

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

En Madrid, a 11 de marzo de 2015.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don P.G.R. y don O.G.P., en nombre y representación de AB Servicios Selecta España, S.L. contra la Resolución de 28 de enero de 2015 del Director de la Agencia Tributaria de Madrid, notificada con fecha 30 de enero de 2015, por la que se acuerda la exclusión del proceso de licitación de la oferta presentada por la sociedad del contrato de servicios denominado “Instalación, mantenimiento y gestión de máquinas automáticas expendedoras de bebidas y productos alimenticios en los edificios dependientes del organismo autónomo Agencia Tributaria de Madrid”, del Ayuntamiento de Madrid Expte ATM 205-2013-36896, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 24 de noviembre de 2014, se publicó en el Boletín Oficial del Estado, y en el Perfil de Contratante del Ayuntamiento de Madrid, el anuncio de licitación del contrato de servicios “Instalación, mantenimiento y gestión de máquinas automáticas expendedoras de bebidas y productos alimenticios en los edificios

dependientes del organismo autónomo Agencia Tributaria de Madrid” con un valor estimado de 209.196,71 euros.

Como criterios de adjudicación se establece el precio que a su vez se desglosa en tres conceptos, el precio de las bebidas de la máquina dispensadora de bebidas calientes al que se asignan 45 puntos, el precio de los productos dispensados en la máquina distribuidora de bebidas refrescantes sin alcohol, respecto del que se valorara el precio del agua, refrescos de cola, de limón y de naranja, al que se asignan 35 puntos y el canon anual ofertado al que se asignan 20 puntos.

Interesa destacar a efectos del presente recurso que el punto 11 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) señala que *“Las bebidas y productos alimenticios han de ser de buena calidad, de marca de general consumo”*.

A la licitación convocada se presentaron cinco empresas entre ellas la recurrente, siendo una de ellas excluida por defectos no subsanados en la documentación administrativa presentada.

El 18 de diciembre de 2014, se procede a la apertura en acto público del sobre 2 de cada una de las ofertas restantes, dejando constancia en el acta de la sesión de la Mesa de Contratación de las ofertas económicas de cada licitadora desglosada por productos. Interesa destacar que en la categoría “refrescos de cola” la recurrente ofrece un precio de 0,36 euros, frente a los 0,5454 y 0,55 euros ofertados por el resto de las licitadoras.

Con fecha 22 de diciembre la recurrente fue requerida para que justificara la viabilidad de la misma, en virtud de lo dispuesto en el artículo 152.3 del TRLCSP, lo que verificó mediante escrito de fecha 26 de diciembre.

El 5 de enero de 2015 se emite informe técnico sobre la viabilidad de la oferta en el que se plantea a la Mesa el rechazo de la misma, siendo propuesta dicha exclusión así como la adjudicación del servicio a la empresa Serunion S.A.U., tal y como consta en el Acta correspondiente a la sesión fecha 15 de enero.

Por último, mediante Resolución de 28 de enero de 2015, del Director de la Agencia Tributaria de Madrid se excluye la oferta de la recurrente del procedimiento de licitación lo que se le comunica el día 30 del mismo mes. Asimismo se requiere a la propuesta como adjudicataria para que presente la documentación pertinente para proceder a la adjudicación del contrato.

Segundo.- El 17 de febrero de 2015 fue presentado ante el órgano de contratación, el recurso especial en materia de contratación contra la indicada Resolución, que lo remitió a este Tribunal, acompañado del expediente administrativo de acuerdo con el artículo 46 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), donde tuvo entrada el día 19 de febrero de 2015.

Consta que el 6 de febrero se había presentado el anuncio previo a que se refiere el artículo 44.1 del TRLCPSP, y se solicitó por escrito acceso al expediente administrativo.

La recurrente solicita que se anule la Resolución por la que se la excluye del procedimiento de licitación al no concurrir las causas de exclusión que analiza, señalando que *“(…), en la resolución recurrida se ha pretendido excluir indebidamente de la licitación, la oferta de SELECTA, (y por ende a la propia entidad), interpretando dicho trámite de audiencia, de modo contrario al procedimiento de contratación establecido en la norma, ignorando el verdadero sentido del artículo 152 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que otorga el referido trámite al licitador cuestionado, precisamente para que haga llegar al órgano de contratación, las aclaraciones correspondientes a fin de*

justificar la valoración de la oferta y precisar las condiciones de la misma, en palabras de citado precepto.”

Por su parte el órgano de contratación en el informe preceptivo remitido afirma que la oferta de la recurrente no ha sido excluida por baja anormal o desproporcionada al no ser posible aplicar el artículo 85 del RGLCAP cuando existe más de un criterio de adjudicación, sin perjuicio de que en la petición de aclaración se haya puesto de manifiesto la *“gran desproporción de precios unitarios de los artículos respecto del resto de licitadores ante la previsión de que hubiese incurrido en error material o inconsistencia que la hiciese inviable al estar ofertando productos con precio inferior al PVP”*.

Por otro lado se aduce que *“la oferta de AB SERVICIOS selecta España, S.L. tal y como está formulada no permite determinar con precisión de modo rápido y eficaz el contenido de la misma con base a la documentación presentada en la oferta de la que se tuvo conocimiento en el acto público de apertura del sobre 2 (...) en la aclaración y justificación de la desproporción de precios con respecto de los restantes licitadores se modifican uno o más extremos consignados en la proposición y documentación técnica anexa, y la consecuencia que se impone es evidentemente el rechazo de la proposición”*. Así mismo se indica que *“Casera Cola perteneciente en la actualidad a un fabricante de reconocido prestigio como “Schweppes” no puede concebirse como marca general de consumo como refresco de cola, en el sentido teleológico del término en función de sus principios o fines.”*

Tercero.- Con fecha 4 de marzo se ha concedido trámite de alegaciones a las restantes interesadas en el procedimiento, habiendo presentado escrito de alegaciones la empresa Serunion Vending, S.A.U., el 10 de marzo de 2015, en las que sostiene la conformidad a derecho de la resolución recurrida argumentando que la aclaración de la oferta por parte de la recurrente, en los términos del recurso, supondría una modificación de los elementos fundamentales de la oferta, constitutiva de una variación que falsea la competencia o tiene un efecto discriminatorio.

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.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la exclusión de la recurrente del proceso de licitación correspondiente a un contrato calificado de servicios en la categoría 27, de cuantía superior a 207.000 euros, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.b) y 40.2.c) del TRLCSP.

Tercero.- El recurso se ha interpuesto en el plazo de 15 días de acuerdo con el artículo 44 del TRLCSP, ya que la exclusión se notificó el día 30 de enero de 2015 y el recurso se interpuso previo anuncio, el día 17 de febrero.

Cuarto.- La recurrente está legitimada para interponer recurso especial, 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."*

Quinto.- Por lo que respecta al fondo del asunto la cuestión se centra en determinar si la exclusión de la recurrente del procedimiento de licitación fue o no ajustada a Derecho.

Debe hacerse una precisión con carácter previo y es que a pesar de lo señalado por el órgano de contratación respecto al hecho de que la solicitud de aclaración de la oferta no lo fue por hallarse incurso en presunción de temeridad al no ser de aplicación el artículo 85 del RGLCAP, lo cierto es que en el requerimiento

de aclaración de la oferta dirigido a la recurrente consta que el mismo se realiza en virtud de lo dispuesto en el artículo 152.3 del TRLCSP indicando la desviación en unidades porcentuales respecto de la oferta media.

Sentado lo anterior, deben examinarse los motivos de la exclusión en relación con la justificación de la viabilidad de la oferta presentada por la recurrente.

En la notificación de la exclusión se hacen constar como causas de la misma, en primer lugar que la oferta y la documentación que la acompaña, no permite determinar con precisión su contenido, sobre todo en relación a la justificación de los artículos y precios unitarios ofertados, en segundo lugar que “Casera Cola”, aun perteneciendo en la actualidad a un fabricante de reconocido prestigio como “Schweppes” pueda concebirse como marca general de consumo.

Respecto de estas cuestiones, el informe de valoración expone que *“En la documentación que anexa a la oferta y en el listado de precios, que no son objeto de valoración, pero que igualmente comprometen la oferta, figura el precio de las bebidas refrescantes: Coca-Cola, Coca-Cola Zero y Coca-Cola Light: en la aclaración informa que el precio de estos productos sería de 0,55 € IVA incluido. Precio que, en estos momentos, supone una modificación de la oferta, a nuestro juicio de carácter sustancial, y pudiera tener la consideración de efecto discriminatorio y que falsea la competencia”*.

Asimismo se señala que el *“refresco de cola la Casera” de Schweppes del grupo japonés Suntory no es marca de general consumo como refresco de cola por consiguiente, se está ofertando un artículo que incumple el pliego de prescripciones técnicas, con un precio muy por debajo del precio de la primera marca. De admitirse esta oferta se conculcaría el principio de «no discriminación e igualdad de trato de los candidatos»*, acompañando la información pertinente de los estudios de mercado que arrojan la cifra de cuota de mercado de esta última de un 7,2%.

Por su parte en el documento justificativo de la viabilidad de la oferta presentado por la recurrente, una vez justificados de forma genérica los requisitos de calidad de la oferta y su adaptación del PPT, se indica: *“Todo ello sin perjuicio de que adicionalmente y como también se hace constar en el apartado 4 de la proposición presentada por esta sociedad, referido a las características de los productos, y en concreto al hacer referencia a las bebidas frías, en las máquinas de bebidas frías también se venderían otros refrescos de cola tales como Coca-Cola, Coca-Cola Zero, y Coca-Cola Light, a un precio de 0.55 IVA incluido), tal y como se adelantó y fue aceptado tras conversación telefónica previa a la entrega de documentación en el departamento de Gestión Administrativa.”*

El modelo de oferta económica presentado por la recurrente solo contempla un único producto en el ámbito de los refrescos de cola, -al igual que el resto de las licitadoras-, pero como se indica más arriba en el punto 4 de su oferta en relación con las características de los productos a suministrar, se inserta un cuadro en el que se distinguen en negrita los productos recogidos en el anexo de valoración (Casera Cola 330 cc de la marca Schweppes) y tres productos de la marca Coca-Cola, cuyo precio no consta.

Sin perjuicio de que, como hemos indicado, no se plantea la inconsistencia de la oferta en el requerimiento de justificación, lo cierto es que se ofertan dos productos distintos en la categoría refrescos de cola, aunque solo se ofrece el precio de uno. Cabría haber considerado que ambos productos se suministrarían al mismo precio, en cuyo caso no se plantearía ninguna objeción, más allá de la propia viabilidad del suministro del producto, pero en el propio documento de justificación, se introduce otro precio distinto para las bebidas marca Coca-Cola, (0,55 euros) que coincide con la oferta del resto de los licitadores.

No puede tener en cuenta este Tribunal la referencia a la presunta conversación telefónica que avalaba tal posibilidad al no constar en el expediente

administrativo mención alguna al respecto, debiendo considerar que existe tal inconsistencia interna de la oferta.

Cabe señalar que como es sabido, los pliegos de cláusulas administrativas particulares conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Por otro lado el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP), relativo a la actuación de la Mesa de contratación en relación con la apertura de proposiciones, establece que *“si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la Mesa en resolución motivada. Por el contrario, el cambio y omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o lo otro no altere su sentido no será causa bastante para el rechazo de la proposición”*.

Además, de la jurisprudencia se desprende que es esencial que la entidad adjudicadora pueda asegurarse con precisión del contenido de la oferta y, en particular, de la conformidad de ésta con los requisitos establecidos en los documentos de licitación. De ese modo, cuando una oferta es ambigua y la entidad

adjudicadora no tiene la posibilidad de determinar, de modo rápido y eficaz, a qué corresponde efectivamente, no tiene otra elección que rechazarla (sentencia del Tribunal de 27 de septiembre de 2002 [TJCE 2002, 383], Tideland Signal/Comisión, T-211/02, Rec. p. II-3781, apartado 34).

Pues bien, en este caso la oferta económica efectuada en el modelo facilitado por el órgano de contratación solo contemplaba un precio unitario para los refrescos de cola, 0,36 euros, sensiblemente más barato que el del resto de competidores, pero en la documentación que acompaña a dicho modelo se recogen dos productos distintos a los que en el trámite de justificación se atribuyen precios diversos. Ello determina dicha inconsistencia puesto que el órgano de contratación no puede tener por cierto si el precio que debe tener en cuenta es el de 0,36 o el de 0,55 euros unidad.

A ello cabe añadir que de considerar este último precio se estaría modificando la oferta, lo que está proscrito por la regulación en materia de contratación pública en aras del principio de igualdad y de publicidad, con independencia de la entidad de la modificación, de forma que no puede acogerse la alegación de la recurrente de que en todo caso se trataría de una modificación no sustancial, ya que amén de que cuantitativamente lo sería considerando el volumen total de consumo del producto, debe tener tal consideración necesariamente cualquier modificación de los elementos que componen la oferta, y son susceptibles de valoración o al menos determinan la misma.

Respecto del incumplimiento de los pliegos por lo que se refiere a la generalización del consumo de las marcas de las bebidas exigidas, si bien es cierto que en la apreciación cotidiana la bebida de cola ofertada no tiene esa consideración, lo cierto es que el pliego no ofrece parámetros para determinar a efectos de su cumplimiento qué debe entenderse por general consumo. Prima facie parece que un consumo del 7,2 % del mercado de refrescos de cola, no obedece a este concepto de general consumo, si se compara con el volumen del 72,5

correspondiente a Coca-Cola, pero la falta de definición del concepto en los pliegos determinaría que no pueda considerarse la misma como causa de exclusión a juicio de este Tribunal.

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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don P.G.R. y don O.G.P., en nombre y representación de AB Servicios Selecta España, S.L. contra la Resolución de 28 de enero de 2015 del Director de la Agencia Tributaria de Madrid, notificada con fecha 30 de enero de 2015, por la que se acuerda la exclusión del proceso de licitación de la oferta presentada por la sociedad del contrato de servicios denominado “Instalación, mantenimiento y gestión de máquinas automáticas expendedoras de bebidas y productos alimenticios en los edificios dependientes del organismo autónomo Agencia Tributaria de Madrid”, del Ayuntamiento de Madrid Expte ATM 205-2013-36896.

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.- Levantar la suspensión acordada por este Tribunal en sesión del día 25 de febrero de 2015.

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 49 del TRLCSP.