

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

En Madrid, a 23 de febrero de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal Gersa Informática, S.L. contra el acuerdo, de 30 de enero de 2023, de la Junta de Gobierno de la ciudad de Madrid por el que se le excluye del procedimiento de licitación, lote 2, del “Acuerdo marco para el suministro de rollos de papel térmico protegido, folios de papel de fibra virgen y consumibles de informática para la Dirección General de Emergencia y Protección Civil del Ayuntamiento de Madrid”, número de expediente 300/2022/00464, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio previo publicado el 3 de junio de 2022 en el DOUE y posteriormente el anuncio de licitación el 22 de octubre, en la Plataforma de Contratación del Sector Público, rectificado el 26, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con único criterio de adjudicación y dividido en 2 lotes.

El valor estimado del contrato asciende a 403.932,53 euros y su plazo de duración será de tres años, con posibilidad de prórroga por un año más.

A la presente licitación, en concreto al lote 2, únicamente se presentó el recurrente.

Segundo.- Calificada la documentación administrativa y tras la apertura del sobre que contiene la oferta económica, el 23 de noviembre de 2022, la mesa de contratación comprueba que GERSA se encuentra incurso en presunción de anormalidad por lo que de conformidad con el artículo 149 de la LCSP acuerda tramitar el procedimiento contradictorio establecido al efecto.

El 27 de diciembre de 2022, se reúne la mesa de contratación y a la vista del informe de viabilidad sobre la justificación de la oferta presenta por la recurrente, emitido por el responsable del contrato de fecha 21 de diciembre de 2022, acuerda requerir a GERSA para que presente los certificados de compatibilidad con los fabricantes de las impresoras que ha indicado en la justificación de su oferta.

El 18 de enero de 2023, se reúne nuevamente la mesa de contratación para examinar el informe de viabilidad emitido por el responsable del contrato el 9 de enero de 2023 y acuerda que la oferta no es viable dado que el licitador no acredita que los productos por el precio ofertado satisfagan las prestaciones del PPT, por tanto, no permite a la administración llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo el objeto del contrato con la baja ofertada. Asimismo, propone declarar desierta la licitación al no existir más ofertas.

El 30 de enero de 2023, la Junta de Gobierno Local de la ciudad de Madrid acuerda excluir del procedimiento de licitación a GERSA al estimar que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales y en consecuencia declara desierta la licitación para el lote 2.

Tercero.- El 14 de febrero de 2023, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de GERSA en el que solicita que se anule el acuerdo de exclusión y la suspensión del procedimiento de licitación.

El 20 de febrero de 2023, se recibió del órgano de contratación 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 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) solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el 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.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida del procedimiento de licitación “*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 el 30 de enero de 2023, notificado el 3 de febrero, e interpuesto el recurso el 14 de febrero 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 un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, 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.b) de la LCSP.

Quinto.- Manifiesta el recurrente que la inviabilidad de su oferta se basa en no haber acreditado la conformidad de los productos ofertados con las prestaciones del PPT. Esta falta de acreditación lo fundamenta el Ayuntamiento en que la empresa indicó en la justificación de la oferta que aportaba los certificados de compatibilidad, sin embargo, no se adjuntaban.

A estos efectos, cita un extracto del segundo informe de viabilidad. *“En el plazo concedido para ello GERSA INFORMATICA S.L. presentó documentación justificativa de su oferta que incluía artículos originales y artículos que denominaba “compatibles” indicando que se adjuntaban certificados de compatibilidad que no se incluían en dicha documentación.*

La Mesa de contratación, atendiendo al informe de viabilidad de 21/12/2022, requirió a la empresa para que presentara los certificados de compatibilidad con los fabricantes de las impresoras que el licitador indicaba en la justificación de su oferta”.

A juicio del recurrente esto carece de fundamento porque:

La empresa GERSA INFORMATICA SL indica en su justificación, como mejora técnica adoptada y que le permite una considerable baja en los precios que: *“Hemos*

optado por ofertar un producto compatible nuevo de la marca Ninestar Corporation (Muchocartucho), 100% compatibilidad garantizada, en las partidas coloreadas en azul, que suponen aproximadamente el 75% del total de productos ofertados, como ya les hemos indicado en nuestra oferta, en la relación de artículos y precios unitarios, porque ello supone una reducción de más del 35% del precio en productos originales del fabricante de la impresora, a la vez que es un producto que garantiza una igual u superior rentabilidad y calidad de impresión. Adjuntamos certificaciones para su conformidad”.

En ella GERSA, indicaba claramente que aporta las certificaciones del fabricante para la conformidad del órgano de contratación de la solución técnica adoptada, eso es, ofertar un producto compatible y no original. No se indica en ningún momento que se adjuntan certificados de compatibilidad sino en todo caso aquellos que garantizan una igual o superior rentabilidad y calidad de impresión que el producto original. Por ello no existe omisión ninguna de certificaciones.

Añade que acreditar la compatibilidad de los productos ofertados con la maquinaria a la que van destinados para su uso debería ser en todo caso un requisito incluido en el PPT de modo que todas las posibles licitadoras debieran cumplirlo independientemente del precio de su oferta.

Ciertamente el órgano de contratación puede en cualquier momento solicitar cuanta documentación crea oportuna. En ese caso debería solicitarse acreditar la compatibilidad, pero no en el marco de la documentación solicitada para justificar una oferta incurso en baja anormal.

Alega el recurrente que la compatibilidad es un requisito del pliego y que la mera presentación de la oferta implica la aceptación del mismo. La compatibilidad debe darse por supuesta y más cuando GERSA ratifica su oferta en dos ocasiones confirmando que cumple con los requisitos del PPT. Por ello, no cabe pensar que

presenta un producto consumible informático, pero no compatible con la maquinaria indicada.

En defensa de sus pretensiones cita otro apartado del segundo informe de valoración: *“En el mercado hay una gran variedad de tóneres con variaciones en los precios para un mismo tipo superiores al 40%; no todos los tóneres pueden ser utilizados en todas las impresoras. El licitador no acredita que los productos por el precio ofertado satisfagan las prestaciones del PPT; por tanto no permite a la administración llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo el objeto del contrato con la baja ofertada”*. Nuevamente se confunde el precio con la compatibilidad del producto. Un consumible no es más caro o más barato por ser más o menos compatible. Además, consta la relación detallada de los artículos que oferta y que coincide plenamente con los solicitados en el PPT, con su descripción y referencia, por lo que no cabe pensar que se están ofertando productos compatibles para otras máquinas que las solicitadas y que en el supuesto de que por error se llegara a suministrar un producto no apto para una maquinaria será sustituido por otro de similares o superiores características.

Por último, señala que en otros procedimientos de licitación el Ayuntamiento ha considerado suficiente la justificación de la oferta incurra en baja sin aportación de los certificados de compatibilidad.

El órgano de contratación informa que GERSA presenta una baja del 38,75% y expone que el PPT señala un listado de máquinas al que va referido el suministro de tóner. Si cualquier tóner del mercado pudiera ser utilizado por cualquier máquina, no habría sido necesario señalar en los referidos pliegos la relación indicada.

Para determinar la viabilidad de la oferta es imprescindible comprobar la compatibilidad del producto con la máquina, siendo relevante el requerimiento de la correspondiente certificación del fabricante, no como mecanismo de solvencia técnica,

sino como forma imprescindible de determinar la viabilidad del suministro con el tipo de producto ofertado, y en coherencia con el precio de la oferta.

Por ello, el informe de viabilidad considera la compatibilidad del producto con las máquinas por ser esta condición relevante para la determinación del precio, sin que por ello se pueda llegar a la conclusión, como hace el recurrente, de que los aspectos tratados en dicho informe no son de su objeto.

Por tanto, no puede aceptarse la declaración del recurrente en el sentido de que *“La compatibilidad debe darse por supuesta y más cuando GERSA INFORMATICA SL ratifica su oferta en dos ocasiones, (...) y por dos veces más confirma que cumple con los requisitos del PPT”*, pues no hay que olvidar que la existencia de ofertas anormalmente bajas, constituye una presunción iuris tantum de que la oferta puede ser cumplida, de ahí que se prevea un procedimiento contradictorio, en que se da la oportunidad al licitador de justificar la viabilidad de su oferta, recayendo sobre el licitador, la carga de justificar su proposición, acreditando documentalmente esa reducción de costes, de forma que si no justifican como pueden cumplir el contrato con su oferta, o lo hacen de manera insuficiente, esta es excluida, como ocurre en el caso que nos ocupa.

Es de significar que el recurrente aporta documentación del fabricante de los cartuchos que oferta, que en ningún caso hace referencia a las máquinas listadas en el PPT, por lo que pudiendo el recurrente haber llevado a la Administración al convencimiento de que los cartuchos ofertados pueden ser utilizados en las máquinas referidas mediante la documentación acreditativa del fabricante, dicha circunstancia no se produce, es decir, tal y como señala el informe técnico *“la documentación del fabricante de los cartuchos ofertados no ofrece información alguna sobre la compatibilidad de sus productos con la marca y modelo de las impresoras objeto del contrato”* y en consecuencia, *“no acredita que los productos por el precio ofertado satisfagan las prestaciones del PPT; por tanto no permite a la administración llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo el objeto del contrato con la baja ofertada”*.

A mayor abundamiento no es admisible a efectos de acreditar la viabilidad de la oferta, tal y como indica el recurrente que *“en caso de suministrar un producto defectuoso será sustituido por otros similares o superiores características”*.

Vistas las alegaciones de las partes 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 incurso 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 explicita 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 incurso 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 incurra 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 incurra 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”.

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 incurra 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 presente caso, se constata que el recurrente en la justificación de la viabilidad de la oferta indica que como solución técnica ha optado por oferta un producto nuevo, que no es original, pero compatible de la marca Ninestar Corporation, 100% compatibilidad garantizada que suponen aproximadamente el 75% por cierto del total de productos ofertados, ello supone una reducción de más del 35% del precio en productos originales del fabricante de la impresora. En concreto de los 42 productos ofertados, sólo 11 son originales.

A la vista de esta circunstancia es lógico que la mesa de contratación le requiriese para que aportase los certificados de compatibilidad con independencia de que GERSA no lo indicase así en su justificación. Es preciso recordar que con la justificación de la viabilidad de la oferta el órgano de contratación debe llegar a la

convicción de que el contrato se puede ejecutar de acuerdo con lo previsto por los pliegos y al respecto puede solicitar aquella documentación que precise para llegar a esa conclusión. Es lógico que si los productos ofertados le ofrecen alguna duda al órgano de contratación pueda solicitar la documentación que considera oportuna, incluso en el momento de justificar la viabilidad de su oferta, pues en el procedimiento contradictorio del artículo 149.4 de nada serviría justificar unos precios si los productos ofertados no son los adecuados para la ejecución del contrato.

A pesar del requerimiento el recurrente no presentó los certificados solicitados. Consta el informe técnico debidamente motivado donde se indican los motivos por los que no se considera la viabilidad de la oferta. Este Tribunal no aprecia error ni arbitrariedad en el mismo, encontrándose dentro del margen de discrecionalidad que le es dada al órgano de contratación.

Por ello, se desestima el recurso.

Resuelto el fondo del asunto no procede pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 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 legal Gersa Informática, S.L., contra el acuerdo, de 30 de enero de 2023, de la Junta de Gobierno de la ciudad de Madrid por el que se le excluye del procedimiento de licitación, lote 2, del *“Acuerdo marco para el suministro de rollos de*

papel térmico protegido, folios de papel de fibra virgen y consumibles de informática para la Dirección General de Emergencia y Protección Civil del Ayuntamiento de Madrid”, número de expediente 300/2022/00464.

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.- 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.