

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

En Madrid, a 18 de agosto de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Benito Urban S.L.U., (en adelante BU) contra el acuerdo de concejal delegado del área de gobierno, medio ambiente y movilidad del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 29 de junio de 2022 por el que se adjudica el contrato de “suministro de soportes de bicicleta universal MU 51”, número de expediente 300/2022/00140, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE en fecha 30 de marzo y en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid alojado en la PCSP en fecha 27 de marzo de 2022, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con un único de criterio de adjudicación y sin división en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 599.715 euros y su plazo de duración será de 8 meses.

A la presente licitación se presentaron 7 licitadores, entre ellos el recurrente.

Segundo.- Antecedentes

Transcurrido el plazo de licitación se reunió la mesa de contratación el día 20 de abril de 2022 a los efectos de calificar la documentación administrativa presentada por los licitadores, y el día 27 de abril de 2022, se reúne la mesa, para la apertura del sobre de “*criterios valorables en cifras o porcentajes*”, correspondiente a las proposiciones presentadas en la licitación, habiéndose admitido todas a las empresas licitadoras, con el siguiente resultado:

| LICITADOR | % DE BAJA |
|-------------------------------|-----------|
| ALBERTO MARTINEZ BRICEÑO S.L. | 0,50 % |
| BENITO URBAN, S.L.U. | 40,05 % |
| FORJAS ESTILO ESPAÑOL, S.A. | 0,00 % |
| FUNCTIL TARREGA, S.L. | 33,85 % |
| MOYCOSA, S.A. | 0,20 % |
| PROSEÑAL, S.L.U. | 16,60 % |
| URBYSEG PALMA, S.L. | 39,00 % |

A la vista de las ofertas presentadas se considera anormalmente baja las propuestas de BENITO URBAN, S.L.U. y URBYSEG PALMA, S.L.

En cumplimiento del artículo 149 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, se les concedió un plazo de diez días hábiles para que justificaran la valoración de la oferta presentada y precisaran las condiciones de esta. Vistos los informes técnicos y la documentación justificativa asociada por las empresas respecto a la presunción de anormalidad de su oferta, la Mesa, en la sesión del 25 de mayo de 2022, considera que las citadas empresas no han justificado razonada y detalladamente su oferta de acuerdo con los parámetros objetivos establecidos en el PCAP por lo que acuerda proponer su exclusión.

Posteriormente y en la misma sesión, una vez remitida la información por el equipo técnico, en informe de fecha 18 de mayo de 2022, se procede a la valoración de los citados criterios, resultando primera clasificada la oferta presentada FUNDUCTIL TARREGA, S.L.

Tras la aportación de la documentación recogida en el artículo 150.2 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), se dicta Decreto por el delegado de gobierno de Medio Ambiente y Movilidad, de 27 de junio de 202, en el que se adjudica el contrato a FUNDUCTIL TARREGA, S.L., siendo publicada dicha adjudicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público con fecha 29 de junio de 2022, y notificado su contenido a todos los licitadores en esa misma fecha.

Tercero.- El 19 de julio de 2022, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de BU en el que solicita la anulación de la adjudicación y de la exclusión de su oferta.

El 21 de julio de 2022, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la 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. Con fecha 9 de agosto de 2022 Funductil Tárrega informa a este Tribunal de que no va a presentar alegación alguna.

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, *“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 29 de junio de 2022 e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 19 de julio de 2022, 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 la oferta del recurrente acordada junto con la adjudicación del contrato, 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.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se basa en la pretensión de la recurrente de que el informe de viabilidad de su oferta presentado sea admitido y en consecuencia se anule su exclusión de la licitación.

Para fundamentar su pretensión BU considera que el informe técnico elaborado que valora su justificación adolece de determinados errores. El primero de ellos considerar que el suministro propuesto no está homologado, al no presentarse este certificado, cuando el momento de dicha presentación es previo a la adjudicación. Considerando esta falta documental como una de las razones fundamentales de la no admisión de la viabilidad de la oferta.

En segundo lugar, considera que la afirmación que dicho informe efectúa sobre la falta de justificación de los costes de producción no es cierta, toda vez que incluye en dicho documento los costes de personal correspondientes al grupo 7 del convenio colectivo aplicable y que responden a la categoría de operario/peón y el coste del transporte se calculó en base a la experiencia de la empresa.

Como ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones la apreciación de la viabilidad de las ofertas incursas en presunción de temeridad responde al concepto de discrecionalidad técnica que corresponde al órgano de contratación. 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 cuarto”* 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.

Sólo es posible, de acuerdo con el indicado artículo, 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 parezcan anormalmente bajas 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, teniendo en cuenta los elementos mencionados en el apartado 2 del citado artículo.

No resulta posible la aplicación automática de los criterios de temeridad rechazando la oferta incurso en dicho umbral, pues la ley requiere solicitar explicaciones sobre la composición de la oferta y una valoración de los diferentes elementos puestos de manifiesto en la justificación y de las características de la propia empresa para poder apreciar de forma motivada si es posible o no el cumplimiento de la proposición en términos satisfactorios que ponga de manifiesto que esa anomalía no afectará a la ejecución del contrato. Para ello la LCSP, en su artículo 149, 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 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 información justificativa, tal como está diseñado el procedimiento contradictorio de verificación de la oferta anormal o desproporcionada va dirigida a convencer al órgano de contratación de que con la oferta formulada, anormalmente más baja en comparación con las demás del mismo procedimiento competitivo, y con la justificación de su desglose, se pueden cumplir las prestaciones objeto del contrato, de manera que si la justificación es insuficiente o motivadamente no garantiza adecuadamente la ejecución del contrato, atendiendo a la inicial presunción y para preservar el interés público de la licitación la oferta ha de ser rechazada.

Es conveniente señalar además el criterio mantenido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en numerosas Resoluciones y que este Tribunal comparte, en cuanto a que *“en aquellos casos en los que el informe técnico no comparta la justificación dada por el licitador para justificar la anormalidad de su oferta, resulta evidente que debe motivarse el informe pues éste tendrá que salir al paso de lo alegado por el interesado rebatiendo su argumentación –”resolución reforzada”*, como se ha dicho por este Tribunal en otras resoluciones, como la Resolución 294/2018 de fecha 26 de septiembre Resolución 559/2014, de fecha 22 de julio; 685/2016, de 9 de septiembre, entre otras.

En esa misma Resolución, el TACRC señala que *“hemos de analizar, tal y como señala la doctrina anteriormente sentada, la justificación presentada. Pese a tratarse de cuestiones no jurídicas sino eminentemente técnicas, sí puede este Tribunal*

analizar la suficiencia de tales explicaciones a los efectos de valorar en este caso los argumentos suficientes a la entidad contratante, como también puede analizar este Tribunal si la mencionada entidad ha realizado el esfuerzo de argumentación que venimos exigiendo (la llamada resolución reforzada) para poder excluir de la contratación a la empresa que ofertó el precio más bajo, que a la postre hubiese podido resultar adjudicataria del contrato ya que se trata de un contrato a adjudicar teniendo en cuenta únicamente el precio más bajo ofertado”.

En la más reciente de fecha 11 de enero y número 10/2019 se recoge la reiterada doctrina de este Tribunal sobre esta materia, contenida entre otras, en las resoluciones nº 803/2018 y 877/2017. Señala el Tribunal, que en los casos en que se inicie un procedimiento contradictorio dando audiencia al licitador cuya oferta esté incurso en presunción de anormalidad, para que pueda justificar el bajo nivel de precios ofertados o de costes propuestos, el rechazo de la oferta exige de una resolución **debidamente motivada** que razone por qué las justificaciones del licitador no explican satisfactoriamente el bajo nivel de precios ofertados. Por el contrario, cuando de lo que se trata es de admitir la justificación presentada por el licitador, no es necesario que se contenga una motivación exhaustiva.

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, así como la comprobación de que el informe correspondiente efectuado por el órgano de contratación contiene la suficiente motivación, que en este caso ha de ser “*reforzada*”, para excluir a la recurrente por falta de justificación de la viabilidad.

De no cumplirse con estos requisitos de racionalidad o motivación reforzada antes expuestos, 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.

Es doctrina de este Tribunal que la exhaustividad de la justificación aportada por el licitador habrá de ser tanto mayor cuanto mayor sea la baja en que haya incurrido la oferta, por relación con el resto de ofertas presentadas. Y del mismo modo, a menor porcentaje de baja, menor grado de exhaustividad en la justificación que se ofrezca. En el caso que nos ocupa es de un 44% del PBL, porcentaje muy alto y que por ello debe ser justificado de forma detallada, de tal manera que órgano de contratación no albergue duda alguna sobre su viabilidad.

La decisión final sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde, según dispone el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP, 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 pudiendo, por tanto de manera motivada, separarse de la propuesta.

En el presente caso el informe de viabilidad se reduce a una justificación de los gastos de personal que considera del grupo 7 (peones/operarios) del convenio colectivo aplicable y una experiencia de muchos años en el caso de los costes de transporte.

El órgano de contratación no admite la experiencia en el transporte de este suministro como forma de justificar la oferta, sobre todo atendiendo a los costes de los carburantes que en este momento se encuentran en máximos históricos y dependientes de hechos incontrolables por el licitador.

A este respecto tal y 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 o incluimos en este caso la experiencia como sustitutivo del estudio de costes.

En cuanto a los costes de personal, el órgano de contratación sostiene que la manipulación necesaria para la fabricación del suministro no es propia de las tareas de un peón, por lo que dichos costes laborales no pueden calcularse bajo dicha categoría, por lo cual los datos en este extremo aportados por BU no pueden admitirse. Añade a ello la falta de costes complementarios a la actividad en su vertiente de fabricación.

En cuanto a la falta de homologación del suministro, resalta el Ayuntamiento de Madrid que nada dice el recurrente en su informe sobre viabilidad y que tras la elaboración del informe técnico de estudio de la viabilidad de la oferta, aparece, en vía ya de recurso, dicha homologación con fecha posterior al mencionado informe y en consecuencia al plazo de licitación, exactamente el 25 de mayo. Este hecho y la aportación de fotografías del taller que según criterio municipal más se asemeja a un centro de logística que a un taller de metal, lleva a considerar que el suministro no va a ser fabricado por BU sino importado por este.

Por todo lo cual este Tribunal considera que la apreciación del órgano de contratación de que el informe justificativo de la oferta no se encuentra motivado correctamente en este apartado, se aprecia como razonable, motivada y dentro del

ámbito de discrecionalidad que le es dada al órgano de contratación a la hora de apreciar la viabilidad de las ofertas incursas en presunción de temeridad, por lo que debe desestimarse el recurso en cuanto a este motivo.

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 de Benito Urban S.L.U., contra el acuerdo de concejal delegado del área de gobierno, medio ambiente y movilidad del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 29 de junio de 2022 por el que se adjudica el contrato de “suministro de soportes de bicicleta universal MU 51”, número de expediente 300/2022/00140.

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 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.