



Recurso nº 783/2017 Ciudad de Melilla 5/2017

Resolución nº 863/2017

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

En Madrid, a 3 de octubre de 2017

VISTO el recurso interpuesto por D. F.M.H. en representación de PLATAFORMA FEMAR, S.L., contra el acuerdo, de fecha 10 de julio de 2017, de adjudicación del lote 1 del contrato de *“suministro por lotes de productos al comedor del centro de día San Francisco, dependiente de la Consejería de Bienestar Social”*, convocado por la Consejería de Hacienda de la Ciudad Autónoma de Melilla, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Consejería de Hacienda de la Ciudad Autónoma de Melilla convocó, mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado del 2 de febrero de 2017, licitación para la contratación del *“suministro por lotes de productos al comedor del centro de día San Francisco, dependiente de la Consejería de Bienestar Social”*.

Segundo. La licitación se ha desarrollado de conformidad con los trámites previstos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en lo sucesivo TRLCSP) y demás legislación aplicable en materia de contratación.

Reunida la mesa de contratación para la apertura de los sobres que contenían las ofertas presentadas por las empresas licitadoras en el sobre C, y calificada la baja de la oferta de MOHAMED HADDU AMAR como anormal o desproporcionada, se concedió a este, por comunicación de 12 de mayo de 2017, plazo de cinco días para que procediera a



efectuar, al amparo de lo previsto en el artículo 152.3 del TRLCSP, justificación de la misma.

Con fecha 18 de mayo de 2017 se presentó escrito de MOHAMED HADDU AMAR en el que se justificaba la oferta presentada.

Por orden de la Consejería de Hacienda de 10 de julio de 2017 se acuerda la adjudicación del lote 1 del contrato de *“suministro por lotes de productos al comedor del centro de día San Francisco, dependiente de la Consejería de Bienestar Social”* a MOHAMED HADDU AMAR, por haber presentado la oferta más favorable y haber justificado suficientemente la baja de la oferta económica.

Tercero. Recibido en este Tribunal el expediente, acompañado del informe del órgano de contratación, en fecha 22 de agosto de 2017 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a la demás empresas licitadoras otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen. El adjudicatario, MOHAMED HADDU AMAR, ha presentado sus alegaciones, con fecha 29 de agosto de 2017, instando a que se desestime el recurso y se confirme la adjudicación del contrato.

Cuarto. Con fecha 1 de septiembre de 2017, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió mantener la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación al abrigo de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 47.4 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con el artículo 41.3 del TRLCSP y el convenio suscrito al efecto con la Ciudad Autónoma de Melilla, publicado en el BOE el 9 de agosto de 2012.



Segundo. La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal de quince días previsto en el artículo 44 del TRLCSP.

Tercero. El recurso se interpone contra la resolución de adjudicación de un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada, y es por tanto susceptible de este recurso especial en materia de contratación, conforme al artículo 40, apartados 1 y 2, del TRLCSP.

Cuarto. La empresa PLATAFORMA FEMAR, S.L. concurrió a la licitación del procedimiento abierto del contrato de *“suministro por lotes de productos al comedor del centro de día San Francisco, dependiente de la Consejería de Bienestar Social”* convocado por la Consejería de Hacienda de la Ciudad Autónoma de Melilla. Debe entenderse, por lo tanto, que está legitimada para recurrir el acuerdo, al abrigo del artículo 42 del TRLCSP.

Quinto. Antes de entrar a resolver las alegaciones de fondo formuladas por la entidad recurrente debe resolverse la solicitud de puesta de manifiesto del expediente formulada por esta al amparo del artículo 29.3 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, con arreglo al cual *“Cuando el recurrente hubiera solicitado en el trámite previsto en el artículo 16 vista del expediente y el órgano de contratación se la hubiera denegado, el Tribunal, a la vista de lo alegado en el escrito de interposición y del informe del órgano de contratación, podrá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas, con carácter previo al trámite de alegaciones, y por plazo de cinco días hábiles, para que proceda a completar su recurso, concediendo en este supuesto un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados comparecidos en el procedimiento para que efectúen alegaciones”*.

A la vista de dicho precepto debe denegarse dicha solicitud, toda vez que el órgano de contratación cumplió con los plazos establecidos en el artículo 16, facilitando el acceso a



los 3 días de haberlo solicitado el recurrente, sin que el retraso del servicio de correos que se alega sea imputable a este. Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que el no haber podido acceder a la justificación presentada por el adjudicatario respecto de la baja ofertada –único documento cuya vista se solicita- no ha causado indefensión al recurrente, que alega precisamente, como primer motivo impugnatorio, que el órgano de contratación no ha motivado suficientemente la aceptación de esta justificación.

Sexto. La mercantil recurrente, PLATAFORMA FEMAR, S.L., basa su recurso en los siguientes motivos:

1. Estima que el órgano de contratación no ha motivado suficientemente la aceptación de la justificación de la baja de la oferta presentada por MOHAMED HADDU AMAR.
2. Considera que la mesa de contratación ha valorado dos veces un mismo aspecto de la oferta presentada.

Con base en dichas alegaciones, la mercantil recurrente solicita que se anule el acto recurrido y se ordene la retroacción del procedimiento al momento anterior a la valoración de las ofertas, con exclusión de la presentada por MOHAMED HADDU AMAR.

Séptimo. El examen del primer motivo impugnatorio debe partir de la doctrina, que de forma ya consolidada, ha sido elaborada por este Tribunal en relación con la aceptación o rechazo de las ofertas incursas en presunción de anormalidad o desproporcionalidad de la baja. Así, se ha indicado que la presunción de que un oferta es anormalmente baja o desproporcionada tiene por finalidad que, ante la desconfianza sobre su normal cumplimiento en sus propios términos, se siga un procedimiento contradictorio para evitar que tales ofertas se puedan rechazar sin comprobar que sí existen circunstancias objetivas que explican los bajos precios o costes ofertadas y, por ello, que sí se puede cumplir normalmente en sus propios términos. Por la misma razón de evitar la discriminación y garantizar la igualdad de trato entre los licitadores, también los supuestos para poder calificar como desproporcionada una oferta deben estar tasados y previamente determinados. Y si a la vista de una justificación insatisfactoria de dicho



bajo nivel de precios o de costes ofertados no destruye dicha presunción y, por ello, se considera que la oferta no se puede cumplir en sus propios términos, cabe su rechazo y la exclusión del licitador.

Señala, asimismo, la resolución 311/2016, de 22 de abril, que *“como ya se ha expuesto en anteriores resoluciones de este Tribunal (por todas, Resolución 121/2012, de 23 de mayo, o 142/2013, 10 de abril), “el interés general o el interés público ha sido durante décadas el principal elemento conformador de los principios que inspiraban la legislación de la contratación pública española. Sin embargo, la influencia del derecho de la Unión Europea ha producido un cambio radical en esta circunstancia, pasando a situar como centro en torno al cual gravitan los principios que inspiran dicha legislación, los de libre competencia, no discriminación y transparencia, principios que quedan garantizados mediante la exigencia de que la adjudicación se haga a la oferta económicamente más ventajosa, considerándose como tal aquélla que reúna las mejores condiciones tanto desde el punto de vista técnico como económico. Por excepción, y precisamente para garantizar el interés general, se prevé la posibilidad de que una proposición reúna tal característica y no sea considerada sin embargo la más ventajosa, cuando en ella se entienda que hay elementos que la hacen incongruente o desproporcionada o anormalmente baja. En consecuencia, tanto el derecho de la Unión Europea (en especial la Directiva 2004/18/CE), como el español, admite la posibilidad de que la oferta más ventajosa no sirva de base para la adjudicación. Es también doctrina reiterada de este Tribunal la que sostiene que la apreciación de que la oferta tiene valores anormales o desproporcionados no es un fin en sí misma, sino un indicio para establecer que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ello, y que, por tanto, no debe hacerse la adjudicación a quien la hubiere presentado. De acuerdo con ello, la apreciación de si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que concurren en la oferta y de las características de la propia empresa licitadora, no siendo posible su aplicación automática. Por lo demás, “la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no corresponde al órgano de contratación sopesando las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y los informes emitidos por los servicios técnicos”.*



Y en cuanto al alcance de dicha justificación, el Tribunal viene entendiendo que la finalidad de las Directivas comunitarias sobre contratación pública y la legislación de contratos del sector público es que se siga un procedimiento contradictorio, para evitar rechazar las ofertas con valores anormales o desproporcionados sin explicar antes de forma satisfactoria el bajo nivel de precios o de costes propuestos y que, por tanto, es susceptible de normal cumplimiento en sus propios términos. No se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de dar explicaciones que justifiquen de forma satisfactoria el citado bajo nivel de precios o de costes propuestos y, por tanto, despejen la presunción inicial de anormalidad de la baja ofertada, de forma que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede cumplir normalmente la oferta en sus propios términos. Y obviamente, tales argumentos o justificaciones deberán ser, en su caso, más profundos, sólidos, detallados o extensos cuanto mayor sea la anormalidad de la baja. La decisión sobre la aceptación o no de la oferta debe atender a los elementos de la proposición y a la valoración de las alegaciones del contratista y las concretas circunstancias de la empresa licitadora.

Por lo tanto, es necesaria una motivación suficiente en los casos en los que se considere que la explicaciones dadas no son satisfactorias respecto del bajo nivel de precios o de costes ofertados y, por ello, acuerde la exclusión del licitador por no considerar susceptible de normal cumplimiento en su propios términos la oferta, pero no en el caso contrario. Máxime teniendo en cuenta las circunstancias del caso presente, en el que la oferta del adjudicatario suponía una bajada de solo 2,51 puntos y el precio ofertado coincidía con el del contrato en vigor. No se considera, por ello, que exista una ausencia de motivación por parte del órgano de contratación, por lo que este motivo debe ser desestimado.

Octavo. Alega finalmente la entidad recurrente que el órgano de contratación ha realizado una doble valoración de dos elementos de la oferta del adjudicatario.

Los criterios de adjudicación del contrato estaban previstos en el apartado 20 del anexo I del PCAP, que establece lo siguiente:



“Pluralidad de criterios.

CRITERIOS OBJETIVOS DE VALORACIÓN Y SU PONDERACIÓN.

1.- Las mejoras y prestaciones complementarias ofertadas en relación con lo especificado en los pliegos, siempre y cuando no supongan un coste para la Administración manteniéndose durante todo la vigencia del contrato. Las mismas deberán estar valoradas económicamente y detalladas/desglosadas por los elementos/servicios que la compongan para que sean tenidas en cuenta. Hasta 40 puntos.

-Medidas dirigidas a facilitar la entrega de los alimentos a las personas que acudan a los centros de distribución (por ejemplo, bolsas...), etc. Por cada tramo anual de oferta de 250 € en estas medidas se otorgará un (1) punto, despreciándose los importes inferiores a 250 € hasta un máximo de 10 puntos.

-Prestaciones complementarias anuales sin coste económico para la Administración que suponga entrega de productos ofertados especificados o adicionales y/o complementarios a los que existen en los Pliegos. Por cada tramo anual de oferta de 250 € en estas medidas se otorgará un (1) punto, despreciándose los importes inferiores a 250 € hasta un máximo de 20 puntos.

-Para el apoyo anual mediante aportación de recursos (humanos y materiales) complementario para la confección y entrega de lotes de distribución de alimentos a usuarios del Centro, en fechas de especial significación {Navidad, Ait El Kebir, etc...} Por cada tramo anual de oferta de 250 € en estas medidas se otorgará un {1} punto, despreciándose los importes inferiores a 250 € hasta un máximo de 10 puntos.

2.- Precio: 60 puntos.

Criterios valorables en cifras o porcentajes (SOBRE C)

1.- Oferta económica. Puntuación máxima 60 puntos.



Para considerar la oferta el precio a ofertar en cada lote deberá tener en cuenta que debe contener todos los productos que se recogen en el mismo. No se consideraran ofertas por cada Lote en los cuales no se incluya todos y cada uno de los productos que se contienen en el mismo.

La oferta económica se aplicará sobre la suma total de los precios de referencia señalados en el PPT al objeto de determinar la puntuación que le pudiera corresponder a cada licitador en el presente apartado".

"Prestaciones complementarias anuales sin coste económico para la Administración que suponga entrega de productos ofertados especificados o adiciones y/o complementarios a los que existen en los Pliegos. Por cada tramo anual de oferta de 250 euros en estas medidas se otorgará un (1) punto, despreciándose los importes inferiores a 250 euros hasta un máximo de 20 puntos".

El contenido del lote estaba previsto en el apartado 2 del anexo I del PPT, que incluía, entre otros productos, 210 sacos de harina de 25 kg, con un precio unitario de 17 euros y un precio total de 3.570 euros y 200 kilos de pan rallado, con un precio unitario de 2 euros y un precio total de 400 euros.

El adjudicatario ofrecía esos 210 sacos de harina y esos 200 kilos de pan rallado a un precio de 0 euros e incluía esos mismos productos, y en las mismas cantidades, entre las prestaciones complementarias anuales sin coste económico para la Administración.

El órgano de contratación, al valorar estos productos como prestaciones complementarias ha incurrido en la doble valoración que invoca la entidad recurrente, lo que deriva de una incorrecta interpretación de la cláusula 20 del anexo 1 del PCAP. Para que pueda calificarse una prestación como complementaria es preciso que se entregue gratuitamente o bien una cantidad adicional de uno de los productos especificados en el pliego o bien un producto complementario a los descritos, lo que no sucede en el presente caso.



Como resulta de los términos en que está redactada su oferta y se confirma por su escrito de alegaciones, el adjudicatario no ofrece 210 sacos de harina y 200 kilos de pan rallado a precio 0 y otros 210 sacos de harina y otros 200 kilos de pan rallado como prestación complementaria, sino únicamente los sacos de harina y kilos de pan rallado que exige el pliego, pero a coste 0. Esta rebaja debe valorarse, lógicamente, a efectos del precio, pero este mismo elemento no puede evaluarse también como prestación complementaria, especialmente en este caso en el que se establece como criterio de exclusión el que no se incluyan en la oferta todos y cada uno de los productos que se describen en el PPT.

Es doctrina reiterada de este Tribunal, por todas en resolución 223/2017, que las mejoras suponen la oferta de un plus sobre lo ya previsto en el pliego. No sucede así en el presente caso, en el que se ofrece exactamente lo que exige el pliego.

Debe, por tanto, ordenarse la retroacción del procedimiento al momento de valoración de las ofertas, que habrá de realizarse por la mesa de contratación de acuerdo con el criterio sentado en esta resolución. No procede, por el contrario, la exclusión de MOHAMED HADDU AMAR que pretende la entidad recurrente. Las mejoras son voluntarias y, por tanto, la circunstancia de que una de las ofertadas no reúna los requisitos para ser considerada como tal implica, simplemente, que no pueda ser valorada, pero no supone un incumplimiento de los pliegos determinante de la exclusión.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. F.M.H. en representación de la mercantil PLATAFORMA FEMAR S.L., contra la adjudicación del contrato *“suministro por lotes de productos al comedor del centro de día San Francisco, dependiente de la Consejería de Bienestar Social”*, ordenando la retroacción del procedimiento al momento de valoración de las ofertas.



Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 45 del TRLCSP.

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, con sede en Málaga, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, 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 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.