa S.L. no acredita documentalmente ninguna mejora en materia medioambiental, social o laboral, salvo las de obligado cumplimiento en el pliego.

Valoración: Ninguna distinta a las prescripciones técnicas del PPT”

A este respecto, señala que cumplen con las disposiciones vigentes en materia laboral y social, hallándose igualmente al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones en materia de Seguridad y Prevención de Riesgos Laborales impuestas por las disposiciones vigentes, así como de hallarse al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social. En la MEMORIA TECNICA se especifica su compromiso con el medio ambiente apostando por las energías renovables por lo que ha instalado paneles solares de energía solar fotovoltaica y aporta marca y matrícula de un vehículo ECO para el suministro.

5.- Sobre la posible obtención de una ayuda de Estado. Concluye el informe que:

“La empresa Vifrusa S.L. no justifica ninguna.

Valoración: Adecuada”

No hace comentarios con respecto a este punto.

Respecto a la referencia que hace en el informe a las residencias de la Comunidad de Madrid *“-Que la empresa Vifrusa S.L., manifiesta en su escrito de alegaciones que sirve a varios centros de la Comunidad de Madrid sin embargo ha sido excluida del concurso del AMAS (Agencia Madrileña de Atención Social) como se puede comprobar en el acta del enlace siguiente:”* Y concluye diciendo *“Por lo tanto, esta información aportada puede considerarse como inexacta”*, alega que carece de sentido toda vez que en el punto TERCERO de la justificación se relaciona entre otros

muchos clientes los servicios que realizamos a distintos Centros (La solvencia económica y servicios prestados siempre se refiere a los tres últimos años) aunque en la actualidad no estemos sirviendo como pasa también con el Colegio Mayor Jorge Juan de la Marina, Hospitales Doctor Rodríguez Lafora y Virgen de la Poveda, residencias de Toledo... etc, que forman parte del importe total de nuestra solvencia económica y técnica y que siguen estando en la cartera de clientes para futuras licitaciones.

Por su parte, el órgano de contratación alega que en el recurso el propio recurrente reconoce en la página 7 que los precios a los que compra están sujetos a variabilidad, por ser fijados estos mediante subastas, y que las compras de productos dependen de la oferta de cada momento. Añade que el licitador afirma carecer de “contratos” o “acuerdos” con los productores (páginas 6 y 7 del recurso) y que estos están sujetos a la climatología y la estacionalidad, al lugar de compra, calidad y cantidad, así como otros parámetros que definen el precio final de compra de cada producto. El órgano de contratación no puede arriesgar el cumplimiento del contrato basándose en meras hipótesis formuladas por el licitador, sin base documental, con los elementos de incertidumbre en la compra de los mismos por parte del proveedor que él mismo describe en su recurso y con una diferencia de precios a la baja tan notable, respecto al importe del concurso y del resto de licitadores.

Concluye señalando que el propio recurrente reconoce no tener, ni aportar, documentación que justifique sus bajos precios para elaborar su oferta, por tanto, por principio de prudencia, igualdad de trato y transparencia, no pueden aceptarse los argumentos basados en meras hipótesis del recurrente para que su oferta sea considerada viable y por tanto aceptada.

Por su parte, el adjudicatario alega respecto al acuerdo con proveedores, que la Ley 12/2013 de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria establece en su artículo 8 la obligatoriedad de formalización por escrito de los contratos con proveedores.

“Artículo 8. Formalización de los contratos alimentarios.

- 1. Los contratos alimentarios deberán formalizarse por escrito. Dicha formalización deberá realizarse antes del inicio de las prestaciones que tengan su origen en los mismos.”*

Por tanto, la falta de documentación que justifique su oferta en este punto adolece exclusivamente a la falsedad de sus manifestaciones, siendo conforme a Derecho la determinación de la documental aportada como insuficiente, ya que de existir esa ventajosa relación con proveedores habría de estar documentada y, por ende, debería haberse aportado, habiendo precluido el trámite a tal fin.

Respecto a la fluctuación de precios se produce del mismo modo para todos los ofertantes operadores en el ámbito de los productos perecederos, máxime cuando además se desarrolla la actividad en el mismo mercado. Si bien es cierto que a determinada hora de la mañana es posible acceder a un precio inferior de la mercancía, es totalmente incierto que se pueda adquirir con tanta diferencia, debiendo remitirnos nuevamente a los pactos de máximos y mínimos con los agricultores, siendo contrario a nuestra legislación la venta por debajo del precio estipulado como mínimo con el acuerdo con el agricultor.

Finalmente, respecto a la reducción de costes, señala que las condiciones operativas en virtud de las cuales pretende la recurrente sustentar su oferta no son otras que las que mantienen el común de los ofertantes, en tanto que se trata de mercantiles dedicadas a la compra venta al por mayor de productos perecederos, concretamente frutas, verduras y hortalizas. Ello no acredita el bajo precio ofertado, ni son cuestiones o características particulares de la recurrente, puesto que no se alega ni su exclusividad en la forma de operar ni modernización de ninguna clase ni diferenciación en el mercado

Vistas las alegaciones de las partes, procede determinar si se ha justificado la baja temeraria y si el informe sobre su justificación está suficientemente motivado.

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, en su propuesta, 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 resulta inviable”.

No resulta posible la aplicación automática de los criterios de temeridad rechazando la oferta incursa 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.).

La información justificativa, tal como está diseñado el procedimiento contradictorio de verificación de la oferta anormal o desproporcionada, va dirigida a convencer al órgano de contratación de que con la oferta formulada, anormalmente más baja en comparación con las demás del mismo procedimiento competitivo, y con la justificación de su desglose, se pueden cumplir las prestaciones objeto del contrato, de manera que si la justificación es insuficiente o motivadamente no garantiza adecuadamente la ejecución del contrato, atendiendo a la inicial presunción y para preservar el interés público de la licitación, la oferta ha de ser rechazada.

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 ha de ser “reforzada”, para excluir a la recurrente por falta de justificación de la viabilidad.

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 y 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.

En el caso que nos ocupa, debemos tener en consideración que la baja ofertada por la recurrente asciende a un 40,42 %, por lo que la justificación de la oferta debe ser clara, contundente y reforzada en aras de llevar al órgano de contratación a la convicción de su viabilidad a ese coste.

Del análisis de la justificación realizada por la recurrente se aprecia una fundamentación teórica de la viabilidad de la oferta basada en aspectos como el volumen de ventas, su compra directa a agricultor o cooperativa, su solvencia financiera, las certificaciones en sistemas de gestión de calidad y en número de entidades públicas a las que suministra. No consta en más mínimo cálculo económico

del ahorro que esas circunstancias influyen en su oferta, ni en cifras concretas ni en porcentajes. No debe olvidarse que la baja realizada asciende al 40,42%.

Ante esta circunstancia, el órgano de contratación emitió un informe teórico, ante la ausencia de cifras justificativas, que se considera suficientemente motivado a la vista de la información facilitada por el recurrente en su justificación. Se cumple, por tanto, la exigencia de justificación reforzada exigida por la doctrina y la jurisprudencia, por lo que el motivo debe ser desestimado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 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 legal de VIFRUSA, S.L. contra la Resolución del Director Gerente del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS) de 2 de septiembre de 2021, por la que se adjudica el contrato y se acuerda su exclusión del contrato "Suministro de alimentos perecederos en el Hospital Universitario Ramón y Cajal de Madrid", dividido en 8 lotes, en lo referente al lote 1.

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.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP, en lo referente al lote 1.

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.