



Recurso nº 9/2015 C.A. Cantabria 1/2015

Resolución nº 84/2015

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 23 de enero de 2015

VISTO el recurso interpuesto por D. M.P.J., en representación de NUTRICIA, S.R.L. (en adelante NUTRICIA o la recurrente) contra la adjudicación de diversos lotes en la licitación del acuerdo marco para la selección de suministradores de productos dietéticos para el Servicio Cántabro de Salud (Expte. 2014.2.CC.02.01.0001), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Servicio Cántabro de Salud (en lo sucesivo el SCS o el órgano de contratación), convocó mediante anuncio publicado en el DOUE, en el BOE y en el Boletín Oficial de Cantabria los días 19, 24 y 26 de septiembre de 2014, respectivamente, licitación para la contratación, mediante acuerdo marco, del suministro de productos dietéticos. El contrato se divide en 49 lotes y el valor estimado total se cifra en 1.680.000 euros. El número máximo de adjudicatarios es de tres por lote. El único criterio de adjudicación es el del precio unitario ofertado. Concurrieron cinco empresas, entre ellas la recurrente, que presentó oferta en 16 de los lotes; en ocho de ellos como único licitador.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con lo establecido en la Ley de Contratos del Sector Público –cuyo texto refundido (TRLCSF en adelante) se aprobó por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre-, así como con lo previsto en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de dicha Ley y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. El contrato, dado su valor estimado, está sujeto a regulación armonizada.

Tercero. En el apartado 1 de la cláusula 7 del Pliego de cláusulas administrativas (PCAP) relativa a la clasificación de ofertas y adjudicación del contrato, se transcribe prácticamente el artículo 151.1 del TRLCSP, que hace referencia a las ofertas declaradas como anormales o desproporcionadas:

“1. El órgano de contratación clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas y que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales. Para realizar dicha clasificación, atenderá a los criterios de adjudicación señalados en el pliego pudiendo solicitar para ello cuantos informes técnicos estime pertinentes. Cuando el único criterio a considerar sea el precio, se entenderá que la oferta económicamente más ventajosa es la que incorpora el precio más bajo”.

En el Cuadro de características del PCAP, no se hace referencia alguna a la identificación de las ofertas presuntamente anormales o desproporcionadas.

Cuarto. Tras los trámites oportunos, el 15 de diciembre de 2014, el director Gerente del SCS resolvió la adjudicación de los diversos lotes. La recurrente resultó adjudicataria en todos los lotes en que había presentado oferta, si bien en varios de ellos junto a otro u otros licitadores: en los lotes 9, 12 y 17 con otro licitador; en los lotes 18, 27 y 43 con otros dos licitadores.

En todos los lotes, la oferta económica de NUTRICIA era notablemente superior a la del licitador clasificado en primer lugar; por ejemplo, en el lote 9, -en que el precio máximo de licitación era de 0,00240 €/ml- la oferta de la recurrente fue de 0,00180 €/ml y la del otro licitador, de 0,00001 €/ml. Diferencias similares se producen entre las ofertas presentadas en los lotes 12, 17, 18, 27 y 43.

El acuerdo de adjudicación se notificó a la recurrente el 15 de diciembre de 2014.

Quinto. El 3 de enero de 2015 tiene entrada en el registro de este Tribunal escrito de NUTRICIA de interposición de recurso especial, anunciado previamente al SCS, contra la adjudicación de los lotes 9, 12, 17, 18, 27 y 43. Considera que al establecer *“el precio como criterio único de valoración de ofertas, los parámetros para apreciar la existencia del carácter desproporcionado ya vienen determinados reglamentariamente, y se deben evaluar teniendo en cuenta la totalidad de las ofertas válidas presentadas”*. Sostiene que *“deberían considerarse desproporcionadas -o temerarias-, conforme al artículo 85 RGLCAP”*, las ofertas presentadas

por los otros licitadores adjudicatarios en los lotes indicados, salvo en el lote 43 donde tal consideración se debería aplicar sólo a la oferta clasificada en primer lugar. Solicita que se anule la adjudicación de los lotes indicados *“resolviendo como único adjudicatario a NUTRICIA, SRL”*.

Sexto. El 9 de enero de 2015 se recibió el expediente en este Tribunal, acompañado del informe del órgano de contratación. Considera éste que procede la desestimación del recurso, por cuanto el pliego *“no recoge ningún criterio sobre el tratamiento a dar a las bajas temerarias ni tampoco remite a ningún precepto reglamentario para este supuesto”*.

Manifiesta también que el SCS, al elaborar los pliegos, *“no consideró necesario establecer ningún tratamiento especial para las bajas temerarias, aceptando de antemano cualquier precio que pudieran ofertar las empresas licitadoras debido a que de acuerdo a los criterios de solvencia establecidos, los licitadores que resultasen admitidos contarían con una acreditada solvencia y fiabilidad que garantizaría el cumplimiento de los términos del acuerdo marco y de los contratos derivados posteriores”*. Señala también que su experiencia previa en licitaciones anteriores *“sobre la bajada de los precios de mercado en el tipo de productos a contratar motivó que al tramitar un nuevo expediente... no se estableciera ningún mecanismo para la apreciación de bajas temerarias o desproporcionadas”*.

Por otra parte, considera que la petición de NUTRICIA de que se le declare como único adjudicatario *“es incongruente con la tramitación y procedimiento previsto en el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público que en el art. 152.1 utiliza el término «podrá apreciarse» para valorar el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas cuando el único criterio valorable a considerar para la adjudicación del contrato sea el precio y con lo establecido en los apartados 3 y 4 del citado artículo 152, que establece un trámite de audiencia para que las empresas cuyas ofertas pudieran haber sido consideradas desproporcionadas o anormales justifiquen el contenido de sus proposiciones...”*

Sostiene por último que el artículo 85 del RGLCAP, en que se basa el recurrente *“no es de aplicación automática sino que, en algunos supuestos es inaplicable por lo que se debe entender derogado tácitamente por la LCSP. El art. 152.1 TRLCSP, pese a que remite la precisión de parámetros objetivos al desarrollo reglamentario correspondiente, incorpora una pauta explícita: que la apreciación debe efectuarse por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado. En consecuencia, el apartado 1º y la parte del apartado 3º que alude a consideración*

automática de desproporción de las ofertas con baja superior al 25%, pudieran considerarse derogadas porque no toman como referencia el conjunto de ofertas”.

Séptimo. El 15 de enero de 2015 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones, trámite que fue evacuado por FRESENIUS KABI ESPAÑA S.A.U.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Se recurre el acuerdo de adjudicación en la licitación de un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada, acto susceptible de recurso especial en materia de contratación, conforme al artículo 40 del TRLCSP. La competencia para resolver corresponde a este Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP y en el Convenio suscrito al efecto con la Comunidad Autónoma de Cantabria publicado en el BOE el día 13 de diciembre de 2012.

No obstante, debe precisarse que existe un límite a esa competencia, respecto a la pretensión de la recurrente de que se estime que debe ser la adjudicataria. Como hemos señalado en múltiples resoluciones (como referencia la 191/2012, de 12 de septiembre), la función del Tribunal es *“exclusivamente una función revisora de los actos recurridos..., pero sin que en ningún caso pueda sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación,... so pena de incurrir en incompetencia material sancionada con nulidad radical”*. Por tanto, debe inadmitirse dicha pretensión por falta de competencia de este Tribunal.

Segundo. La empresa NUTRICIA, concurrió a la licitación. A tenor de las alegaciones formuladas, podría resultar como única adjudicataria en algunos de los lotes recurridos y, por tanto, debe entenderse legitimada para interponer el recurso de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 de dicha norma.

Tercero. La cuestión de fondo a dilucidar es si el órgano de contratación, a la vista de las ofertas presentadas, debió identificar las que estaban incursas en presunción de temeridad

pues, como se indicó en el antecedente cuarto, los precios ofertados por los distintos licitadores son muy diferentes y, en muchos casos, resultan muy inferiores al precio máximo de licitación. Así por ejemplo, mientras la oferta de NUTRICIA en la mayoría de lotes en que presenta recurso supone bajas del 25% o menos (así sucede en cinco de los seis lotes recurridos), las presentadas por los otros licitadores suponen en muchos casos bajas superiores al 99%.

El artículo 152 del TRLCSP relativo a las ofertas anormales o desproporcionadas establece:

“1. Cuando el único criterio valorable de forma objetiva a considerar para la adjudicación del contrato sea el de su precio, el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas podrá apreciarse de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente, por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado.

2. Cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, podrá expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados...

3. Cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma,..

4. Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior, estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la excluirá de la clasificación...”

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. En fin, como hemos reiterado en diversas resoluciones (como referencia, en la Resolución 517/2014, de 4 de julio) en caso de exclusión de una oferta incurso en presunción de temeridad es exigible que se fundamenten los motivos que justifiquen tal exclusión mediante una resolución “reforzada”. Por el contrario, en caso de conformidad, no se requiere que se expliciten de manera exhaustiva los motivos de aceptación.

De las disposiciones transcritas, como también hemos indicado en varias resoluciones, se deduce que cuando son varios los criterios de adjudicación, (apartado 2 del artículo 152 del TRLCSP transcrito), es preceptivo que se establezcan en los pliegos los criterios o parámetros para apreciar la posible temeridad de las ofertas; de no figurar en los pliegos, no es factible considerar como presuntamente temeraria una oferta, ni, por tanto, se le puede requerir justificación alguna.

Para el supuesto, como es el caso que nos ocupa, de que el precio sea el único criterio de adjudicación, no es preciso que los pliegos hagan referencia alguna a los criterios para determinar las ofertas desproporcionadas o temerarias. En todo caso, el órgano de contratación, *podrá apreciar* tal circunstancia *de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente*, como indica el apartado 1 antes transcrito del artículo 152 del TRLCSP.

Tales parámetros son los establecidos en el artículo 85 del RGLCAP, a que hace referencia la empresa recurrente. Dicho artículo establece los criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en las subastas, en relación con la media de las ofertas presentadas y según el número de licitadores concurrentes. En el apartado 6 establece que *“Para la valoración de las ofertas como desproporcionadas, la mesa de contratación podrá considerar la relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada”*.

Pero la identificación de ofertas incursas en presunción de temeridad, a menos que se establezca en los pliegos con carácter obligatorio, es potestativa para el órgano de contratación. Así se desprende de la literalidad del artículo 151.1 transcrito: *“el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas **podrá apreciarse** de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente”*. Nada impide por tanto que, como alega el SCS, a la vista de la *solvencia y fiabilidad de los licitadores admitidos* y de los *precios de mercado en el tipo de productos a contratar* se decidiera no aplicar los parámetros establecidos reglamentariamente para identificar las ofertas con valores anormales o desproporcionados.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. M.P.J., en representación de NUTRICIA, S.R.L. contra la adjudicación de los lotes 9, 12, 17, 18, 27 y 43 en la licitación del acuerdo marco para la selección de suministradores de productos dietéticos para el Servicio Cántabro de Salud.

Segundo. Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 45 de la Ley de Contratos del Sector Público, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.4 de la citada Ley.

Tercero. 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 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.