

Recurso 217/2020

Resolución 417/2020

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA
JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 26 de noviembre de 2020

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS DEL MEDITERRÁNEO ORTIZ S.L.** contra la resolución de 31 de marzo de 2020 que acuerda su exclusión en el procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicio de poda y tratamiento de plagas de árboles en el municipio de Huércal de Almería” (Expediente 1108/2019), convocado por el Ayuntamiento de Huércal de Almería (Almería), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 22 de enero de 2020, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PCSP) el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del contrato asciende a 142.720,71 euros.

SEGUNDO. La presente licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector

Público (LCSP). Igualmente, es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la nueva LCSP.

Entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la recurrente.

TERCERO. Mediante resolución de 31 marzo de 2020 del órgano de contratación se excluye a la recurrente del procedimiento por entender que la justificación aportada no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador desde el punto de vista técnico y económico y, por lo tanto, la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales.

CUARTO. El 14 de abril de 2020 tuvo entrada en el Registro del Ayuntamiento recurso especial interpuesto por CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS DEL MEDITERRÁNEO ORTIZ SL contra la citada Resolución de 31 de marzo de 2020. Dicho escrito de recurso, junto con el informe al mismo y la documentación necesaria para su tramitación y resolución, fue remitido el 12 de agosto de 2020 a este Tribunal.

QUINTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se solicita al órgano de contratación la aportación del listado de licitadores, que se recibe el 28 de septiembre.

SEXTO. La Secretaría del Tribunal, mediante escrito de 7 de octubre de 2020, dio traslado del recurso a los interesados concediéndole un plazo de 5 días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado JAPROTEC ANDALUCÍA S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.



SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Procede ahora determinar si el recurso presentado se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

En el presente supuesto, el acto impugnado, la exclusión, ha sido dictado en el procedimiento de licitación de un contrato de servicios, cuyo valor estimado supera los 100.000 euros y ha sido convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por tanto, el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2 b) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 de la LCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

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”

Habiéndose presentado el recurso el 14 de abril contra la resolución de 31 de marzo se ha interpuesto en plazo.

QUINTO. Entrando en los motivos del recurso, el mismo se presenta contra la resolución que acuerda la exclusión de la recurrente por no haber justificado su oferta incurso en presunción de anormalidad, al no estar de acuerdo con el informe técnico de 27 de marzo de 2020, combatiendo los tres apartados del mismo en los que se contiene la motivación.

El órgano de contratación en su informe al recurso se opone reproduciendo el contenido del informe técnico.



Ha presentado alegaciones la empresa JAPROTEC ANDALUCÍA S.L. cuyas consideraciones constan en el expediente.

SEXO. Pasando al análisis del recurso expondremos en primer lugar la doctrina que venimos manteniendo en relación con las ofertas incursas en presunción de anormalidad

Es doctrina reiterada de este y de los restantes Órganos de resolución de recursos contractuales que en la determinación de si una oferta anormal o desproporcionada está o no justificada rige el principio de discrecionalidad técnica, según el cual la actuación administrativa está revestida de una presunción de certeza o de razonabilidad apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación y que sólo puede ser desvirtuada si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega (v.g. Resolución 336/2018, de 30 de noviembre, de este Tribunal).

Asimismo, procede señalar que a la hora de acreditar la viabilidad de la oferta, si bien es cierto que esta no se tiene que justificar de forma exhaustiva, no obstante debe ser suficiente en el sentido de permitir al órgano de contratación llegar a la convicción de que esta se puede llevar a cabo, siendo la mercantil incursa en presunción de baja desproporcionada la que ha de aportar los elementos necesarios en aras a justificar la viabilidad de su oferta, debiendo ser la exhaustividad de la justificación aportada tanto mayor cuanto mayor sea la baja en que haya incurrido su oferta con relación al resto de ofertas presentadas (v.g. Resolución 306/2018, de 31 de octubre, de este Tribunal).

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales resume su doctrina sobre esta cuestión, entre otras, en su Resolución 284/2020, de 27 de febrero:

“Junto a ello, debemos atender asimismo a la consolidada doctrina de este Tribunal sobre esta materia, doctrina de la destacamos, a los efectos que interesan al presente recurso, las siguientes ideas generales:

- El hecho de que una oferta se encuentre incursa en “valores anormales” de acuerdo con los criterios previstos al efecto constituye un mero indicio, que en ningún caso puede dar lugar a la exclusión



automática de la oferta, sino que necesariamente debe iniciarse un procedimiento contradictorio, dando audiencia al licitador cuya oferta esté incurso en dichos valores, para que pueda justificar satisfactoriamente el bajo nivel de precios ofertados o de costes propuestos y, por tanto, que es susceptible de cumplimiento en sus propios términos;

- La existencia de una oferta incurso en valores anormales implica una presunción “iuris tantum” de que la oferta no puede ser cumplida, destruyible mediante la presentación por el licitador de la justificación anteriormente aludida;

- La justificación de licitador “temerario” debe concretar, con el debido detalle, los términos económicos y técnicos de su oferta, 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; no se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de dar explicaciones que justifiquen de forma satisfactoria el bajo nivel de precios o de costes propuestos y, por tanto, despejen la presunción inicial de anormalidad de la baja ofertada, permitiendo llegar a la convicción de que se puede cumplir normalmente la oferta en sus propios términos;

- La justificación de los argumentos en que se base deben ser más profundos, sólidos, detallados o extensos cuanto mayor sea la anormalidad de la baja;

- La decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no corresponde al órgano de contratación, que al efecto debe sopesar la justificación ofrecida por la empresa licitadora y el informe o informes emitidos por los servicios técnicos;

- El control jurídico de dicha decisión es limitado, en la medida en que se trata de una decisión de carácter discrecional, debiendo aplicarse la doctrina del control de la discrecionalidad técnica.

- El rechazo de la oferta exige de una resolución debidamente motivada que razone por qué las justificaciones del licitador no explican satisfactoriamente el bajo nivel de precios ofertados.

Por tanto, es competencia de este Tribunal analizar si la justificación del licitador cuya oferta es considerada anormal resulta suficiente o no -en los términos a que se ha hecho referencia al resumir nuestra doctrina-, análisis que procedemos a acometer a continuación.”.



Procede a continuación entrar en el análisis del recurso, debiéndose centrar el debate, atendiendo a su contenido, en el informe técnico de valoración de la documentación presentada para justificar la baja -que ha servido de base para la propuesta de la mesa y el acuerdo de exclusión- y en las alegaciones del recurso. Debe partirse de que como señala el informe técnico *“La oferta de la empresa en presunción de anormalmente baja supone una baja de 43.984,06 € (IVA no incluido), que significa un porcentaje de baja respecto del tipo de licitación del 37,29”*.

Cabe añadir que teniendo en cuenta las ofertas presentadas y los cálculos que se contienen en el expediente, su oferta se sitúa un 18,6% por debajo de la media de las ofertas. Es decir, nos encontramos ante una baja importante en términos porcentuales tanto con respecto al presupuesto de licitación como respecto a la media de las ofertas presentadas.

Pues bien, comenzaremos examinando una de las alegaciones del recurso que, por su trascendencia, considera este Tribunal que debe abordarse en primer lugar.

Señala el informe técnico que *“En lo referente al tratamiento de plagas, la oferta reduce unilateralmente el número de intervenciones previstas en el pliego técnico. Sirva de ejemplo que en el pliego técnico se requería de 2x100 Ud/año de tratamientos de endoterapia contra picudo rojo y en el estudio del licitador se prevé la mitad (100 Ud/año), igualmente en el pliego se preveían 5 Ud/año de tratamiento de pulgón y cochinilla, y en su estudio prevén 2 ud el primer año y 3 el segundo”*; circunstancia que, añade el informe, se da en varios supuestos más. (

Al respecto, el recurso señala que el técnico municipal cae en una contradicción en su informe, ya que se realiza esta reducción de forma justificada. Alega que la oferta no se acoge a los valores del pliego original, ya que este presenta una reducción del presupuesto según la adenda económica que expidió el propio Ayuntamiento. Señala que dado el retraso en la tramitación del expediente de contratación del servicio de poda y tratamiento de plagas de árboles global del Municipio de Huércal de Almería (Exp. 1108/2019), se tramitó un procedimiento extraordinario de urgencia para la contratación de determinados servicios de poda y endoterapia (Exp. 3204/2019), por el que una serie de actuaciones se realizaron como medida de urgencia. Alega que esto supuso la reducción de la oferta original, del presupuesto destinado a esta y en consecuencia de su número de tratamientos. Adjunta el documento de la adenda económica emitida por el



Excmo. Ayuntamiento de Huércal de Almería en su Sede Electrónica, que este Tribunal ha podido constatar que figura en el expediente, y en cuya virtud determinadas actuaciones previstas inicialmente se contrataron por un procedimiento de urgencia. Este documento es de fecha 22 de enero de 2020.

Ahora bien, se ha de señalar que con independencia de la incidencia que dicha adenda podría haber tenido sobre la redacción inicial de los pliegos, y en particular, sobre el pliego de prescripciones técnicas, que es a lo que parece referirse el recurso, lo cierto es que en el expediente de contratación remitido a este Tribunal consta que el anuncio de licitación se publicó en el perfil de la PCSP el 22 de enero de 2020 (en la misma fecha que la adenda), así como el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) (con el valor estimado y el presupuesto adaptados a la mencionada adenda) y el PPT, debiéndose acomodar las ofertas a los mismos. Si la entidad recurrente consideraba que en virtud de la adenda el PPT no se correspondía con el nuevo presupuesto, así debió combatirlo mediante la presentación de un recurso.

En definitiva, los pliegos fueron aceptados por la entidad recurrente al concurrir a la licitación. Conforme a la doctrina de este Tribunal (v.g. Resolución 150/2018, de 23 de mayo, 34/2019, de 14 de febrero y 134/2019, de 26 de abril, entre otras), la regla general es que los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de “pacta sunt servanda” y teniendo en cuenta que la recurrente no impugnó los pliegos en su día, necesariamente habrá de estar ahora al contenido de los mismos. Lo que no cabe hacer es que, una vez aceptados los pliegos, la empresa presente una oferta que no cumpla los mínimos establecidos en el PPT, lo que además, podría ser causa de exclusión.

A este respecto debemos recordar nuestra doctrina sobre el incumplimiento del PPT como causa de exclusión, expuesta en varias Resoluciones como en la Resolución 214/2020, de 18 de junio:

“Como señalamos en nuestra Resolución 397/2015, de 25 de noviembre, “(...) hemos de distinguir entre aquellas características técnicas del objeto contractual que son requisitos mínimos necesarios para poder participar en la licitación (v.g. unas determinadas medidas, peso o altura del producto que se desea adquirir, cuyo incumplimiento determinarán que la oferta no sea apta para responder a las necesidades descritas por la Administración) y otro tipo de exigencias del PPT como la aquí analizada, referidas a obligaciones que asume el adjudicatario, cuyo incumplimiento no puede presumirse ab initio. (...) En tal sentido, también el Tribunal Administrativo Central de Recursos



Contractuales se ha pronunciado. Así, la Resolución 898/2015, de 5 de octubre, de dicho Tribunal, recogiendo la doctrina ya sentada por el mismo, viene a afirmar que en muchos casos el cumplimiento de las prescripciones técnicas debe verificarse en fase de ejecución del contrato, sin que pueda presuponerse ab initio (...). En este punto, sigue señalando la Resolución citada, una cosa es que las condiciones que afectan exclusivamente a la ejecución del contrato solo puedan exigirse al adjudicatario del mismo y en el momento preciso de su ejecución y otra bien distinta es que sean admisibles ofertas en las que la propia descripción técnica no se ajuste a las características requeridas en el pliego de prescripciones. En este último caso, sí que cabe la exclusión del licitador”.

Asimismo, en la reciente Resolución 35/2020, de 6 de febrero, señalamos que << (...) El PPT no prevé en ninguno de sus apartados que dichas especificaciones, en cuanto a la cantidad de cada uno de los componentes, deban ser solo aproximadas, y tampoco admite margen o porcentaje concreto de variación (en más o en menos) para ninguno de los componentes.

(...) Ello revela que la oferta de la adjudicataria al lote 22 ha incumplido las especificaciones del PPT, pliego que no admite modulación o variación en su cumplimiento.

(...) Como ya tuvo ocasión de declarar este Tribunal en su Resolución 307/2018, de 2 de noviembre, ante un supuesto similar en el que se planteaba, en sede de valoración de las ofertas, la flexibilización de las características técnicas del PPT para los productos licitados, “(...) los términos del PPT no admiten modulación ni funcionalidad equivalente respecto de los distintos elementos que componen los lotes de la agrupación, por lo que una oferta que no se ajuste a sus requerimientos técnicos supondría una alternativa a las exigencias del pliego que no puede admitirse so pena de vulnerar el principio lex contractus -también predicable del PPT conforme a reiterada doctrina de este Tribunal y del resto de Órganos de recursos contractuales- el de igualdad de trato, en perjuicio de aquellas ofertas que sí pudieran adecuarse a tales exigencias y el de seguridad jurídica (...)

En el sentido expuesto, es también abundante y constante la doctrina de los Tribunales de justicia (v.g. Sentencia de Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de febrero de 2017 -Roj: SAN 655/2017-) y de otros Órganos de recursos contractuales (v.g. Resoluciones 149/2017, de 10 de mayo, y 228/2018, de 25 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad e Madrid, Acuerdo 33/2017, de 30 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra y Resolución 8/2016, de 11 de febrero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León) relativa a que las prescripciones técnicas son requisitos que las



ofertas de los licitadores deben cumplir de modo obligado para poder continuar en la licitación, hallándose vinculados a las mismas tanto los licitadores como la propia Administración, quien no puede establecer unas condiciones para luego incumplirlas o relativizar su observancia”>>

Pues bien aplicando esta doctrina al presente supuesto resulta que la entidad licitadora señala para justificar su oferta incurso en presunción de anormalidad que va a realizar menos actuaciones que las previstas en el PPT, lo que supone un incumplimiento claro y objetivo de éste, constituyendo pues causa de exclusión, por lo que procede desestimar este alegato.

La desestimación de este alegato supone ya de por sí considerar que la entidad recurrente no justificó la viabilidad de su oferta, basada en este aspecto en realizar menores actuaciones que las previstas en el PPT, haciendo innecesario entrar a valorar el resto de alegaciones.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS DEL MEDITERRÁNEO ORTIZ S.L.** contra la resolución de 31 de marzo de 2020 que acuerda su exclusión en el procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicio de poda y tratamiento de plagas de árboles en el municipio de Huércal de Almería” (expediente 1108/2019), convocado por el Ayuntamiento de Huércal de Almería (Almería).

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

TERCERO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de



conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

