

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

En Madrid, a 25 de mayo de 2023

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Vifrusa S.L., contra la Resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario Gregorio Marañón, de fecha de 3 de marzo de 2023, por el que adjudica el contrato, y se excluye del procedimiento de licitación de los lotes 1 y 4 al recurrente, todo ello del contrato de “suministro de frutas y verduras para la cocina general del Hospital Universitario Gregorio Marañón”, número de expediente A/SUM-044124/2022, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Mediante anuncios publicados el 23 de noviembre de 2022 en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el 25 en el DOUE y el 5 de diciembre de 2022 en el BOCM, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en seis lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 1.946.903,89 de euros y su plazo de

duración será de 12 meses, con posibilidad de prórroga, con una duración máxima incluidas las mismas de 36 meses.

A la presente licitación se presentaron seis empresas, entre ellas la recurrente.

## **Segundo.- Antecedentes**

Con fecha 23 de enero la mesa de contratación permanente del Hospital Universitario Gregorio Marañón, procedió al conocimiento de las ofertas presentadas a los lotes 1 y 4, considerando que se encontraban en baja anormal.

Ante dicha situación, la mesa de contratación solicita justificación de la viabilidad de las ofertas que incurren en baja anormal a las empresas Vifrusa, S.L. y Frutícolas Ateca, S.L. (ambas ofertan a los dos lotes).

Presentados los informes en plazo y forma y tras su valoración, la unidad promotora emite informe sobre la justificación de las ofertas incursas en baja.

Dicho informe se lleva a la mesa de contratación del día 8 de febrero de 2023, siendo asumido por esta y considerando que no se justifica la viabilidad resuelve la exclusión de ofertas presentadas por dichas empresas a los lotes 1 y 4.

En dicho acto se propone a los adjudicatarios de dichos lotes y se continúa el procedimiento de requerir a los propuestos adjudicatarios la documentación pertinente.

Con fecha 3 de marzo de 2023 el Director Gerente del Hospital resuelve la adjudicación del contrato y la exclusión de Vifrusa, S.L. de la licitación.

**Tercero.-** El 26 de abril de 2023 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Vifrusa, S.L., en el que

solicita la anulación de la exclusión de su oferta y, en consecuencia, de la adjudicación.

El 11 de mayo de 2023 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 (LCSP).

**Cuarto.-** La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida 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. El día 23 de mayo de 2023 Frutas Hermanos Ruiz Gómez S.L. presenta escrito de alegaciones en plazo y forma y de cuyo contenido se dará cuenta en el fundamento quinto de derecho 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, “*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 adoptado y notificado el 3 de marzo de 2023 e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 26 de abril de 2023, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

**Cuarto.-** El recurso se interpuso contra la exclusión de las ofertas incluidas en el acuerdo de adjudicación en el marco 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 centran en la exclusión de las ofertas presentadas a los lotes 1 y 4 por considerar que no se ha justificado su viabilidad, tras su declaración como anormalmente bajas.

En primer lugar, el recurrente destaca que el PCAP establece el umbral de consideración de una oferta como anormalmente baja, en la reducción de ésta en un 10% sobre el del presupuesto base de licitación y no sobre la media de las ofertas presentadas. Esta circunstancia, es considerada como de especial perjuicio por Vifrusa, S.L., pues si los parámetros para la determinación de las ofertas anormalmente bajas hubiera seguido los establecidos en el artículo 85 del Real Decreto 1098/2001, su oferta no hubiera sido considerada anormal. Mientras que con

la fórmula empleada sus ofertas se desvían un 16,42% para el lote 1 y un 23,55% para el lote 4.

Procede a analizar el informe técnico sobre el informe de viabilidad de las ofertas por ellos presentados, haciendo referencia a que los parámetros objeto de estudio son los mismos que recoge el artículo 149 de la LCSP, es decir, se han utilizado parámetros totalmente genéricos.

De esta forma, en relación con el contrato de suministro que nos ocupa, no tienen sentido ni forma alguna de aplicación. Considerando que cumplen sobradamente con los requerimientos generales de la LCSP y particulares del PPTP que rige este contrato.

Destaca del informe técnico emitido: *“Por último, en su informe especifica en el párrafo final lo siguiente:*

*“(...) tenemos la experiencia reciente en concreto del **adjudicatario del último concurso de frutas y verduras que, debido a los bajos precios de adjudicación, nos vimos obligados a hacer más de 50 devoluciones durante el año, además de mandar a dicho proveedor diferentes cartas de apercibimiento e incumplimiento de contrato por las bajas calidades de los productos (...)**”.*

Niegan la existencia de problemas en el suministro de productos por haberse dado dichas devoluciones en la fase de empaquetado y no en la fase de suministro que es la propia de Vifrusa, S.L. Informan de la inexistencia de expediente alguno de imposición de penalidades a la empresa por parte del hospital.

Recuerdan que en su informe de justificación de la viabilidad de la oferta, incluyeron un estudio sobre el coste de sus productos en relación con los costes máximos de otros contratos, como prueba de viabilidad de su oferta.

El órgano de contratación en su informe al recurso manifiesta que Vifrusa, S.L. no ofrece razón ni prueba alguna para justificar su bajo coste de productos, que en uno de los lotes alcanza el 23,55%.

Defiende la utilización del 10% como parámetro para determinar la baja anormal, en el propio objeto del contrato, suministro de alimentos así como de la tendencia inflacionista que sufre este sector.

Por su parte el adjudicatario en su escrito de alegaciones manifiesta en primer lugar su disconformidad con las críticas vertidas en este momento procesal sobre los parámetros utilizados para determinar una oferta como anormalmente baja, toda vez que no es causa de impugnación indirecta de los pliegos y estos no fueron recurridos en su momento oportuno.

Considera asimismo otras cuestiones de índole formal que no afectan a la resolución de este recurso. Pone de manifiesto su disconformidad con el criterio admitido por los Tribunales de Contratación sobre la minuciosidad de la justificación según el porcentaje de baja que experimenta la oferta.

Como punto fundamental, considera que, si bien no conoce el informe sobre viabilidad de la oferta aportado por Frutícolas Ateca, S.L., del resto de informes técnicos puede resaltar que no se ofrecen suficientes justificaciones sobre los puntos requeridos y que son coincidentes con los expresados en el artículo 149 de la LCSP.

Vistas las alegaciones de las partes procede en primer lugar recordar que, según se dispone en el artículo 149.2, serán los pliegos de condiciones donde se establezcan los parámetros para considerar una oferta como anormalmente baja.

Recordar a este respecto que los pliegos de condiciones de esta licitación no fueron impugnados por ningún interesado, por lo que debemos traer a colación en primer lugar que los pliegos 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 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna. Por tanto, los pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual.

Entrando a conocer el verdadero fondo del recurso procede determinar si la oferta incurso en anormalidad se encuentra justificada. El artículo 149 LCSP regula las ofertas anormalmente bajas, refiriéndose a la posible justificación presentada por el licitador y a su valoración por la mesa de contratación, en el siguiente sentido:

*“4. Cuando la mesa de contratación, o en su defecto el órgano de contratación hubiere identificado una o varias ofertas incursas en presunción de anormalidad, deberá requerir al licitador o licitadores que las hubieren presentado dándoles plazo suficiente para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos.*

*La petición de información que la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación dirija al licitador deberá formularse con claridad de manera que estos estén en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta.*

(...)

*En todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental,*

*social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201.*

*Se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador cuando esta sea incompleta o se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico.*

*(...)*

*6. La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación evaluará toda la información y documentación proporcionada por el licitador en plazo y, en el caso de que se trate de la mesa de contratación, elevará de forma motivada la correspondiente propuesta de aceptación o rechazo al órgano de contratación. En ningún caso se acordará la aceptación de una oferta sin que la propuesta de la mesa de contratación en este sentido esté debidamente motivada.*

*Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuatro, estimase que la información recabada no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador y que, por lo tanto, la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la mejor oferta, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo 150. En general se rechazarán las ofertas incursas en presunción de anormalidad si están basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde una perspectiva técnica, económica o jurídica”.*

La doctrina consolidada respecto a la justificación de las oferta anormalmente bajas se puede resumir apelando a la Resolución de TACRC 530/2021, de 20 de mayo, que dice: “Sobre este precepto, es constante la doctrina de este Tribunal (por todas, recogida en la Resolución nº 473/2020 que reproduce a su vez los argumentos de la Resolución nº 747/2019 y de otras anteriores,) que hace referencia a la



*discrecionalidad técnica del órgano de contratación a la hora de valorar la justificación aportada por el recurrente relativa a la justificación de su oferta:*

*‘La decisión, sobre la justificación de la viabilidad de las ofertas incursas en valores anormales o desproporcionados, corresponde al Órgano de Contratación, atendiendo a los elementos de la proposición y a las concretas circunstancias de la empresa licitadora y valorando las alegaciones del contratista y los informes técnicos emitidos, ninguno de los cuales tienen carácter vinculante. Como hemos reiterado en numerosas resoluciones, la finalidad de la Legislación de Contratos es que se siga un procedimiento contradictorio, para evitar rechazar las ofertas con valores anormales o desproporcionados, sin comprobar, antes, su viabilidad. No se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan, al órgano de contratación, llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo. En caso de exclusión de una oferta incursa en presunción de temeridad, es exigible que se fundamenten los motivos que justifiquen tal exclusión. Por el contrario, en caso de conformidad, no se exige que el cuerdo de adjudicación explicité los motivos de aceptación.*

*Como también señala la Directiva sobre Contratación Pública (Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero), en su artículo 69.3, ‘El poder adjudicador evaluará la información proporcionada, consultando al licitador. Solo podrá rechazar la oferta, en caso de que los documentos aportados no expliquen, satisfactoriamente, el bajo nivel de los precios o costes propuestos...’ (...) De otra parte, en la Resolución 786/2014, de 24 de octubre, citando la Resolución 677/2014, de 17 de septiembre, señalamos que ‘la revisión de la apreciación del órgano de contratación, acerca de la justificación de las ofertas incursas en presunción de temeridad, incide directamente en la discrecionalidad técnica de la Administración y, a tal respecto, es criterio de este Tribunal (Resoluciones 105/2011 y las 104 y 138/2013) que la apreciación hecha por la entidad contratante del contenido de tales justificaciones, en relación con el de las propias ofertas, debe considerarse que responde a una valoración de elementos técnicos que, en buena medida, pueden ser apreciados, en función de parámetros o de criterios cuyo control jurídico es limitado. Aun así, hay aspectos que, aun siendo difíciles de controlar jurídicamente, por venir determinados por la aplicación de*

*conceptos jurídicos indeterminados, pueden y deben ser revisados por el Tribunal. Tal es el caso de que, en una oferta determinada, puedan aparecer síntomas evidentes de desproporción que impidan, sin necesidad de entrar en la apreciación de criterios puramente técnicos, la ejecución del contrato en tales condiciones'. Continúa la Resolución 786/2014 declarando que para desvirtuar la valoración realizada por el Órgano de Contratación en esta materia, será preciso que el recurrente ofrezca algún argumento que permita considerar que el juicio del Órgano de Contratación, teniendo por justificadas las explicaciones dadas por el licitador, cuya oferta se ha considerado, inicialmente, como anormal o desproporcionada, resulta infundado o a apreciar que se ha incurrido, en ese juicio, en un error manifiesto y constatable...".*

*De todas estas resoluciones debemos extraer que cuando el órgano de contratación viene a admitir la oferta incurso en presunción de baja temeraria y no a excluirla, la prolija motivación para mantener la oferta que reclama el recurrente del órgano de contratación no es exigible. Y la aceptación de la oferta resulta ajustada a derecho, ya que una vez determinada la oferta incurso en presunción de anormalidad, se dio traslado para la justificación a la misma, habiendo efectuado dicha justificación en términos asumidos por el órgano de contratación.*

*En este contexto, la justificación del licitador incurso en presunción de anormalidad debe concretar, con el debido detalle, los términos económicos y técnicos de la misma, en aras a demostrar de modo satisfactorio que, pese al ahorro que entraña su oferta, ésta no pone en peligro la futura ejecución del contrato con arreglo a la oferta aceptada y en los propios términos de la misma. Ello exige demostrar que, gracias a las especiales soluciones técnicas, a las condiciones especialmente favorables de que disponga para ejecutar las prestaciones del contrato, a la originalidad de la forma de ejecución de las mismas que se proponga aplicar, o a la posible obtención de ayudas, el licitador está en condiciones de asumir, al precio ofertado, las obligaciones contractuales exigidas y derivadas de su oferta, con pleno respeto de las disposiciones relativas a la protección del medio ambiente y de las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que deba realizarse la prestación, todo lo cual en aras a demostrar que su oferta, pese a ser sensiblemente más baja que la*

*de los demás licitadores, permite la futura viabilidad técnica y económica del contrato”.*

En el caso que nos ocupa, como se ha expuesto en los antecedentes, considerada la oferta del recurrente como anormalmente baja tras su conocimiento por la mesa de contratación, celebrada el 23 de enero de 2023, se requirió al adjudicatario, en aplicación del artículo 149.4 LCSP, para que presentara informe con justificación y desglose razonado y detallado de los precios ofertados. Dicha información fue presentada por la empresa requerida, en tiempo y en forma, y considerada insuficiente por el departamento técnico asesor de la mesa de contratación.

*Como sostiene la Resolución del TACRC 1589/2022, de 22 de diciembre, “De acuerdo con la doctrina expuesta, el control de este Tribunal ha de centrarse en estos supuestos, en determinar si el informe técnico fundamenta de forma suficiente y adecuada el carácter satisfactorio de las explicaciones dadas por la empresa licitadora incurso en baja anormal y, por ello, la admisión de su oferta o si, por el contrario, los argumentos empleados por la recurrente para descalificarlas gozan de peso suficiente para destruir las presunciones de legalidad y de discrecionalidad de la actuación administrativa impugnada”.*

En el mismo sentido la Resolución del TACRC 1561/2022, de 15 de diciembre, *“Para desvirtuar la valoración realizada por el órgano de contratación en esta materia, será preciso que el recurrente ofrezca algún argumento que permita considerar que el juicio del órgano de contratación, teniendo por justificadas las explicaciones dadas por el licitador, cuya oferta se ha considerado –inicialmente– como anormal o desproporcionada, resulta infundado o a apreciar que se ha incurrido, en ese juicio, en un error manifiesto y constatable.*

*Por lo tanto, es competencia de este Tribunal analizar si la justificación del licitador, cuya oferta es considerada anormal o desproporcionada, resulta suficiente o no, y ello exige una resolución más intensa en caso de que no vayan a acogerse las justificaciones del licitador.*

*No ocurre así cuando el informe sobre la justificación de la oferta la estima suficiente, pues, para entender desvirtuada la presunción iuris tantum de temeridad a juicio del órgano de contratación, no es preciso la motivación del informe y de la resolución que así lo concluya tenga ese carácter más intenso”.*

En el caso que nos ocupa, Vífrusa, S.L. presenta un informe que inicialmente confunde la acreditación de la solvencia económica con la justificación de su oferta, pues enumera múltiples contratos en vigor tanto con organismos o instituciones públicas como privadas. No procediendo en ningún momento a aportar un estudio de costes que justifique su baja en relación con el PBL. Ni siquiera desgana su oferta entre los costes de ejecución material, los gastos generales y el beneficio industrial.

En definitiva, el informe técnico por el que se excluye la oferta de Vífrusa, S.L. a los lotes 1 y 4 es consecuente con la falta de razonamientos y pruebas aportadas por la recurrente para justificar unas bajas realmente importantes en relación con el PBL, que indudablemente ponen en peligro el equilibrio económico del contrato y, en definitiva, su ejecución a plena satisfacción.

Por todo ello se desestima el recurso interpuesto.

**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 Vífrusa S.L., contra la Resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario Gregorio Marañón, de fecha de 3 de marzo de 2023, por el

que adjudica el contrato, y se excluye del procedimiento de licitación de los lotes 1 y 4 al recurrente, todo ello del contrato de “suministro de frutas y verduras para la cocina general del Hospital Universitario Gregorio Marañón”, número de expediente A/SUM-044124/2022.

**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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

**Tercero.-** Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

**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.