

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

En Madrid, a 19 de junio de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don P.P.L. en nombre y representación BH-EXERCYCLE, S.L. (en adelante Exercycle), contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha, 30 de abril de 2019, por la que se aprueba la propuesta de la mesa, se rechaza su oferta y se adjudica el contrato de Suministro mediante arrendamiento sin opción a compra de equipamiento deportivo para las salas de fitness de la Ciudad Deportiva de Valde las Fuentes y en el Polideportivo José Caballero del Patronato Municipal de Deportes del Ayuntamiento de Alcobendas, número de Expediente nº 36/2018, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 26 y 27 de noviembre de 2019, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE la convocatoria del contrato mencionado, dividido en dos lotes, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato asciende a 1.239.699,42 euros.

Segundo.- A la licitación se presentaron 8 empresas, una de ellas la recurrente.

La Mesa de contratación se reunió el 4 de marzo de 2019, para proceder a la apertura de las proposiciones económicas. La Mesa observa que la oferta de Exercycle presenta valores anormales respecto de los dos lotes por lo que acuerda solicitar justificación de la viabilidad de la misma

La empresa presentó la oportuna justificación el 7 de marzo de 2019. Con fecha 9 de abril se emite el preceptivo informe técnico que concluye que no se ha justificado suficientemente la viabilidad de la oferta por lo que se propone el rechazo de la misma en los dos lotes.

La Mesa de contratación en su reunión de 15 de abril de 2019, acordó aceptar el contenido del informe, rechazando la justificación de la viabilidad de la oferta y proponer la adjudicación del contrato, el lote 1: Equipamiento de trabajo cardiovascular al licitador Johnson Health Tech Ibérica S.L. y el lote 2: Equipamiento de trabajo de musculación y elementos libres al licitador Salter Sport, S.A.

El 30 de abril de 2019, por la Junta de Gobierno Local se acuerda la adjudicación del contrato de conformidad con la propuesta de la Mesa. El Acuerdo fue notificado el 6 de mayo de 2019.

Tercero.- El 28 de Mayo de 2019, tuvo entrada en el Tribunal el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Exercycle en el que alega que ha justificado la viabilidad de su oferta por las razones que expone tal y como se exige en el artículo 149 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, (en adelante, LCSP). Igualmente acompaña al recurso un documento que denomina nota aclaratoria al informe técnico justificativo de la exclusión, en el que incluye los cálculos justificativos del menor coste ofertado.

Por todo ello, solicita que se anule el Acuerdo de adjudicación.

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

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.

Dentro del plazo concedido han presentado escrito JOHNSON HEALTH TECHNOLOGIES IBERICA, S.L, adjudicataria del lote 1, en el que argumenta que el escrito de justificación de la viabilidad no aporta datos económicos que permitan acreditar la misma y respecto a las mejoras *“que le valieron la puntuación máxima a EXERCYCLE en este apartado, no cabe duda que el haber ofertado las mismas conlleva para la recurrente un mayor sacrificio económico que de no haberlas planteado, lo que parece no tener en cuenta”*. Por otra parte aduce la improcedencia de introducir argumentos no aducidos durante la fase de justificación de la baja temeraria. *“Como ya se ha indicado, EXERCYCLE aporta, como anexo a su recurso especial, un informe aclaratorio del documento que presentó durante el trámite de justificación de su oferta, en respuesta al Informe Técnico, y que entiende que termina de acreditar la viabilidad de su oferta (...) nos encontramos ante datos y argumentos nuevos que no pueden ser tenidos en cuenta por este Tribunal, tanto por su función exclusivamente revisora, como por el hecho evidente de que no pudieron ser tenidos en cuenta por el órgano de contratación del Contrato”*. Por todo ello solicita la desestimación del recurso.

También ha presentado alegaciones SALTER SPORT, SA, adjudicataria del lote 2, en las que, en síntesis, apoya los argumentos del informe técnico de 9 de abril y solicita la desestimación del recurso.

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 Exercycle 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 exclusión y 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 30 de abril de 2019, notificado el 6 de mayo e interpuesto el recurso el 28 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 sobre la no justificación de la viabilidad de la oferta de la recurrente.

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 en su escrito de justificación se acreditó que *“EXERCYCLE es una empresa de la máxima solvencia técnica y económica que es fabricante de todo su equipamiento, a diferencia de gran parte de sus competidores, que son meramente distribuidores y no fabricantes. Por otro lado, se justificó que EXERCYCLE cuenta con una empresa tecnológica propia (PAFERS Tech. Co. Ltd.) que desarrolla hardware y software que se incorpora como mejora a los propios equipamientos suministrados. Ello hace que pueda ofertarse un precio más competitivo, al no tener que acudir al mercado en busca de soluciones tecnológicas.*

Asimismo, se señaló que EXERCYCLE es una empresa certificada por la normativa de calidad ISO 9001 y que cuenta asimismo con la certificación

medioambiental ISO14001, certificaciones cuyo mantenimiento anual exige un Sistema Integrado de Gestión que posibilita una mayor reducción de costes.

En cuanto al mejor precio en las operaciones de mantenimiento, el mismo viene justificado por la presencia de un técnico cuyo domicilio se encuentra a pocos kilómetros de lugar donde se presta el servicio (Alcobendas), concretamente en San Sebastián de los Reyes, lo cual reduce drásticamente los tiempos y costes de desplazamiento.

En cuanto al equipamiento suministrado, se justificó que todos sus materiales, componentes y acabados atienden a las especificaciones y prestaciones exigidas por la normativa UNE-EN 957 en vigor y resultan ser de la máxima calidad, lo cual hace que al tratarse de un suministro en modalidad de arrendamiento sin opción de compra, sea posible que tales equipamientos puedan ser reintroducidos en el mercado de segunda mano que gestiona la propia EXERCYCLE desde su propia página.”

El órgano de contratación en su informe reproduce los argumentos expuestos por el Coordinador de Actividades Deportivas en el informe técnico emitido el 9 de abril, en el cual se destaca, respecto a ambos lotes de forma análoga, que *“EXERCYCLE SL: presenta justificación de la oferta mediante escrito argumentando su condición de fabricante, con planta de producción en Vitoria Gasteiz, servicio post venta con técnicos formados por ellos y disponibilidad de repuestos de las piezas en Vitoria, ahorro en coste de desplazamiento por tener un técnico con residencia y lugar de trabajo en San Sebastián de los Reyes. Cuenta con una empresa tecnológica propia (PAFERS) con soluciones tecnológicas que comercializan a otras marcas de la competencia. Tienen las certificaciones ISO9001 y 14001. Sin embargo, no presenta cuantificación alguna que avale que con la oferta presentada puede hacer frente a los costes derivados de los compromisos que se van a adquirir con el contrato. Hay que tener en cuenta que al ser un suministro mediante arrendamiento, incluye el mantenimiento durante los 5 años de ejecución del contrato; no solo hay que tener en cuenta el coste del equipamiento a suministrar si no también el coste del servicio de mantenimiento que incluyen costes salariales, desplazamientos, visitas mensuales a ambas instalaciones para mantenimiento preventivo, actuaciones de mantenimiento*

conectivo en caso una máquina por otra en caso de avería y no poder ser reparada en el tiempo establecido, así como el coste de la formación inicial.

En su oferta se compromete en el apartado de mejoras a aumentar el tiempo mínimo de 6 horas mensuales de presencia física para la realización exclusiva de mantenimiento preventivo a 10 horas en cada instalación; mejora del tiempo de respuesta para la reparación de incidencias leves, sobre el máximo de 7 días naturales establecido en el pliego a 4 días; mejora del tiempo de respuesta para la reparación de incidencias graves, sobre el máximo de 96 horas (sin incluir domingos y festivos) establecido en el pliego a 48 horas. Todo ello supone un incremento en los costes.

La justificación de la oferta no aporta ningún económico concreto que haga ver su viabilidad...”

Comprueba el Tribunal que el efectivamente, el escrito de justificación de la viabilidad presentado por la recurrente no contiene una justificación de costes detallada respecto de su oferta incluidas las mejoras contenidas en la misma.

Los argumentos de la justificación hacen referencia a la solvencia de la empresa pero no a viabilidad de la oferta que necesariamente debe analizar los costes considerados y las prestaciones propuestas

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 ser fabricante o tener solvencia técnica para acometer el contrato.

Por otro lado precisamente se ha aportado con el recurso los cálculos y explicaciones detalladas que debieron haber sido incluidas en la justificación presentada al órgano de contratación y que, como señala una de las empresas alegantes, no pueden en este momento tenerse en cuenta.

Por todo ello, considerando las anteriores argumentaciones, se aprecia una insuficiente justificación de la viabilidad de la oferta de la recurrente y el informe emitido motiva adecuadamente el rechazo de la misma, por lo que 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 don P.P.L. en nombre y representación BH-EXERCYCLE, S.L. (en adelante Exercycle), contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha, 30 de abril de 2019, por la que se aprueba la propuesta de la mesa, se rechaza su oferta y se adjudica el contrato Suministro mediante arrendamiento sin opción a compra de equipamiento deportivo para las salas de fitness de la Ciudad Deportiva de Valde las fuentes y en el Polideportivo José Caballero del Patronato Municipal de Deportes del Ayuntamiento de Alcobendas, número de Expediente nº 36/201.

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 producida en aplicación de lo dispuesto 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 del LCSP.