

Recurso nº 252/2023
Resolución nº 263/2023

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 29 de junio de 2023, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha dictado el siguiente Acuerdo:

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la mercantil Diagnóstica Longwood, S.L. contra la Resolución de exclusión del expediente número PA 1/23, relativo a la contratación del “suministro de una solución NGS integral para la realización de proyecto de investigación por secuenciación masiva (NGS) en la Fundación para la Investigación Biomédica del Hospital Clínico San Carlos”, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha de 17 de enero de 2023 se publicó en la Plataforma de Contratación de la Comunidad Autónoma de Madrid el anuncio de licitación.

El valor estimado del contrato asciende a 237.000,00 euros, para un plazo de ejecución de siete meses.

Segundo.- En el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP), Cláusula 1, apartado 9 *in fine*, se establece lo siguiente:

“Ofertas anormalmente bajas: de los criterios objetivos establecidos anteriormente, se tomará en consideración a efectos de apreciar, en su caso, que la

proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, el criterio precio.

Se entenderá como propuesta anormalmente baja la que así se defina según los criterios reglamentarios: artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En caso de darse tal circunstancia se procederá en la forma prevista en el artículo 149 y concordantes de la LCSP”.

El día 14 de abril se reúne la Comisión de Valoración y se abren las plicas económicas, con el siguiente resultado:

Licitador	Oferta (€)
DIAGNÓSTICA LONGWOOD, S.L.	111.840,00 + IVA
GENYCELL BIOTECH ESPAÑA, S.L.U.	228.000,00 + IVA
AGILENT TECHNOLOGIES SPAIN, S.L.	182.045,00 + IVA
PROQUINORTE S.A.	235.067,00 + IVA

Observado que Diagnóstica Longwood, S.L. se encuentra casi cuarenta y una unidades porcentuales (41%) por debajo de la oferta media y más de treinta y cuatro (34%) por debajo de la oferta mínima no considerada anormal, se le requiere por la Comisión la justificación de la baja:

“(…) procedemos por medio del presente a requerirles para que, en el plazo improrrogable de siete (7) días hábiles, procedan a justificar y desglosar razonada y detalladamente el bajo nivel del precio ofertado, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos.

A tal efecto, podrán justificarse cualesquiera condiciones de la oferta que determinen el bajo nivel del precio. En particular, podrá la justificación referirse a los siguientes aspectos, cuando resulten relevantes en la determinación del precio:

- Ahorro que permite el procedimiento de fabricación,*
- Soluciones técnicas adoptadas y condiciones excepcionalmente favorables de que dispone el licitador,*
- Innovación y originalidad de la solución propuesta para suministrar los productos,*

- La posible concurrencia de ayudas del Estado o externas.

En todo caso, deberá justificarse que el precio ofertado no perjudica los requisitos y obligaciones esenciales del procedimiento, conforme los mismos se recogen en los pliegos del procedimiento, ni a obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, y de subcontratación, incluyendo convenios colectivos laborales vigentes.

El órgano de contratación excluirá la oferta de la clasificación cuando, considerada la documentación que se aporte, entienda: que concurre alguno de los supuestos previstos en el apartado anterior; que se fundamenta en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico; que la información recibida es inadecuada por no ser completa o suficientemente clara o explicativa del precio ofertado o en cualquier caso en que no se explique satisfactoriamente el bajo nivel de los precios y que, por lo tanto, se entienda que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales”.

En plazo presentó su justificación Diagnóstica Longwood, S.L., en un escrito en el que refiere genéricamente a la colaboración con proveedores, aspectos comerciales, incremento de garantías y aspectos técnicos.

Reunida la Comisión de Valoración el 24 de mayo acuerda proponer la no aceptación de la justificación de Diagnóstica Longwood, S.L. Según acta publicada el 25 de mayo en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid, la justificación resulta manifiestamente insuficiente, porque no contiene desglose alguno, detalle o documentación acreditativa de los extremos aludidos en favor del bajo nivel de precios ofertados y de la viabilidad de la oferta. No pasa de ser una declaración genérica, sin ningún detalle o soporte documental que permita comprender el alcance de las declaraciones o comprobar su veracidad. Por ello, no corresponde a la Comisión la labor de determinar cuál deba ser la documentación que deba aportar. En tal sentido, se estima improcedente solicitar cualquier

aclaración sobre la justificación, que sería contraria a los principios que rigen la licitación pública.

En 2 de junio se notifica la adjudicación y la exclusión a Diagnóstica Longwood, S.L., en cuya fundamentación consta la propuesta de la Comisión por entender incompleta la justificación en cuanto a la presunción de anormalidad de la oferta presentada y la propuesta de adjudicación al siguiente licitador.

Tercero.- Con fecha 22 de junio de 2023 se presenta en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Diagnóstica Longwood, S.L., en el que insta la nulidad de la exclusión con retroacción de actuaciones para que se adjudique a su favor, alegando:

- a) Vulneración del procedimiento legalmente establecido, porque no existe el informe técnico sobre la baja contemplado en el artículo 149 de la LCSP.
- b) Falta de motivación de la exclusión en la resolución de exclusión.
- c) Falta de solicitud de aclaraciones sobre la justificación, si el Comité tenía dudas.

Cuarto.- El 26 de junio de 2023 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 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).

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 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 por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso planteado.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de Diagnóstica Longwood, S.L. para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP al tratarse de una persona jurídica excluida del procedimiento de licitación, cuyos derechos e intereses legítimos se han visto perjudicados o pueden resultar afectados por las decisiones objeto del recurso.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue publicado el 2 de junio de 2023, en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid en la misma fecha, e interpuesto el recurso el 19 de junio de 2023 ante este Tribunal, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se ha interpuesto en el marco de una licitación de suministros cuyo valor estimado excede de 100.000 euros y contra el acto de exclusión, siendo admisible el recurso conforme a los artículos 44.1.a) y 44.2.b) de la LCSP.

Quinto.- En este caso, el fondo del asunto pivota en torno a la disconformidad de la recurrente con la exclusión de su oferta que, a juicio del órgano de contratación, no ha sido debidamente justificada.

En primer lugar, afirma Diagnóstica Longwood, S.L. que se ha vulnerado el

procedimiento al adoptarse el acuerdo de exclusión sin el informe técnico al que refiere el artículo 149.4 de LCSP: *“En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente”*.

Y en el 149.6:

“Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuatro, estimase que la información recabada no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador (...)”.

Aunque no contesta a esta alegación el órgano de contratación, este Tribunal constata que ese asesoramiento consta en el acta de la Comisión que decide no admitir la justificación. Textualmente afirma: *“a tales efectos se ha recabado opinión de asesores jurídicos y económicos que prestan apoyo a la Fundación en procedimientos de licitación”*. (...) *“Revisada la documentación presentada por el licitador y tomadas en consideración las opiniones manifestadas por los citados asesores se aprecia”*.

No existe constancia escrita en el expediente de un asesoramiento escrito sobre la justificación de la baja, que no requiere expresamente el precepto, pero ello no significa que no exista. El acta da cuenta de la existencia de ese asesoramiento.

Procede desestimar este motivo.

Se afirma por el recurrente que la exclusión no está motivada, y cita el artículo 149.5 de la LCSP:

“La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación evaluará toda la información y documentación proporcionada por el licitador en plazo y, en el caso de que se trate de la mesa de contratación, elevará de forma motivada la correspondiente propuesta de aceptación o rechazo al órgano de contratación. En ningún caso se acordará la aceptación de una oferta sin que la propuesta de la mesa

de contratación en este sentido esté debidamente motivada”

Contesta el órgano de contratación que la resolución de exclusión está suficientemente motivada y ello porque, aunque dicha motivación no se recoja de modo expreso en la propia resolución de exclusión, resulta evidente de la lectura del documento que la misma se adopta acogiendo los argumentos del informe explicitado en el Acta de la Comisión de Evaluación de 24 de mayo de 2023, la cual, por otra parte, había sido ya objeto de la debida publicación en el perfil del contratante y era, por tanto, accesible al licitador y a cualquier tercero.

Comprueba este Tribunal que la resolución de exclusión confirma la propuesta del Comité que se recoge en la misma y da cuenta que no entiende justificada la baja. El acta del Comité se encuentra publicada en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid y a la misma refiere el propio recurrente. Existe pues una motivación por remisión al expediente, perfectamente admisible, y que no genera indefensión. El mismo recurrente se fundamenta en el artículo 149.5 de la LCSP, que afirma que la propuesta de la mesa de contratación debe ser motivada. Los Tribunales de Contratación vienen exigiendo una motivación más amplia para excluir a un licitador. La doctrina consolidada respecto a la justificación de las ofertas anormalmente bajas se puede resumir apelando a la Resolución de TACRC 530/2021, de 20 de mayo, que dice: *“Sobre este precepto, es constante la doctrina de este Tribunal (por todas, recogida en la Resolución nº 473/2020 que reproduce a su vez los argumentos de la Resolución nº 747/2019 y de otras anteriores,) que hace referencia a la discrecionalidad técnica del órgano de contratación a la hora de valorar la justificación aportada por el recurrente relativa a la justificación de su oferta:*

‘La decisión, sobre 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 reiterado 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 viabilidad. 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. En caso de exclusión de una oferta incurso en presunción de temeridad, es exigible que se fundamenten los motivos que justifiquen tal exclusión. Por el contrario, en caso de conformidad, no se exige que el cuerdo de adjudicación explicita los motivos de aceptación.

Como también señala la 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...' (...) De otra parte, en la Resolución 786/2014, de 24 de octubre, citando la Resolución 677/2014, de 17 de septiembre, señalamos que 'la revisión de la apreciación del órgano de contratación, acerca de la justificación de las ofertas incursas en presunción de temeridad, incide directamente en la discrecionalidad técnica de la Administración y, a tal respecto, es criterio de este Tribunal (Resoluciones 105/2011 y las 104 y 138/2013) que la apreciación hecha por la entidad contratante del contenido de tales justificaciones, en relación con el de las propias ofertas, debe considerarse que responde a una valoración de elementos técnicos que, en buena medida, pueden ser apreciados, en función de parámetros o de criterios cuyo control jurídico es limitado. Aun así, hay aspectos que, aun siendo difíciles de controlar jurídicamente, por venir determinados por la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, pueden y deben ser revisados por el Tribunal. Tal es el caso de que, en una oferta determinada, puedan aparecer síntomas evidentes de desproporción que impidan, sin necesidad de entrar en la apreciación de criterios puramente técnicos, la ejecución del contrato en tales condiciones'. Continúa la Resolución 786/2014 declarando que para desvirtuar la valoración realizada por el Órgano de Contratación en esta materia, será preciso que el recurrente ofrezca algún argumento que permita considerar que el juicio del

Órgano de Contratación, teniendo por justificadas las explicaciones dadas por el licitador, cuya oferta se ha considerado, inicialmente, como anormal o desproporcionada, resulta infundado o a apreciar que se ha incurrido, en ese juicio, en un error manifiesto y constatable (...)”.

De todas estas resoluciones debemos extraer que cuando el órgano de contratación viene a admitir la oferta incurso en presunción de baja temeraria y no a excluirla, la prolija motivación para mantener la oferta que reclama el recurrente del órgano de contratación no es exigible. Y la aceptación de la oferta resulta ajustada a derecho, ya que una vez determinada la oferta incurso en presunción de anormalidad, se dio traslado para la justificación a la misma, habiendo efectuado dicha justificación en términos asumidos por el órgano de contratación.

En este contexto, la justificación del licitador incurso en presunción de anormalidad debe concretar, con el debido detalle, los términos económicos y técnicos de la misma, en aras a demostrar de modo satisfactorio que, pese al ahorro que entraña su oferta, ésta no pone en peligro la futura ejecución del contrato con arreglo a la oferta aceptada y en los propios términos de la misma. Ello exige demostrar que, gracias a las especiales soluciones técnicas, a las condiciones especialmente favorables de que disponga para ejecutar las prestaciones del contrato, a la originalidad de la forma de ejecución de las mismas que se proponga aplicar, o a la posible obtención de ayudas, el licitador está en condiciones de asumir, al precio ofertado, las obligaciones contractuales exigidas y derivadas de su oferta, con pleno respeto de las disposiciones relativas a la protección del medio ambiente y de las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que deba realizarse la prestación, todo lo cual en aras a demostrar que su oferta, pese a ser sensiblemente más baja que la de los demás licitadores, permite la futura viabilidad técnica y económica del contrato”.

Como sostiene la Resolución del TACRC 1589/2022, de 22 de diciembre, “De acuerdo con la doctrina expuesta, el control de este Tribunal ha de centrarse en estos supuestos, en determinar si el informe técnico fundamenta de forma suficiente y adecuada el carácter satisfactorio de las explicaciones dadas por la empresa

licitadora incurra en baja anormal y, por ello, la admisión de su oferta o si, por el contrario, los argumentos empleados por la recurrente para descalificarlas gozan de peso suficiente para destruir las presunciones de legalidad y de discrecionalidad de la actuación administrativa impugnada”.

A juicio de este Tribunal la propuesta de la Comisión está suficientemente motivada, si bien de forma escueta, en que el licitador efectúa una serie de declaraciones genéricas sin aporte documentación alguno y sin cálculos económicos desglosando el ahorro que suponen las soluciones aportadas. Debe tenerse en cuenta que el requerimiento para justificar el bajo nivel de precios fue muy explícito y que la baja se encuentra casi cuarenta y una unidades porcentuales (41%) por debajo de la oferta media y más de treinta y cuatro (34%) por debajo de la oferta mínima no considerada anormal, por lo que la justificación requerida es mayor.

En relación con estos elementos, una justificación sin desglose económico y sin explicitar cómo afectan los factores declarados al bajo nivel de precios es entendible se considere insuficiente.

Procede desestimar este motivo.

En tercer lugar, se afirma por el recurrente que la Comisión debió solicitar aclaraciones: *“en cualquier caso, si, a la vista de la documentación aportada por la entidad mercantil compareciente, el órgano de contratación tenía dudas sobre alguna cuestión relativa a la justificación aportada, debería de haber requerido a la entidad mercantil compareciente para que las aclarara”.*

La Comisión de Valoración se adelanta a este motivo cuando afirma en el acta que:

“En tal sentido, no obstante haberse admitido en ocasiones la facultad -que no deber- de la comisión de solicitar aclaraciones adicionales sobre algún aspecto específico de la justificación que no resultase completamente claro, creemos que no

puede emplearse esta vía para solventar la práctica ausencia de justificación, lo que implicaría per se la realización de un juicio de valor sobre la oferta y sobre la realidad y procedimientos del licitador.

La realización de un nuevo requerimiento, con concesión de nuevo plazo y especificación total o parcial de los aspectos a acreditar por el licitador podría implicar, a nuestro juicio, una injerencia injustificada en la presentación de las ofertas, que sería contraria a los principios del procedimiento de licitación”.

A juicio de este Tribunal, como dice el propio recurrente, es necesario solicitar aclaraciones si a la vista de la documentación presentada la mesa tiene dudas sobre alguna cuestión planteada, luego, en sentido contrario, no procede ante la ausencia de las mismas. En una justificación genérica, como se ha transcrito en antecedentes, no se han suscitado dudas al Comité de Valoración, luego solicitar aclaraciones sería reabrir un nuevo plazo para justificar de otra forma la oferta, en detrimento de los principios que rigen la contratación administrativa.

Procede desestimar el motivo y el recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46.1 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 mercantil Diagnóstica Longwood, S.L contra la Resolución de exclusión del expediente número PA 1/23, relativo a la contratación del “suministro de una solución NGS integral para la realización de proyecto de investigación por secuenciación masiva (NGS) en la Fundación para la investigación biomédica del

Hospital Clínico San Carlos”.

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 multa prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

Tercero.- 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 59.1 de la LCSP.

LA SECRETARIA DEL TRIBUNAL

Por sustitución, conforme artículos 3.7 de la Ley 9/2010 y 19.4 LRJSP

VOCAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

[Redacted signature]