

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

En Madrid, a 10 de septiembre de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Danner Boots, S.L., contra el Decreto de 17 de julio de 2020, por el que se rechaza su oferta al lote 1 y se adjudica el contrato de “Suministro de vestuario para la Policía Local y Protección Civil” del Ayuntamiento de Alcobendas, expediente 104/2020, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 22 de enero de 2020, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público, la convocatoria de licitación del contrato de referencia, dividido en cuatro lotes para su adjudicación mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado asciende a 779.000 euros.

Segundo.- Al procedimiento de licitación del lote 1, prendas uniformidad Policía Local, concurrieron cuatro empresas, una de ellas la recurrente.

Tras la tramitación oportuna, la Mesa de contratación en su reunión de 11 de junio de 2020, aprecia que, entre otras, la oferta presentada por la licitadora Danner Boots, S.L., (en adelante Danner) incurre en presunción de anormalidad o desproporción y solicita al licitador la justificación de su viabilidad.

La empresa presentó la requerida justificación en plazo y tras el informe emitido por los servicios técnicos la Mesa de contratación en sesión celebrada el 10 de julio de 2020, considera que no se ha justificado viabilidad de forma adecuada y propone al órgano de contratación la adjudicación del lote 1 del contrato a favor de la empresa Satara Seguridad, S.L.

Finalmente, el 17 de julio de 2020, mediante Decreto se acepta la propuesta de la Mesa y se excluye la oferta de Danner y se adjudica el lote Satara Seguridad, S.L. El Decreto se notifica con fecha 20 de julio.

Tercero.- Con fecha 7 de agosto de 2020, se presentó por la representación de Danner ante el Tribunal recurso especial en materia de contratación contra su exclusión y la adjudicación, por considerar que la viabilidad de la oferta ha quedado suficientemente acreditada y el rechazo por el órgano de contratación falto de motivación. Solicita por tanto la nulidad del Decreto y que le sea adjudicado el lote al haber obtenido la mejor puntuación.

Cuarto.- El órgano de contratación remitió al Tribunal la copia del expediente administrativo 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 (en adelante LCSP). En el informe se solicita la desestimación del recurso por las razones que se expondrán al resolver sobre el fondo.

Quinto.- 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.

Sexto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados puesto que no van a ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por la recurrente, 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.- Se acredita en el expediente la legitimación de Danner para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP puesto que la estimación del recurso la colocarla en situación de ser adjudicataria del lote.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso, debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación y exclusión de un contrato de suministro de valor

estimado superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 44.1.c) y 2.c) de la LCSP.

Cuarto.- En cuanto al plazo de interposición del recurso el Decreto impugnado fue dictado el 17 de julio de 2020, notificado el 20 de julio e interpuesto el recurso el 7 de agosto de 2020, por tanto, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 d) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, el mismo se contrae a analizar la adecuación a derecho de la apreciación de la Mesa de no justificación de la viabilidad de la oferta de la recurrente incurra en presunción de temeridad.

El artículo 149 de la LCSP, 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 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 establece el artículo 149 de la LCSP, solo es posible excluir 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 esta parezca anormalmente baja para los servicios de que se trate y solo se podrá rechazar la

oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos.

Por ello, se prevé en dicho artículo que: *“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”*. Y la justificación ha de ir dirigida a demostrar la viabilidad de la oferta por referencia fundamentalmente al cumplimiento de las prestaciones objeto del contrato. La cuestión que debe abordarse es si la justificación presentada respeta las condiciones establecidas en los Pliegos, porque si así no fuera el cumplimiento del contrato no sería viable y la proposición inaceptable. Es decir, el término de comparación de la justificación, han de ser los propios Pliegos que rigen la licitación.

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.*

La justificación de una oferta es la acción de explicar, aduciendo razones convincentes o alegando otros medios, la viabilidad y acierto de una proposición, en los términos en que fue presentada al procedimiento licitatorio. Consiste pues, en la aclaración de los elementos en que el licitador fundamentó su oferta y en la verificación de que conforme a dicha aclaración, la misma es viable de forma tal que

la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada, en el modo y manera establecidos en los pliegos de condiciones”.

El segundo paso del procedimiento contradictorio es el informe técnico valorando la justificación presentada. 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 cuatro*” 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.

A todo ello cabe añadir que 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.

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.

La recurrente alega en primer lugar que *“el primer argumento que mi representada ofreció para justificar el importe de su oferta, que ascendía a 191.506,60 € + IVA para el lote nº 1, fue que los bienes cuyo suministro se contempla en el contrato pueden perfectamente ofrecerse por ese importe, e incluso por uno menor. Como prueba de ello, se adjuntaba a la Justificación presentada un presupuesto solicitado a un tercero, que no participó en la licitación, quien los ofrecía por un importe de 141.856 € + IVA. Parece fuera de toda duda que, si al menos dos suministradores (DANNER BOOTS y un tercero) pueden vender las prendas solicitadas por un importe igual o inferior al de nuestra oferta, es que la nuestra es una oferta viable y seria. No se encuentra sin embargo ni una sola línea en el Informe de la Mesa sobre este dato aportado como justificación de nuestra oferta”*.

El órgano de contratación en su informe argumenta que *“El primer argumento, considerado por el propio recurrente como ‘el más importante’ es que en el mercado existe la posibilidad de encontrar un presupuesto por un importe menor que el del propio recurrente. Y como prueba de esta argumentación presenta el presupuesto de un operador que no ha participado en la licitación. Pues bien, este hecho es utilizado de forma errática por el recurrente, como a continuación vamos a exponer, ya que en un primer momento, cuando justifica la baja anormal, da a entender que se presenta el presupuesto de la empresa que le va a proveer, mientras que después, en el recurso, obvia dicha circunstancia, y alude a este presupuesto como un presupuesto abstracto y teórico existente en el mercado. Sea uno u otro el caso, bajo ningún concepto pueden servir para justificar la oferta anormalmente baja.*

En efecto si se considera que se trata del presupuesto de un proveedor del recurrente, no sería cierto que existan ‘dos o más suministradores que oferten las prendas solicitadas por un importe igual o inferior’ a la de Danner como este expone en su informe, sino solamente la de esta última empresa. El presupuesto presentado por un importe más bajo no puede considerarse que sea una oferta, ya que no se ha presentado a la licitación, ni se ha justificado ni argumentado por parte de Danner relación alguna de suministro o intermediación con Technicals Fabrics Groups, que

permita entender que este presupuesto tiene relación de ningún tipo con la presentada por Danner”.

Comprueba el Tribunal que el documento de justificación aportado por Danner incluye como documento adjunto un presupuesto de una empresa que al parecer no es licitadora y cuyo importe es inferior a su oferta. Es evidente que ese documento por sí solo no permite concluir que la oferta sea viable, ni justifica viabilidad alguna. La justificación debe contener los cálculos y explicaciones que permitan concluir que la oferta presentada y no otra puede ser cumplida con los requisitos técnicos exigidos.

La recurrente además alega que en el documento justificativo se hacía referencia a los siguientes extremos:

- la existencia de stock disponible respecto de algunos de los productos ofertados.
- Descuentos acreditados por importante volumen de compras. Se aportaba un presupuesto de la empresa GABARDOS UNIFORMIDAD, S.L. para el suministro de las gorras y otras prendas incluidas en el contrato, en el cual se contemplaba un descuento del 35% a DANNER BOOTS, S.L. debido al alto volumen de compras que viene realizándole.

Extremos a los que no habría respondido el Ayuntamiento en su informe técnico.

Sin embargo, el Tribunal al analizar el documento justificativo de la oferta que la propia recurrente acompaña a su recurso, comprueba que los que se aportan son:

“TERCERO.- documentos justificativos que se aportan:

- 1. Presupuesto ofertado por la mercantil Technical Fabrics Group.*
- 2. Certificados de calidad de la mercantil: ISO 9001:2015 y ISO 14001:2015.*
- 3. Relación de suministros efectuados durante los últimos años, en actividades del objeto del contrato.*
- 4. Contratos de colaboración.*

5. *Certificados de las prendas objeto del contrato, aportados en licitación.*

6. *Póliza de seguro”.*

Ninguno se refiere a los stocks disponibles ni a los posibles descuentos.

Debe recordarse por otra parte que los certificados de buena ejecución y las normas ISO son cuestiones relativas la solvencia de la empresa, pero no a la viabilidad económica de la oferta que es lo que se debate en este momento. Por lo tanto, los certificados aportados no acreditan la viabilidad.

El informe técnico emitido si bien es escueto, no puede considerarse falto de motivación, teniendo en cuenta la justificación aportada que no incluye cálculo económico alguno sobre costes y que se refiere principalmente a otros contratos ejecutados.

En consecuencia, procede la desestimación del motivo de recurso.

En segundo lugar, alega la recurrente sobre la necesidad de aplicar los criterios objetivos de presunción de anormalidad al conjunto de la oferta y propone una interpretación de los Pliegos que llevaría a una reconsideración de las ofertas que incurren en baja desproporcionada.

El órgano de contratación en su informe expone que *“A esta cuestión queremos reiterar que tal y como se establece en la jurisprudencia y en la LCSP los pliegos conforman la ley del contrato, y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido, así como a los órganos de contratación, obligando a las partes 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 cláusula 10 del PCAP dispone que ‘La presentación de*

proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de este pliego y del de prescripciones técnicas particulares que rigen el presente contrato, sin salvedad o reserva alguna’.

Como decimos, los pliegos vinculan a Administración licitante y a licitadores por igual, razón por la que sorprende la doble propuesta de: ‘1.- inaplicar la cláusula del pliego, y 2.- adaptar la aplicación del pliego’.

A la vista del Pliego no considera el Tribunal que se haya realizado una aplicación incorrecta del mismo a la hora de calcular las bajas desproporcionadas, por lo que procede igualmente desestimar el motivo de recurso.

En conclusión, en el supuesto que nos ocupa, se debe entender que se ha seguido formalmente el procedimiento legalmente previsto en el artículo 149 de la LCSP, en cuanto a la consideración y tramitación de las ofertas con valores anormales o desproporcionados y que la empresa recurrente en el trámite de audiencia concedido no ha presenta una justificación de su oferta que fuera aceptable por la Mesa por lo que el rechazo de la misma ha sido

Por lo tanto, el recurso debe ser desestimado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 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 Danner Boots, S.L, contra el Decreto de 17 de julio de 2020, por el que se rechaza su oferta al lote 1 y se adjudica el contrato de

“Suministro de vestuario para la Policía Local y Protección Civil” del Ayuntamiento de Alcobendas, expediente 104/2020.

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.- Dejar sin efecto la suspensión producida por aplicación del 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 59.1 de la LCSP.