



Recurso nº 733/2014 C.A. Valenciana 094/2014

Resolución nº 706/2014

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

En Madrid, a 23 de septiembre de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D. F.R.G., en representación de la empresa GESTIÓN AMBIENTAL URBANA, S.L.U., (en adelante GEAMUR, o la recurrente), contra la adjudicación por el Ayuntamiento de Castalla (Alicante) del contrato de servicios de *"Mantenimiento de parques y jardines municipales"* -expediente 66/2014-, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Ayuntamiento de de Castalla (Alicante) convocó licitación para la contratación de los servicios de mantenimiento de parques y jardines municipales. El valor estimado del contrato se cifra en 599.979,34 euros y el presupuesto máximo anual (sin IVA) es de 149.994,84 euros. A la licitación se presentaron once ofertas, entre ellas la de la empresa recurrente.

Segundo. La licitación se lleva a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley de Contratos del Sector Público -cuyo texto refundido (en lo sucesivo TRLCSP) fue aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre-, así como 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 (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Tercero. En la cláusula IV del Pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), tras detallar los tramos, según porcentaje de baja, para puntuar las ofertas económicas (hasta un



máximo de 55 puntos), se indica que: *“Se consideran desproporcionadas aquellas ofertas cuyo precio sea inferior a la media de precios ofertados menos un 10%”*.

Cuarto. En acto público de la mesa de contratación de 28 de mayo de 2014, se dio lectura a las puntuaciones obtenidas en los criterios técnicos. La recurrente obtuvo la segunda mejor puntuación (42 puntos); a la empresa Hernández Jardineros, S.L.U. se le otorgó la máxima puntuación (45 puntos). A continuación se procedió a la apertura de sobres y lectura de las ofertas económicas. La oferta de GEAMUR (127.000 €) fue la segunda más económica. Sólo dos de las ofertas superaron los 141.000 euros.

De acuerdo con el informe técnico emitido el 30 de mayo, ninguna de las ofertas quedó por debajo del umbral de temeridad definido en el PCAP; la media de los precios ofertados se situó en 134.320,22€ y la más baja de las ofertas presentadas (la de la recurrente) resulta sólo un 5,4% por debajo de la media. En la aplicación de los criterios de valoración, la recurrente obtiene la puntuación total más alta (95,03 puntos, de los que 53,03 corresponden a la oferta económica). No obstante, en el informe técnico se indica que *“para tener un servicio eficaz”*, el precio no debería ser inferior a 141.000€.

En la siguiente sesión de la mesa de contratación (10 de junio) se propuso la adjudicación en favor de Hernández Jardineros, S.L.U. (en adelante, la adjudicataria), cuya oferta económica era la más elevada (145.448,10€) y que resultaba clasificada en penúltimo lugar con un total de 55,49 puntos. Según consta en el acta de la mesa:

“En la valoración de los criterios evaluables de forma automática, el técnico informa que ninguna oferta es desproporcionada al no haber ninguna inferior a la media menos un 10% y que atendiendo a la oferta económica, considera que la oferta de la empresa Gestión Ambiental Urbana S.L.U no puede asumir el coste de todo el personal, el cual no debería ser inferior a 141.000,00 €. Según consta en el informe: “(...) Se estima que, para tener un servicio eficiente, el costo no debería ser inferior a los 141.000 € de presupuesto de contrata, ya que, partiendo de un pres. de ejecución material ajustado de 126.000€, solo quedaría disminuir los G.G. y el B.I. Si razonablemente se disminuyera al 9% los gastos generales y al 3% el beneficio industrial, el presupuesto de contrata rondaría los mencionados 141.000 euros. No obstante lo anterior la Mesa de Contratación, con su mejor criterio, elegirá lo que estime oportuno.”



El Sr. Alcalde y el concejal miembro de la mesa hacen suya la observación del técnico *“porque a su juicio existe una baja temeraria de las empresas que han ofertado un importe inferior a 141.000 euros”*. Aunque el Secretario y la Interventora Municipal dejaron constancia de que el adjudicatario debía ser el que había obtenido la mayor puntuación, esto es GEAMUR, consta en acta que:

“Según el Sr. Alcalde, excluyendo a los que han ofertado por debajo de 141.000 Euros sin IVA, sólo quedan dos empresas, Patologías y Obras Civiles S.L con un total de 44,37 puntos, y Hernández Jardineros, S.L.U con un total de 55, 49 puntos, por lo tanto, de los dos licitadores, el que más puntuación ha obtenido es Hernández Jardineros, S.L que debe ser el adjudicatario del contrato. Y al resto de licitadores se les valora sólo con la puntuación obtenida en los criterios dependientes de un juicio de valor.”

Con los votos en contra del Secretario y la Interventora y el voto de calidad del Alcalde, la mesa de contratación propuso la adjudicación en favor de la empresa indicada. Así lo acordó la Junta de Gobierno Local el 28 de julio.

El acuerdo se notificó a la recurrente el 12 de agosto, con pie de recurso de un mes (recurso de reposición ante el Alcalde) o de dos meses (ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo). En el acuerdo notificado sólo consta la puntuación de las ofertas, todas ellas salvo dos con cero puntos en los criterios evaluables de forma automática.

Según el anuncio publicado el 14 de agosto de 2014 en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Castalla, el contrato se había formalizado el 31 de julio con Hernández Jardineros, S.L.U. por importe de 703.968,80 euros IVA incluido.

Quinto. Contra el citado acuerdo de adjudicación, el 4 de septiembre de 2014 tiene entrada en el registro de este Tribunal escrito de GEAMUR, de interposición de recurso especial en materia de contratación, previamente anunciado al Ayuntamiento. Manifiesta en el mismo que, antes de que se le notificara la adjudicación, se le informó verbalmente del criterio adoptado por la mesa de contratación, por lo que solicitó información sobre el mismo y dio cuenta de lo que considera



irregularidades en el procedimiento y vulneración de los principios de publicidad, igualdad y transparencia.

Considera la recurrente que en el acuerdo de adjudicación, el Ayuntamiento *“sin justificación ni fundamentación alguna”* valora con cero puntos la oferta de GEAMUR en el criterio evaluable de forma automática, lo que es *“totalmente erróneo, incorrecto, injustificado e ilícito”*, por cuanto de acuerdo con lo preceptuado en el PCAP le corresponderían 53,03 puntos. La consideración de la mesa de contratación (según la información verbal que se les facilitó) de que cualquier oferta que fuera inferior a 141.000€ sería inviable, además de vulnerar los principios de igualdad y transparencia, *“supondría una modificación unilateral de las condiciones del contrato... Ello tiene especial gravedad, por cuanto es la propia administración que ahora vulnera el contenido del pliego quien elaboró el pliego de cláusulas administrativas, yendo por tanto en contra de sus propios actos. Si se consideraba que cualquier oferta inferior a los 141.000,00 Euros, ello es lo que debería haber constado en el pliego de cláusulas administrativas particulares, a los fines de que cualquier empresa licitadora tuviera conocimiento de ello, y actuara en consecuencia...”*. Y aun en el caso de que la oferta hubiera resultado desproporcionada, debería haber dado audiencia al licitador.

Considera por último que el acuerdo de adjudicación recurrido *“adolece de una evidente falta de motivación”*. Solicita que se declare la nulidad del mismo y se proceda a la adjudicación en favor de GEAMUR o, subsidiariamente, *“se declare la nulidad de las actuaciones llevadas a cabo en el presente procedimiento de adjudicación por los defectos que lo vician, y por consiguiente, se acuerde la retroacción del mismo al momento de producirse la valoración de las ofertas”*. Solicita también *“que se estime procedente la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a la empresa...”*, y el acceso al expediente de contratación y documentación solicitada (oferta de la adjudicataria; actas de la mesa e informes técnicos).

Sexto. El 12 de septiembre se recibió en el Tribunal el expediente administrativo, completado el 16 de septiembre con el correspondiente informe del Ayuntamiento en el que, tras referirse al informe del técnico municipal transcrito en el antecedente cuarto, considera *“que queda demostrado el carácter infundado de la falta de motivación de la resolución recurrida que invoca el interesado, debiendo ser desestimada en este sentido; el resto de los defectos aducidos, errónea valoración de su oferta, patente arbitrariedad y desviación de poder de la resolución recurrida deberán correr igual suerte puesto que resulta evidente que a la vista de la valoración*



económica de las partidas relativas a los costes de personal contenidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas y las tablas salariales... del personal a subrogar, los importes consignados por Gestión Ambiental Urbana, S.L., sobre todo en materia de personal, determinan la absoluta convicción, tanto de la Mesa de contratación como de este órgano adjudicador, de la imposibilidad del cumplimiento del contrato por parte del recurrente al ser anormalmente bajos en comparación con los establecidos en el Convenio del sector y máxime si opera la subrogación”.

Séptimo. El 15 de septiembre, la Secretaría del Tribunal dio traslado de los recursos a los licitadores que habían presentado oferta para que pudieran formular alegaciones, sin que se haya evacuado el trámite conferido.

Octavo. El 19 de septiembre, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió mantener la suspensión del expediente de contratación, como consecuencia de lo establecido en el artículo 45 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Se recurre la adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado supera los 207.000 euros, acto susceptible de recurso especial en materia de contratación de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP. La competencia para resolver el recurso corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP y en el Convenio de colaboración suscrito al efecto con la Generalitat Valenciana, publicado en el BOE de 17 de abril de 2013.

No obstante, debe precisarse que existe un límite a esa competencia, respecto a la pretensión de la recurrente de que se estime que debe ser la adjudicataria. Como hemos señalado en múltiples resoluciones (como referencia la 191/2012, de 12 de septiembre), la función del Tribunal es *“exclusivamente una función revisora de los actos recurridos..., pero sin que en ningún caso pueda sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación,... so pena de incurrir en incompetencia material sancionada con nulidad radical”*. Por tanto, debe inadmitirse dicha pretensión por falta de competencia de este Tribunal.



Segundo. El recurso se ha interpuesto por persona legitimada para ello, toda vez que la entidad recurrente concurrió a la licitación. Es, por tanto, titular de un derecho o interés legítimo en los términos exigidos por el artículo 42 del indicado dicho texto legal.

Tercero. En cuanto al plazo de interposición, la resolución que se impugna fue comunicada el 12 de agosto. De acuerdo con lo establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP el procedimiento de recurso *“se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado”*, con lo que el plazo finalizaría el 30 de agosto.

Pero, como hemos señalado en otras resoluciones (como referencia en la Resolución 096/2014, de 5 de febrero), en el presente caso se ha de entender que se han cumplido los requisitos de plazo en la interposición del recurso, por cuanto en la notificación de adjudicación, erróneamente, se dio pie de recurso de alzada en el plazo de un mes, como se indica en el antecedente cuarto. Por tanto, al no haber referido la posibilidad de recurso a lo establecido en el TRLCSP, debe entenderse que el plazo para interponer el recurso especial sería de un mes.

Cuarto. Sobre la falta de motivación en la notificación del acuerdo de adjudicación, la recurrente considera que no se han cumplido los requerimientos del artículo 151.4 del TRLCSP de que tal notificación contenga *“las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas”*.

Como se indicó en el antecedente cuarto, en el acuerdo de adjudicación notificado sólo se recogen las puntuaciones de cada proposición, pero no consta fundamento alguno sobre la razón de asignar 0 puntos a casi todas las ofertas económicas (entre ellas la de GEAMUR). Es obvio que la recurrente, con esa sola notificación no disponía de la información suficiente para poder interponer fundadamente el oportuno recurso, por lo que mal puede entenderse que se le haya comunicado *de forma motivada* el resultado de la adjudicación acordada.

Esta falta de motivación no ha sido subsanada, por cuanto no se le ha facilitado a la recurrente ni el informe de valoración de las ofertas económicas, ni las actas de la mesa de contratación en que se basa la puntuación de aquellas. No obstante, siquiera en forma verbal y tal como señala la propia recurrente, se le comunicaron los motivos por los que no resultaba adjudataria, lo que le ha permitido disponer de información suficiente para formular recurso suficientemente



fundado. Por tanto, en el fundamento siguiente consideraremos las cuestiones de fondo planteadas.

Quinto. Tal como se expone en los antecedentes de hecho, la oferta económica de GEAMUR no está incurso en presunción de anormalidad o desproporción, le correspondía la puntuación más alta entre las ofertas presentadas y resultaba, por tanto, la más ventajosa económicamente de acuerdo con los criterios de valoración establecidos en el PCAP.

El acuerdo de la mesa de contratación de valorar con cero puntos todas las ofertas económicas por debajo de 141.000 euros no se funda en disposición o cláusula alguna de los pliegos, sino en la mera afirmación de un técnico municipal de que *“para tener un servicio eficiente”* el coste no puede estar por debajo de tal cantidad. Para llegar a tal cifra, parte del presupuesto de ejecución material y unos gastos generales mínimos del 9% y un beneficio del 3%.

En el Pliego de prescripciones técnicas (PPT) se incluye el detalle del cálculo para la determinación del presupuesto de licitación en el que los costes de personal se cifran en 119.091,09€, los gastos generales en un 13% y el beneficio industrial en el 6%.

La cifra “decisoria” de 141.000€ no figura en ningún lugar de los pliegos, ni como parámetro para establecer el umbral de temeridad de las ofertas, ni como referencia para formularlas y su determinación, como obviamente se aprecia de lo indicado en los párrafos anteriores, carece de fundamento alguno y resulta totalmente arbitraria. Con igual (falta de) fundamento valdría concluir que no se podría prestar un *servicio eficiente* con cualquier oferta por debajo del precio de licitación o, con mayor fundamento, por debajo de 120.000€, cifra al fin más cercana al umbral de temeridad establecido en el PCAP y que, a tenor de las ofertas presentadas, se cifra en 120.888€.

La decisión de dar un valor cero a todas las ofertas por debajo de la cifra indicada es errónea porque el PCAP establece claramente al definir la fórmula de puntuación de las ofertas económicas que las que se valoran con cero puntos son aquellas *“que no presenten baja alguna -baja porcentual cero-”*.

Tal decisión es improcedente porque en el trámite de valoración de las ofertas económicas, sólo cabe la puntuación de las mismas de acuerdo con la fórmula de valoración establecida en el PCAP y en modo alguno procede la aplicación de criterios o “filtros” no previstos.



La “*absoluta convicción*” del Alcalde y de la Junta de Gobierno Local de que los importes consignados por GEAMUR, “*sobre todo en materia de personal*”, imposibilitan el cumplimiento del contrato “*al ser anormalmente bajos en comparación con los establecidos en el Convenio del sector y máxime si opera la subrogación*”, no se basa en dato alguno que la avale. Nueve de las once empresas que presentaron oferta tenían una convicción diferente y, por lo demás, las ofertas económicas -presentadas según el modelo incluido en el Anexo I del PCAP- sólo detallan el importe total ofertado sin desglose alguno de los costes de personal considerados.

Como hemos resaltado en otras resoluciones (como referencia en la Resolución 422/2013, de 26 de septiembre), el establecer umbrales de temeridad no previstos en los pliegos supone una clara arbitrariedad, “*pues es el órgano de contratación –directamente o a propuesta de la mesa- el que, como es el caso, a la vista de las ofertas económicas presentadas decide el parámetro que ha de considerarse para determinar las ofertas presuntamente anormales o desproporcionadas...Es evidente que la situación descrita..., afecta a los principios de igualdad y no discriminación, que deben presidir la contratación pública, recogidos en los artículos 1 y 139 del TRLCSP, pues no es un criterio objetivo con el que se establece la presunción de anormalidad o desproporción de una oferta, en la medida que... se determina de forma arbitraria por el órgano de contratación una vez conocidas las ofertas de los licitadores, lo cual permite discriminar la ofertas de unos frente a las de otros*”.

Para más afrenta de la ley, la mesa de contratación ni siquiera pidió justificación de una oferta que consideraba “*anormalmente baja*”, sino que decidió, con el voto dirimente del Alcalde, que debía valorar con cero puntos las ofertas que le parecieron bajas.

En suma, la decisión adoptada por la mesa de contratación no sólo cabe tacharla de errónea, improcedente, discriminatoria y falta de fundamento, sino también de imprudente, arbitraria e injusta y ejecutada con un evidente abuso de autoridad. Por tanto, procede la estimación del recurso y la consiguiente anulación del acuerdo de adjudicación.

Sexto. Tal como se indica en el antecedente cuarto, la formalización del contrato se efectuó antes de la notificación de la adjudicación a los licitadores. Se incumple con ello con lo dispuesto en el artículo 156 del TRLCSP, que en su apartado 3 dispone:

“3. Si el contrato es susceptible de recurso especial en materia de contratación conforme al artículo 40.1, la formalización no podrá efectuarse antes de que transcurran quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos...”



El órgano de contratación requerirá al adjudicatario para que formalice el contrato en plazo no superior a cinco días a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, una vez transcurrido el plazo previsto en el párrafo anterior sin que se hubiera interpuesto recurso que lleve aparejada la suspensión de la formalización del contrato. De igual forma procederá cuando el órgano competente para la resolución del recurso hubiera levantado la suspensión...”.

Al haber incumplido de manera palmaria con lo dispuesto en el artículo transcrito, se ha privado al licitador de la posibilidad de interponer recurso especial antes de la formalización del contrato. A tal efecto, en el apartado 1 del artículo 37 del TRLCSP relativo a los supuestos especiales de nulidad contractual se establece que:

“1. Los contratos sujetos a regulación armonizada... así como los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a 207.000 euros serán nulos en los siguientes casos:

a) ...

b) Cuando no se hubiese respetado el plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 156.3 para la formalización del contrato siempre que concurren los dos siguientes requisitos:

1º Que por esta causa el licitador se hubiese visto privado de la posibilidad de interponer el recurso regulado en los artículos 40 y siguientes y,

2º que, además, concorra alguna infracción de los preceptos que regulan el procedimiento de adjudicación de los contratos que le hubiera impedido obtener ésta.”.

De acuerdo con lo dispuesto en las disposiciones transcritas, el contrato debe declararse nulo no sólo por anular la adjudicación (artículo 35.1 del TRLCSP), sino también por haberse formalizado antes de notificar la adjudicación a los licitadores.

Séptimo. La entidad recurrente, sin concretar la cuantía reclamada, solicita una indemnización de los daños y perjuicios causados a concretar en caso de que fuera imposible la adjudicación en su favor.

A este respecto, el artículo 47.3 del TRLCSP establece que *“a solicitud del interesado y si procede, podrá imponerse a la entidad contratante la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso”.* El artículo 48 se refiere a que la determinación de la



indemnización se fije “*atendiendo en lo posible a los criterios de los apartados 2 y 3 del artículo 141 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*” y “*deberá resarcir al reclamante cuando menos de los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación*”.

El contrato fue formalizado el 31 de julio y la cláusula IX.2 del PCAP establece que “*La fecha de comienzo de los trabajos será la del siguiente al de la firma del documento de formalización del contrato...*”. Por otra parte, el propio órgano de contratación consideró que el beneficio mínimo debía ser del 3% del presupuesto de ejecución material, es decir un mínimo de 3.780 €/año (315 €/mes). Debe cifrarse la indemnización por tanto en la cuantía de 315 €/mes durante el periodo que medie desde el 1 de agosto hasta que se formalice un nuevo contrato adjudicado de acuerdo con los criterios establecidos en el PCAP.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar, por los argumentos contenidos en los fundamentos de esta resolución, el recurso interpuesto por D. F.R.G., en representación de la empresa GESTIÓN AMBIENTAL URBANA, S.L.U., contra la adjudicación por el Ayuntamiento de Castalla (Alicante) del contrato de servicios de “*Mantenimiento de parques y jardines municipales*”, anular la adjudicación y el contrato indebidamente formalizado y retrotraer las actuaciones al momento anterior a la valoración de las ofertas económicas para que se puntúen de acuerdo con la fórmula establecida en los pliegos.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento de contratación producida de conformidad con lo establecido en el artículo art. 45 del TRLCSP.

Tercero. Imponer al Ayuntamiento de Castalla la obligación de indemnizar a GESTIÓN AMBIENTAL URBANA, S.L.U. en la cantidad de 315 €/mes durante el periodo que medie desde el 1 de agosto hasta que se formalice un nuevo contrato adjudicado de acuerdo con lo establecido en el acuerdo primero.

Cuarto. 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 dos meses, a contar desde el día siguiente al de 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.