



Recurso nº 752/2016

Resolución nº 868/2016

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

En Madrid, a 28 de octubre de 2016

VISTO el recurso interpuesto por D. H. S. S., en representación de OCIOSPORT MURCIA, S.L.U., contra el acuerdo de adjudicación de 26 de julio de 2016 del procedimiento “*Servicio de gestión y mantenimiento integral del parque recreativo Rafael de la Cerda de la Mancomunidad de los Canales del Taibilla (Mu/Cartagena)*” Expte. V-07/15-03, convocado por el Comité Ejecutivo de la Mancomunidad de los Canales del Taibilla, este Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El comité ejecutivo de la Mancomunidad de los Canales del Taibilla convocó mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado de 5 de marzo de 2016 el inicio del procedimiento para la contratación del servicio de gestión y mantenimiento integral del parque recreativo Rafael de la Cerda de la Mancomunidad de los Canales del Taibilla.

Segundo. La licitación se ha desarrollado de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en lo sucesivo TRLCSP) y demás legislación aplicable en materia de contratación.

Al proceso de licitación concurrieron un total de veintiuna empresas, entre las cuales se encuentra la recurrente, OCIOSPORT MURCIA, S.L., y también la que ha resultado adjudicataria del contrato, la UTE ELSAMEX, S.A.- GESTIÓN PÚBLICO, S.L.N.E.

La apertura de los sobres que contenían la documentación administrativa y la documentación relativa a criterios ponderables en función de un juicio de valor (oferta técnica), se desarrolló



conforme a las previsiones contenidas en los pliegos, obteniendo la mercantil recurrente en la valoración técnica el valor máximo, 20 puntos, y la adjudicataria, 16 puntos.

Tras la apertura de los sobres que contenían la oferta económica, cuya valoración se efectuó conforme a criterios evaluables de forma automática mediante fórmulas, resultó, tras la práctica de los cálculos pertinentes, que la oferta de tres licitadoras, RADIO BAR CARTAGENA ASOCIADOS, S.L., V. D. A. y OCIOSPORT MURCIA, S.L., se encontraban incursas en temeridad.

Tras el correspondiente trámite de audiencia concedido a las mismas al amparo de las previsiones contenidas en el artículo 152 del TRLCSP para ofertas con valores anormales o desproporcionados, se concluyó en el informe técnico de 4 de julio de 2016 que ninguna de las tres había justificado su oferta, confirmándose que las tres debían considerarse incursas en temeridad, y que procedía por tanto su exclusión del proceso de licitación.

Por acuerdo de la Mancomunidad de 26 de julio de 2016 se adjudicó el contrato a la UTE ELSAMEX, S.A.- GESTIÓN PÚBLICO, S.L.N.E., siendo frente al mismo contra el que se interpone el presente recurso especial en materia de contratación.

Tercero. De acuerdo con lo previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP, se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación, la remisión del expediente, habiendo sido recibido acompañado del correspondiente informe de fecha 16 de agosto de 2016.

De conformidad también con el artículo 46.3 del mismo texto legal, se notificó el recurso a los demás licitadores del procedimiento para que en el plazo de cinco días hábiles formularan las alegaciones y presentaran los documentos que a su derecho convinieran, habiendo presentado las mismas la UTE adjudicataria por escrito de fecha 31 de agosto de 2016.

Cuarto. El 2 de septiembre de 2016, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste resolvió mantener la suspensión automática del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP, de forma, que según lo previsto en el artículo 47.4 del mismo texto legal, sea la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 del TRLCSP, al ser la Mancomunidad de los Canales del Taibilla, Organismo Autónomo adscrito al Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente a través de la Dirección General del Agua.

Segundo. La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44 del TRLCSP.

Tercero. El recurso se interpone contra la resolución de exclusión y adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, y por tanto susceptible de este recurso especial en materia de contratación, conforme al artículo 40, apartados 1 y 2, del TRLCSP.

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de un licitador que ha concurrido al procedimiento.

Quinto. En cuanto al fondo del asunto se refiere, el recurrente expone en su recurso su disconformidad con la exclusión de su oferta por haberse considerado que la misma era anormalmente baja o temeraria, alegando que en el trámite de audiencia que se le concedió al amparo del artículo 152 del TRLCSP proporcionó detalle de los costes estimados en su oferta con su correspondiente justificación documentales, aportando presupuestos y propuestas.

Crítica a continuación la parquedad del informe relativo a la justificación de los valores desproporcionados de 4 de julio de 2016 antes citado, con fundamento en el cuál se adopta el acuerdo de exclusión de esta empresa, además de las otras dos incursas en temeridad.

El mencionado informe, analiza brevemente los cuatro aspectos cuyo precio muy bajo no considera suficientemente justificado, siendo sobre estos cuatro puntos o aspectos sobre los que el recurrente pivota las alegaciones de su recurso, y a los que a continuación procederemos a referirnos.



Sexto. Son los costes salariales los que primeramente son analizados en el recurso, manifestando el recurrente que su oferta se apoya en la fijación de salarios con arreglo al salario mínimo interprofesional.

Así efectivamente, en el escrito de alegaciones inicialmente formulado por OCIOSPORT, de fecha 30 de junio de 2016, expresamente dispone lo siguiente:

“Ya que el objeto de la empresa es asegurar los puestos de todos sus trabajadores, especialmente lo más antiguos, los cuales participaron de forma decisiva en la transformación del parque al modelo actual, los salarios serán los mínimos permitidos por la ley en todos los casos, y serán completados solo si OCIOSPORT consigue obtener ingresos extra ajenos al servicio y al presente contrato. El beneficio, igualmente, dado el espíritu de familia y cooperativa de nuestra empresa, queda totalmente postergado a un segundo plano.

Como ya hemos explicado, OCIOSPORT reduce al límite inferior fijado por la ley todo el coste de personal. No estando adscritos a ningún convenio, el SMI del año 2016 es de 764,40 €, siendo el coste anual por trabajador de 12.277,80 €.”

Ante esta justificación, el órgano de contratación responde señalando que “resulta inviable teniendo en cuenta varios aspectos, como son los propios convenios, la antigüedad, la consideración de una jornada laboral de 1.800 horas anuales y la necesaria cualificación de gran parte del personal solicitado (socorristas, oficiales, monitores, informáticos, administrativo, etc.).

A su vez, en su escrito de recurso el recurrente alega ante este Tribunal, de forma más extensa y amplia que ante el órgano de contratación, que se trata de una empresa joven, constituida en el año 2014, y que por tanto su plantilla no participa de ninguna antigüedad que influya en los costes de personal, siendo además que el Estatuto de los Trabajadores no comprende la antigüedad como un concepto a retribuir vía salario, insistiendo en que el salario, es el pactado entre la empresa y el empleado y en ningún caso es inferior al Salario Mínimo Interprofesional. Cita también doctrina de este Tribunal relativa a los convenios colectivos, y en particular la dictada en el recurso 18/2016 de este Tribunal en la que se manifestó que “no se puede rechazar una proposición o impedir la adjudicación de un contrato por la única causa de un hipotético incumplimiento de las tablas salariales de un convenio colectivo”.



Efectivamente este Tribunal ha mantenido esta doctrina de forma continuada en el tiempo, de modo tal que si el hecho de que una proposición económica sea inferior a la cantidad resultante de aplicar el coste hora fijado en el Convenio Colectivo del sector no impide la adjudicación del contrato a favor de dicha proposición económica, en este supuesto en concreto que nos ocupa, no resultaría tampoco posible que impida la adjudicación por el hecho de que a todos los trabajadores se les vaya a abonar el Salario Mínimo Interprofesional, debiéndose destacar que obra en el expediente, como documento nº 10 las declaraciones de conformidad de los trabajadores a recibir el salario mínimo ahora citado.

En relación con esta cuestión, no ofrece tampoco el órgano de contratación en su informe ninguna justificación suficiente de la inviabilidad de la propuesta de OCIOSPORT MURCIA S.L, señalando que *“no se cuestiona la suficiencia o insuficiencia del SMI, se cuestiona que TODO el personal se comprometa a recibir dicho salario durante la vigencia del contrato independientemente de su cualificación, responsabilidad y tarea”*, concluyendo esta argumentación diciendo que le parece *“sorprendente”*.

Séptimo. El segundo elemento o aspecto analizado en el escrito de justificación de la oferta por OCIOSPORTMURCIA S.L, es el del “control de plagas y reactivos”, alegando que en esta partida obtiene los mejores precios en la mayoría de los casos, de los actuales proveedores del parque, consiguiendo reducción de las distintas partidas tras arduas negociaciones, aportando para acreditar este extremo distintas facturas de proveedores que justificarían el precio que ha sido ofertado.

Por su parte el órgano de contratación sobre este aspecto ofrece en el mencionado informe de 4 de julio de 2016 una respuesta muy escueta, diciendo que “se aportan numerosas ofertas sobre aspectos recogidos en el pliego y la oferta presentada por terceros. En ninguna de estas ofertas aparecen los servicios prestados, con el desglose que figura en el pliego licitado”.

La parquedad de esta respuesta nos obliga a detenernos en la también doctrina de este Tribunal elaborada con respecto al procedimiento contradictorio del artículo 152 del TRLCSP, en la que se concluye que para la fundamentación de la exclusión la Ley establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad. Y ello exige de una resolución *“reforzada”* que desmonte las



justificaciones del licitador. No se trata, por tanto, de que éste justifique exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de argumentar de modo que permita al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo; obviamente, tales argumentos o justificaciones deben ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta.

Pero, en todo caso, la justificación de la oferta incurso en presunción de temeridad, no tiene por objeto *demostrar* su viabilidad, sino explicar satisfactoriamente la baja propuesta y permitir al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo. En igual sentido, el artículo 69.3 de la nueva Directiva sobre contratación pública (Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero), señala: *"El poder adjudicador evaluará la información proporcionada consultando al licitador. Sólo 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 desproporción de la oferta es cierto que es muy significativa, al ser diez puntos porcentuales menor que la oferta realizada por la UTE adjudicataria, pues habiendo sido el límite de temeridad el 47,36%, el porcentaje de baja de la oferta realizada por la UTE es de 57,03%.

Tras el examen del conjunto de las alegaciones formuladas por ambas partes, consideramos que la justificación de los ahorros que en la partida de compra de producto para el control de plagas y reactivos lleva a cabo OCIOSPORT MURCIA S.L, debería haber sido aceptada, al no haberse fundado la oposición del órgano de contratación en argumentos sólidos y de peso que acrediten la inviabilidad de la misma.

Debe destacarse también aquí la argumentación que el órgano de contratación aporta en su informe a este Tribunal, en el que con respecto al coste del tratamiento anual contra la procesionaria del pino y desratizaciones, alega que *"no definen su contenido, y aunque el literal de la oferta fuera el mismo que el contenido en el presupuesto de la partida, no queda reflejado en ningún lugar de la documentación que dicha oferta cumpla las especificaciones recogidas en el pliego"*. El motivo por el que se ha procedido a transcribir este apartado no es otro que el de poner de manifiesto que el órgano de contratación parece que en este procedimiento del artículo 152 del TRLCSP no ha tomado en consideración la doctrina de este Tribunal, olvidando que lo que en el mismo se pretende no es demostrar la viabilidad de la oferta, sino explicar satisfactoriamente la baja propuesta y permitir al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a



cabo, de modo tal que el poder adjudicador sólo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos, circunstancia esta que de momento no ha ocurrido en el procedimiento de referencia, en el que se ha podido comprobar por este Tribunal que sí se explicó el origen de las economías obtenidas en cada una de estas dos partidas.

Octavo. En cuanto a la partida de locomoción, el recurrente manifestó en su escrito de justificación que *“el propio personal de OCIOSPORT MURCIA S.L, que como saben funciona casi como cooperativa, suministrará los vehículos necesarios, formalizándose contratos de alquiler privados que garantizarán el servicio a la misma vez que reducen enormemente los costes”*.

Con respecto a la misma este Tribunal considera ciertamente que, en principio no parece válida ni admisible para poder acreditar la reducción del coste de esta partida, toda vez que no resulta admisible la explicación de que funcionan como *“una cooperativa”*, forma esta societaria distinta a lo que es realmente OCIOSPORT MURCIA S.L, que es una sociedad de responsabilidad limitada. Tampoco resulta admisible que se justifiquen los ahorros en esta partida diciendo que hará contratos privados de alquiler, viniendo entendemos con esta explicación a decir que los coches con los que se prestará el servicio son los de los propios empleados que pondrán el coche a disposición de la empresa.

El órgano de contratación en el informe del 4 de julio de 2016, con rotundidad afirma es injustificable que el coste de los coches, que serían dos, sea de 1.200 euros, ascendiendo el importe presupuestado en el pliego a 13.100 euros.

En el escrito de recurso el recurrente cambia en cierta medida su justificación, señalando que se puede acudir a otras opciones jurídicas como el renting, el leasing o el alquiler de vehículos a empresas del ramo, que supondría una rebaja sustancial de costes. También señala que el alquiler, incluidos los costes del seguro, impuestos y otros, supondría un 40% del coste presupuestado, porcentaje este distinto del ofertado que asciende al 10%. Y además, señala que uno de los vehículos pertenece al administrador único y socio de OCIOSPORT MURCIA S.L, por lo que *“poca justificación cabe en este punto”*.

Resulta evidente tras lo expuesto que en este aspecto las explicaciones de OCIOSPORT no contribuyen realmente a explicar de forma satisfactoria el bajo nivel de los precios o costes



propuestos, toda vez que además de incurrir en contradicciones, lo que en ningún momento se ha justificado es que el coste de los vehículos pueda ser 1.200 euros, que es la cantidad ofertada, sin que sea válida a juicio de este Tribunal la justificación relativa a que se va aportar el coche del administrador de la empresa, porque aun así también tiene un coste que no se acredita, y cuanto menos, aún, los coches o vehículos de los propios empleados.

Noveno. El tercero de los aspectos analizados por el recurrente en su inicial escrito justificando la oferta se refiere a las *“averías, reparaciones y actuaciones imprevistas”*, sobre las que manifestó que el bagaje de los años en que ha estado prestando el servicio que ahora se licita, les permite ofertar esta partida con unos coste más reducidos, basándonos en los propios gastos del parque de años anteriores. Esta partida en el pliego se presupuestó por una cuantía que ascendía a 123.000, ofertándola el recurrente por un total de 36.806,28 euros.

En el pliego de prescripciones técnicas, esta partida es titulada *“mantenimiento correctivo y reparaciones varias de las instalaciones del parque, mano de obra de cualquier disciplina para situaciones imprevistas con mayor carga de trabajo”*, comprendiendo tres conceptos diferentes: el mantenimiento correctivo, reparaciones varias y mano de obra de cualquier disciplina para situaciones imprevistas.

En su escrito de recurso, el recurrente expone que para el cálculo de su oferta, el importe total de 123.000 euros lo dividió en tres partes, una para cada concepto, correspondiéndole a cada una de ellas 41.000 euros.

Si a esa cuantía que asciende a 41.000 euros les aplica la baja general de la oferta (57,03%), resulta una cifra de 17.617,17 destinados a esa labor de mantenimiento correctivo. Ahora bien, lo que en ningún caso procede a exponer es la forma en como esa cifra que se destina al mantenimiento correctivo es suficiente para la prestación del servicio con las condiciones exigidas en el pliego.

En cuanto al segundo concepto, el de reparaciones varias, OCIOSPORT MURCIA S.L opta por celebrar un contrato de seguro multirriesgo de averías y reparaciones, específico y distinto del exigido en los pliegos, y que a su juicio debería considerarse una mejora, ascendiendo el importe de la prima de este seguro a 1.392,44 euros, lo que supone un importante abaratamiento de costes sin merma de la viabilidad del servicio. Sin embargo, por parte del órgano de contratación



la celebración de este contrato de seguro no se considera válida para la prestación del servicio de reparación de averías, siendo aquí donde el órgano de contratación considera que tampoco es viable la oferta, porque entender que no es posible que la actividad del parque pueda estar supeditada a la acción de un seguro multirriesgo de averías.

A la vista de lo expuesto, este Tribunal considera que nos encontramos nuevamente ante otro supuesto en el que ciertamente por parte del recurrente no se ha explicado **de forma satisfactoria el bajo nivel de los precios o costes propuestos en la oferta**, por considerar el órgano de contratación que la cobertura del arreglo de las averías que tengan lugar en el parque recreativo a través de un contrato de seguro no permite considerar que el servicio exigido en el pliego se vaya a prestar con las condiciones en el mismo determinadas.

Décimo. Del conjunto de lo expuesto, considera este Tribunal que existen ya motivos y razones suficientes para entender que la propuesta del recurrente, en los términos que se encuentra formulada y que le que permiten formular una oferta un 57,03 % por debajo del presupuesto de licitación, no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, resultando por tanto ajustada a derecho la decisión en la que se decide la exclusión de la misma y la adjudicación a favor de la UTE ELSAMEX- GESTIÓN PULIDO.

A fortiori, resulta también de interés en aras a reforzar la conclusión ahora adoptada, destacar que el beneficio industrial que la mercantil obtendría con la celebración del contrato asciende a 98,87 euros, cantidad minúscula de todo punto, sin que la alegación del recurrente que señala que el beneficio industrial incumbe a la empresa y a sus socios, pueda ser tenida en consideración a este respecto.

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. H. S. S., en representación de OCIOSPORT MURCIA, S.L.U., contra el acuerdo de adjudicación de 26 de julio de 2016 del procedimiento “*Servicio de gestión y mantenimiento integral del parque recreativo Rafael de la Cerda de la*



Mancomunidad de los Canales del Taibilla (Mu/Cargaena).” Expte. V-07/15-03, convocado por el Comité Ejecutivo de la Mancomunidad de los Canales del Taibilla.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión automática del procedimiento prevista en 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 TRLSCP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.