



Recurso nº 800/2013 C.A. Valenciana 083/2013

Resolución nº 620/2013

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 13 de diciembre de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D.V.E.C.M., actuando en nombre y representación de RECOLIM, S.L. contra su exclusión como licitador del procedimiento para la contratación del lote nº 13 del “*Servicio de limpieza de centros docentes públicos de la Comunitat Valenciana*” (nº de expdte: CNMY12/OC00D/15), el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Por la Consellería de Educación, Formación y Empleo de la Generalitat Valenciana (en adelante, la Consellería o el órgano de contratación), se convocó, mediante anuncio publicado en el DOUE, en el BOE y en el Diari Oficial de la Comunitat Valenciana los días 26 de abril, 8 y 9 de mayo de 2012, respectivamente, licitación para adjudicar por el procedimiento abierto el contrato del servicio de limpieza de los centros docentes públicos de la Comunitat Valenciana, distribuido en 25 lotes, y con un valor estimado de 64.124.598,20 euros.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).

Tercero. Con fecha 19 de septiembre de 2012, el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del lote nº 13 del contrato a favor de la entidad CLECE, S.A. Con fecha 24 de



septiembre de 2012, la entidad ahora recurrente presentó recurso contra dicha resolución, por falta de motivación de la misma.

El 11 de abril de 2013 se estimó el referido recurso, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a la propuesta de exclusión por parte de la mesa de contratación. Reunida de nuevo ésta el 14 de mayo de 2013, solicitó al Servicio de Centros Públicos y Servicios Complementarios de la Conselleria un informe sobre las alegaciones presentadas por la entidad recurrente relativas a la posible baja anormal o desproporcionada de su oferta.

Con fecha de 31 de mayo de 2013, el referido Servicio emite un informe en el que analiza las alegaciones presentadas por la recurrente, a la vista del cual, la mesa de contratación, en su sesión de 13 de julio de 2013, estima que la oferta no puede ser cumplida por incurrir en valores anormales o desproporcionados, por lo que propone excluirla de la licitación.

Con fecha de 24 de septiembre y notificación el 22 de octubre de 2013, el órgano de contratación resuelve excluir de la licitación del lote 13 a la entidad recurrente por no justificar la viabilidad de su oferta, calificada como anormal o desproporcionada.

El 30 de octubre de 2013, la recurrente presenta anuncio previo ante el órgano de contratación y, con fecha 4 de noviembre de 2013, recurso especial en materia de contratación en el registro de este Tribunal. Solicita que se declare nula la exclusión de su oferta; que se suspenda la licitación hasta la resolución del recurso; que se retrotraigan las actuaciones hasta el momento en que se excluyó su oferta; que se efectúe una nueva propuesta de adjudicación; y, finalmente, que se dicte una nueva resolución de adjudicación del lote 13 por el órgano de contratación.

Cuarto. Con fecha 18 de noviembre de 2013 se recibió en este Tribunal el expediente administrativo y el correspondiente informe del órgano de contratación.

Quinto. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los demás licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan alegaciones. Con fecha 25 de noviembre de 2013 se ha recibido en este Tribunal el escrito de alegaciones presentado por CLECE, S.A.



Sexto. Interpuesto el recurso, con fecha 20 de noviembre de 2013, este Tribunal dictó resolución por la que se acordaba la suspensión del procedimiento de contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP y en el Convenio suscrito al efecto con la Generalitat Valenciana publicado en el BOE el día 17 de abril de 2013.

Segundo. La empresa RECOLIM S.L. está legitimada para recurrir de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP al haber concurrido a la licitación. Asimismo, se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP.

Tercero. El objeto del recurso es la exclusión de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, susceptible por tanto de recurso especial de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP.

Cuarto. Los motivos de impugnación planteados por la entidad recurrente aparecen referidos a la exclusión de su oferta, argumentando infracción del artículo 150 del TRLCSP.

A juicio de esta entidad, la aplicación de los criterios empleados por la Administración para determinar si su oferta debía ser excluida del proceso de licitación ha sido arbitraria y atenta contra los principios que deben regir la contratación pública. Asimismo, dichos criterios han sido establecidos con posterioridad a la publicación de los pliegos, y la entidad recurrente, cuando fue requerida por la Administración para justificar la valoración de la oferta y las condiciones de la misma, los ignoraba, lo cual le ha generado indefensión a la hora de presentar dicha justificación.

Por otro lado, afirma la entidad recurrente que la decisión de que su oferta incurre en valores anormales o desproporcionados carece de justificación. En lo que se refiere a que la oferta no tiene en cuenta el coste de la parte proporcional de las vacaciones del personal, señala que la



plantilla adscrita a la ejecución del contrato se compone de personal fijo discontinuo que finaliza su prestación de servicios el 30 de junio y en el mes de julio se realiza un 25 % del servicio en educación secundaria y ningún servicio en primaria, y durante el mes de agosto no se presta el servicio. Por consiguiente, afirma, el coste de la mano de obra relativo o proporcional a las vacaciones es muy reducido y sí se justificó en la oferta (coste de sustitución de vacaciones 43.233,72 euros).

Asimismo, afirma la entidad recurrente que su oferta nunca ha pretendido minorar los gastos de explotación que no tengan la consideración de mano de obra, y ha incluido los gastos generales y el beneficio de explotación; que en la misma licitación ha resultado adjudicataria de otros lotes utilizando en su oferta los mismos parámetros utilizados en el lote 13 y que dichas ofertas no han sido consideradas anormales o desproporcionadas por la Administración.

Finalmente considera que, dado que el servicio proyectado ha sido ejecutado parcialmente por otro contratista, debe ser indemnizada en un 6% del precio de licitación en concepto de daños y perjuicios.

Por su parte, el órgano de contratación, en su informe, recuerda que la finalidad de la regulación establecida en el TRLCSP es que se siga un procedimiento contradictorio a fin de evitar que las ofertas anormales o desproporcionadas puedan ser rechazadas sin comprobar previamente la posibilidad de que puedan ser cumplidas. Así las cosas, oída la entidad recurrente y examinadas sus alegaciones mediante informe suficiente y adecuadamente motivado, el procedimiento que concluye con su exclusión no ha adolecido de vicio alguno, por lo tanto, procede confirmar la exclusión de la entidad recurrente al haber formulado una oferta anormal y desproporcionada.

En su escrito de alegaciones, la entidad CLECE S.A señala, en síntesis, que resulta difícil que la recurrente pueda argumentar desconocimiento de las razones que han determinado la adjudicación del lote 13 del contrato cuando ello se fundamenta en los criterios establecidos en el Pliego. En lo que se refiere a la valoración de que la oferta de la entidad recurrente incurre en valores anormales o desproporcionados, señala la entidad CLECE S.A que, a pesar de que los trabajadores del servicio de limpieza que se subrogan son personal fijo discontinuo, las vacaciones son un derecho irrenunciable e indisponible generado cualquiera que sea la duración del contrato, y, por lo tanto, un gasto a incluir en la respectiva oferta.



Quinto. Con carácter previo al examen de los argumentos expuestos no podemos dejar de hacer referencia a un extremo que ha llamado la atención de este Tribunal -a pesar de que la entidad recurrente sólo alude a ello de manera indirecta-, y que opera como presupuesto para el análisis de la cuestión controvertida, cual es el referido a la fijación del denominado “*umbral de temeridad*” en los pliegos que rigen la presente licitación.

Como es sabido y hemos recogido en diversas resoluciones (como referencia, en la Resolución 042/2013, de 23 de enero), en nuestra legislación en materia de contratación administrativa, en relación con las denominadas “*bajas temerarias*” cuando son varios los criterios de adjudicación, se establece que los pliegos *pueden* fijar límites que permitan apreciar que, en su caso, las proposiciones de los licitadores hayan de calificarse como “*ofertas anormales o desproporcionadas*”. La superación de tales límites no permite excluir de modo automático tales proposiciones, sino que en estos casos es preciso dar audiencia al licitador a fin de que éste pueda justificar que, no obstante los valores de su proposición, sí puede cumplir el contrato.

No es, por tanto, el legislador, el que determina, con carácter general, cuáles son los criterios objetivos conforme a los cuales debe apreciarse en determinada licitación cuándo una oferta ha de considerarse como “*anormal o desproporcionada*”, sino que son los pliegos que rigen cada licitación los que fijan –si el órgano de contratación así lo considera oportuno- cuáles son, en su caso, dichos criterios.

En el supuesto examinado, haciendo uso de la posibilidad contemplada en el artículo 152 del TRLCSP, el cuadro de características del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), en su apartado 11.2, viene a fijar el umbral, por debajo del cual las ofertas se pueden considerar como anormales, en que la oferta “*sea inferior a la que contemple los salarios vigentes del Convenio colectivo... correspondiente en el momento de presentación de las ofertas*”.

Pues bien, siendo cierto que, según se ha señalado, el legislador remite a los pliegos que rigen cada licitación la determinación de los criterios para la calificación de las ofertas como anormales o desproporcionadas, lo cierto es que el artículo 152.2 del TRLCSP, se refiere a que se fijen “*en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o*



desproporcionados. Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, podrán indicarse en el pliego los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales”.

En el caso que nos ocupa, el pliego no ha establecido unos parámetros objetivos, ni unos límites precisos para determinar la presunción de *“temeridad”*. La referencia a que la oferta resulte *“inferior... a los salarios vigentes del Convenio colectivo”*, es confusa y aún contradictoria para la fijación del umbral de temeridad. De la documentación que obra en el expediente, resulta que para determinar ese umbral, en cada lote se ha tenido en cuenta, no sólo el coste laboral (sin antigüedad) imputable al periodo de limpieza, sino también el correspondiente a la *“limpieza de cristales”*, como si se realizara en periodo distinto, y todo ello mediante una formulación de los parámetros a considerar no consignada en los pliegos. Además, resulta paradójico que se presuman temerarias las ofertas que estén por debajo del convenio y ese mismo criterio (el incumplimiento del convenio) se utilice para apreciar que la oferta no está justificada.

Con independencia de que, como este Tribunal ya ha manifestado en múltiples ocasiones (valga por todas, la Resolución 136/2012, de 20 de junio), no se puede rechazar una proposición o impedir la adjudicación de un contrato por la única causa de un hipotético incumplimiento de las tablas salariales de un convenio colectivo, el establecer un umbral de temeridad indeterminado como el que se establece en el supuesto examinado, podría llegar a desnaturalizar la propia finalidad de la figura de las *“ofertas con valores anormales o desproporcionados”*.

En efecto, si la función de dicha figura es instaurar un mecanismo para contrastar la viabilidad de las ofertas con valores extraordinariamente bajos -las *“ofertas temerarias”*-, no resulta procedente, en buena lógica, la posibilidad de extender el régimen establecido en el artículo 152 del TRLCSP a las proposiciones que se presenten en determinada licitación con independencia de la mayor o menor proximidad de su cuantía respecto al precio de licitación y al conjunto de las ofertas.

En el supuesto examinado, consideramos que el *“umbral de temeridad”* fijado en el PCAP conduce a la aplicación del régimen previsto en el artículo 152 del TRLCSP a ofertas -como, precisamente, la presentada por la recurrente-, con un margen de baja (en el caso de RECOLIM



S.L., de un 8,4% sobre la media de las ofertas presentadas), que, de acuerdo con las reglas de la práctica comercial en el sector de que se trate, pudieran no ser tachadas como “*anormalmente bajas*” o “*temerarias*”.

A lo anterior debe añadirse que, como recogíamos en la Resolución 042/2013 citada y como señalaba la Comisión Nacional de la Competencia en su *Guía sobre Contratación Pública y Competencia*, entre los aspectos que se recomienda evitar en los pliegos se encuentra la utilización de sistemas que establezcan con carácter previo a la presentación de las proposiciones el “*umbral de temeridad*”. Como se indica en esa *Guía* el punto 10 del apartado relativo a los criterios de adjudicación (apartado 2.B): “*Al establecer los mecanismos de identificación de ofertas anormales o desproporcionadas, por ejemplo, en precios, se deben evitar los sistemas que señalicen con carácter previo el «umbral máximo de competencia»,... Con carácter general, además de evitar su conocimiento a priori, es conveniente que... la eliminación de las ofertas anormales se lleve a cabo mediante mecanismos que minimicen las posibilidades de interferencia en los incentivos a ofertar en precios. Por ejemplo, se puede establecer la presunción de que la oferta es temeraria si se desvía en un determinado porcentaje del valor medio de todas las ofertas presentadas,...*”.

Ahora bien, una vez expuesto lo anterior, hay que tener en cuenta que según constante criterio jurisprudencial y de este mismo Tribunal, los pliegos, al no haber sido impugnados en el proceso de licitación, constituyen la ley del contrato y debe estarse a su contenido. Hay que añadir además que la empresa recurrente no cuestiona en su recurso el carácter “*desproporcionado o anormal*” de su oferta, sino que parte, como presupuesto indiscutido, de tal consideración. Por todo ello, no cabe sino mantener que la oferta presentada por RECOLIM, S.L. presenta valores anormales o desproporcionados, a los efectos de la aplicación de las previsiones contenidas en el artículo 152 del TRLCSP, es decir, de justificar que la ejecución del contrato resulta viable, en los términos previstos en el mismo.

Sexto. Cuando se identifica una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, el órgano de contratación ha de cumplir con lo dispuesto al respecto en el artículo 152 del TRLCSP, en particular con el requisito de solicitar asesoramiento técnico del servicio correspondiente.



Así, el artículo 152.3 del TRLCSP establece que *“Cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnica 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 vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado. En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente”*.

Por su parte, el artículo 152.4 del TRLCSP señala que *“si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior, estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la proposición económicamente más ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 2 del artículo anterior”*.

Este Tribunal, en su Resolución 236/2012, de 31 de octubre, ha señalado que la apreciación de valores anormales o desproporcionados no opera como un criterio automático de exclusión, sino que exige de la evacuación del trámite previsto en el artículo 152.4 TRLCSP. De esta suerte, dicha valoración se configura formalmente como un proceso dentro del procedimiento de contratación, que debe garantizar el principio de contradicción.

El reconocimiento de tal principio exige de una resolución *“reforzada”* por parte del órgano de contratación, que desmonte las argumentaciones y justificaciones aducidas por el licitador para la sostenibilidad de su oferta.

La regulación actual de la apreciación de valores anormales o desproporcionados trata de conjugar, de una parte el interés general a que subviene la contratación pública, y de otra la garantía a los principios de libre concurrencia, no discriminación y transparencia que presiden su tramitación.



Diversas resoluciones de este mismo Tribunal (así Resoluciones nº 030/2012 o 222/2011) han señalado que *“si bien el interés general o interés público ha sido durante décadas el principal elemento conformador de los principios que inspiraban la legislación de la contratación pública española, sin embargo, la influencia del derecho de la Unión Europea ha producido un cambio radical en esta circunstancia, pasando a situar como centro en torno al cual gravitan los principios que inspiran dicha legislación, los de libre concurrencia, no discriminación y transparencia, principios que quedan garantizados mediante la exigencia de que la adjudicación se haga a la oferta económicamente más ventajosa, considerándose como tal aquella que reúna las mejores condiciones, tanto desde el punto de vista técnico como económico”*.

Por ello, cuando se entienda que hay elementos en la oferta que la hacen incongruente, desproporcionada o anormalmente baja, se puede proceder a la exclusión del procedimiento de licitación, cuando se estime que no puede ser cumplida.

Séptimo. En el presente caso, se ha seguido correctamente el trámite contradictorio establecido en el artículo 152 del TRLCSP para comprobar la posibilidad de cumplimiento de las ofertas que incluyan valores anormales o desproporcionados, por lo que ningún reparo puede formularse al respecto.

En lo que se refiere a las alegaciones de la entidad recurrente sobre la falta de expresión en los pliegos de los criterios para determinar que las ofertas presentadas incurren en valores anormales o desproporcionados hay que significar que el Pliego establece la referencia que se tendrá en cuenta para apreciar que una oferta incurre en valores anormales o desproporcionados, como indicamos en el fundamento quinto. Los criterios a considerar son los detallados en el artículo 152.3 del TRLCSP transcrito en el fundamento anterior: el ahorro derivado de las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables para efectuar la prestación, la originalidad de la propuesta, el respeto a la protección del empleo y otras condiciones de trabajo y, en su caso, la posible obtención de ayudas.

En lo que respecta a la suficiencia de los argumentos esgrimidos por el órgano de contratación para justificar la exclusión de la oferta de la recurrente, considera este Tribunal que son suficientes y que se encuentran motivados.



En efecto, la entidad recurrente efectuó una oferta de 2.200.972,09 euros, de los que 2.018.238 euros corresponderían a los costes laborales directos (incluida antigüedad); el resto son costes de sustitución de absentismo y otros costes laborales (revisión médica, vestuario, etc.), así como material, amortización de maquinaria y gastos generales y beneficio industrial. Sin embargo, el coste salarial total que la entidad recurrente ha considerado en su oferta diferencia el coste salarial de septiembre a junio (10 meses) y el 25% del coste salarial correspondiente al mes de julio, pero no ha tenido en cuenta el coste de la parte proporcional de las vacaciones a las que, como señala el artículo 14 del Convenio colectivo del sector de limpieza de edificios y locales de la provincia de Valencia, tienen derecho los trabajadores fijos discontinuos en función del tiempo trabajado.

El coste correspondiente al periodo de vacaciones, a razón de dos días y medio por mes trabajado, se estima en 160.173 euros. Esta cantidad no se ha tenido en cuenta por la entidad recurrente al formalizar su oferta. Por consiguiente, dada la entidad de la omisión, se encuentra suficientemente justificada su exclusión por considerar que no puede ser cumplida como consecuencia de incluir valores anormales o desproporcionados.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D.V.E.C.M., actuando en nombre y representación de RECOLIM S.L., contra su exclusión como licitador del lote nº 13 del procedimiento para la contratación del servicio de limpieza de los centros docentes públicos de la Comunitat Valenciana.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 47.4 del TRLCSP.

Tercero. 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 artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.