



Recurso nº 654/2014 GA-83 y 727/2014 GA-94

Resolución nº 661/2014

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 12 de septiembre de 2014.

VISTO el recurso formulado por D. J. R. L., con DNI 77.592.081-V, en nombre y representación de la sociedad LIMPIEZAS SAN FROILAN S.L (en adelante SAN FROILAN), con CIF B27257815, con el acuerdo de exclusión de 17 de julio de 2014 de la Mesa de Contratación constituida en el procedimiento de contratación iniciado por la Universidad de Santiago de Compostela (en adelante, USC) (recurso 654/2014) y contra el acuerdo del Rector de la USC, como órgano de contratación, de 13 de agosto de 2014 de adjudicación dictado en el curso del citado procedimiento (recurso 727/2014), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El órgano de contratación, la USC, inició por acuerdo de 25 de abril de 2014 procedimiento de contratación para la adjudicación del contrato de servicios de "Limpieza en edificios y locales del Campus de Lugo de la USC expediente 2014-CSEA 1-000008". El anuncio de licitación del citado procedimiento fue publicado en el DOGA 6 de mayo de 2014 y en el BOE en 12 del mismo mes y año.

Segundo. El 9 de junio de 2014 se reúne la Mesa de Contratación para la apertura de la documentación administrativa presentada por los licitadores y, en lo que aquí interesa, tras analizar dicha documentación y requerir la subsanación de los defectos detectados, acordó admitir a todas las empresas que se presentaron a la licitación.



Tercero. Reunida nuevamente la mesa el 16 de junio de 2014 se procedió a la apertura del sobre B, relativo a las ofertas no evaluables mediante fórmula. El 4 de julio de 2014 se procede a la apertura del sobre C, relativo a las ofertas evaluables mediante fórmula. A la vista de las ofertas presentadas, el 7 de julio de 2014 la empresa CLECE S.A. (en adelante, CLECE) efectuó alegaciones en relación con la oferta presentada por SAN FROILAN, por entender que la misma no se ajustaba a los pliegos y solicitando la exclusión de dicha entidad. El 17 de julio de 2014 se reúne nuevamente la mesa tras analizar tales alegaciones, acordando la exclusión de la empresa SAN FROILAN. Dicha decisión fue notificada a la empresa 22 de julio de 2014, procediendo a formular el correspondiente recurso especial el 7 de agosto de 2014, que fue objeto de previo anuncio el día 1 del mismo mes y año.

Cuarto. Recibido en este Tribunal el expediente, acompañado del informe del órgano de contratación, la Secretaría dio traslado del recurso interpuesto a las otras empresas licitadoras en fecha 26 de agosto de 2014, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen. El 27 de agosto de 2014 presentó escrito de alegaciones la entidad CLECE.

Quinto. Paralelamente, dado que no se había acordado la suspensión del procedimiento, el 13 de agosto se dicta acuerdo de adjudicación del contrato a favor de la entidad CLECE, acuerdo que fue notificado a la ahora recurrente el 19 de agosto. El 29 del mismo mes se formuló recurso contra este último acuerdo. Recibido igualmente el expediente en la Secretaría de este Tribunal, se procedió a dar traslado del mismo al resto de licitadores, habiéndose recibido alegaciones del CLECE el 10 de septiembre de 2014.

Sexto. Si bien en el escrito de interposición del recurso contra el acuerdo de exclusión no se solicitaron medidas cautelares, la presentación del recurso contra el acuerdo de adjudicación determina la suspensión automática del procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 TRLCSP.



FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común -aplicable al procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación en virtud del artículo 46.1 del TRLCSP- este Tribunal ha dispuesto la acumulación de los procedimientos de recurso números 654/2014 y 727/2014 por guardar entre sí identidad sustancial, haberse presentado por el mismo licitador y dirigirse ambos contra actos sucesivos en la licitación del mismo contrato.

Segundo. Ambos recursos se interponen ante este Tribunal, que es competente para resolverlos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y en el Convenio suscrito al efecto el 12 de noviembre de 2013 entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Galicia y publicado en el BOE el día 25 de noviembre de 2013.

Tercero. Ambos recursos se interponen frente a actos recurribles; en el primer caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.2 b) TRLCSP, por tratarse de un acto de trámite de exclusión de licitadores y en el segundo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.2 c) por tratarse del acuerdo de adjudicación, ambos dictados en un procedimiento para la licitación de un contrato de servicios clasificados dentro de la categoría 14 y, en virtud del presupuesto de licitación, sujeto a regulación armonizada y por lo tanto competencia de este Tribunal de conformidad con lo previsto en el artículo 40.1 a) del mismo texto legal.

Cuarto. Ambos recursos están interpuestos en plazo y por persona legitimada para ello, dado que se trata del licitador afectado por el acuerdo de exclusión y cuya oferta, por tanto, no fue valorada a la hora de decidir sobre la adjudicación del procedimiento.

Quinto. El motivo por el que fue excluido el licitador, según consta en el acuerdo de la mesa de contratación fue la formulación de una oferta económica que devenía inaplicable la fórmula matemática contenida en los pliegos, lo que resultaría contrario a los principios de libre concurrencia e igualdad de trato.



Sexto. En su recurso, SAN FROILAN efectúa las siguientes alegaciones:

a) En primer lugar, señala que la mesa de contratación únicamente podrá excluir a los licitadores cuando sus ofertas no se ajusten a los requisitos mínimos establecidos en los pliegos, cosa que no ocurre en el presente caso.

b) En segundo lugar, que el posible error cometido por SAN FROILAN en la formulación de su oferta sería, en todo caso, imputable al órgano de contratación pues se deriva de la falta de establecimiento de unos límites mínimos a la valoración del criterio relativo al precio/hora en los servicios extraordinarios.

c) En tercer lugar, señala que el defecto detectado en la oferta presentada por SAN FROILAN era susceptible de ser resuelto mediante una mera aclaración, sin necesidad de acudir a modificación sustancial de su oferta, posibilidad expresamente admitida por la doctrina de este Tribunal y otros Tribunales de Justicia.

d) Finalmente, señala que en otros procedimientos con idénticas fórmulas de valoración de ofertas, el mismo órgano de contratación y la misma mesa de contratación admitieron la oferta así formulada.

Séptimo. Frente a tales alegaciones, el órgano de contratación formula su informe en el sentido de que admitir la oferta formulada por SAN FROILAN supondría una vulneración del principio de igualdad de trato, libre concurrencia y no discriminación, pues implicaría necesariamente que el resto de licitadores tendría una puntuación igual cero, haciendo imposible la ordenación decreciente de las ofertas presentadas por éstos, con lo que se incumplirían los principios que han de regir la contratación pública.

Señalan además que en el caso del otro procedimiento de licitación a que alude el recurrente el máximo de puntos a repartir era de 2, por lo que apenas tuvo influencia en la valoración, razón por la cual fue admitido.

Por su parte, CLECE, alude a la doctrina de este Tribunal contenida en las resoluciones 224/2011 y 120/2013, según la cual la presentación de ofertas que de facto impidan una



ordenación matemática del resto de licitadores resultan inadmisibles por implicar una vulneración del principio de igualdad, señalando que lo que hubiera ocurrido en otras ocasiones no resulta en este caso de aplicación. Asimismo alude a la doctrina emanada de éste y otros Tribunales sobre la inmutabilidad de las ofertas presentadas y la imposibilidad de que por parte del órgano de contratación se otorguen plazos de subsanación de ofertas que no vayan más allá de una mera aclaración puntual.

Octavo. Para resolver la presente cuestión debemos partir de lo dispuesto en los pliegos de contratación que, como es bien sabido, constituyen la Ley del contrato. En particular, en relación con los criterios evaluables mediante fórmula, que constituye el núcleo de lo que aquí se discute, dispone el artículo 150 TRLCSP:

“2. Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo.

En la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos. Cuando en una licitación que se siga por un procedimiento abierto o restringido se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, deberá constituirse un comité que cuente con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a estos últimos criterios, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos.

La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba



hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada.”

Debe tenerse en cuenta que el principio de igualdad de trato, transparencia y no discriminación exigen que los criterios evaluables mediante fórmula puedan dar como resultado una valoración absolutamente objetiva, no sometida a ningún tipo de juicio de valor ni de carácter técnico ni jurídico ni económico ni de otra índole, pues de lo contrario podría vulnerarse el principio de igualdad. Es precisamente esa particularidad la que determina que los criterios no evaluables mediante fórmula sean valorados con anterioridad a la apertura de los sobres relativos a criterios evaluables mediante fórmula, de suerte que esa valoración subjetiva no se encuentre mediatizada por el resultado final de la licitación, eliminando cualquier sombra de parcialidad en el resultado de la valoración técnica.

Además es necesario que tales criterios tengan por objeto determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa para la Administración, lo que exige que sean coherentes con el objeto del contrato y sirvan materialmente a dicho propósito.

En las alegaciones formuladas por la entidad CLECE, se hace referencia a dos resoluciones de este Tribunal que, a su entender, darían por zanjada la presente cuestión a favor de sus postulados y así lo entiende igualmente el órgano de contratación que, aunque no las menciona expresamente también alude a la “jurisprudencia” del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

En dichas resoluciones, la número 224/2011 y la número 120/2013, se considera formulada erróneamente una oferta en la que el número de horas/hombre adicionales a las del pliego o el número de kilos de fundente a suministrar respectivamente se ofrecían de forma “ilimitada” o “sin límite”. En tales casos, el Tribunal llegó a la conclusión de que las ofertas adolecían de una excesiva indeterminación que impedía valorarlas, al ofrecer servicios o suministros de imposible utilización por parte de la Administración, lo que además supondría una ruptura del principio de libre competencia al impedir valorar al resto de licitadores.



En tales casos, el motivo fundamental por el que se considera que la oferta formulada en tales términos no era válida no era tanto la puntuación del resto de licitador, como el hecho de que lo que la mejora o ventaja que ofrecía aquel licitador no era en realidad susceptible de ser utilizada por la Administración, y sin embargo, la estricta aplicación de la fórmula matemática determinaba que éste obtuviera la máxima puntuación y el resto 0 puntos, pese a que en realidad el servicio o suministro ofertado no era susceptible de un mejor aprovechamiento. En definitiva, en ambos casos se considera que quienes efectuaron su oferta en tales términos utilizaron torticeramente la fórmula matemática para asegurarse una puntuación mayor, sin que ello redunde en una mayor ventaja para la Administración.

Así, en el caso de la resolución 120/2013 se ofrecía un número ilimitado de kilos de fundente para nevadas, siendo así que era evidente que la Administración no podría en ningún caso utilizarlos todos, pues lo que se ofrecía era “infinito”.

*“En el caso del criterio “Suministro de fundente para nevadas” (valorado con un máximo de 3 puntos), al no establecerse un umbral máximo se está favoreciendo que los licitadores oferten para este criterio suministros innecesarios con el objeto de obtener una mejor puntuación. Así lo pone de manifiesto el hecho de que haya licitadores que oferten kilogramos de fundente sin límite, y ello sin entrar a considerar otras ofertas en las cuales el suministro de fundente ofertado parece ciertamente elevado (superior a los 20.000 kg). El órgano de contratación, en su establecimiento debió de controlar su aplicación para evitar que el mismo se convirtiera en algo que solo afecta a la puntuación de la oferta y no a su aplicación en el contrato, **obviando de esta manera -el criterio aquí analizado- el objetivo de contribuir a la determinación de la oferta más ventajosa.**”*

En este caso, además, debe precisarse que el recurso fue inadmitido por extemporáneo, habiéndose incluido esta argumentación con carácter “obiter dicta”.

Por su parte, en el caso de la resolución 224/2011 se trata de un contrato de servicios donde uno de los criterios de valoración era el número de horas/hombre adicionales que se ofertaban en el caso de que existieran eventos extraordinarios, habiendo ofrecido una de las licitadoras un número “ilimitado”:



*“El de la oferta presentada por FAIN Ascensores sería un caso límite, **cuya aparente ventaja sobre otras ofertas no se utilizaría con toda probabilidad a lo largo de la vigencia del contrato.** Pero es que además, por la forma en que está formulada, deviene, en teoría, superior a las ofertas del resto de licitadores, cualquiera que fuera el valor que éstos hubiesen presentado, no siendo posible la comparación con ellas; e impide por otra parte el cálculo de puntuaciones distintas para cada oferta por aplicación de las fórmulas matemáticas contenidas en el pliego, conocidas y aceptadas por todos los licitadores incluida la recurrente. Otorgar cualquier valor a los criterios no cuantificados por FAIN vulneraría los principios de la contratación pública por lo que, en estas condiciones, no se podría llevar a cabo la selección de la oferta más ventajosa de acuerdo con los preceptos de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. La única interpretación posible de los pliegos es presentar la oferta cuantificada en todos sus apartados, como han hecho todos los licitadores excepto FAIN, no siendo procedente aceptar los planteamientos del recurso.”*

Noveno. Pues bien, a juicio de este Tribunal, la situación que se analiza en el presente supuesto no es comparable a las anteriores. Así, la oferta de SAN FROILAN no es indeterminada; no se ofrecen un número de horas indeterminado, sino que, por el contrario, aparece debidamente determinada, al ofrecer un precio de 0 euros en relación con la hora/día laborable para servicios extraordinarios. Tal oferta supone además una evidente ventaja para la Administración, de la cual podrá beneficiarse de forma inmediata, ya que podrá exigir al licitador la relación de esos servicios extraordinarios durante los días laborables sin coste alguno para ella.

Debe destacarse, además, que en ninguno de los supuestos analizados en el punto anterior decidió el órgano de contratación la exclusión de la oferta así presentada, tal y como ocurre en el presente supuesto, sino que en el primer caso de hecho se adjudicó a la empresa que había incurrido en la citada indeterminación sin que el Tribunal se pronunciara sobre las consecuencias de la misma, por haberse inadmitido el recurso por extemporáneo y en el segundo caso lo que se acordó fue la no valoración del criterio concreto de la oferta así presentada por la licitadora, es decir, otorgando una puntuación de 0 euros en ese concreto criterio y procediendo a valorar el resto.



En este caso, por tanto no se trata de una oferta de realización imposible, sino que, por el contrario, se trata de una oferta concreta, que es perfectamente valorable por la Administración y de la que sí podrá beneficiarse materialmente, constituyendo para ésta una ventaja cuantitativamente igual a la diferencia entre el precio ofertado por el resto de licitadores y el ofrecido por SAN FROILAN. No estamos ante un supuesto en que el licitador utiliza torticeramente la fórmula matemática del pliego para eliminar la competencia, al ofrecer un servicio a sabiendas que es de imposible realización y por tanto sin coste alguno para él, sino que ofrece un servicio que es de interés para la Administración, asumiendo el riesgo de que tal servicio podrá serle exigido y como tal ha sido expresamente valorado en los pliegos.

El hecho de que la valoración de la oferta efectuada dé lugar a una mayor igualdad entre el resto de licitadores es consecuencia de la fórmula elegida por el órgano de contratación, que no es probablemente la más respetuosa con el principio de proporcionalidad. No obstante, los pliegos no fueron discutidos por ninguno de los licitadores, que aceptaron expresamente su validez y por tanto no puede dar lugar en ningún caso a la exclusión de la oferta efectuada, que cumple, en principio, con todos los requisitos exigidos en los pliegos.

De hecho, si se hubiera efectuado una oferta muy a la baja, pero superior a 0, por ejemplo, de 1 céntimo de euro la hora, el resultado sería el mismo: que el resto de licitadores obtendrían prácticamente 0 puntos y sin embargo difícilmente podría argumentarse que la oferta había sido formulada de forma errónea.

En definitiva, el principio de libre concurrencia exige que se valore cuál es la oferta económicamente más ventajosa para la Administración y sin duda en este caso la oferta más ventajosa es la efectuada por SAN FROILAN, por lo que debió valorarse como tal, asignándole la máxima puntuación.

Décimo. Dicho lo anterior, ello no implica que no puedan existir otras causas de exclusión de la oferta, lo que impide estimar totalmente el recurso. Particularmente, el órgano de contratación deberá analizar si la oferta de SAN FROILAN incurre en una posible baja temeraria, en definitiva, si debe ser considerada como una oferta anormal o desproporcionada, en cuyo caso deberá acudir al trámite previsto en el artículo 151.2

TRLCSP, requiriendo a la licitadora para que justifique adecuadamente su capacidad para asumir el servicio en la forma ofertada.

El recurso, por tanto, debe ser estimado parcialmente pues, si bien se anula el acuerdo de exclusión tal y como fue dictado, así como la adjudicación subsiguiente a CLECE ello no da lugar a la admisión sin más de la oferta de la ahora recurrente ni su adjudicación a su favor, sino que deberá el órgano de contratación continuar con la tramitación del procedimiento, en la forma establecida en el artículo 151.2 TRLCSP.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Estimar parcialmente los recursos interpuestos formulados por D. J. R. L., con DNI 77.592.081-V, en nombre y representación de la sociedad LIMPIEZAS SAN FROILAN S.L (en adelante SAN FROILAN), con CIF B27257815, contra el acuerdo de 17 de julio de 2014 de la Mesa de Contratación constituida en el procedimiento de contratación iniciado por la Universidad de Santiago de Compostela (en adelante, USC) y el de 13 de agosto de 2014 del órgano de contratación, anulando ambos, debiendo el órgano de contratación actuar en la forma señalada en el fundamento décimo de la presente resolución.

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