

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

En Madrid, a 22 de mayo de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don M.F.S., en nombre y representación de Comercial Hispanofil, S.A.U., (en adelante Hispanofil), contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Navalcarnero de fecha, 17 de abril de 2019, por la que se adjudica el contrato Suministro de Material de Fontanería, Riego y Calefacción para el Ayuntamiento de Navalcarnero (MADRID), expediente 133SUM18, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 14 de enero de 2019, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público la convocatoria del contrato mencionado, a adjudicar por procedimiento abierto y un único criterio el precio. El valor estimado del contrato asciende a 200.000 euros.

Interesa destacar que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) en el apartado 13 del Anexo I establece:

“13. OFERTAS CON VALORES ANORMALES O DESPROPORCIONADOS.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 149 .2.b de la LCSP, habiéndose establecido más de un criterio de adjudicación, una oferta se considerará inviable por haber sido formulada en términos que la hacen anormalmente baja (oferta anormal) cuando el precio ofertado sea inferior en un 10% a la media aritmética del total de las ofertas presentadas, siendo de aplicación lo dispuesto en el Artículo 149 de la LCSP.

Las ofertas incurrirán en baja temeraria en los siguientes casos:

1 .Cuando, concurriendo un solo licitador, sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 25 unidades porcentuales.

2. Cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.

3. Cuando concurren tres licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales.

4. Cuando concurren cuatro o más licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía”.

Segundo.- A la licitación se presentaron 3 empresas, una de ellas la recurrente. Fueron admitidas únicamente dos licitadoras que son las únicas valoradas respecto a su oferta económica.

La Mesa de contratación se reunió el, 26 de febrero de 2019, para proceder a

la apertura de las proposiciones económicas. De acuerdo con el informe emitido el, 27 de febrero de 2019, la clasificación de las empresas es la siguiente:

PLICA	NOMBRE	IMPORTE OFERTA	PUNTUACIÓN
1	COMERCIAL HISPANOFIL S.L	4.95%	0,00
2	MAGAR S.L.	NO SE VALORA	
3	REDONDO Y GARCIA S.A.	30,20%	100,00

“Por lo tanto, la oferta presentada por Redondo Y Garcia S.A. es la más favorable para el Ayuntamiento.”

La empresa Hispanofil presentó escrito ante la Mesa en el que alega que la empresa Redondo y García S.A., se encontraba incurso en el supuesto de baja desproporcionada, por lo que con fecha, 11 de marzo de 2019, la Mesa le requirió que justificase la viabilidad de su oferta.

Redondo y García S.A., presentó la oportuna justificación el 19 de marzo de 2019. Se emitió informe técnico con fecha 21 de marzo, en el que se expone que las cuentas anuales presentadas suponen unos ingresos al menos cien veces superiores al importe del contrato y se incluye la relación de contratos firmados por la empresa con empresas públicas y privadas, concluyendo que:

“La baja de licitación del contrato previo del Ayuntamiento de Navalcarnero, fue del 29,50%, la del ayuntamiento de Alcorcón fue de 36,00%, Ayuntamiento de Azuqueca de Henares con una baja del 31%, Ayuntamiento de Leganés con una baja del 26,00%.”

“Por lo tanto a juicio del técnico que suscribe, la documentación presentada puede justificar la baja de licitación.”

La Mesa de contratación en su reunión de, 27 de marzo de 2019, acordó aceptar la justificación de la viabilidad de la oferta y proponer la adjudicación del contrato a Redondo y García S.A. Finalmente, la Junta de Gobierno Local con fecha,

13 de febrero de 2019, acepta la propuesta de la Mesa y aprueba la clasificación de las empresas admitidas y requiere la documentación a la empresa Redondo y García S.A.

El 17 de abril de 2019, por la Junta de Gobierno Local se acuerda la adjudicación del contrato a la empresa Redondo y García S.A. El Acuerdo fue notificado en esa misma fecha.

Tercero.- El 6 de Mayo de 2019, tuvo entrada en el Tribunal el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Hispanofil en el que alega que en la justificación de viabilidad de la oferta anormalmente baja, presentada por la mercantil Redondo y García, S.A., conforme exigen el artículo 149 de la LCSP y los Pliegos, no se justifica ni se desglosa razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios de la oferta, ni ningún otro aspecto de las condiciones de la oferta anormalmente baja. Igualmente argumenta que el informe de valoración favorable del ingeniero municipal carece de motivación.

Por todo ello, solicita que se anule el Acuerdo de adjudicación, *“rechazándose la oferta anormalmente baja de Redondo Y García, S.A. por NO haber sido justificada conforme al artículo 149 de la LCSP y los pliegos, y se adjudique el contrato a la siguiente mejor oferta que corresponde a Comercial Hispanofil, S.A.U. conforme a los artículos 149 y 150 de la LCSP”*.

Cuarto.- El órgano de contratación remitió copia del expediente administrativo y el informe a que se refiere el artículo 56.3 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). En el informe se solicita la desestimación del recurso por las razones que se exponen en la propuesta de exclusión.

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se ha dado traslado del recurso al resto de interesados en el procedimiento, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Transcurrido el plazo ha presentado la empresa Redondo y García, S.A en el que afirma en primer lugar que su oferta no se encuentra en la situación de baja desproporcionada puesto que han concurrido tres empresas y procede aplicar el apartado 3 del número 13 del Anexo I del PCAP. Por otro lado argumenta que queda *“acreditado en nuestro escrito además de la experiencia y capacidad De Redondo Y Garcia, S.A., según el requerimiento del Ayuntamiento de Navalcarnero y la justificación de la oferta económica el ahorro al Ayuntamiento del suministro afectado; que ha contado con el soporte del consejo del fabricante; la innovación y calidad de la solución propuesta para los suministros; su respeto de las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral”*.

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 Hispanofil para interponer recurso especial de conformidad en el artículo 48 de la LCSP, al tratarse de una persona jurídica: *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*, puesto que la estimación del recurso la colocaría en situación de ser adjudicataria del contrato.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministro de valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que el acto es susceptible de recurso al amparo del artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Cuarto.- En cuanto al plazo de interposición del recurso, el acto impugnado fue adoptado el 17 de abril de 2019, notificado el mismo día e interpuesto el recurso el 6 de mayo, por tanto dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1.d) de la LCSP.

Quinto.- Respecto al fondo del asunto, se contrae a analizar la adecuación a derecho de la apreciación de la viabilidad de la oferta de la adjudicataria.

En primer lugar respecto de la alegación de Redondo y García, S.A., sobre la situación de baja desproporcionada de su oferta, debe aclararse que para apreciar si existe ese supuesto han de tenerse en cuenta las ofertas admitidas y cuya oferta económica va a constar en principio en la clasificación. Por tanto, son dos las ofertas finalmente presentadas y la apreciación de la baja desproporcionada ha sido correcta.

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, sólo 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 ésta parezca anormalmente baja para los servicios de que se trate y sólo se podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos.

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.

Alega la recurrente que la adjudicataria *“a efectos de justificar su oferta incurra en presunción de anormalidad, ha indicado en su escrito de justificación las cifras de ventas de sus cuentas anuales de los ejercicios 2016, 2017 y 2018, así como, una relación de contratos similares celebrados en años anteriores con otras entidades del sector público. Se puede decir sin temor a equivocarse, que mediante dicho escrito, ha acreditado su solvencia económica (artículo 87 LCSP) y su solvencia técnica (artículo 89 LCSP), a efectos de participar en la licitación (artículos 65 y 74 de la LCSP), pero en ningún caso ha justificado o acreditado lo que requiere el procedimiento contradictorio establecido en el artículo 149 de la LCSP, es decir, DEMOSTRAR SI LA OFERTA QUE HA REALIZADO EN EL PRESENTE PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN – oferta que está incurra en presunción de anormalidad que opera en contra de REDONDO Y GARCÍA, S.A., en tanto en cuanto no sea desvirtuada mediante la aportación de información y documentación que acredite o demuestre la viabilidad de la oferta desde el punto de vista técnico y económico- ES VIABLE Y SE PUEDE ACEPTAR. (...) El escrito de justificación NO indica, NI acredita, de que fabricantes son los materiales ofertados, ni desglosa ni acredita los precios de compra de los que dispone, ni los gastos de transporte y logística, de tal manera que se demuestre, en primer lugar, que los materiales que se ofertan cumplen las prescripciones técnicas y calidades que se exigen en los pliegos, es decir, que la oferta es viable técnicamente, y en segundo lugar, que tras aplicar a los precios unitarios de licitación el descuento lineal ofertado, del 30,20%, se obtenga un margen de beneficio, es decir, que la oferta sea viable económicamente. Como la justificación realizada se limita a indicar cifras de ventas*

de años anteriores, y relación de contratos de años anteriores con entidades del sector público, y NO acredita ningún cálculo numérico o cifra aproximada, relativa a los costes (precios de compra de materiales ofertados y gastos de transporte y logística) considerados para la elaboración de la oferta, es decir, los costes estimados de la prestación de suministro a cumplir, la oferta incurra en anormalidad NO se ha justificado, y por ende la oferta debe ser rechazada”.

Comprueba el Tribunal que el efectivamente, el escrito de justificación de la viabilidad presentado por la adjudicataria aunque indica que *“se ha realizado un estudio pormenorizado del costo de adquisición de los bienes objeto del concurso, tras lo cual se ha incrementado los gastos generales y el beneficio industrial obteniéndose el precio de descuento dado en esta oferta”*, no incluye tal estudio ni siquiera un resumen del mismo, limitándose a incluir los datos de facturación y de contratos anteriores que como señala la recurrente constituyen formas de acreditar su solvencia pero no de justificar la viabilidad de una oferta en baja desproporcionada.

Como sostuvo el Tribunal en su Resolución 2/2017 de 11 de enero, *“El contenido de la justificación ha de ir referido a las prestaciones objeto del contrato. Las empresas deciden libremente la composición de sus ofertas económicas de acuerdo a los criterios establecidos en el Pliego y son conocedoras de los factores de todo tipo que han tenido en cuenta para su formulación en los términos en que la han presentado, valorando incluso el riesgo de exclusión al que se exponen, si sus propuestas son anormalmente bajas y el riesgo de no resultar adjudicatarias, si los precios que proponen son demasiado altos o cercanos a los máximos establecidos por el Pliego”*. De ahí que no pueda considerarse suficiente el hecho de haber ejecutado otros contratos similares o tener solvencia económica holgada para acometer el contrato.

Por otro lado el informe técnico, como ya se ha indicado, se limita a enunciar las bajas realizadas en los demás contratos, superiores incluso a la realizada por la

adjudicataria en este caso pero como ya se ha señalado el argumento es claramente insuficiente para justificar la viabilidad del contrato, por lo que debemos concluir que el informe técnico se encuentra insuficientemente motivado.

Por todo ello, teniendo en cuenta las argumentaciones realizadas, se aprecia una insuficiente justificación de la viabilidad de la oferta así como de la motivación en la admisión de la misma, por lo que el recurso debe ser estimado.

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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don M.F.S., en nombre y representación de Comercial Hispanofil, S.A.U., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Navalcarnero de fecha, 17 de abril de 2019, por la que se adjudica el contrato Suministro de Material de Fontanería, Riego y Calefacción para el Ayuntamiento de Navalcarnero (MADRID), expediente 133SUM18, anulando la adjudicación realizada y retrotrayendo el procedimiento al momento de clasificación de la ofertas al objeto de adjudicar a la que cumpliendo los requisitos establecidos, haya obtenido la mayor puntuación.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 del LCSP.

De conformidad con el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a esta resolución.