

Recursos 236/2022
Resolución 388/2022
Sección Tercera

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

Sevilla, 15 de julio de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **PREZERO ESPAÑA, S.A.U.** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de fecha 23 de mayo de 2022, por el que se excluye su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicio de limpieza viaria y mantenimiento de zonas verdes, en lotes, según pliegos” (Expediente 79/2021), respecto del lote 1, convocado por el Ayuntamiento de Vera (Almería), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 1 de diciembre de 2021, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El 2 de diciembre de 2021, los pliegos de la contratación fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil. El 3 de diciembre de 2021, el citado anuncio de licitación, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Posteriormente, el 3 de enero de 2022, se publicó en el citado perfil una rectificación del anuncio de licitación ampliándose el plazo de presentación de ofertas. Mediante la citada rectificación, se da publicidad en el perfil a una resolución del órgano de contratación por la que se acuerda corregir diversos errores advertidos en los pliegos rectores de esta licitación. En esa misma fecha, se publican los pliegos ya rectificados. El valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 11.959.835,60 euros.

La presente licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) y demás normas reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada disposición legal.

La mesa de contratación en la sesión celebrada el 23 de mayo de 2022, acuerda la exclusión de la oferta presentada por la recurrente al lote 1 de la licitación.

SEGUNDO. El 17 de junio de 2022, tuvo entrada en el registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por PREZERO ESPAÑA, S.A.U. (en adelante la recurrente), antes CESPA COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PUBLICOS AUXILIARES, S.A., denominación con la que presentó oferta a la licitación, contra el citado acuerdo de 23 de mayo de 2022.

El 17 de junio de 2022, la Secretaría del Tribunal solicita al órgano de contratación que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el 5 de julio de 2022, excepto el informe del órgano de contratación que fue aportado el 12 de julio tras requerimiento.

El 6 de julio de 2022, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndose recibido las presentadas por RAGA MEDIO AMBIENTE, S.A. (en adelante RAGA).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 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, toda vez que el Ayuntamiento de Vera (Almería) ha manifestado que no dispone de órgano propio, por sí o a través de la Diputación Provincial, para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

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

TERCERO. Acto recurrible.

El objeto de licitación es un contrato de servicios con un valor estimado superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública y es objeto de impugnación el acto de exclusión de su oferta por la mesa de contratación que ha impedido a la recurrente seguir en el procedimiento. Por tanto, el recurso presentado es procedente de conformidad con lo estipulado en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en lo referente al interpuesto contra la exclusión de la oferta de la recurrente, el artículo 50.1 c) 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 [el recurso] se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación (...), el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción».

En el supuesto analizado, la resolución por la que se excluye de la licitación a la recurrente fue adoptada por el órgano de contratación, el 23 de mayo de 2022 y publicada en el perfil de contratante el 7 de junio, por lo que, aun cuando no consta notificación a la recurrente, el recurso presentado el 17 de junio de 2022 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legalmente señalado.



QUINTO. Fondo del recurso. Alegaciones de las partes.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que se sustenta que serán analizados en este y en el siguiente fundamento de derecho.

Ahora bien, con carácter previo al análisis de fondo del recurso, y con objeto de centrar los términos del debate, procede traer a colación, en lo que aquí interesa, el contenido de las actuaciones realizadas en el seno del procedimiento de contratación.

1. Actuaciones realizadas en el seno del procedimiento de licitación.

Como se ha indicado en el antecedente de hecho primero de esta Resolución, el 3 de enero de 2022, se publicó en el citado perfil la Resolución de la Alcaldía, de esa misma fecha, que dispone la corrección de errores del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), en lo que aquí interesa, en los siguientes términos:

“5º. – Se rectifica el apartado 15, in fine, y cláusula 16, relativo a las bajas temerarias, indicándose que el porcentaje para considerar una baja temeraria o desproporcionada se fija en los siguientes términos:

- Cuando concurriendo un solo licitador, el porcentaje de baja ofertado sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 10 unidades porcentuales.*
- Cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 10 unidades porcentuales a la otra oferta.*
- Cuando concurren tres o más licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. En todo caso, se entenderá incurso en baja temeraria un ofrecimiento superior a 10 unidades porcentuales con respecto al presupuesto base de licitación.”*

Así, según consta en la documentación remitida, en la sesión de la mesa de contratación de fecha 4 de abril de 2022, tras detectar que la oferta presentada por la recurrente al lote 1 se encontraba incurso en presunción de anormalidad, se acordó solicitar a la recurrente que justificara la viabilidad de su oferta con el requerimiento que se realizó en los siguientes términos: *«Al comprobarse la existencia de bajas temerarias presentadas por parte de los licitadores CESP A y (...) (en los términos indicados en la Cláusula 15º y 16º, según Resolución de rectificación núm.- 2022/003), en atención a lo descrito en la Cláusula 16 del pliego administrativo, se les requerirá para que, EN UN PLAZO DE CINCO DÍAS NATURALES, PRESENTE LA JUSTIFICACIÓN DE LAS BAJAS INCURSAS EN PRESUNCIÓN DE TEMERIDAD, en los términos indicados en la normativa de aplicación (en particular, en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vayan a realizar la prestación o la posible obtención de una ayuda del Estado)».*

En respuesta, la entidad recurrente presenta un extenso informe justificativo que fue examinado por el técnico municipal en informe de 20 de abril de 2022, en el que informa que:

“1.- Por parte de la empresa Cespa Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares, S.A. se presenta una detallada justificación de la baja presentada, la cual se basa en la experiencia de la empresa, cercanía de los servicios, beneficios de la cotización al incorporar operarios mediante contratos incentivados en materia de Seguridad Social; en cuanto a los costes, justifica una baja en una tabla detallada donde fundamenta el ahorro ofertado. Hay algunos argumentos que no deberían tenerse en cuenta a la hora de aceptar la baja, y es por ejemplo que tienen un gran stock en materiales al no quedarse con el concurso de parques y jardines de Almería, esta parte



no debería aceptarse, ya que en el momento que se quede sin stock, los precios ya no serían los mismos, y por tanto puede verse afectado el resultado del servicio. También hay otro extremo que no justifica la baja, y es en ellos costes de materiales y productos, donde lo justifica indicando que tiene acuerdos firmados con los proveedores, los cuales no aporta.”

En la sesión de la mesa de contratación de fecha 23 de mayo de 202 se acuerda “ASUMIR EL INFORME del técnico municipal, por lo que se procede a:

- NO ADMITIR la justificación de la baja incurso en temeridad presentada por la mercantil CESPA, en cuanto que no ha quedado acreditado que la baja presentada puede cumplir con los estándares de calidad previstos en los pliegos, por los siguientes motivos:

**Respecto del personal, si bien detalla correctamente los costes que la contratación de personal con beneficios laborales repercutiría en el precio del contrato, sin ningún apartado indica ni relaciona qué personal es el indicado. A mayores, cuando en este contrato se incluye una cláusula de “subrogación de personal” en virtud del art. 130 LCSP, por lo que no queda claro si este personal será de nuevo ingreso o si se incumpliría la subrogación obligatoria. Con independencia de este extremo, no consta la relación del personal sino una declaración de su contratación, no pudiendo constatarse su aplicación al presente contrato en estudio.*

**En relación con los costes de maquinaria, la justificación del stock no puede entenderse aceptable puesto que no se acredita que con el mismo pudiera cubrir toda la vida del contrato, por lo que este valor no puede entenderse suficientemente justificado.*

**Por último, en cuanto a los compromisos con proveedores es una mera declaración de intenciones, porque ni siquiera aporta justificación en tal sentido, no entendiéndose acreditado documentalmente, por tanto, este extremo.*

En conclusión, se entiende, por unanimidad de la Mesa de contratación, asumiéndose el informe técnico emitido, que no se ha acreditado suficientemente que la rebaja presentada no pueda afectar a la calidad de los servicios, en los términos analizados en el informe técnico emitido, pudiendo por tanto, conllevar un incumplimiento de las prescripciones técnicas aprobadas.

.- Por lo cual, se acuerda por unanimidad de la Mesa de contratación, que ambas mercantiles QUEDARÁN EXCLUIDAS en el LOTE 1, al calificarse sus proposiciones como BAJAS TEMERARIAS INJUSTIFICADAS.”

En la misma sesión la mesa de contratación procede a la clasificación de las empresas y propone la adjudicación del lote 1 a RAGA MEDIO AMBIENTE, S.A.

2. Alegaciones de la recurrente.

La recurrente solicita a este Tribunal “que se estime el recurso interpuesto declarando la nulidad de los actos de propuesta adjudicación y exclusión antes referidos, acordando asimismo la readmisión de mi representada en el procedimiento de licitación con retroacción de éste a la fase de valoración de las ofertas presentadas, para que se valore y clasifique la presentada por PREZERO.”

Alega que presentó un informe justificativo de la viabilidad de su oferta de 20 páginas que contiene el desglose del presupuesto detallando los costes unitarios de todos los componentes del servicio licitado y “un completo estudio económico de cada uno de cada uno de los servicios, determinando los precios unitarios tanto de los materiales como del personal, todo ello en los términos y condiciones contenidos en el requerimiento de justificación de su oferta.”



Asimismo rebate las consideraciones realizadas por la mesa de contratación respecto a los tres aspectos de su oferta que no considera justificados relativos al personal, a los costes de materiales y al compromiso de proveedores:

- Respecto del personal afirma que *“en la memoria justificativa presentada, concretamente dentro del contenido del apartado 2. Costes de personal, en la página 10, se encuentra el punto Resumen de costes de personal. En este apartado se detalla precisamente la relación de personal ofertado, indicando en el mismo:*

Para el personal fijo: Categoría profesional, número de operarios por categoría, si es personal subrogado (S) o de nueva contratación (NC), los días de servicio asociados, las horas por jornada, el precio por jornada y el total de coste anual por categoría.

Para el personal de sustitución de vacaciones y absentismo (6%): Mismos datos que para el personal fijo.”

- Respecto de los costes de maquinaria, en resumen, alega que al haber indicado en su oferta que *“el poseer un stock le aporta una ventaja no significa que la empresa no haya presentado exhaustivamente los costes que la prestación que el servicio conllevará, además, en ningún momento este stock ha sido calificado por esta parte como beneficiar al servicio prestado. Por tanto, el argumento municipal carece del peso suficiente como para considerar los costes aquí detallados como insuficientes.”*

- Respecto al compromiso de proveedores señala que *“los citados compromisos existen y son una realidad. Como también es una realidad que las condiciones comerciales de precios y/o descuentos estipulados por cada licitador con su/s proveedores es materia confidencial y reservada cuya revelación afecta a la estrategia de la Compañía y cuya revelación podría suponer un conflicto de intereses para las empresas proveedoras.”*

Por otra parte, alega que su oferta *“no incurre en baja temeraria por no incluirse su porcentaje del 12,5% dentro de los parámetros fijados por el pliego y su posterior corrección para calificar a una propuesta incurso en temeridad”, considerando que existe una incoherencia entre “la disposiciones del pliego de licitación y las aclaraciones realizadas al mismo en función de las diferentes consultas planteadas.” Y ello en relación con la modificación de las cláusulas “1.2.- Criterios Objetivos: Máximo 55 puntos; 1.2.1.- Oferta económica. Máximo 30 puntos. Pág. 16” y “Cláusula 16. Oferta con valores anormales o desproporcionados, páginas 17 y 18:”, que el órgano de contratación realizó “a través de la Resolución corrección de errores de pliego de 03/01/2022., concretamente en su apartado 5º. – Se rectifica el apartado 15, in fine, y cláusula 16, de la página 6 del documento.”*

Al respecto, mantiene que *“tanto en la rectificación del día 3 de enero de 2022 como en el acta de apertura del 5 de abril de 2022 y si se lee literalmente lo que pone, se da una contradicción (Hablando de las ofertas que podrán ser tomadas como anormales o temerarias):*

Cuando concurren tres o más licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas.

En todo caso, se entenderá incurso en baja temeraria un ofrecimiento superior a 10 unidades porcentuales con respecto al presupuesto base de licitación.

1. *En el primer caso, habla de ofertas INFERIORES en más de 10 unidades porcentuales con respecto a la MEDIA. Lo que es lógico y habitual. Se entiende que se calcula la media (10.3%) y se le suma un 10%, dando una temeridad del 20,3%. Es decir, cualquier oferta con baja SUPERIOR al 20.03% será considerada temeraria.*

En el segundo caso, habla de un ofrecimiento SUPERIOR al 10% con respecto al PRESUPUESTO BASE de licitación. Es evidente que se refiere a una baja superior al 10% del presupuesto base, pero si leemos literalmente, lo que dice es



un ofrecimiento SUPERIOR al 10% del presupuesto base, es decir, un incremento del presupuesto base. condición que supondría exceder el presupuesto de licitación y que conllevaría la exclusión inmediata.

Por lo tanto, a tenor literal de lo expresado en la documentación del contrato era que no se podía exceder POR ENCIMA el presupuesto base en 10 unidades porcentuales. Ello guarda coherencia con la disposición del pliego que determina que las proposiciones que se presenten superando el presupuesto base de licitación serán automáticamente desechadas.”

Concluye sus alegaciones poniendo de manifiesto que su oferta ha sido excluida “sin especificar el acuerdo recurrido, en qué tipo de costes se han producido los incumplimientos, cuál o cuáles son los extremos presuntamente no contestados y sin determinar las razones que justifican la falta de viabilidad de la propuesta de PREZERO. Esto es, la resolución impugnada (a) no niega que la oferta presentada sea viable, sino que cuestiona su acreditación sin justificar dicho cuestionamiento; (b) no niega que los diferentes costes unitarios desglosados, sean reales; (c) no afirma que los costes a tener en cuenta sean superiores a los estimados por mí representada en su oferta, (d) declara la inviabilidad de la oferta sin soporte argumental ni documental de ninguna clase.

En consecuencia, el acuerdo recurrido se limita a determinar un presunto efecto sin determinar, concretar y/o especificar cuáles son los motivos y/o causas efectivas que justifican su conclusión de inadmisión de la oferta de PREZERO por no acreditación de su viabilidad, todo ello en contra de la asentada doctrina de los tribunales administrativos respecto a la exigencia ineludible de que la resolución de rechazo a la justificación de temeridad sea una disposición REFORZADA”, con apoyo en la doctrina emanada de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales.

Por último, sostienen que “el acuerdo recurrido al afirmar, sin justificación alguna, que con los medios aportados no se podrá cumplir con todas las obligaciones del contrato, procede a realizar una nueva evaluación técnica de la oferta de mí representada. Y el órgano de contratación al hacer suyo el acuerdo recurrido, habiendo hecho suyo anteriormente el Informe de valoración relativo a los criterios adjudicación sometidos a juicio de valor que entendió que la oferta presentada por mí representada era viable técnicamente y cumplía con todas las obligaciones establecidas en los pliegos procediendo a valorarla técnicamente, infringe la doctrina de los actos propios e infringe los principios de no discriminación y libre concurrencia que rigen en materia de contratación pública y altera el orden del procedimiento de licitación definido legalmente (art.151 TRLCSP) y que tiene como fin garantizar la objetividad de la adjudicación, evitando que los juicios de valor a emitir por el órgano de contratación y sometidos a discrecionalidad técnica puedan influir en el resultado final de la licitación (en este sentido, Resolución nº697/2014, de 23 de septiembre, del TACRC).”

3. Alegaciones del órgano de contratación.

En primer lugar, el órgano de contratación alega que “no han sido presentados en el recurso especial ante el TARCJA la escritura de representación oportuna (dado que los poderes se corresponden con la anterior denominación de la empresa) lo que podría dar lugar a una falta de legitimación o de su representación, que podría conllevar a la desestimación del recurso interpuesto.”

En cuanto a las alegaciones que la recurrente formula en relación a los aspectos de su oferta que no ha considerado justificados, el órgano de contratación argumenta:

- Respecto al personal, que con el listado que la recurrente incorporó a la memoria justificativa de la viabilidad de su oferta esta «pretende la doble valoración de un mismo criterio que sirvió de base al informe técnico de valoración de los “criterios susceptibles de valoración mediante juicios de valor” (...)



Por lo que no puede pretenderse ahora por el licitador recurrente que esta justificación pueda volver a ser objeto de valoración en la sesión de justificación de la baja temeraria presentada.

Y ello porque, tal y como se indicó por la Mesa, lo que presenta el licitador es un cuadro de personal, con un desglose de cuantías, que no justifica que el mismo vaya a cumplir ni con los convenios colectivos de aplicación ni con la obligación de subrogación de personal prevista en el art. 130 LCSP.

De manera que no queda acreditado, en contra de lo indicado por el recurrente, cuales son los costes que se va a ahorrar el licitador en este apartado y que pueda justificar otros importes por debajo de los calculados en el Informe de Dimensionamiento del Servicio (que incluye el desglose de los costes laborales), sin incumplir la normativa de aplicación.

Por otro lado, en nada se aporta nuevo en la justificación de la baja temeraria si se pretende con la misma la remisión a documentación ya obrante en la proposición presentada».

- Respecto de los costes de maquinaria, de nuevo alega el órgano de contratación que la recurrente pretende una doble valoración, afirmando *“que no se puede justificar que, se aporte, como documentación nueva, una documentación que ya ha sido previamente aportada y debidamente valorada.*

Lo que debía justificarse era el ahorro que podría suponer su oferta, respecto de los precios que sirvieron de base al cálculo del valor estimado del contrato y que fueron debidamente publicados en la documentación contractual (según informe de dimensionamiento del servicio, que contenía un pronunciamiento expreso de los costes del servicio). En este apartado, nada nuevo justifica el licitador, salvo una mera declaración de “acuerdos marco suscritos”, sin que sean aportados los mismos, así como una referencia injustificada a la existencia de un stock (que proviene de un contrato con otro Ayuntamiento que se ha resuelto), sin que pueda justificarse que el stock podrá dar servicio a este contrato durante toda su vida útil, dada la volatilidad existente actualmente en los precios de los suministros y materias primas.

Asimismo, se indica en el recurso una serie de cuadros detallados de maquinaria sobre los cuales no puede pronunciarse este órgano de contratación, dada la ilegibilidad de los mismos.”

- Respecto al compromiso de proveedores, el órgano de contratación mantiene que *“estos compromisos no han sido presentados ante el órgano de contratación ni ante la mesa de contratación, esgrimiéndose motivos de “confidencialidad” que podrían suponer conflictos de intereses para las empresas proveedoras. Desconociéndose, del todo, con esta justificación, la obligación de confidencialidad que otorga la ley a los documentos así calificados por los propios licitadores. De manera que no puede aludirse al carácter confidencial de un acuerdo, cuando este acuerdo es la base fundamental para justificar los bajos precios presentados por el licitador.*

De manera que resulta congruente la actuación de la Mesa, al no aceptar una mera declaración de intenciones, sin que la misma haya quedado plasmada documentalmente, tal y como se requirió por la Mesa al licitador, ahora recurrente.”

Por último, en cuanto a la inexistencia de baja anormal en la oferta de la recurrente, el órgano de contratación considera errónea la interpretación que esta hace de la cláusula 16 del PCAP, y entiende que *“Según este tenor literal, con independencia del número de licitadores, se entendería que toda oferta que rebajase más de 10 unidades porcentuales sobre el importe de licitación, se consideraría baja temeraria. Está claro, pues, el sentido de este apartado, sin que su aplicación haya sido puesta en tela de juicio ni motivo de disconformidad por ningún licitador, salvo por el recurrente que, ahora, en su recurso especial, realiza una serie de interpretaciones, conscientemente erróneas, para confundir al tribunal.”*

4. Alegaciones de la entidad interesada.

De la relación de entidades licitadoras que han concurrido a la licitación, ha formulado alegaciones la entidad



propuesta adjudicataria, RAGA, a la pretensión de la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en las actuaciones del presente procedimiento, y debido a su extensión, aquí se dan por reproducidos.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal. Análisis de la causa de inadmisión alegada.

En su informe el órgano de contratación solicita la desestimación del recurso por falta de acreditación de la representación de la persona que lo ha presentado. No obstante, entendiendo este Tribunal que ello sería causa de inadmisión del recurso procede analizar dicha cuestión en primer lugar, pues la estimación de esta, en su caso haría innecesario el análisis del resto de las alegaciones de las partes.

Pues bien, en la documentación que forma parte del expediente se puede constatar que la recurrente presentó su oferta como CESPA COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PUBLICOS AUXILIARES, S.A., si bien durante el procedimiento de adjudicación, como afirma en su escrito de recurso, y así ha podido comprobar este Tribunal en consulta al Registro Mercantil, ha cambiado su denominación social a PREZERO ESPAÑA, S.A., bajo cuya denominación ha formulado el presente recurso especial.

No obstante, esta circunstancia no tiene incidencia alguna en la representación que de la recurrente ostenta la persona que ha formulado el recurso, y que acredita con aportación de la Escritura de elevación a público de acuerdos sociales relativos al otorgamiento de un poder otorgado por la sociedad CESPA, COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PÚBLICOS AUXILIARES, S.A., el 21 de septiembre de 2015, en Madrid ante el notario Carlos del Moral Carro.

SÉPTIMO. Consideraciones del Tribunal. Sobre si la oferta de la recurrente está incurso en presunción de baja anormal.

Como se ha expuesto en el anterior fundamento de derecho, la recurrente alega que su oferta no está incurso en presunción de anormalidad sobre la base de la interpretación que esta hace de la cláusula 16 del PCAP en la redacción dada por la Resolución de la Alcaldía de 3 de enero de 2022, antes transcrita, en la que además se dispone *“A los efectos de garantizar la máxima concurrencia en la presente licitación, entendiéndose que las modificaciones introducidas pudieran considerarse sustanciales, en los términos descritos en el apartado anterior, se acordará la retroacción del plazo de presentación de ofertas en los términos descritos en el art. 122 LCSP, concediéndose a los interesados un nuevo plazo de 35 días naturales para la presentación de proposición, a contar desde el envío del anuncio de rectificación a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, que por este acto se aprueba.”*

Respecto a la citada Resolución ya se pronunció este Tribunal en las Resoluciones 88/2022 y 100/2022, de 11 de febrero que resolvían recursos especiales contras los pliegos de esta licitación, en el sentido de que *“sin prejuzgar la validez de la citada resolución de rectificación de error material en cuanto a la naturaleza del error invocado, lo cierto es que la misma ha operado una modificación en la redacción de los pliegos”*.

Se ha de recordar, al efecto, el contenido del artículo 139 de la LCSP que dispone *“1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, (...)”*. En este sentido, como viene expresando la ya reiterada doctrina de este Tribunal, los pliegos que rigen el contrato son *“lex inter partes”* o *“lex contractus”* y vinculan a las licitadoras que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas, y al propio órgano de contratación.



Así lo hemos sostenido, entre otras muchas, en nuestra Resolución 188/2020, de 1 de junio: *“En este sentido, es doctrina reiterada de este Tribunal (v.g. Resoluciones 242/2017, de 13 de noviembre, 28/2018, de 2 de febrero y 251/2018, de 13 de septiembre, entre otras muchas) la necesidad de que las proposiciones de las entidades licitadoras se ajusten a las especificaciones de los pliegos, constituyendo ambos, el de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas, lex contractus o lex inter partes que vinculan no solo a las licitadoras que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas (artículo 139.1 de la LCSP), sino también a la Administración o entidad contratante autora de los mismos.”*

En relación a ello, este Tribunal, ha de poner de manifiesto, como tantas otras veces (v.g. Resoluciones 120/2015, de 25 de marzo, 221/2016, de 16 de septiembre, 45/2017, 2 de marzo, y 200/2017, de 6 de octubre y 14/2021, de 21 de enero, entre otras muchas), que los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras. En este procedimiento no consta que los pliegos hayan sido impugnados y, por lo tanto, son firmes y vinculantes en cuanto a su contenido para todas las partes, por lo que, en virtud del principio de *“pacta sunt servanda”*, necesariamente ha de estarse ahora al contenido de los mismos.

Así, si bien es cierto que en la redacción literal de la cláusula 16 se observa la contradicción alegada por la recurrente, ésta no lo ha puesto de manifiesto hasta la exclusión de su oferta, cuando había participado en la licitación aceptando los pliegos con la nueva redacción de la cláusula, y como pone de manifiesto el órgano de contratación en su informe al recurso tampoco le solicitó aclaración ni formuló pregunta alguna al respecto. Por tanto, se ha de estar a lo dispuesto en la citada cláusula para determinar si la oferta de la recurrente está incurso en presunción de anormalidad, aunque es precisa su interpretación.

El apartado Sexto del acuerdo Plenario de 17 de noviembre de 2021 que aprobó los pliegos, indica:

“SEXTO.- Se delega expresamente en el Sr. Alcalde- Presidente la realización de cuantas competencias y atribuciones se otorguen a este órgano de contratación para la interpretación de la documentación contractual durante la fase de licitación y adjudicación, con la posibilidad de realizar correcciones materiales o de hecho, resolución de dudas interpretativas e, incluida, la posible rectificación, corrección o modificación de los pliegos aprobados. Debiéndose dar cuenta de todas estas circunstancias al Pleno Corporativo, para su ratificación, si conllevaran modificaciones sustanciales de la documentación que por este acto se aprueba. No tendrán la consideración de modificaciones sustanciales la mera corrección de errores aritméticos o de hecho así como la resolución de dudas sobre las cláusulas contenidas en los pliegos que rigen la presente licitación pública.”

En su informe al recurso, la Alcaldía defiende la interpretación de la mesa de contratación al concluir que la oferta de la recurrente estaba incurso en presunción de anormalidad cuando afirma que *“se entendería que toda oferta que rebajase más de 10 unidades porcentuales sobre el importe de licitación, se consideraría baja temeraria”*.

Incluso la recurrente en su escrito de recurso afirma que *“En el segundo caso, habla de un ofrecimiento SUPERIOR al 10% con respecto al PRESUPUESTO BASE de licitación. Es evidente que se refiere a una baja superior al 10% del presupuesto base, pero si leemos literalmente, lo que dice es un ofrecimiento SUPERIOR al 10% del presupuesto base, es decir, un incremento del presupuesto base, condición que supondría exceder el presupuesto de licitación y que conllevaría la exclusión inmediata.”*

En consecuencia, este Tribunal considera que han de ser desestimadas las alegaciones de la recurrente en cuanto a que su oferta no se encuentra incurso en baja anormal.



OCTAVO. Consideraciones del Tribunal. Sobre la justificación de la viabilidad de la oferta.

Una vez desestimado el motivo de recurso antes analizado procede examinar las alegaciones de la recurrente sobre las motivaciones esgrimidas por la mesa de contratación para excluir la oferta de la recurrente por no entender justificada la misma en los aspectos que destaca en el acuerdo de exclusión:

- Respecto del personal, este Tribunal ha podido comprobar en la documentación remitida por el órgano de contratación que en contra de lo que afirma la mesa de contratación, la justificación incluía en el apartado 2 “Costes de personal” un cuadro que denomina “Resumen de coste de personal” en el que relaciona el personal ofertado indicando categoría, número de operarios, días de servicio, jornada, precio unitario por jornada y total, destacando que una de las columnas de dicho cuadro detalla si el personal es subrogado o de nueva contratación, por lo que han de estimarse las alegaciones de la entidad recurrente respecto al personal.

Por otra parte, no pueden admitirse los argumentos del órgano de contratación que, si bien excluyó la oferta de la recurrente por entender que no aportaba dicha información, en su informe al recurso entiende ahora que la misma ya se encontraba en el expediente, y que habiendo sido valorada como criterio de adjudicación mediante juicio de valor considera que la recurrente pretende una doble valoración. La recurrente aporta la relación del personal para calcular el coste del mismo en aras de justificar económicamente la viabilidad de su oferta, sobre lo que no se pronunció ni el informe técnico ni la mesa de contratación al excluir su oferta, sin que ahora, en vía de recurso pueda añadir otras causas no tenidas en consideración entonces.

Así, no puede afirmar el órgano de contratación que *“no queda acreditado, en contra de lo indicado por el recurrente, cuáles son los costes que se va a ahorrar el licitador en este apartado y que pueda justificar otros importes por debajo de los calculados en el Informe de Dimensionamiento del Servicio (que incluye el desglose de los costes laborales), sin incumplir la normativa de aplicación”*, cuando ello no ha sido analizado ni ha sido esgrimido como motivo para no entender justificada su oferta en el momento procedimental oportuno.

- Respecto de los costes de maquinaria, el informe técnico se limita a no aceptar como justificación el stock del que la recurrente afirma disponer, por considerar que con el mismo no puede cubrir toda la vida del contrato, lo que no se alcanza a entender pues la utilización del mismo siempre le supondrá un ahorro por corto que sea el período de uso.

Otra cuestión sería en qué medida, relacionando ese ahorro con el resto de los costes resulta viable su oferta, sin que ello haya sido analizado en el informe técnico a pesar de que la justificación de la recurrente es extensa y detallada, por el contrario, afirma, sobre los cuadros que la recurrente introduce en su recurso reproduciendo los que ha incluido en su justificación, que *“se indica en el recurso una serie de cuadros detallados de maquinaria sobre los cuales no puede pronunciarse este órgano de contratación, dada la ilegibilidad de los mismos”*, cuando estos debieron ser analizados y, en caso de estimarlo necesario, debió pedirse aclaración de los mismos.

En cuanto a los argumentos sobre la pretendida doble valoración por parte de la recurrente, que de nuevo alega el órgano de contratación en relación con los costes de maquinaria, han de ser desestimados por las razones antes expuestas en relación con los costes de personal.

Por todo ello se han de estimar las alegaciones de la recurrente respecto de los costes de maquinaria.



- En relación con los compromisos de los proveedores que permiten tener unas mejores condiciones en el mercado en cuanto a precios y descuentos estipulados, este Tribunal considera que el órgano de contratación debió requerirle la aportación de los mismos, toda vez que en el requerimiento de justificación de su oferta no se le solicitó expresamente documentación acreditativa.

No obstante, se ha de estar con el órgano de contratación respecto a que no es óbice para su aportación la confidencialidad de estos acuerdos, dada la obligación de confidencialidad de dicho órgano respecto de los documentos así calificados por los licitadores.

En el supuesto que se examina, la recurrente denuncia, que la exclusión de su oferta se ha producido “sin especificar el acuerdo recurrido, en qué tipo de costes se han producido los incumplimientos, cuál o cuáles son los extremos presuntamente no contestados y sin determinar las razones que justifican la falta de viabilidad de la propuesta de PREZERO. Esto es, la resolución impugnada (a) no niega que la oferta presentada sea viable, sino que cuestiona su acreditación sin justificar dicho cuestionamiento; (b) no niega que los diferentes costes unitarios desglosados, sean reales; (c) no afirma que los costes a tener en cuenta sean superiores a los estimados por mí representada en su oferta, (d) declara la inviabilidad de la oferta sin soporte argumental ni documental de ninguna clase.”

En términos generales, la exigencia de motivación en los supuestos de rechazo de una oferta incura en baja anormal, pese a ser la oferta económicamente más ventajosa para la Administración exige de un plus de motivación, y requiere alejar todo atisbo de motivación dubitativa o no concluyente, como en el supuesto que nos ocupa, fundamentada en informes que no son lo suficientemente determinantes de la conclusión alcanzada o, al menos, suscitan dudas al respecto.

Por otra parte teniendo en cuenta los términos en que se realizó el requerimiento, transcrito en el fundamento de derecho quinto de esta Resolución, que reproduce de manera genérica el artículo 149.4 de la LCSP sin adaptarlo a las circunstancias concretas del presente contrato, se ha de considerar que el análisis de la justificación debió realizarse teniendo en consideración la petición formulada, y en todo caso una vez advertida de insuficiente la justificación de un determinado aspecto, el órgano de contratación podía proceder a requerir las aclaraciones o la documentación que estimase necesaria antes de proceder a la exclusión de la oferta.

Al respecto este Tribunal tiene una consolidada doctrina, valga por todas la Resolución 213/2020, de 18 de junio, que en su fundamento séptimo indicaba que:

«Para dar respuesta al motivo del recurso hemos de partir de lo dispuesto en el artículo 149 de la LCSP, que regula las ofertas anormalmente bajas. En atención al objeto y el motivo alegado del recurso, interesa reproducir lo dispuesto en su apartado 4:

(...).

La recurrente alega que el requerimiento transcribía literalmente los valores a los que se refiere el artículo 149.4 de la LCSP, y que no se le pidió que desglosara económicamente su oferta.

Pues bien, en este apartado el artículo 149 de la nueva LCSP ha introducido, en lo que ahora interesa, tres novedades frente a la redacción del artículo 152 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. La primera es que el requerimiento tiene por objetivo que el licitador justifique y desglose razonada y detalladamente el bajo nivel de 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. La segunda es la necesidad de



que la petición de información se formule con claridad de manera que estos estén en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta. Y la tercera novedad es que 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, entre otros supuestos, sea incompleta.

El requerimiento de justificación de fecha 10 de octubre de 2019 dirigido a la entidad recurrente, tras señalar que se ha identificado que su oferta se encuentra incurso en presunción de anormalidad, se formuló en los siguientes términos:

(...)

Pues bien, la primera consideración que cabe hacer es que el requerimiento fue formulado en términos prácticamente similares a los que establece el precepto. Esto se observa al menos en dos aspectos. En primer lugar, salvo el valor relativo a la letra a), Documentación justificativa de la proximidad de la sede y estructura operativa, los otros valores del requerimiento reproducen los recogidos en la norma en iguales términos, haciendo referencia además a contratos de suministros y de obras, cuando estamos ante un contrato de servicios. Y en segundo lugar, cuando el requerimiento señala que “justifique y desglose 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”. Esta frase, que reproduce lo dispuesto en este apartado 4 del artículo 149, debería haberse adaptado a las circunstancias concretas del presente contrato. Es decir, no cabe hablar de cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, ya que conforme al pliego que rige la presente licitación, de conformidad con lo dispuesto en el Anexo IX del PCAP, “Parámetros objetivos para considerar una oferta anormalmente baja” las reglas para determinar cuando una proposición se considera incurso en presunción de anormalidad se refieren, en función del número de licitadores que concurren en el presente caso, a parámetros de unidades porcentuales por referencia a la media de las ofertas presentadas, es decir, que el punto de partida es el precio ofertado.

La recurrente sostiene que en ningún momento se le solicitó que se desglosara económicamente la oferta, considerando que la expresión “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” no implicaba necesariamente que se desglosara económicamente la oferta.

Si bien en principio podría entenderse incluido en el enunciado de la solicitud de información la necesidad de desglosar la oferta, pues es lo que permitiría apreciar su viabilidad, no obstante, hubiera sido deseable que, en aras a la debida claridad que establece el artículo 149.4, se hubiera exigido de forma expresa.

(...).

Llegados pues a este punto habremos de dar respuesta a la pretensión de la recurrente de que se le debería haber solicitado aclaración con carácter previo a la exclusión.

(...) debiera haberse concedido a la recurrente la oportunidad de completar la información, al considerarla el órgano de contratación tan determinante y no haberla solicitado expresamente en el requerimiento, por lo que procede estimar el recurso.»

En definitiva, teniendo en cuenta lo alegado en el recurso, los términos genéricos del requerimiento de justificación de la viabilidad, el principio de proporcionalidad y que se trataba de la oferta que pudiera ser la



económicamente más ventajosa, con carácter previo a su rechazo se le debería haber concedido a la ahora recurrente la oportunidad de formular aclaraciones sin que estas supongan modificación de la oferta, sobre los extremos que en el informe técnico y en el acta de la mesa de contratación se han indicado como relevantes para concluir que su oferta no es viable, al considerarla el órgano de contratación tan determinante y no haberla solicitado expresamente en el requerimiento.

Pues bien, procede la estimación parcial del recurso que conlleva la anulación del acuerdo de exclusión de la oferta, y la nulidad de la propuesta de adjudicación con retroacción de actuaciones al momento del análisis de la justificación de la oferta presentada por la recurrente para que se proceda por el órgano de contratación al análisis de la misma, debiendo solicitar a la recurrente cuantas aclaraciones y documentación estime necesaria, en su caso, sin que sea posible añadir nuevos extremos no recogidos en la misma, ni modificar la oferta en su caso, tras lo cual deberá aceptar o rechazar la oferta, previo asesoramiento del servicio correspondiente, con la continuación, en su caso, del procedimiento de adjudicación. Respecto a la pretensión de readmisión de la oferta de la recurrente para su valoración y clasificación, no puede accederse ella por cuanto la función revisora de este Tribunal no puede suplir la función de valoración de la justificación de la oferta que compete únicamente al órgano de contratación, ex artículo 149 de la LCSP.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **PREZERO ESPAÑA, S.A.U.** contra el acuerdo de la mesa de contratación de fecha 23 de mayo de 2022 por el que se excluye su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicio de limpieza viaria y mantenimiento de zonas verdes, en lotes, según pliegos” (Expediente 79/2021), respecto del lote 1, convocado por el Ayuntamiento de Vera (Almería), y, en consecuencia, anular el acto impugnado para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho octavo de esta resolución.

SEGUNDO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas 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

