



Recurso nº 583/2017

Resolución nº 667/2017

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

En Madrid, a 21 de julio de 2017

VISTO el recurso interpuesto por D.E.V.B., en representación de la empresa FRUTICOLAS ATECA, S.L., (en adelante, ATECA o la recurrente) contra la exclusión de su oferta en la licitación del lote 4 del contrato de *“Suministro de víveres para la cafetería-comedor de la sede central del Ministerio de Empleo y Seguridad Social”* (Expediente 71/2017), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Junta de Contratación del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (en lo sucesivo, la Junta o el órgano de contratación) convocó licitación para el suministro de víveres en la sede central del ministerio. El anuncio se publicó, entre otros medios, en el DOUE el día 25 de febrero de 2017. El valor estimado del contrato para el conjunto de los seis lotes que lo componen se cifra en 785.501,86 €. El presupuesto base de licitación (sin IVA) del lote 4 -productos perecederos y bebidas- asciende a 132.881,05 €. En este lote se presentaron cinco ofertas, entre ellas la de ATECA.

Segundo. La licitación se lleva a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley de Contratos del Sector Público -cuyo texto refundido (en lo sucesivo TRLCSP) fue aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre-, así como en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público 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 la cláusula VIII.8 del Pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP)



se establece el precio como único criterio de valoración. En el apartado 4 de esa cláusula se indica: *“VIII.8.4.1 El carácter desproporcionado o anormal de las ofertas se apreciará de acuerdo con los parámetros objetivos establecidos en el artículo 85 del RGLCAP, por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado”*.

Tras los trámites oportunos, se excluyeron dos de las ofertas presentadas en el lote 4, porque en uno de los 136 productos requeridos, proponían un precio unitario superior al máximo; se apreció que, entre las tres ofertas restantes en ese lote, la de ATECA (88.252,07 €) se situaba un 7,5 % por debajo de la media; la baja sobre el presupuesto de licitación era del 33,6 %, superior por tanto al 25 % al que se refiere el artículo 85.3 del RGLCAP por lo que se consideró, en principio, como desproporcionada. Otra de las ofertas, la presentada por la empresa CARLOS BERMEJO, S.L. (94.415,02 €), presentaba también una baja superior al 25 %. Por ello, se requirió a ambas empresas para que justificaran su oferta económica y precisaran las condiciones de la misma.

La empresa ahora recurrente remitió la justificación requerida. En ella enumeraba los factores y condiciones favorables que le permitían reducir los costes: supresión de intermediarios; implantación en la zona y reducción de costes de transporte; volumen de ventas, especialización en suministro a las Administraciones Públicas; adquisición directa a fábricas (adjunta acuerdo de suministro y facturas de compra de los productos más significativos) y descuentos asociados al pago al contado.

Por parte de la Oficialía Mayor, el 16 de mayo se emitió informe (en adelante, el informe técnico) sobre la justificación de ATECA en el que considera que los argumentos presentados no suponen ninguna ventaja competitiva con los demás licitadores y, en cuanto al volumen de compras y acuerdos para determinados suministros, se limita a citarlos, pero sin cuantificarlos, por lo que concluye que las justificaciones presentadas *“suponen generalidades que pueden aplicarse a cualquier licitador (...) **no queda suficientemente justificado** el ahorro y la reducción de costes en la oferta económica realizada por la empresa Frutícolas Ateca S.L. , para llevar a cabo el suministro a contratar garantizando su ejecución de modo satisfactorio”*.

En la sesión de 24 de mayo, la Junta, de conformidad con los informes técnicos, acordó la exclusión de ATECA *“al no desprenderse de sus alegaciones las garantías suficientes*

para la adecuada ejecución del contrato” y admitir la proposición presentada por CARLOS BERMEJO, S.L. “al quedar acreditado con sus alegaciones que el suministro puede prestarse con las garantías adecuadas”. El acuerdo de exclusión se notificó el 25 de mayo; consta su recepción por la recurrente (acuse de recibo) el 29 de mayo.

Cuarto. El 16 de junio, ATECA presentó en el registro electrónico de este Tribunal, escrito de interposición de recurso especial, anunciado el mismo día a la Junta, en el que solicita que se acuerde la anulación de la exclusión de su proposición y se retrotraigan las actuaciones a la fase de valoración, con inclusión de su oferta.

Señala que su oferta “no se encontraba en presunción de anormalidad o desproporción, por lo tanto no se le debió requerir justificación de la misma”. Sostiene que para determinar si una oferta se encuentra o no en baja temeraria ha de relacionarse con el resto de las presentadas, y no con el tipo de licitación. Por ello, de acuerdo con resoluciones que cita de los tribunales administrativos de contratación de Madrid y del País Vasco, “debe entenderse que, habiendo sido derogado tácitamente, no es de aplicación el último inciso del apartado 3 del artículo 85 del RGLCAP y, en consecuencia, considerar que la oferta presentada por ATECA no se encontraba en presunción de temeridad”.

Subsidiariamente, considera que la justificación aportada era suficiente y sus argumentos no son generalistas e imprecisos, “sino argumentos razonables, referidos a las concretas características de la empresa, en relación a las distintas fases necesarias para la prestación del suministro objeto de contratación, y su conjunto es objetivamente apto para acreditar la viabilidad económica de su oferta, máxime si se tiene en cuenta el escaso porcentaje de baja de su oferta en referencia a la media de las ofertas válidas presentadas (7,54%)”.

Quinto. El expediente administrativo se recibió en este Tribunal el 21 de junio, junto al informe del órgano de contratación, en el que da cuenta de las actuaciones realizadas. Señala que para identificar las ofertas incursas en presunción de temeridad se ha limitado a aplicar rigurosamente lo establecido en el artículo 85 del RGLCAP en todos sus términos sin que ninguna de las dos empresas afectadas *“solicitará información en cuanto*

al cálculo realizado para determinar si la proposición incurría o no en posibles valores anormales o desproporcionados, no cuestionándose, por tanto, la valoración efectuada”.

Considera la Junta que la base para justificar los importes unitarios ofertados por ATECA *“son albaranes de HERMANOS VIDAL, SL, empresa directamente vinculada con la recurrente (el representante es el mismo y es esta empresa la que remite correo electrónico con anuncio de interposición), no habiendo otra información de terceros, o si la hay es vaga, (...), por tanto la documentación que avala la viabilidad de la oferta es aportada por una empresa vinculada con la recurrente y no incluye datos suficientes,....”.* Indica también que la segunda empresa con una baja superior al 25 %, *“presenta detalle del precio unitario de adquisición de cada producto del lote avalado por facturas de los proveedores, cuentas anuales y relación pormenorizada de medios propios para justificar su proposición. Esta justificación fue considerada suficientemente aclaratoria”.* En cambio, la recurrente *“copia literalmente argumentaciones utilizadas por otras empresas (...), alude a informes elaborados por otras unidades ajenas a este órgano de contratación y pretende que éste se guíe por ellas, sin embargo este modo de proceder coartaría y condicionaría la evaluación que deben realizar los técnicos sobre necesidades que les son propias”.*

Sexto. El día 29 de junio de 2017, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones. Así lo ha hecho Agustín Domínguez Rodríguez, S.L., la tercera de las empresas que presentó oferta en el lote 4; considera que tanto la oferta de la recurrente como la segunda de las ofertas deben ser excluidas puesto que ambas han sobrepasado el límite de las 25 unidades porcentuales al que se refiere el apartado 3 del artículo 85 del RGLCAP.

El día 13 de julio, el Tribunal acordó suspender el procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Se impugna la exclusión de la oferta de la recurrente en la licitación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, acto susceptible de recurso especial en materia de contratación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 del TRLCSP. La competencia para resolver corresponde a este Tribunal, a tenor de lo previsto en el artículo 41 de dicha norma.

Segundo. La legitimación activa de ATECA viene otorgada por aplicación del artículo 42 del TRLCSP, por cuanto concurrió a la licitación en la que ha sido excluida y en la que habría podido resultar adjudicataria.

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

Tercero. La cuestión de fondo a considerar en primer lugar es si la oferta de la recurrente debía considerarse, en principio desproporcionada. Y, en caso afirmativo, si la justificación presentada era suficiente, o, como sostienen el informe técnico y el órgano de contratación, no se había justificado adecuadamente el valor desproporcionado de la oferta, lo que evidenciaría la conveniencia de un interés público para excluirla del procedimiento.

Cuarto. El artículo 152.1 del TRLCSP establece que:

“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”.

Y el artículo 85 del RGLCAP señala que se considerarán, en principio, desproporcionadas o temerarias las ofertas que se encuentren en los siguientes supuestos:

“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...”.

La cuestión que se plantea en este caso es si el último inciso del apartado 3 (“*En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales*”), debe entenderse no aplicable, al no hacer referencia “*al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado*”, tal como requiere el artículo 152.1 del TRLCSP antes transcrito.

Como aduce la recurrente, algunos tribunales administrativos de recursos de contratación (Madrid y País Vasco) han resuelto que ese porcentaje de baja fijo –el 25 %-, al estar referido al presupuesto de licitación, con independencia de las ofertas que se hayan presentado, debe considerarse que no es de aplicación.

Este Tribunal Administrativo Central considera en cambio que el apartado 85.3 del RGLCAP no supone una contradicción con el artículo 152.1 del TRLCSP ya que en el inciso inicial de ese apartado 3 la desproporción se referencia al conjunto de ofertas válidas presentadas. La apostilla del último inciso a la baja de un 25 % sobre el precio de licitación debe entenderse como un complemento adicional para asegurar la viabilidad de la ejecución del contrato, dado que, con tan bajo número de ofertas, la referencia a la media no tiene un carácter representativo suficiente del precio de mercado. Así lo entendió también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid que, en su informe 7/2012, de 19 de diciembre sobre esta cuestión concluyó que el último apartado del artículo 85.3 del RGLCAP no puede considerarse derogado, dado que es acorde con lo dispuesto en el artículo 152.1 del TRLCSP.

De acuerdo con lo indicado arriba, ha de considerarse correcta la actuación del órgano de contratación de solicitar informe justificativo de las dos ofertas consideradas, en principio, como anormales o desproporcionadas por ofrecer una baja superior al 25 % sobre el presupuesto de licitación.

Quinto. En cuanto a la fundamentación de la exclusión, el artículo 152.3 del TRLCSP establece que:

“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, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado.

En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente...”

En el procedimiento seguido respecto a las ofertas presuntamente desproporcionadas, se ha dado *“audiencia al licitador... para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma,...”* y se ha solicitado *“el asesoramiento técnico del servicio correspondiente”*, tal como dispone el artículo transcrito.

La Ley establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad. La justificación de la oferta incurso en presunción de temeridad tiene por objeto explicar satisfactoriamente la baja propuesta, y permitir al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo. En igual sentido, el artículo 69.3 de la nueva Directiva sobre contratación pública (Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero), señala que: *“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...”*

La oferta económica realizada por Frutícolas Áteca SL es aproximadamente un 7,5 % inferior a la media de las tres ofertas.

Los argumentos de ATECA para justificar su oferta se fundan en su carácter de distribuidor (adquisición directa a fábricas), y en su dimensión y ubicación. También facilitó



facturas de compra de los productos más significativos, si bien los albaranes están emitidos por una única empresa con la que comparte administrador.

El informe técnico, resumido también en el antecedente tercero, se basa en el carácter genérico y en la falta de datos cuantificados de la justificación presentada que permitan valorar alguna ventaja competitiva sobre los demás licitadores.

Se comparten los argumentos del órgano de contratación de que la implantación de la empresa en el sector y en la ciudad de Madrid, el contar con vehículos propios, que Madrid se encuentre entre sus rutas de distribución, el hecho de que la mayor parte de sus ventas se realicen a Administraciones Públicas, la adquisición directa a fábrica, y los descuentos por pago al contado, no suponen una ventaja competitiva significativa frente al resto de licitadores.

Alega la empresa un elevado volumen de ventas, pero efectivamente como afirma el órgano de contratación, no se trata de un volumen excepcionalmente elevado (entre 539.000 y 979.000 euros).

La empresa cita acuerdos comerciales que no se documentan, salvo el acuerdo con la empresa “*Refrescos del Atlántico*”, que le concede dos palets de agua por cada tres camiones semanales suministrados.

Presenta una factura de compra de bebidas (vino y refrescos), pero las otras tres no se refieren a productos del lote 4 “*productos perecederos y bebidas*”.

Por lo tanto, este Tribunal considera que el licitador no ha justificado satisfactoriamente sus bajos costes, por lo que no ha destruido la presunción de oferta anormalmente baja.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D.E.V.B., en representación de la empresa FRUTICOLAS ATECA, S.L., contra la exclusión de su oferta en la licitación del lote 4 del contrato de “*Suministro de víveres para la cafetería-comedor de la sede central*”



del Ministerio de Empleo y Seguridad Social”.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con lo previsto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia 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 ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.