



Recursos nº 201/2015 C. Valenciana 38/2015

Resolución nº 269/2015

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

En Madrid, a 23 de marzo de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D. C.C.C. y D.R.J.A.M., en representación, respectivamente, de VIVEROS ALCOSSEBRE, S.L. y de VIVERS CENTRE VERD S.A., contra la adjudicación del contrato de servicios de *“Mantenimiento, conservación y limpieza de los espacios verdes urbanos y arbolado viario de Alcalà de Xivert-Alcossebre”*, licitación a la que concurrieron en compromiso de constituirse en UTE (en adelante, UTE VIVEROS), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Ayuntamiento de Alcalà de Xivert (Castellón) -en lo sucesivo, el Ayuntamiento o el órgano de contratación- convocó, mediante anuncio publicado en el DOUE el 9 de junio de 2014 y, posteriormente también en el BOE (9 de julio) y en el Boletín Oficial de la Provincia, licitación para contratar, por procedimiento abierto, el servicio de mantenimiento y limpieza de espacios verdes y arbolado viario. El valor estimado del contrato se cifra en 1.483.604,64 €. El presupuesto base anual de licitación (sin IVA) es de 247.267,44 €. Fueron admitidas las ofertas de seis empresas, entre ellas la recurrente.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con lo establecido en la Ley de Contratos del Sector Público, -cuyo texto refundido (TRLCSP en adelante), se aprobó por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre-, así como con lo previsto en sus normas de desarrollo, en particular el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. El contrato de servicios está clasificado en la categoría 27 del Anexo II del TRLCSP.

Tercero. La cláusula 10 del Pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) establece los criterios de adjudicación que se valoran mediante fórmula (precio: hasta 55 puntos y

coeficiente de revisión de precios: 5 puntos) y los relativos a la memoria técnica (hasta 40 puntos). En dicha cláusula se establece que: *“Se considerará que la oferta contiene valores anormales o desproporcionados siempre que el precio ofertado sea inferior en un 5% al precio anual máximo del contrato...”*.

En acto público de la mesa de contratación, el 6 de octubre de 2014 se procedió a la lectura de la puntuación obtenida por las ofertas técnicas y a la apertura de los sobres con las proposiciones económicas. Dos de las ofertas se encontraban en presunción de temeridad de acuerdo con los criterios definidos en el PCAP, por lo que se les dio trámite de audiencia para que las justificaran. Así lo hizo en el plazo habilitado la empresa PROJARDÍN, OBRAS Y SERVICIOS, S.L. (en adelante, PROJARDÍN o la adjudicataria). El informe técnico de 23 de noviembre, tras analizar la justificación remitida concluye que la *“baja realizada por PROJARDIN es del 5,79 %, encontrándose en baja temeraria por 0,79 %,... Con lo expuesto anteriormente dicha baja puede ser absorbida por el beneficio industrial (11.313,36 euros)”*. Propone desestimar la oferta de la empresa que no aportó justificación alguna y aceptar la de PROJARDÍN, *“por considerar que dicha baja temeraria consecuencia de la aplicación del artículo 10 del pliego de cláusulas administrativas, puede ser absorbida por el beneficio industrial”*.

Mediante Decreto de la Alcaldía de 5 de diciembre de 2014, a propuesta de la mesa de contratación, que hizo suyo el informe anterior, se acordó la clasificación de las ofertas de acuerdo con la puntuación total obtenida. La oferta de PROJARDÍN obtuvo la mejor valoración, con 92,25 puntos (32,25 en la oferta técnica y 60 en la oferta económica); la recurrente quedó clasificada en segundo lugar con 88,07 puntos (35,57 en la oferta técnica y 52,50 en la oferta económica).

Por parte de la UTE VIVEROS se presentó el 18 de diciembre recurso de reposición contra el acuerdo de clasificación, recurso que fue desestimado por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 4 de febrero de 2015, *“por no existir pruebas objetivas ni lo suficientemente motivadas de que la prestación del servicio no puede ser cumplida aun existiendo un 5,79% de baja”*, máxime cuando la empresa *“es la actual prestataria... por lo cual cuenta con un conocimiento de los riesgos y beneficios en la prestación de este servicio y sobre la cual no consta ninguna conducta anómala en la ejecución del servicio”*.

El mismo día se aprobó la adjudicación en favor de PROJARDÍN. El acuerdo de adjudicación se notificó a la recurrente el 6 de febrero, con indicación de que, contra el mismo, podrá interponer *“RECURSO DE REPOSICIÓN en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la recepción de la notificación, ante este mismo órgano o, en su defecto, interponerse RECURSO CONTENCIOSO -ADMINISTRATIVO, en el plazo de 2 meses a contar desde el día siguiente a su recepción,... sin perjuicio de que pueda ejercitarse cualquier otro que crea conveniente”*.

Cuarto. El 2 de marzo de 2015, previo anuncio al órgano de contratación, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de la UTE VIVEROS de interposición de recurso especial en materia de contratación contra el indicado acuerdo de adjudicación. Considera que el argumento de que la proposición puede ser cumplida porque la baja *“puede ser absorbida por el beneficio industrial”*, no es un criterio justificativo de la oferta ni lo expuso el licitador *“de modo que fueron el técnico municipal y el órgano de contratación quienes vinieron a suplir la carga que sobre aquél pesa consistente en aportar justificaciones sobre el modo de cumplimiento normal de su proposición”*. Sostiene que tampoco se justifica la oferta por el hecho de que la adjudicataria sea la actual prestadora del servicio y el Ayuntamiento considere que *«no consta ninguna conducta anómala en la ejecución del servicio»*.

Solicita que se anule el acuerdo de adjudicación, se excluya de la clasificación a PROJARDÍN *“por no estimar que su oferta no puede ser cumplida (sic)... y se declare la procedencia de que el órgano de contratación adjudique el contrato a las compañías aquí recurrentes,...”*.

Quinto. El expediente administrativo, junto al informe del órgano de contratación, se recibió en el Tribunal el 12 de marzo. En ese informe se pone de manifiesto que, como señalaba el informe técnico, la baja presentada por la adjudicataria es sólo del 5,79 % y que tal baja puede obedecer perfectamente a un riesgo del empresario, como indica el técnico o a una mera estrategia empresarial, pero no hay datos objetivos de que sea inviable la prestación del servicio en los términos planteados en la propuesta de PROJARDÍN.

Sexto. El 16 de marzo de 2015, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones, sin que se haya evacuado al trámite conferido.

El 16 de marzo de 2015, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió levantar la suspensión del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Se recurre la adjudicación en la licitación de un contrato de servicios con valor estimado superior a 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 corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41.3 de dicha norma y en el Convenio suscrito al efecto con la Generalitat Valenciana, publicado en el BOE de 17 de abril de 2013.

Segundo. La legitimación activa de la recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 42 del TRLCSP, por cuanto concurrió a la licitación cuya adjudicación impugna

Tercero. En cuanto al plazo de interposición, el acuerdo que se impugna fue comunicado el 6 de febrero. Según lo establecido en los apartados 2 y 3 del artículo 44 del TRLCSP:

“2. 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....

3. La presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso”.

Aunque el recurso se presentó en la Subdelegación del Gobierno en Castellón, la fecha a considerar es la de entrada en este Tribunal, es decir el 2 de marzo, fuera pues del plazo de quince días hábiles, que habría finalizado el 24 de febrero.

Pero, como hemos señalado en otras resoluciones (como referencia en la Resolución 435/2014, de 30 de mayo), 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, no se hizo referencia a la posibilidad de interponer recurso especial, sino al recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa en el plazo de dos meses, como se

indica en el antecedente tercero. 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 dos meses, por lo que han de considerarse cumplidas las prescripciones formales y de plazo de interposición del mismo.

Cuarto. De acuerdo con lo establecido en la cláusula 10 del PCAP, transcrita en el antecedente tercero, la oferta de PROJARDÍN estaba incurso en presunción de temeridad. Antes de considerar las alegaciones relativas a la justificación de la oferta, hemos de hacer referencia a la propia determinación del *“umbral de temeridad”* en los pliegos.

Cuando el precio es el único criterio automático de adjudicación, como es el caso, el propio TRLCSP (artículo 151.1) dispone que ese umbral *“podrá apreciarse de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente, por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado”*.

No obstante, el apartado 2 de ese artículo indica que, cuando haya más de un criterio de valoración, como es el caso, *“podrá expresarse 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”*.

Pues bien, como hemos puesto de relieve en diversas resoluciones -como referencia, en la nº 42/2013, de 23 de enero-, la determinación del *“umbral de temeridad”* con referencia al precio de licitación y no a las ofertas presentadas, presenta varios inconvenientes, uno de los cuales, y no el menor, es el de que puede llegar a restringir la competencia, en la medida que señala con carácter previo el nivel a partir del cual la oferta se considerará, en principio, desproporcionada. En la indicada Resolución hacíamos referencia a la *Guía sobre Contratación Pública y Competencia*, de la Comisión Nacional de la Competencia que recomendaba evitar este tipo de mecanismos que interfieren en los incentivos a ofertar en precios. No otra cosa parece haber sucedido en esta licitación en que todas las ofertas, salvo la de la recurrente, propusieron exactamente una baja del 5%, umbral a partir del cual una oferta se podría considerar temeraria.

Ahora bien, expuesto lo anterior, de acuerdo con lo establecido en los pliegos, la oferta de PROJARDÍN se encontraba en presunción de temeridad, carácter que no niega ni el órgano de contratación ni la propia adjudicataria, por lo que no puede sino mantenerse que su proposición se podía considerar *desproporcionada o anormal*, si bien conviene dejar constancia de la

escasa entidad de la baja propuesta (5,79% respecto al presupuesto de licitación y menos del 1% por debajo de la media de las ofertas presentadas). Como hemos manifestado también en diversas resoluciones, al establecer un umbral de temeridad muy bajo y, en este caso, referido además al presupuesto de licitación, se puede llegar a desnaturalizar la propia finalidad de la figura de las *“ofertas con valores anormales o desproporcionados”*. Si se trata de establecer un mecanismo para contrastar la viabilidad de las ofertas con valores muy 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 con un margen de baja que, de acuerdo con las reglas de la práctica comercial en el sector de que se trate, no debieran ser tachadas como *“anormalmente bajas”* o *“temerarias”*.

Ahora bien, como indicábamos en la resolución citada, una vez expuesto lo anterior, hay que tener en cuenta que los pliegos constituyen la ley del contrato y que no se cuestiona que la oferta adjudicataria estuviera por debajo del umbral definido en aquellos para ser calificada, en principio, como desproporcionada. Por todo ello, no cabe sino mantener que a la proposición de PROJARDÍN le son de aplicación las previsiones contenidas en el artículo 152 del TRLCSP, sobre la necesidad de justificar que la ejecución del contrato resulta viable con la oferta presentada.

Quinto. El artículo 152 del TRLCSP, -al que se hace referencia también en la cláusula 10 del PCAP- establece que:

“3. 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,... En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente...”

4. 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...”.

En este caso, la oferta de la adjudicataria resultaba desproporcionada de acuerdo con los parámetros del PCAP, y se le pidió justificación de la misma, que se presentó en el plazo habilitado. La mesa de contratación solicitó el oportuno informe del técnico municipal quien, tras analizar detalladamente la justificación presentada, concluía recomendando la aceptación de la oferta por entender que la baja era muy pequeña y se podía absorber con el beneficio industrial previsto.

Por tanto, hemos de concluir que, en cuanto al procedimiento seguido respecto a las ofertas presuntamente desproporcionadas, se ha dado *“audiencia al licitador... para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma,...”* y se ha solicitado *“el asesoramiento técnico del servicio correspondiente”*, tal como dispone el artículo 152.3 del TRLCSP.

Sexto. Sobre la justificación de la viabilidad de las ofertas económicas incursas en presunción de temeridad, la doctrina del Tribunal (resumida en la Resolución 142/2013, de 10 de abril) considera que: *“El hecho de que una oferta incluya valores anormales o desproporcionados no implica su exclusión automática de la licitación, sino la necesidad de conferir trámite de audiencia al contratista para que justifique la viabilidad económica de la proposición, y de recabar los asesoramientos técnicos procedentes”*. La decisión sobre la aceptación o no de *“la justificación de la viabilidad de las ofertas incursas en valores anormales o desproporcionados corresponde al órgano de contratación, atendiendo a los elementos de la proposición y a las concretas circunstancias de la empresa licitadora, y valorando las alegaciones del contratista y los informes técnicos emitidos, ninguno de los cuales tienen carácter vinculante”*.

El informe justificativo de PROJARDÍN detalla y justifica los costes previstos y prevé unos gastos generales (7,75% del coste directo) y un beneficio industrial (5,5%) significativo.

El informe del servicio técnico y de la mesa de contratación que lo hace suyo manifiesta que se ha analizado la justificación, y se considera que, al ser la baja tan poco significativa, un mayor coste del previsto se podría absorber con cargo al beneficio industrial estimado.

Como hemos señalado reiteradamente en numerosas resoluciones, la finalidad de la legislación de contratos es que se siga un procedimiento contradictorio para evitar rechazar las ofertas con valores anormales o desproporcionados sin comprobar antes su viabilidad. No se

trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo. Y obviamente, tales argumentos o justificaciones deberán ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta.

En este caso, la desproporción es mínima (la oferta adjudicataria es apenas un 1% más baja que la media de las ofertas) y las justificaciones y los argumentos aducidos por PROJARDÍN son suficientes para que la mesa de contratación considere la oferta viable.

En fin, como hemos reiterado en diversas resoluciones (como referencia reciente, en la Resolución 060/2015, de 20 de enero) en caso de exclusión de una oferta incurso en presunción de temeridad es exigible que se fundamenten los motivos que justifiquen tal exclusión mediante una resolución “reforzada”. Por el contrario, en caso de conformidad, no se requiere que se expliciten de manera exhaustiva los motivos de aceptación.

Como también señala la nueva Directiva sobre contratación pública (Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero), en su artículo 69.3, *“El poder adjudicador evaluará la información proporcionada consultando al licitador. Solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos...”*. En este caso, la mesa de contratación ha considerado, de acuerdo con el informe técnico, que los *documentos aportados* por el licitador *explican satisfactoriamente el bajo nivel de los costes propuestos*.

A la vista de todas estas manifestaciones el Tribunal entiende que se ha seguido el procedimiento establecido para verificar la viabilidad de la oferta adjudicataria y no se advierte arbitrariedad alguna en la aceptación, por parte de la mesa, de la oferta económica presentada por PROJARDÍN, por lo que debe desestimarse el recurso interpuesto.

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. C.C.C. y D.R.J.A.M., en representación de VIVEROS ALCOSSEBRE, S.L. y de VIVERS CENTRE VERD S.A., respectivamente, contra la

adjudicación del contrato de servicios de *“Mantenimiento, conservación y limpieza de los espacios verdes urbanos y arbolado viario de Alcalà de Xivert- Alcossebre”*.

Segundo. 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 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 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.