

ACUERDO 5/2021, DE 26 DE FEBRERO DE 2021, POR EL QUE SE RESUELVE EL RECURSO ESPECIAL PRESENTADO POR LA ENTIDAD SERCATE S.L.U., CONTRA EL ACUERDO DE LA MESA DE CONTRATACIÓN DE FECHA 19 DE NOVIEMBRE DE 2020 DEL INSTITUTO DE ATENCIÓN SOCIAL Y SOCIOSANITARIA DEL CABILDO DE GRAN CANARIA ADOPTADO EN EL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN DEL CONTRATO DENOMINADO “SUMINISTRO DE DETERGENTES Y OTROS ADITIVOS PARA EL LAVADO DE ROPA EN EL SERVICIO DE LAVANDERÍA DE LOS CENTROS ADSCRITOS AL IAS (EXPTE. 5672/2019-EXPDTE. TRIBUNAL 2/2021)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En la Plataforma de Contratación del Sector Público con fecha 4 de septiembre de 2020 se publica el anuncio de licitación con los Pliegos correspondientes del contrato denominado “**Suministro de detergentes y otros aditivos para el lavado de ropa en el servicio de lavandería de los centros adscritos al IAS**”, licitado por el Instituto de Atención Social y Sociosanitaria del Cabildo Insular de Gran Canaria-en adelante IAS-.

SEGUNDO.- El 19 de noviembre de 2020, la Mesa de contratación del Instituto de Atención Social y Sociosanitaria del Cabildo de Gran Canaria acuerda la exclusión de la recurrente al no justificar la oferta anormalmente baja propuesta por la recurrente.

TERCERO.- El día 17 de diciembre de 2020 tiene entrada en el IAS un escrito por el que se interpone recurso especial en materia de contratación, presentado por Don J.M.R.R., actuando en representación de la entidad SERCATE S.L.U., contra el citado acuerdo. El 20 de enero de 2021 el IAS remite al Tribunal Administrativo del Cabildo de Gran Canaria el escrito por el que se formaliza el recurso, acompañado de un informe emitido el 12 de enero de 2021, el expediente y una relación de licitadores, teniendo todo ello entrada en el registro del Tribunal el día 22 de enero de 2021.

CUARTO. El 25 de enero de 2021 y conforme a lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 56 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* – en adelante, LCSP -, se pone de manifiesto por la Secretaría de este Tribunal a los licitadores el Recurso presentado.

QUINTO.- El 28 de enero de 2021 la entidad CHRISTEYNS ESPAÑA presenta alegaciones en el registro del TACP, con el resultado que obra en el expediente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Competencia del Tribunal

La competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación corresponde a este Tribunal, en virtud de lo estipulado en el Reglamento Orgánico que lo regula y que fue publicado en el BOP nº. 24 en fecha de 24 de febrero de 2016 y en el BOC nº. 39 de 26 de febrero de 2016, habiendo sido designados sus miembros por el Consejo de Gobierno Insular en fecha de 25 de julio de 2016 y publicado en el BOP nº. 93 del 3 de agosto de 2016; todo ello de conformidad con lo dispuesto en los apartados 3 y 4 del artículo 41 del entonces vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP) y de conformidad con el 2.3 del Decreto 10/2015, de 12 de febrero de la Comunidad Autónoma de Canarias, por el que se creó el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos que habilita a las Administraciones Locales para crear su propio Tribunal Administrativo.

SEGUNDO.- Acto recurrido

El recurso especial ha sido interpuesto contra actos de trámite de características especiales (CUALIFICADO) de la Mesa de Contratación, versando sobre un contrato que de conformidad con lo publicado en la Plataforma de contratación del Sector Público tiene la naturaleza de contrato de suministros, cuyo tipo de licitación es de 120.371.98 €, siendo por tanto, susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público.

El acto recurrido es el acuerdo de la Mesa de Contratación del Instituto de Atención Social y Sociosanitaria del Cabildo de Gran Canaria adoptado el 19 de noviembre de 2020 por el que se acuerda la exclusión de la recurrente, al no justificar la oferta anormalmente baja propuesta por la recurrente, por lo que es un acto de trámite que reúne las características que se contienen en el apartado b) del citado artículo 44 LCSP:

“2. Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones:

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que

concurrer las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.”

TERCERO.- Legitimación

El artículo 48 de la LCSP establece que: “Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”. Y, en particular, el artículo 24 del RD 814/2015 que aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales -RTACRC-, de aplicación a todos los Tribunales Administrativos al tener carácter básico según la Disposición Final Primera, exige que “La interposición del recurso en representación de las personas jurídicas de cualquier clase requerirá de poder con facultades suficientes al efecto.”

La empresa recurrente está legitimada al tener interés en la participación en la contratación del servicio, habiendo presentado poder considerado suficiente al efecto.

CUARTO.- Interposición del recurso

El recurso especial en materia de contratación ha de interponerse en el plazo de 15 días que al efecto establece el artículo 50 de la Ley 9/2017, disponiendo el momento a partir del cual puede interponerse el recurso:

“c) Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción”

El artículo 19 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, relativo al “Plazo de interposición: Casos específicos”, dispone:

“3. Cuando el acto de exclusión de algún licitador del procedimiento de adjudicación se notifique previamente al acto de adjudicación, el recurso contra la exclusión deberá interponerse dentro del plazo de quince días hábiles a contar desde el siguiente a aquél

en que se hubiera recibido por el licitador la notificación del acto de exclusión.”.

La Mesa de Contratación notificó el acuerdo de exclusión el 27 de noviembre de 2020 por lo que al haberse presentado el recurso especial en fecha 17 de diciembre de 2020, se considera presentado en plazo el presente recurso.

QUINTO.- Motivos del recurso

El recurrente plantea lo siguiente:

- 1.- Que al ser fabricantes de los productos en las islas e importar la materia prima, resulta más competitivo que importar el producto manufacturado, además se ahorran los costos derivados del transporte entre península y Canarias.
- 2.- Qué al tener almacenes y personal propios en Gran Canaria, minimizan los costes de almacenamiento y logísticos.
- 3.- Qué el coste de transporte hacia las islas está subvencionado.

El informe del órgano de contratación contesta a estas causas de impugnación en los siguientes términos:

“1-Materias primas.- “Al ser fabricantes de los productos en las islas e importar la materia prima nos ahorramos los costos derivados del transporte entre península y Canarias.”

Este argumento se apoya en el recibo de una compensación económica al transporte de materias primas de la Gobierno de Canarias, basado en un sistema de compensaciones, que fue establecido por el Real Decreto 199/2000, de 11 de febrero, sobre compensación al transporte marítimo y aéreo de mercancías con origen o destino en las islas Canarias, en desarrollo del artículo 7 de la Ley 19/1994, de 6 de julio, de modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias, deriva del mandato previsto en el artículo 138.1 de la Constitución Española de atender al hecho insular, y tiene como finalidad compensar los sobrecostes que experimenta el tráfico de productos como consecuencia de la lejanía del archipiélago del territorio peninsular y de la Unión Europea.

Las medidas de compensación trata de que las empresas canarias puedan competir en igualdad con empresas exteriores, compensado los sobrecostes de la insularidad.

2.- Almacén, personal y logística propias.- “Al tener almacenes y personal propios

en Gran Canaria, minimizamos los costes de almacenamiento y logísticos.”

Económicamente considero que para una empresa, por el hecho de disponer de la propiedad de sus inmuebles, no garantiza en ningún mayores economías. Disponer altos porcentajes del Activo de la empresa en inmovilizado, sin especificar niveles de actividad o rentabilidad. Por lo que no podemos realizar valoración de este aspecto, de nuevo aparece la falta de datos que permitan valorar este argumento.

Igualmente el licitador manifiesta que al disponer de personal propio como un menor coste, indicando sinergias con otros clientes sin aportar datos imprescindibles como: cuota de mercado, volumen de ventas, porcentaje de ese ahorro referido o cualquier otro dato que nos pudiesen aclarar o siquiera intuir la viabilidad del ahorro indicado.

A juicio de este informante las tendencias económicas actuales van en sentido inverso, las empresas tratan de especializarse, subcontratando servicios a otras empresas especializadas y generar así economías mayores.

En cualquier caso la empresa no concreta con datos ni más información que nos permita evaluar el menor coste que refiere.

3.-Transporte subvencionado entre islas - “El coste de transporte hacia las islas están subvencionados.”

En este caso es el propio ofertante quien contradice sus propios argumentos de ventaja competitiva cuando, indicando en su Recurso Especial objeto de este informe “...De dicha subvención si se podrían beneficiar los otros licitadores, pero resultaría un contrasentido, enviar el producto desde el exterior a cualquier isla distinta a Gran Canaria, sólo para beneficiarse de una subvención por trasladar entre islas dicho producto, y percibirla después de dos años, cuando el verdadero costo, se entiende que es el traslado desde península a Canarias y no entre islas.”

Efectivamente los otros ofertantes solamente deberán realizar el transporte entre la península y la isla del consumidor. Ellos no soportan costes de traslado entre islas, que será compensado a la empresa SERCATÉ S.L.U. con las compensaciones establecidas en artículo 7 de la Ley 19/1994, de 6 de julio, de modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias. Comportando estos traslados ningún coste al licitador pero tampoco ninguna ventaja competitiva.

En conclusión:

A juicio de este informante la justificación del licitador SERCATE.S.L.U., basada en una serie de generalidades que no evalúan el impacto directo sobre el precio final del

producto concreto ofertado.

Esgrime la compensación de los sobrecostes, del transporte entre islas, como justificación de un menor precio, cuando tienen como finalidad compensar los sobrecostes que experimenta el tráfico de productos como consecuencia de la lejanía del archipiélago del territorio peninsular y de la Unión Europea. (artículo 7 de la Ley 19/1994, de 6 de julio, de modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias)

El licitador no hace referencia al valor añadido generado en su planta industrial, no aclara si dispone de procedimientos industriales u organizativos que generen ventajas competitivas con el resto de licitadores.

No expresa datos como el nivel de producción de producción u optimización del proceso productivo para la planta de la que disponen.

No indica el nivel o cuota de mercado que dispone, ni volumen de ventas o facturación.

Los argumentos presentados no representan un hecho eminentemente diferencial respecto de sus competidores y ni aporta las soluciones técnicas diferenciadoras, ni sus condiciones parecen excepcionalmente favorables para que se justifique dicho precio.

Existe una ventaja plausible en relación al posicionamiento físico de la empresa en la Comunidad Canaria, en concreto en Tenerife y respecto de la planta instalada para el mismo fin aunque este ahorro no parece que pueda justificar por sí sólo unos 31,984% puntos de baja respecto al precio de licitación ó de un 22,109% puntos de la media ponderada del resto de los licitadores.

Por todo ello se considera que oferta no es viable”

SEXTO.-

Respecto a las ofertas anormales, el PCAP en su apartado K relativo a los Criterios de Adjudicación, establece como tales las presentadas por debajo del 20% del precio de licitación, debiendo justificarse esta clase de ofertas anormalmente bajas conforme a lo previsto en el artículo 149 LCSP.

La entidad recurrente ofertó su propuesta con una baja de precio de 31,98%, de acuerdo con el informe del órgano de contratación y, previo cumplimiento del trámite contradictorio, la Mesa consideró que las alegaciones del recurrente son incompletas, vagas e imprecisas, y ni desglosa ni cuantifica los ahorros en el precio final.

Sobre el control de los Tribunales administrativos en materia de exclusión por bajas

anormales, la doctrina viene recogida, entre otras, en las siguientes Resoluciones:

En la Resolución del TACRC 1120/2020, de 16 de octubre de 2020 (Rec 896/2020) y la Resolución 522/2019, de 16 de mayo de 2019 (rec. 354/2019, se hace referencia a la Resolución TACRC 188/2018, de 23 de febrero de 2018 (rec. 9/2018) referente a 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 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.”*, concluyendo que *“En cuanto al contenido y alcance de ese procedimiento contradictorio, también se ha dicho por este Tribunal, que debe estar dirigido exclusivamente a despejar las posibles dudas que pudiera haber al respecto, sin que sea necesario que por parte del licitador se proceda al desglose de la oferta económica, ni a una acreditación exhaustiva de los distintos componentes de la misma, sino que basta con que ofrezca al órgano de contratación argumentos que permitan explicar la viabilidad y seriedad de la oferta.”*

Y la Resolución del TARC 1120/2020, de 16 de octubre de 2020 señala también que:

“Finalmente, 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 662/2014).”

Por último, la reciente Resolución del TARC 1401/2020 de 30 de diciembre (Rec 1170/2020), dice que:

“La labor de este Tribunal, como la de los órganos judiciales que puedan revisar la actuación del órgano de contratación, no consiste, por lo tanto, en valorar técnicamente la viabilidad de la oferta incursa en presunción de anormalidad: al contrario, este órgano deberá circunscribir su actuación a comprobar que la motivación de la actuación discrecional del órgano de contratación es conforme a derecho.”

Por tanto, sobre estos parámetros expuestos son los que este Tribunal puede valorar en el presente recurso, esto es, ponderar si la exclusión está debidamente motivada así como si los motivos expuestos por la recurrente son satisfactorios para llevar a cabo el contrato, teniendo en cuenta la discrecionalidad técnica del órgano de contratación y que no es necesario por parte del licitador desglosar la oferta económica, sino una explicación sólida de la viabilidad de la oferta, si bien la justificación debe ser exhaustiva dado el porcentaje de la baja anormal y sin que a tal efecto pueda soslayarse el deber del licitador de justificar los siguientes elementos de la oferta exigidos en el apartado 4 del artículo 149 de la LCSP:

- El ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, la fabricación, los servicios prestados o el método de construcción.
- Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar la prestación, las obras.
- La innovación y originalidad de las prestaciones.
- El respeto de obligaciones que resulten aplicable en materia medioambiental, social o laboral, y de subcontratación.
- La posible obtención de una ayuda del Estado.

SÉPTIMO.-

Los argumentos que aduce la recurrente en el presente recurso no justifican suficientemente o satisfactoriamente la oferta anormal o desproporcionada por debajo del 20% - casi un 32 % -del precio de licitación efectuado por la recurrente, acorde con lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 149 de la LCSP: *“Se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los 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.”*

Como primer motivo expone que al ser al ser fabricantes de los productos en las islas e importar la materia prima, no se produce el transporte de un producto manufacturado, sino de las materias primas, y que esta importación se realiza a nivel de producción de la empresa, en su conjunto y para toda su producción, sin que específicamente lo sea para el contrato objeto de licitación, de forma que ello *“incrementa el volumen de adquisición de las mismas, y resulta evidente que a mayor volumen, menor es el costo de adquisición.”*

El que fabrique los propios productos objeto de contrata no significa una ventaja competitiva *per se*, pues en modo alguno ello se presume si no viene acompañado de una justificación que acredite la ventaja que eso supone y su incidencia en el precio final de la oferta. Y como afirma el órgano de contratación en su informe,

“El licitador no hace referencia al valor añadido generado en su planta industrial, no aclara si dispone de procedimientos industriales u organizativos que generen ventajas competitivas con el resto de licitadores. No expresa datos como el nivel de producción de producción u optimización del proceso productivo para la planta de la que disponen. No indica el nivel o cuota de mercado que dispone, ni volumen de ventas o facturación.”

En cualquier caso, la competitividad de un determinado producto está fuera del alcance de apreciación de este Tribunal, al ser una cuestión meramente técnica dilucidar si el proceso de transformación de la materia prima en producto final – compra en origen, su transporte, transformación, proceso organizativo y logístico, etc.- es más competitivo que importar directamente dicho producto.

La Resolución TACRC 1108/2017, de 24 de noviembre (rec. 822/2017) cita la Resolución TACRC 252/2013, de 4 de julio (rec. 279/2013) aborda esta cuestión en estos términos: *“No es función de los órganos de contratación velar por la competencia en el sector a que se refiere el objeto del contrato, sino que el pliego y su aplicación no sitúen en desventaja competitiva a unos licitadores sobre otros.”*

En segundo lugar, alega el recurrente que al tener almacenes y personal propios en Gran Canaria, minimizan los costes de almacenamiento y logísticos. Igualmente, este activo empresarial tampoco puede constituir una ventaja competitiva respecto al precio final si ello no viene acompañado de un estudio técnico que ilustre a este Tribunal sobre la existencia empírica de esa ventaja. Y no se oculta que el arrendamiento de instalaciones o la subcontratación de empresas es también una ventaja competitiva que igualmente puede oponerse a ese activo en cuanto este – tener almacenes propios y personal propio - soporta los costes de amortización o los propios del personal.

Por último, y en cuanto que el coste de transporte hacia las islas están subvencionados, mientras que el de la Península con Canarias no lo está sino sólo respecto a la materia prima - no de los productos manufacturados -, se sigue con el mismo déficit probatorio, pues pudiendo ser una ventaja competitiva, falta la necesaria ponderación técnica que traslade esa ventaja al precio final.

En definitiva, la cuestión se traduce en la necesidad de justificar que una oferta de un producto de fabricación propia, con propias instalaciones y personal, es significativamente más competitiva que la oferta de un producto directamente importado, y que ese menor precio se traduce en el precio final ofertado, prueba que no ha acreditado el recurrente y que lleva a la desestimación del recurso, acorde con la doctrina que se deriva del acuerdo 9/2015, de 16 de enero de 2015, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, que relata que *“la reducción de las previsiones [...] sobre el concreto contenido del contrato —aun*

orientativo—, suponen una evidente anormalidad, que pone en riesgo su adecuado cumplimiento, que es, en definitiva, el fin público a preservar en toda licitación pública, sin que el principio de economía pueda prevalecer sobre éste.”

En consecuencia, considerando que el acto recurrido está suficientemente motivado, y que en este procedimiento especial el recurrente no ha justificado satisfactoria y exhaustivamente la baja anormal, debe desestimarse el presente recurso.

Por lo expuesto, visto los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, por unanimidad,

RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial interpuesto por la entidad SERCATE S.L.U., contra el acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 19 de noviembre de 2020 del Instituto de Atención Social y Sociosanitaria del Cabildo de Gran Canaria adoptado en el procedimiento de licitación del contrato denominado “Suministro de detergentes y otros aditivos para el lavado de ropa en el servicio de lavandería de los centros adscritos al IAS”.

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 sanción prevista en el apartado 5 del artículo 47 del citado texto legal.

TERCERO.- Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento, ordenando su publicación en el perfil de contratante.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, y contra la misma sólo cabrá la interposición del recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en el plazo de DOS MESES a partir del día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa – Administrativa”.