
INFORME JURÍDICO

Audiencia al contratista cuya oferta ha sido considerada desproporcionada en expediente de licitación del contrato mayor de suministro de material de limpieza.

ANTECEDENTES

-I-

La Junta de Gobierno Local reunida en sesión de 29 de marzo de 2022, aprobó el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y convocatoria de licitación mediante procedimiento abierto simplificado y tramitación ordinaria, para adjudicar el contrato mayor de suministro de material de limpieza, mediante tramitación ordinaria, cuyo presupuesto base de licitación se fijó en 14.287,11.-Euros.

Publicado el anuncio de la convocatoria de licitación en la Plataforma de Contratación del Sector Público en fecha 30 de marzo de 2022, el plazo para la presentación de proposiciones finalizó el pasado 19 de abril de 2022, a las 13,30 horas, concurriendo a dicha licitación en plazo dos licitadores.

Constituida la Unidad de Tramitación y Gestión del Servicio de Contratación municipal, como órgano de asistencia, con fecha 20 de abril de 2022, la sesión electrónica de apertura de los sobres se inició en dicha fecha, del resultado de esta sesión se concluyó que la proposición que la oferta nº 1 presentada por la mercantil DIAZ KREMER, S.L, por importe de 10.203,43.-Euros (IVA incluido), que supone una baja con respecto del presupuesto base de licitación del 28,58 %, hallándose incurso en presunción de temeridad, por presentar, una oferta desproporcionada o anormal, en aplicación del artículo 85.2 del R.D. 1089/2001, de 12 de octubre, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que establece que cuando concurren dos licitadores, incurrirá en temeridad la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.

De forma que la oferta presentada por DIAZ KREMER, S.L incurre en temeridad al ser una baja de 28,58 % sobre el presupuesto base de licitación, y por tanto inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta presentada por COMERCIAL EL CARMEN SC que asciende a la cantidad de 13.858,49 €.

-II-

En fecha 25 de abril de 2021 se requirió al licitador incurso en temeridad, la presentación de los documentos y justificaciones que ha considerado más oportunos y justificativos de la valoración de su oferta económica y precisen las condiciones de la misma, con la presentación de la documentación necesaria para justificar y desglosar razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anomalía de la oferta,

mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 149 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público.

Con fecha 26 de abril de 2022 a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público se presenta por la empresa declaración responsable justificativo de firmado por D. Juan José Díaz Montero en el que manifiesta que el bajo coste de sus productos se debe principalmente a; su amplia trayectoria en el mercado de más de tres generaciones, a su amplia gama de productos y stock (cuenta con más de 16.000 referencias en permanente stock), disponen de un flota de vehículos de reparto propia y además cuentan con acuerdo con una agencia externa de transportes, y se encuentran asociados con dos centrales de compra de ámbito nacional, permitiendo ganar competitividad en el mercado.

Finalmente señalar que el licitador se reafirma en el precio ofertado en su proposición.

Con fecha 22 de junio de 2022 el Encargado del mantenimiento e instalaciones del Parque de Obras y Servicios múltiples municipal; D. René Larumbe Fuertes, designado responsable del seguimiento y ejecución del contrato, emite informe técnico en el que se analizan las ofertas presentadas, entre las que se encuentra la proposición de DIAZ KREMER SL, en el que concluye que las razones apuntadas por la empresa en la justificación de los precios ofertados dan respuesta de los bajos costes y por tanto se entiende que son suficientes para justificar los mismos.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Artículo 149 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Artículo 85.2 del R.D.1.098/2001, de 12 de octubre del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La figura de la “baja temeraria” responde a la necesidad de “quebrar la subasta” en los supuestos en que existan propuestas económicas que racionalmente se estimen que no pueden ser cumplidas, exigiéndose que el carácter temerario o desproporcionado de las ofertas se aprecie con arreglo a criterios objetivos. Así el artículo 85.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) establece reglamentariamente que se considerarán que incurren en temeridad cuando concurren cuatro o más licitadores, las proposiciones que sean inferiores en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.

La normativa en materia de contratación administrativa, artículo 149 de la LCSP, determina que cuando la mesa de contratación, o en su defecto, como sucede en este caso, en el que se ha tramitado el expediente a través del procedimiento abierto simplificado sumario regulado en el Art. 159.6 LCSP, no interviene la mesa de contratación, sino la Unidad de tramitación y gestión, el órgano de

contratación, hubiere identificado a 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. Concretamente en este caso, el órgano de contratación, podrá pedir justificación a estos licitadores sobre aquellas condiciones de la oferta que sean susceptibles de determinar el bajo nivel del precio o costes de la misma y en particular, en lo que se refiere a los siguientes valores:

- a) El ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción.
- b) Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionales favorables de que disponga para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras,
- c) La innovación y originalidad de las soluciones propuestas, para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.
- d) El respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral, y de subcontratación, no siendo justificables precios por debajo de mercado o que incumplan lo establecido en el artículo 201
- e) O la posible obtención de ayuda de Estado.

En todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneren 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 Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público. Se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de 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.

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 justificación de una oferta es la acción de explicar, aduciendo razones convincentes o alegando por otros medios, la viabilidad y acierto de una proposición, en los términos en que fue presentada al procedimiento licitatorio. Consiste pues, en la aclaración de los elementos en que el licitador fundamentó su oferta y en la verificación de que conforme a dicha aclaración, la misma es viable de forma tal que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada, en el modo y manera establecidos en los pliegos de condiciones”.*

SEGUNDO.- En este caso, la Unidad de tramitación y gestión dependiente del servicio de contratación municipal, y en su papel de órgano de asistencia al órgano de contratación, ha comprobado que la mercantil DIAZ KREMER SL, ha presentado documentos justificativos de su oferta, esto es documentos explicativos de por qué la baja que supone su oferta (28,58 %) respecto del precio base de licitación, justificando que no se trata de una oferta temeraria.

Establece el Art. 149.4 LCSP que la mesa de contratación o en su defecto el órgano de contratación podrá pedir justificación a estos licitadores sobre aquellas condiciones de la oferta que sean susceptibles de determinar el bajo nivel del precio o costes de la misma y, en particular, en lo que se refiere a los siguientes valores:

- a) El ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción.
- b) Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras,
- c) La innovación y originalidad de las soluciones propuestas, para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.
- d) El respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral, y de subcontratación, no siendo justificables precios por debajo de mercado o que incumplan lo establecido en el artículo 201.
- e) O la posible obtención de una ayuda de Estado.

Evaluada la información por responsable de ejecución y seguimiento del contrato, facilitada por el licitador, se desprende de los argumentos esgrimidos por el licitador DIAZ KREMER SL, que queda debidamente justificado; por un lado, la bajada de los precios ofertada, ya que considera justificado el ahorro ya que acredita fundamentalmente que su amplia experiencia y cuota de mercado en el sector le permite optimizar costes, debido a la disposición de recursos materiales propios y de infraestructura que otorgan solvencia a su propuesta, así como de disponer de acuerdos de distribución de materiales de limpieza con otras Administraciones Publicas, Hospitales, Colegios y Residencias y con grandes empresas que demandan grandes cantidades de material, por otra parte, cuenta con acuerdos con dos de las principales centrales de compra de ámbito nacional otorgando todo ello, mayor competitividad en el sector.

Se comprueba por la Unidad de Tramitación y gestión que el licitador se encuentra inscrito en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público y que no presenta prohibiciones de contratar de acuerdo con lo establecido en el artículo 71 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, entre ellas, la de encontrarse al corriente de pagos con Hacienda y Seguridad Social.

Vista la Resolución número 083/2019 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, establece que:

"(...) 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, rechazar 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 parezca anormalmente baja 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 que 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.).

(...)

En fin, como señalan reiteradas Resoluciones del TACRC y de este mismo Tribunal, 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”. Como también señala la 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 (...)”.

Por su parte en la Resolución nº 859/2018 del Recurso nº 822/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se determina que: *“También dijimos que es necesario que los licitadores justifiquen que sus ofertas pueden cumplirla en sus propios términos, pues como hemos señalado en otras resoluciones (entre otras en la Resolución 236/2012, de 31 de octubre), para “conjugar, de una parte, el interés general a que subviene la contratación pública, y de otra la garantía a los principios de libre concurrencia, no discriminación y transparencia que presiden su tramitación”, la finalidad de la Ley es que se siga un procedimiento contradictorio para evitar que las*

ofertas anormales o desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente la posibilidad de su cumplimiento.

El reconocimiento de tal principio exige de una resolución debidamente motivada por parte del órgano de contratación, que razone por qué las argumentaciones y justificaciones aducidas por el licitador para explicar el bajo nivel de precios o de costes propuesto no son satisfactorias, que deberán referirse en particular: al ahorro, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables para efectuarla prestación. Lo anterior no implica, ni quiere decir, que en aquellos otros casos en los que se considere que el licitador ha dado razones suficientes para explicar de forma satisfactoria para el órgano de contratación el bajo nivel de precios o costes propuesto y, por tanto, que la oferta puede cumplirse en sus propios términos, se deba aducir necesariamente una motivación distinta de la ya expuesta en su escrito por el licitador. Siendo ésta suficiente, nada exige que el asesor técnico verifique no sólo la realidad de lo alegado sino también, si entiende justificada que la proposición no incurre en anormalidad que la haga inviable, recoja en el informe sus propias razones motivando el porqué de la razón que asiste al interesado, como también señala la nueva 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...”, y en el mismo sentido el artículo 84.3 de la Directiva de sectores excluidos (Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero), al establecer que “la entidad adjudicadora 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, teniendo en cuenta los elementos mencionados en el apartado 2”. (...) Igualmente, en la Resolución 457/2016, de 10 de junio se dijo: “Sobre la justificación de la viabilidad de las ofertas económicas incursas en presunción de temeridad, la doctrina del Tribunal (resumida en la Resolución 142/2013, de 10 de abril) considera que la decisión sobre la aceptación o no de “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 señalado reiteradamente 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 carácter razonable por las causas que invoque y justifique el licitador.

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 ha explicado de forma satisfactoria los bajos precios o costes propuestos y que la oferta se puede llevar a cabo en sus propios términos. Y obviamente, tales argumentos o justificaciones deberán ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta. Es también 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 (Resolución nº 559/2014 y nº 662/2014).”

(...) Pero, lo cierto es que, si bien el informe del órgano de contratación es excesivamente reducido, por cuanto solo admite las ofertas presentadas por los licitadores y declara que la justificación

ofrecida por éstos es suficiente para admitirlas, se basa en los informes justificativos de las licitadoras, los cuales, contienen las razones por las que han presentado esas proposiciones, el ahorro que suponen y las razones para dicho ahorro, por lo que se puede considerar que la remisión del informe del órgano de contratación a lo dispuesto dentro de los informes de las empresas licitadoras, constituye, a juicio de este Tribunal suficiente motivación para justificar las ofertas presentadas, siendo aquí de aplicación, lo señalado en la Resolución 86/2016, en cuanto establece que: «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» y, a juicio de este Tribunal, en la misma línea que el órgano de contratación, esto es lo que ha tenido lugar en el caso, en el que, aunque el informe del órgano de contratación manifestando que las alegaciones de los adjudicatarios han sido suficientes resulte escueto, en cuanto no contiene una motivación más profusa, se basa en las justificaciones facilitadas por las adjudicatarias, las cuales constan en informes lo suficientemente profusos como para entender que las ofertas resultan plenamente viables y pueden ser ejecutadas, por lo que no se ha aportado ningún argumento válido por parte de la recurrente para llegar a la convicción de que no pueda ejecutarse adecuadamente el contrato con las ofertas presentadas. "

En el caso que nos ocupa y partiendo de los criterios que se acaban de exponer, se tiene por justificada la baja económica presentada por la empresa LUCAS ROJAS SL, al considerar suficiente la aportación y justificación sobre su oferta, por considerar que aporta datos objetivos cuantitativos que permiten entender o explicar el porqué es capaz de ejecutar el suministro en las debidas condiciones, de acuerdo a las características solicitadas al precio ofertado, que supone una baja económica del 32,70% con respecto al precio base de licitación, sobre todo, al existir valores como los gastos de estructura, beneficio industrial y condiciones favorables con los proveedores y operadores logísticos indicados que dispone la empresa para llevar a cabo el suministro.

PROPUESTA DE RESOLUCIÓN

Considerando lo expuesto, y en concreto vistas las justificaciones efectuadas por el licitador, así como el informe técnico evacuado, que determinan una explicación no satisfactoria del bajo nivel de precios, de modo que se concluye que la oferta presentada por la licitadora DIAZ KREMER SL, puede ser cumplida, en tanto que se ha justificado el ahorro en el precio, aportando datos suficientes que permiten explicar o determinar la viabilidad de la propuesta presentada.

Por ello, en aplicación del Art. 149 LCSP, se propone la adjudicación a la empresa DIAZ KREMER SL de la licitación mediante procedimiento abierto simplificado, por tramitación ordinaria, para adjudicar el contrato para la ejecución de contrato mayor de suministro de material de limpieza, al ser la empresa que ha obtenido la mayor puntuación y constituye, por tanto, la mejor oferta de acuerdo con el orden de clasificación realizado conforme al Art.150.1 LCSP.

Este es mi informe que someto a su consideración y a la de cualquier otro mejor fundado en Derecho.

Nº pág.: 8 / 8

Ref.: 22/2022/E2/ NOP

SUMIN/ABR_SP_SMPL/AY/2022000022

Calahorra, a 6 de julio de 2022

TECNICO DE ADMINISTRACION GENERAL

Fdo: Noelia Oyarbide Pérez