



Recurso nº 305/2012 C.A. Murcia 002/2012

Resolución nº 042/2013

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

En Madrid, a 23 de enero de 2013

VISTO el recurso interpuesto por D. M.M.O., en nombre y representación de la empresa GRUPO GENERALA DE SERVICIOS INTEGRALES, PROYECTOS MEDIOAMBIENTALES, CONSTRUCCIONES Y OBRAS, S.L., contra la Orden de 21 de noviembre de 2012 del Director General de Patrimonio, Informática y Telecomunicaciones de la Consejería de Economía y Hacienda de la Región de Murcia, dictada en el expediente tramitado para la adjudicación del contrato relativo a la "Contratación Centralizada del servicio de limpieza de los inmuebles, dependencias y otros espacios de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para los ejercicios 2013-2014", por la que se declara la exclusión de la proposición presentada por la empresa recurrente, al considerar que la misma no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, y se acuerda la adjudicación del contrato a la empresa FERROSER, SERVICIOS AUXILIARES, S.A., el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Dirección General de Patrimonio, Informática y Telecomunicaciones de la Consejería de Economía y Hacienda de la Región de Murcia convocó, mediante anuncio publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 12 de septiembre de 2012, en el Boletín Oficial del Estado el 18 de septiembre de 2012, y en la Plataforma de Contratación de la Región de Murcia el 12 de de septiembre de 2012, licitación para adjudicar el contrato de servicios más arriba citado, por procedimiento abierto, con un valor estimado de 34.214.708,14 euros (IVA excluido), estableciéndose como fecha límite para la presentación de ofertas el día 5 de octubre de 2012 a las 14 horas.

A la mencionada licitación concurren las dos entidades siguientes: GRUPO GENERALA DE SERVICIOS INTEGRALES, PROYECTOS MEDIOAMBIENTALES, CONSTRUCCIONES Y OBRAS, S.L. (en adelante, GRUPO GENERALA), Y FERROSER, SERVICIOS AUXILIARES, S.A. (en adelante, FERROSER).

Segundo. La Mesa de contratación, en su reunión de 8 de octubre de 2012, procedió al examen de la documentación administrativa presentada por los licitadores en el “sobre nº 1”, acordando la admisión de las dos proposiciones presentadas.

Tras la apertura del “sobre nº 2” –oferta relativa a los criterios de valoración dependientes de un juicio de valor-, y el examen de la documentación aportada por las empresas licitadoras, se acordó por la Mesa, en su reunión de 18 de octubre de 2012, con base en el informe técnico elaborado al efecto, la asignación a las mismas de la siguiente puntuación: GRUPO GENERALA, 13,26 puntos; FERROSER, 25,51 puntos.

En esa misma reunión se procedió por la Mesa a la apertura del “sobre nº 3” –proposición económica y otros criterios dependientes de fórmulas matemáticas o aritméticas-. La oferta económica de las dos empresas licitadoras fue la siguiente: GRUPO GENERALA, 14.622.714,55 euros; FERROSER, 15.482.070,16 euros.

Advirtiéndose que la oferta presentada por GRUPO GENERALA incurría en “valor anormal o desproporcionado”, a la vista de lo establecido en la Cláusula 13.3.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, por superar el 5% de baja sobre el precio de licitación (concretamente, 10,25 %), se dio traslado a la Comisión Técnica de la Dirección General de Patrimonio, Informática y Telecomunicaciones para que procediera al examen de la documentación aportada por la empresa en el propio “sobre nº 3”, de acuerdo con lo previsto en el PCAP, para justificar la viabilidad de su oferta.

Con fecha 24 de octubre de 2012, constituida la Mesa de contratación, se procedió al examen del informe emitido por la Comisión Técnica en relación con el “estudio preliminar” de las proposiciones económicas de las empresas licitadoras, al objeto de identificar posibles defectos y, en especial, de valorar la justificación de la viabilidad de la oferta presentada por GRUPO GENERALA, incurso en “baja temeraria”, acordándose por la Mesa requerir a la empresa, de acuerdo con lo señalado en el informe, para la

subsanación de distintos defectos y errores advertidos en su proposición económica, y para completar la justificación de la viabilidad de su oferta, precisando las condiciones de la misma, en particular, en lo relativo al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas, las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para efectuar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección de 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 (los defectos, errores y omisiones advertidos se agrupan en siete puntos).

Dentro del plazo concedido al efecto GRUPO GENERALA presentó determinada documentación, de la que se dio traslado, para su oportuno examen, a la Comisión Técnica, que emitió con fecha 7 de noviembre informe relativo a la subsanación de los defectos advertidos en la proposición económica presentada por dicha entidad, y a la justificación de la viabilidad de su oferta. En dicho informe se hace constar el criterio de la Comisión Técnica en el sentido de considerar subsanados los defectos advertidos en los Puntos 1 a 5 de su anterior informe, y, a la vista de la documentación aportada en relación con los Puntos 6 y 7, considerar que la justificación aportada por la empresa no es suficiente para garantizar el correcto cumplimiento del contrato. Por su interés, cabe destacar las siguientes conclusiones contenidas en el informe referido:

“CONCLUSIÓN DE LAS JUSTIFICACIONES DE LAS MEDIDAS SEGUNDA Y TERCERA DEL PUNTO 6: *Considerando que gran parte de los cálculos del importe del ajuste de plantilla necesario, derivado de la diferencia entre el personal del contrato vigente-2012 y el personal necesario para el nuevo contrato 2013-2014, se basan, en previsiones y estimaciones no acreditadas, deducidas de los diferentes tipos de contratos y del personal de limpieza incluido en el ANEXO VI del PPT.*

Considerando a su vez que, aún en el caso de operar con los datos de la justificación del ajuste de plantilla propuestos por GRUPO GENERALA, el importe resultante es superior al que figura en el modelo Anexo VIII de justificación de ofertas.

Esta comisión técnica considera: **Que la justificación aportada no acredita la viabilidad del ajuste de plantilla requerido para garantizar la correcta ejecución del contrato.**

Respecto al PUNTO 7- El cálculo del coste total y del coste/hora de la mano de obra no se hace conforme a las retribuciones del vigente convenio colectivo de limpieza de edificios y locales de la Región de Murcia años 2011-2013, sino a partir de los datos del Anexo VI aportados por la empresa adjudicataria del contrato actual 2012 del servicio de limpieza, a fecha 9 de mayo de 2012, por lo que tales costes están desactualizados, pues no se deduce la aplicación de la tabla salarial de 2013. Tampoco se ha tenido en cuenta la previsión de incremento salarial para el año 2014, todo lo cual sugiere que los costes de mano de obra están calculados por debajo del nivel de retribución fijado por el convenio colectivo vigente, salvo justificación suficiente en contrario.

CONCLUSIÓN DE LA JUSTIFICACIÓN DE LA FASE 1 DEL APARTADO A) DE LA PRIMERA MEDIDA DEL PUNTO 7: De la ACTUALIZACIÓN hecha por GRUPO GENERALA no puede deducirse la aplicación explícita de las tablas salariales del año 2013 del convenio colectivo vigente, por lo que esta comisión técnica considera: **Que la Justificación aportada no permite deducir que los costes de mano de obra garanticen el nivel de retribución fijado por el convenio colectivo vigente.**

CONCLUSIÓN DE LA JUSTIFICACIÓN DE LA FASE 2 DEL APARTADO 1) DE LA PRIMERA MEDIDA DEL PUNTO 7. A la vista de que gran parte de los cálculos del AJUSTE se basan, en previsiones y estimaciones no acreditadas, deducidas de las potenciales posibilidades atribuidas a las diferentes modalidades de contratos y a las supuestas edades y circunstancias del personal de limpieza incluido en el ANEXO VI del PPT, esta comisión técnica considera: **Que la Justificación aportada, adolece de tal grado de incertidumbre, que no permiten garantizar, de forma razonable el resultado esperado, consistente como mínimo en que los costes de mano de obra garanticen el nivel de retribución fijado por el convenio colectivo vigente y con ello la viabilidad del contrato.**

CONCLUSIÓN DE LA JUSTIFICACIÓN DEL PARTADO B) DE LA PRIMERA MEDIDA DEL PUNTO 7: DETERMINACIÓN DEL COSTE/HORA: Aplicando las tablas del

*convenio vigente, la repercusión del plus tóxico, así como las variables, importes y porcentajes estimados por GRUPO GENERALA, correspondientes al ahorro de costes en S. Social, absentismo y suplencias, se comprueba que los costes/hora justificados adolecen de errores de apreciación y de cálculo, que en su conjunto inciden al alza en los costos laborales totales del contrato determinados en la proposición económica de esa empresa, por lo que esta comisión técnica considera: **Que la justificación aportada no permite garantizar que los costes de mano de obra alcancen el nivel de retribución fijado por el convenio colectivo vigente y con ello la viabilidad de la correcta ejecución del contrato.***

CONCLUSIONES GENERALES A LA JUSTIFICACIÓN DE LAS CUESTIONES DE PERSONAL, PUNTOS 6 Y 7 PRESENTADA POR GRUPO GENERALA.

Por las razones anteriormente descritas, esta comisión técnica considera que de la justificación solicitada por la mesa de contratación y aportada por GRUPO GENERALA, se extrae que su proposición económica incurre en desproporción o anormalidad, conforme a lo dispuesto en el apartado 13.3.3, punto 1, letra b) del PCAP, por deducirse costes laborales del personal de limpieza por debajo del nivel de retribución fijado por el convenio colectivo, siendo por tanto inviable, al no garantizar la correcta ejecución del contrato.

Un significativo porcentaje de esta justificación se basa en estimaciones y previsiones no contrastadas, de incierto resultado y sustancial repercusión económica, que en caso de no poderse materializar, o hacerlo de forma parcial, repercutiría en un incremento de los costes laborales de la empresa, que haría aún más inviable el cumplimiento del presente contrato”.

Con base en el contenido del informe de la Comisión Técnica, la Mesa de contratación acordó en su reunión de 8 de noviembre de 2012 excluir de la licitación la proposición presentada por la empresa GRUPO GENERALA, “al considerar que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados”, por los motivos recogidos en el citado informe, dando traslado a la Comisión Técnica de la documentación presentada por FERROSER en el “sobre nº 3” a efectos de su oportuna valoración.

La Mesa de contratación, en sesión celebrada el día 12 de noviembre de 2012, acordó su conformidad con el informe de la Comisión Técnica de 9 de noviembre, en el que se otorga a la proposición presentada por FERROSER una puntuación, en relación con los criterios de adjudicación dependientes de fórmulas matemáticas o aritméticas, de 70 puntos, proponiendo la adjudicación del contrato a dicha empresa, por un importe de 15.482.070,16 euros, y con las condiciones, en general, ofertadas por la misma. Seguidamente se procedió por la empresa a la aportación de la documentación requerida a los efectos de la ulterior formalización del contrato.

Con fecha 21 de noviembre de 2012 se dictó Orden por el Director General de Patrimonio, Informática y Telecomunicaciones de la Consejería de Economía y Hacienda de la Región de Murcia, declarando la exclusión de la proposición presentada por GRUPO GENERALA, al considerar que la misma no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, y acordando la adjudicación del contrato a FERROSER.

Quinto. Frente a la Orden de 21 de noviembre de 2012 del Director General de Patrimonio, Informática y Telecomunicaciones de la Consejería de Economía y Hacienda de la Región de Murcia la empresa GRUPO GENERALA ha presentado el día 7 de diciembre, previo anuncio ante el Órgano de contratación, recurso especial en materia de contratación en el registro de la Consejería de Economía y Hacienda de la Región de Murcia, solicitando la anulación de la misma y, en consecuencia, de la exclusión de GRUPO GENERALA y de la adjudicación del contrato a FERROSER, y que “se acuerde por el Órgano de contratación la adjudicación a GRUPO GENERALA del contrato al ser la oferta económicamente más ventajosa”.

Sexto. Al amparo de lo previsto en el artículo 46.2 del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), se solicitó del Órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido éste acompañado del correspondiente informe.

De conformidad con el artículo 46.3 del mismo texto legal, la Secretaría de este Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a FERROSER –la otra empresa licitadora- en orden a

la formulación de las alegaciones que a su derecho convinieran, habiendo uso de ese derecho aquélla mediante la presentación del correspondiente escrito de alegaciones.

Séptimo. Este Tribunal, en su reunión de 14 de diciembre de 2012, ha acordado adoptar la medida provisional consistente en el mantenimiento de la suspensión de la tramitación del procedimiento de contratación producida de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 45 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver el presente recurso corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, de 4 de octubre de 2012 (BOE de 21 de noviembre).

Segundo. La entidad recurrente ostenta legitimación activa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 de la citada Ley, a cuyo tenor: *“Podrá interponer 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”*. En efecto, la entidad reclamante ostenta un claro interés legítimo en la medida en que es una de las dos entidades que ha concurrido al procedimiento para la adjudicación del contrato objeto de licitación, habiendo resultado excluida del procedimiento, acto éste que mediante el presente recurso pretende dejar sin efecto.

Tercero. El contrato en relación con el cual se interpone el recurso es un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, el cual es susceptible de recurso especial en materia de contratación conforme a lo dispuesto en el artículo 40.1.a) de dicho texto legal.

El objeto del recurso es la resolución adoptada por el Órgano de contratación de exclusión del procedimiento de la empresa recurrente y de adjudicación del contrato en favor de otra empresa licitadora, actos ambos cuya impugnabilidad está expresamente recogida en el artículo 40.2.b) y c) del TRLCSP.

En consecuencia, la resolución impugnada es susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Cuarto. La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal de quince días hábiles previsto en el artículo 44.2 del TRLCSP, habiendo sido debidamente anunciada al Órgano de contratación conforme a lo establecido en el artículo 44.1 del TRLCSP.

Quinto. Entrando en el examen del fondo del asunto, observamos que la empresa GRUPO GENERALA basa su recurso en su disconformidad con la exclusión de su proposición, cuya viabilidad considera demostrada, discrepando, por distintas razones, del criterio de la Mesa de contratación –confirmado por el Órgano de contratación- en el sentido de apreciar que no se ha justificado debidamente por la empresa la posibilidad de cumplir el contrato, con la consecuencia de excluir su proposición, de acuerdo con lo establecido en el artículo 152 del TRLCSP.

En aras de la claridad, y para procurar una mejor comprensión de los argumentos esgrimidos por la entidad recurrente para la impugnación de la resolución recurrida, así como por el Órgano de contratación y por la otra empresa participante en la licitación, que finalmente ha resultado adjudicataria del servicio, en oposición a los anteriores, agruparemos dichos argumentos en dos apartados que, en síntesis, se podrían definir de la siguiente manera:

- Primero: Argumentos de la empresa recurrente relativos a la improcedencia de la actuación de la Mesa, al fundamentar la exclusión de su proposición en el incumplimiento por parte de la empresa de las condiciones salariales fijadas en el convenio colectivo de aplicación;
- Segundo: Argumentos de la empresa recurrente relativos a la adecuada justificación por su parte de la viabilidad de su oferta y, en particular, del cumplimiento de sus obligaciones laborales.

Sexto. Con carácter previo al examen de cada uno de los dos grupos de argumentos expuestos no podemos dejar de hacer referencia a un extremo que ha llamado la atención de este Tribunal -a pesar de que no se hace mención al mismo por la entidad

recurrente-, y que opera como presupuesto para el análisis de la cuestión controvertida, cual es el referido a la fijación del denominado “umbral de la temeridad” en los pliegos que rigen la presente licitación.

Como es sabido, en nuestra legislación en materia de contratación administrativa, en relación con las denominadas “bajas temerarias”, se establece el criterio de 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. De esta manera, y como este mismo Tribunal ha señalado en anteriores ocasiones, “la superación de los límites fijados en el pliego se configura como presunción de temeridad que debe destruirse por el licitador”, correspondiéndole a éste la justificación de la viabilidad de su proposición.

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, en particular, 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 pliego de cláusulas administrativas particulares, en su apartado 13.3.3, viene a fijar un determinado umbral, por debajo del cual las ofertas han de ser “justificadas” por las empresas licitadoras, “a fin de evitar que una baja excesiva sobre el presupuesto de licitación implique carencias en la prestación del servicio” –aunque no se califiquen como tales, se trata de las “ofertas con valores anormales o desproporcionados” del artículo 152 del TRLCSP-, fijándose, concretamente, dicho umbral en aquellas “ofertas que supongan bajas a partir del 5% del presupuesto de licitación a la totalidad del contrato”.

Pues bien, siendo cierto que, según se ha señalado, el legislador remite a los pliegos que rigen cada licitación la determinación del umbral o los criterios para la calificación de las

ofertas como anormales o desproporcionadas, a los efectos de la aplicación, en tales casos, de las previsiones contenidas en el artículo 152 del TRLCSP, lo cierto es que, a través del establecimiento de un umbral tan “elevado” como el que se establece en el supuesto examinado, podría llegar a desnaturalizarse 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 rechazar aquellas ofertas que, conteniendo valores extraordinariamente bajos –las “ofertas temerarias”-, previsiblemente no van a poder ser cumplidas adecuadamente por la empresa licitadora (en última instancia, como señala la Resolución de este Tribunal núm. 32/2012, de 26 de enero, se trata de “garantizar la ejecución del contrato haciendo efectivo el principio de eficiencia y necesidad del contrato plasmado en los artículos 1 y 22 de la citada Ley [TRLCSP]”, teniendo en cuenta “la importancia del cumplimiento de los fines institucionales que se persiguen con la contratación administrativa”, evitándose así “que la ejecución del contrato se frustre como consecuencia de una proposición que en atención a sus valores sea desproporcionada no cumpliéndose el fin institucional que se persigue con el contrato”), no resultaría procedente, en buena lógica, extender el régimen establecido en el artículo 152 del TRLCSP a todas 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 de la misma manera–entendemos- tampoco resultaría procedente extenderlo a aquellas proposiciones que, en atención al margen de diferencia cuantitativa que presenten respecto del precio de licitación, han de considerarse como bajas “normales” u “ordinarias” en el tráfico mercantil.

En el supuesto examinado, consideramos que el “umbral de temeridad” fijado en el PCAP podría conducir a la aplicación del régimen previsto en el artículo 152 del TRLCSP a ofertas –como, precisamente, la presentada por la oferta recurrente-, con un margen de baja (en el caso de GRUPO GENERALA, ofrece un 10,25 % de baja sobre el precio de licitación), que, de acuerdo con las reglas de la práctica comercial en el sector de que se trate, no pudieran ser tachadas como “anormalmente bajas” o “temerarias”.

A lo anterior debe añadirse que, con carácter general, y como ha señalado la Comisión Nacional de la Competencia en su *Guía sobre Contratación Pública y Competencia*, entre los aspectos que se recomienda evitar por parte de los órganos encargados de la

elaboración de los pliegos que rigen la licitación en los contratos públicos se encuentra la utilización de sistemas que establezcan con carácter previo a la presentación de las proposiciones el “umbral de temeridad”. Por su especial interés, reproducimos a continuación el Punto 10.-, incluido en el Apartado 2.-, subapartado Tercero “¿Cómo debe determinarse el diseño de los pliegos de condiciones de los contratos para favorecer la libre competencia?”, de la citada Guía:

“10. Conocimiento ex ante del umbral de anormalidad de las ofertas. 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”, esto es, el nivel del parámetro en cuestión a partir del cual la oferta se considerará desproporcionada.

La revelación de esta información puede restringir severamente la competencia, especialmente si el umbral establecido limita excesivamente el ámbito de posibles niveles del parámetro. Con carácter general, además de evitar su conocimiento a priori, es conveniente que los “umbrales de temeridad” de la oferta no estén expresados en valores absolutos, y que, como se ha indicado anteriormente, 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, e introducir el siguiente mecanismo para su depuración: a los oferentes con precios por debajo de dicho umbral, se les puede plantear la opción de reexaminar el contrato para decidir si desea ratificar su oferta o retirarla sin penalización, con la advertencia de que, una vez ratificada su oferta, no se le admitirá alegación alguna sobre defectos o dificultades surgidas para cumplir el contrato en los términos pactados. Posteriormente, en la fase de ejecución, si el contratista intenta resarcirse del menor precio ofertado cumpliendo defectuosamente el contrato, se le deben exigir responsabilidades para reparar el perjuicio ocasionado al interés público por su incapacidad para cumplir lo pactado”.

Ahora bien, una vez expuesto lo anterior, teniendo en cuenta que según constante criterio jurisprudencial y de este mismo Tribunal, los pliegos, al no haber sido impugnados, en su momento, por ninguna de las partes participantes en el proceso de licitación o

interesadas en el mismo, constituyen la ley del contrato, debiendo estarse a su contenido -a lo que debe añadirse que, como se ha señalado anteriormente, 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- en el caso sometido a examen, no puede sino mantenerse el carácter de la oferta presentada por GRUPO GENERALA como “oferta con valores anormales o desproporcionados”, a los efectos de la aplicación de las previsiones contenidas en el artículo 152 del TRLCSP, es decir, de desplazar hacia la empresa la carga de acreditar que la ejecución del contrato resulta viable, en los términos previstos en el mismo.

Séptimo. Primer grupo de argumentos para la impugnación del acuerdo recurrido.

Mantiene la empresa recurrente, como principal motivo de impugnación de la exclusión de su proposición (Motivos Segundo y Tercero del recurso y Puntos 1º, 5º y 6º de las Conclusiones), que la misma es improcedente por cuanto resulta, contraria a la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y de este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, al basarse exclusivamente dicha exclusión en el establecimiento por la empresa de unas condiciones salariales correspondientes al personal adscrito a la ejecución del servicio contratado que no cumplen las exigencias mínimas del convenio colectivo aplicable.

En este sentido sostiene la recurrente que, aun en el supuesto de que efectivamente de la documentación aportada para justificar la viabilidad de su oferta resultara la fijación para sus trabajadores unas condiciones retributivas inferiores a las previstas en el convenio colectivo, dicha circunstancia no permitiría la exclusión automática de su proposición, sino que habrían de analizarse otros elementos para determinar la viabilidad de su oferta.

En relación con ello, debemos señalar lo siguiente:

- i) En primer lugar hemos de advertir que, a pesar de que la recurrente insiste en mantener que la actuación e la Mesa resulta contraria a la doctrina de la JCCA (singularmente, la contenida en su Informe núm. 34/01, de 13 de noviembre) y de este Tribunal, lo cierto es que los pronunciamientos que se traen a colación se

refieren a un supuesto diferente del que aquí se examina, sin que sea extrapolable la conclusión a que en los mismos se llega a nuestro caso.

En efecto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Informe núm. 34/01 (y los que se citan en el mismo) analiza la cuestión de si es posible adjudicar un contrato a una empresa cuya oferta se encuentra por debajo del coste/hora fijado en el convenio colectivo del sector, o ha de ser rechazada tal proposición, llegando a la conclusión de que no procede, por esa sola razón, de manera automática, excluir una proposición presentada por una empresa licitadora. En este mismo sentido se ha pronunciado este Tribunal en distintas Resoluciones (por todas, cabe citar la Resolución núm. 308/2011, de 7 de diciembre, en la que se afirma que *“no resulta admisible –como pretende la recurrente- la exclusión del procedimiento de un licitador cuya única causa sea que su oferta está por debajo del coste fijado en un convenio colectivo”*, tratándose, en el supuesto contemplado por dicha Resolución, de una empresa cuya oferta no estaba incurso en “valores anormales o desproporcionados”, dado que los pliegos no introducían referencia alguna acerca de la inclusión de valores anormales o desproporcionados en las ofertas presentadas; o bien la Resolución núm. 19/2012, de 18 de enero, en la que se llega a idéntica conclusión–improcedencia de exclusión de determinada empresa de un procedimiento de licitación sobre la base del previsible incumplimiento por la misma de las exigencias mínimas en cuanto a los costes del personal a subrogar-, en relación con una empresa que, al igual que en el supuesto, no estaba incurso en “presunción de temeridad”, en este caso por no encontrarse su oferta económica entre los valores establecidos al efecto en los pliegos).

En el presente caso, sin embargo, la exclusión de la proposición presentada por la empresa recurrente se fundamenta en la falta de justificación de la viabilidad de la oferta, viabilidad que debería haber sido acreditada debidamente por parte de la empresa licitadora en el trámite oportuno, como consecuencia del hecho de que su oferta contiene valores anormales o desproporcionados, de acuerdo con lo establecido al efecto en los pliegos que rigen la licitación, todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 152 del TRLCSP.

En definitiva, una cosa es que una proposición sea excluida de una licitación por ofrecer la empresa un precio que, en sí mismo considerado, no permite cubrir los costes laborales exigidos por la normativa de aplicación, sin tener en cuenta si dicha oferta contiene valores anormales o desproporcionados según las previsiones contenidas al efecto en los pliegos que rigen la licitación, ni los distintos factores que pudieran justificar la viabilidad de dicha oferta a pesar del bajo precio ofrecido (posibles subvenciones recibidas por la empresa, exenciones o bonificaciones fiscales o de Seguridad Social, etc...), y otra cosa bien distinta es que una empresa cuya oferta contiene “valores anormales o desproporcionados”, cuando tiene que justificar que puede cumplir la oferta a pesar de estar incurso en “presunción de temeridad”, exponga –o de la información que presenta la misma se deduzca- que las condiciones salariales del personal adscrito a la ejecución del contrato no cumplirán el mínimo exigido por la normativa, legal o convencional, de aplicación, circunstancia ésta que, necesariamente, impediría avalar la viabilidad de la oferta. En este sentido este Tribunal, en su Resolución núm. 40/2012, de 3 de febrero, confirma la procedencia de la exclusión de una empresa a la que se había requerido para justificar la viabilidad de su oferta, al amparo del artículo 136 de la LCSP (actual artículo 152 del TRLCSP), por no acreditar la viabilidad de la ejecución del contrato al constatarse la existencia de unos costes salariales superiores a la oferta, una vez analizados estos con detalle.

- ii) En segundo lugar, y con independencia de lo anterior, debemos señalar que, tal como se advierte por el Órgano de contratación, en su informe, y por la empresa adjudicataria, en su escrito de alegaciones, lo cierto es que, en el presente caso, el pliego de cláusulas administrativas particulares, en su cláusula 13.3.3, exigía expresamente la *“desestimación de las ofertas con bajas superiores al 5% que [...] una vez estudiadas, en su caso, por una comisión técnica, resulten a su juicio desproporcionadas o temerarias, por no resultar convenientemente justificadas en su conjunto y en particular, **por contemplar costes laborales del personal de limpieza por debajo del nivel de retribución fijado por el convenio aplicable**”*.

Por lo tanto, uno de los elementos que debían ser valorados necesariamente, de manera específica, por la Mesa de contratación, en orden a determinar si la “baja

temeraria” de GRUPO GENERALA estaba convenientemente justificada, era, precisamente, el referente al cumplimiento por la empresa licitadora de las condiciones salariales fijadas en el convenio colectivo de aplicación, siendo así que, en caso contrario, y con base en este solo elemento, procedía la exclusión de la proposición, al establecerlo así los pliegos que rigen la licitación. Pliegos que, como se ha señalado anteriormente, según constante criterio jurisprudencial y de este Tribunal, al no haber sido impugnados, en su momento, por la empresa ahora recurrente, constituyen la ley del contrato, por lo que ha de estarse a su contenido, resultando ajustada a Derecho la actuación de la Mesa ajustada a las exigencias contenidas en los mismos, concretamente –en este caso- en lo relativo a la posible exclusión de la oferta presentada por una empresa que no garantiza el cumplimiento de la normativa laboral con los trabajadores a adscribir a la ejecución del contrato.

En conclusión, aun en el hipotético caso de que el criterio fijado en los pliegos pudiera no ajustarse, en su caso, a la doctrina de este Tribunal acerca de los elementos a tener en cuenta para apreciar la viabilidad de las ofertas que incluyen valores anormales o desproporcionados (lo que, por lo demás, no sucede, como se ha expuesto en el apartado anterior, siendo un motivo perfectamente justificado de exclusión de proposiciones en “baja temeraria” la falta de acreditación por parte de la empresa licitadora del cumplimiento de la normativa laboral, en un contrato cuyos costes laborales asociados a su ejecución representan más de un 80% de los costes totales necesarios para la misma), en el supuesto examinado constituía un elemento necesario para determinar la viabilidad de la oferta presentada por GRUPO GENERALA la comprobación el cumplimiento de las condiciones laborales impuestas en el convenio colectivo de aplicación.

- iii) Por lo demás debemos señalar que, a pesar de que la empresa recurrente mantiene que la exclusión de su proposición se basa, exclusivamente, en la fijación para los trabajadores adscritos al servicio de un nivel retributivo inferior al exigido en el convenio colectivo de aplicación, lo cierto es que no es ese el único y exclusivo motivo determinante de dicha exclusión, tal como se puede comprobar mediante la lectura de las conclusiones contenidas en el informe emitido por la

Comisión Técnica, anteriormente transcritas, de las que resulta que son distintos los factores tenidos en cuenta a la hora de conformar el criterio de la Mesa de contratación contrario a la justificación de la viabilidad de la oferta presentada por GRUPO GENERALA, y así, junto a la falta de acreditación del cumplimiento por la empresa de sus obligaciones retributivas derivadas del convenio colectivo vigente, también se tiene en cuenta la falta de rigor en los cálculos relativos al ajuste de plantilla que la empresa habría de acometer, como consecuencia de la diferencia entre el personal adscrito al contrato vigente y el personal necesario para la ejecución del contrato proyectado para el período 2013-2014, y, en definitiva, la falta de justificación de la viabilidad del ajuste de plantilla planteado por la empresa.

Octavo. Segundo grupo de argumentos para la impugnación del acuerdo recurrido.

Mantiene la empresa recurrente (Motivo Cuarto del recurso y Puntos 2º y 3º de las Conclusiones), que la viabilidad de su oferta se encuentra adecuadamente justificada, habiendo elaborado todos los cálculos realizados para justificar la misma con base en “estimaciones efectuadas desde su gran experiencia en gestión de recursos humanos en el sector”, y empleando, al efecto, “el criterio de razonabilidad y prudencia en cada una de las estimaciones”, mostrando su disconformidad con los cálculos efectuados por la Comisión Técnica para desvirtuar las manifestaciones efectuadas y los datos ofrecidos por la empresa recurrente.

En este punto debemos partir de una constatación fundamental, cual es la discrecionalidad técnica con que cuenta la Mesa de contratación (y, en última instancia, el Órgano de contratación) a la hora de valorar la suficiencia de la justificación aportada por las empresas cuyas ofertas se encuentran incursas en “valores anormales o desproporcionados”. En efecto, la valoración acerca de la posibilidad de cumplimiento del contrato por parte de la empresa que se encuentra en “baja temeraria”, con base en la justificación presentada por la empresa y en los informes técnicos recabados al efecto, constituye una manifestación particular de la denominada “discrecionalidad técnica” de la Administración, debiendo aplicarse la doctrina jurisprudencial elaborada, con carácter general, en relación con la posibilidad de revisión jurisdiccional de los actos administrativos dictados en ejercicio de las potestades discrecionales y, en particular, en

relación con la actuación de la Mesa de contratación en un expediente concreto al formar su criterio acerca de la viabilidad de una proposición que incluye valores desproporcionados o anormales, lo que necesariamente se encuentra vinculado a la formulación de un juicio de valor al respecto.

En este sentido debe apuntarse que, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y como ha tenido ocasión este Tribunal en distintas Resoluciones de señalar, **sólo en aquellos casos en que la valoración efectuada por la Mesa de contratación deriva del error, la arbitrariedad o el defecto procedimental** cabría entrar en su revisión, sin que se trate, a la hora de apreciar la posible existencia de error en la valoración, de realizar *“un análisis profundo de las argumentaciones técnicas aducidas por las partes sino más exactamente y tal como la jurisprudencia ha puesto de manifiesto, de valorar si en la aplicación del criterio de adjudicación se ha producido un **error material o de hecho que resulte patente de tal forma que pueda ser apreciado sin necesidad de efectuar razonamientos complejos**”* (Resolución de este Tribunal núm. 93/2012) –este criterio, si bien se emite en relación con la valoración efectuada por la Mesa de los criterios de adjudicación no valorables mediante fórmula sino dependientes de juicios de valor, resulta extrapolable a la valoración efectuada en relación con la suficiencia de la justificación presentada por una empresa acerca de la viabilidad de su proposición, cuando éste se encuentra en “baja temeraria”.

En el supuesto examinado mantiene la empresa recurrente que en la justificación de la viabilidad de su proposición se encuentra adecuadamente acreditada, con la documentación que la misma aportó, a requerimiento de la Mesa de contratación, el 30 de octubre de 2012.

Sin embargo, en el informe técnico, cuyo criterio fue asumido por la Mesa de contratación (y, ulteriormente, por el Órgano de contratación), se contiene una profusa y exhaustiva exposición de las distintas razones por las que se considera que no resulta justificada la viabilidad de la proposición presentada por GRUPO GENERALA. En concreto, y tras efectuar un detallado análisis de las estimaciones y los cálculos efectuados por la empresa recurrente, se alcanza la conclusión de que, por un lado, no se justifica suficientemente que la empresa vaya a alcanzar el nivel de retribución fijado por el convenio colectivo y, por otro lado, tampoco se justifica adecuadamente la viabilidad del

ajuste de plantilla que resulta necesario acometer para la ejecución del contrato, con el coste que la empresa asigna a dicho concepto (11.825,35 euros, por un reajuste que supone la realización de menos horas), teniendo en cuenta la reducción de personal en relación con el contrato anteriormente vigente.

Entiende este Tribunal, a la vista de la documentación aportada por la empresa y del contenido del informe emitido por la Comisión Técnica, que las conclusiones que en este se alcanzan se encuentran, en su conjunto, sólidamente fundamentadas, sin que las distintas explicaciones ofrecidas por la empresa recurrente en el escrito de interposición del recurso permitan desvirtuar, en su conjunto, la conclusión alcanzada por la Mesa de contratación, circunstancia ésta que, unida a la discrecionalidad técnica con que cuenta la Mesa de contratación en orden a valorar la suficiencia de la justificación aportada por la empresa sobre la viabilidad de su proposición, determina la improcedencia de la revisión de dicho criterio, teniendo en cuenta que no nos encontramos ante ninguno de los supuestos que permitirían la anulación en esta sede de la decisión del Órgano de contratación (error manifiesto y constatable sin necesidad de un examen técnico en profundidad, arbitrariedad, o defecto formal en la tramitación).

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^a. M.M.O. en representación de la empresa GRUPO GENERALA DE SERVICIOS INTEGRALES, PROYECTOS MEDIOAMBIENTALES, CONSTRUCCIONES Y OBRAS, S.L., contra la Orden de 21 de noviembre de 2012 del Director General de Patrimonio, Informática y Telecomunicaciones de la Consejería de Economía y Hacienda de la Región de Murcia, dictada en el expediente tramitado para la adjudicación del contrato relativo a la “Contratación Centralizada del servicio de limpieza de los inmuebles, dependencias y otros espacios de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para los ejercicios 2013-2014”, por la que se declara la exclusión de la proposición presentada por la empresa recurrente, y se

acuerda la adjudicación del contrato a la empresa FERROSER, SERVICIOS AUXILIARES, S.A., por considerar que la resolución recurrida se ajusta a Derecho.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión automática del procedimiento producida de conformidad con el artículo 45 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 Región de Murcia, en el plazo dos meses a contar desde el día siguiente a 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.