



Recurso nº 839/2016 C. Valenciana 161/2016

Resolución nº 878/2016

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL

DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 28 de octubre de 2016.

VISTO el recurso formulado por D. U. M. P. en nombre y representación de FERROSER SERVICIOS AUXILIARES, S.A. (en adelante FERROSER) contra al acuerdo de 4 de agosto de 2016 adoptado por el Vicerrector de Campus y Tecnología de la Universidad de Alicante, por el que se excluye a dicha empresa del contrato para el *“Servicio de limpieza con criterios de sostenibilidad y perspectiva de género de la Universidad de Alicante”* (expediente A/02/16), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El 23 de febrero de 2016 el órgano competente de la Universidad de Alicante acordó el inicio del procedimiento de licitación del contrato para el *“Servicio de limpieza con criterios de sostenibilidad y perspectiva de género de la Universidad de Alicante”* (expediente A/02/16). El 2 de marzo de 2016 se envió el anuncio de licitación al DOUE, además, el acuerdo se publicó el 22 de marzo de 2016 en el BOE y el 15 de marzo del mismo año en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Segundo. El procedimiento se rige por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP).

Tercero. El 10 de mayo de 2016 se reunió la mesa de contratación para la apertura del sobre nº1 correspondiente a la documentación administrativa, con el resultado que obra en el expediente. El 16 de mayo de 2016 se procede a la apertura del sobre nº2 que contiene los criterios sujetos a juicio de valor. A la vista del informe técnico correspondiente, la mesa de contratación acuerda la



admisión a licitación de todas las ofertas, salvo una por no alcanzar la puntuación técnica mínima exigida para pasar a la siguiente fase.

Cuarto. El 26 de junio de 2016 se inicia el acto público de apertura de las ofertas que contienen los criterios de valoración automática, procediéndose a remitir el mismo a los servicios técnicos del órgano de contratación para que proceda a su valoración. Existiendo ofertas que se encuentran incursas en presunción de temeridad, el 6 de julio de 2016 se procede a requerir a la ahora recurrente para que aporten justificación al respecto.

Quinto. El 10 de julio de 2016 FERROSER cumple con el requerimiento, aportando las alegaciones que tuvo por conveniente en orden a la acreditación de la seriedad y viabilidad de la oferta. El 15 de julio se efectúa nuevo requerimiento, que es notificado el 18 de julio, solicitando aclaraciones sobre la justificación aportada. El 20 de julio de 2016 FERROSER presenta las aclaraciones solicitadas. A la vista de todo lo actuado, el 22 de julio de 2016 se emite informe de valoración sobre las ofertas incursas en presunción de temeridad el Jefe del Área responsable de la gestión del contrato, considerando que no se ha justificado suficientemente la seriedad de la oferta presentada.

Sexto. El 27 de julio de 2016 se reúne nuevamente la mesa de contratación para el análisis del citado informe, que aprueban, y en su virtud acuerdan proponer la exclusión del contrato de la entidad FERROSER, propuesta que es confirmada por el órgano de contratación, por acuerdo de 28 de julio de 2016, que es notificado al licitador el 4 de agosto de 2016.

Séptimo. El 22 de agosto de 2016 FERROSER formuló recurso contra dicho acuerdo. Recibido en este Tribunal el expediente completo, acompañado del informe del órgano de contratación la Secretaría dio traslado del recurso interpuesto a las otras empresas licitadoras el 14 de septiembre de 2016, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, trámite que evacuó la UTE formada por "ENRIQUE ORTIZ E HIJOS CONTRATISTAS DE OBRAS, S.A." y "TIZOR HORMIGONES Y ASFALTOS, S.L.", en adelante UTE TIZOR mediante escrito presentado el 20 de septiembre de 2016.



Octavo. La Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, en fecha 22 de septiembre de 2016 resolvió conceder la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Competencia del Tribunal

El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y el convenio de colaboración suscrito el 22 de marzo de 2013 entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencia de recursos contractuales y publicado en el BOE el día 17 de abril de 2013.

Segundo. Acto recurrible.

El recurso se interpone frente a un acto recurrible, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.2 b) TRLCSP, por tratarse del acto de exclusión y en relación con un procedimiento de contratación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.1 a) TRLCSP.

Tercero. Legitimación de recurrente, plazo y forma de presentación.

El recurso está interpuesto en plazo y por persona legitimada para ello, pues fue uno de los licitadores admitidos en el procedimiento y existiendo interés legítimo en el presente procedimiento, ya que la eventual estimación del recurso podría dar lugar a la adjudicación a su favor.

Cuarto. Alegaciones del recurrente y contestación del órgano de contratación y del adjudicatario:

Las alegaciones del recurrente se centran en dos aspectos:

- a) La oferta presentada no estaba incurso en presunción de temeridad, puesto que no se tuvo en cuenta a efectos de calcular la media aritmética de todas las ofertas presentadas, al haberse excluido del cómputo la oferta presentada por la licitadora que fue excluida tras la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor, por no superar la puntuación mínima.



- b) En todo caso, considera que el órgano de contratación no ha motivado suficientemente el rechazo de la oferta, pese a la extensa justificación aportada. Además refiere diversas resoluciones de este Tribunal que señalan que el simple hecho de que los costes laborales sean superiores a la oferta no es causa por sí sola para rechazar la oferta presentada.

Por su parte, el órgano de contratación contesta a las anteriores teniendo en cuenta lo siguiente:

- a) Para el cálculo de la media aritmética de las ofertas a efectos de determinar si una de ellas se encuentra en presunción de temeridad no pueden ser tenidas en cuenta aquellas ofertas que han sido excluidas antes de llegar a los criterios evaluables mediante fórmulas, pues, por definición, no puede computarse aquello que no se conoce y las ofertas excluidas no llegan a ser abiertas.
- b) En cuanto a la justificación de la baja temeraria, el órgano de contratación se ratifica en el informe emitido por los servicios técnicos, según el cual la justificación presentada no era suficiente, puesto que los cálculos efectuados en relación con los costes laborales no son correctos o bien están basados en meras hipótesis que no se encuentran contrastadas.

Por lo que se refiere a las alegaciones presentadas por la UTE TIZOR, abundan en las consideraciones efectuadas por el órgano de contratación.

Quinto. Doctrina de este Tribunal en relación con las ofertas incursas en presunción de temeridad.

En primer lugar, y contestando así a la primera de las alegaciones formuladas por el recurrente, debe darse la razón en este punto al órgano de contratación. Efectivamente, aunque el pliego señale para el cómputo de la media aritmética se estará a las ofertas “presentadas”, sólo podrán tenerse en cuenta aquellas ofertas que hayan llegado a la fase de evaluación de criterios automáticos, puesto que las ofertas que hayan sido excluidas, bien en la fase inicial de calificación documental, bien en la segunda fase de valoración de los criterios sujetos a juicio de valor no pueden computarse, ya que ni siquiera se conocen, pues los sobres no serán abiertos.



Por lo tanto, debe desestimarse la primera de las alegaciones del recurrente y concluir que, efectivamente, su oferta estaba incurso en presunción de temeridad, de conformidad con los criterios contenidos en los pliegos.

Partiendo de lo anterior, el artículo 152.3 TRLCSP establece un procedimiento de carácter contradictorio para resolver las situaciones en que las ofertas de los licitadores pueden encontrarse en presunción de temeridad, conforme a los criterios establecidos en el propio artículo 152.1 TRLCSP o en el pliego.

La doctrina de este Tribunal sobre el alcance y objeto de ese resultado es constante y unánime en el sentido de señalar que el hecho de que una oferta se encuentre en presunción de anormalidad constituye un mero indicio, que en ningún caso puede dar lugar a la exclusión automática de la oferta, sino que necesariamente y en todo caso, debe el órgano de contratación iniciar un procedimiento contradictorio, dando audiencia al licitador cuya oferta esté incurso en dicha presunción, para que pueda justificar la viabilidad y seriedad de la misma y solo si a la vista de dicha justificación, se llega a la conclusión de que la oferta es inviable, cabe la exclusión del mismo (Acuerdo TACP Aragón nº 42/2012).

En cuanto al contenido y alcance de ese procedimiento contradictorio, también se ha dicho por este Tribunal, que debe estar dirigido exclusivamente a despejar las posibles dudas que pudiera haber al respecto, sin que sea necesario que por parte del licitador se proceda al desglose de la oferta económica, ni a una acreditación exhaustiva de los distintos componentes de la misma, sino que basta con que ofrezca al órgano de contratación argumentos que permitan explicar la viabilidad y seriedad de la oferta. A la vista de dicha documentación, el rechazo de la oferta exige de una resolución “reforzada” que desmonte las justificaciones del licitador. Por el contrario, cuando de lo que se trata es de admitir la justificación presentada por el licitador, no es necesario que se contenga una motivación exhaustiva (resolución nº 637/2015).

Es también doctrina de este Tribunal, que la exhaustividad de la justificación aportada por el licitador habrá de ser tanto mayor cuanto mayor sea la baja en que haya incurrido la oferta, por relación con el resto de ofertas presentadas. Y del mismo modo, a menor porcentaje de baja,



menor grado de exhaustividad en la justificación que se ofrezca (Resolución nº 559/2014 y 662/2014).

Sexto. Justificación de la presunción de temeridad en el presente caso:

Tal y como ya se ha señalado en los puntos anteriores, este Tribunal ha mantenido una sólida doctrina en relación con el objeto y alcance del procedimiento contradictorio contenido en el artículo 152 TRLCSP. Como se ha dicho, no se trata tanto de acreditar exhaustivamente la viabilidad de la oferta, como de ofrecer motivos y razones por los que el licitador se encuentra en condiciones de efectuar una oferta más ventajosa que los demás, debiendo el órgano de contratación, en caso de no considerar viable la oferta, ofrecer suficientes razones que desmonten las justificaciones ofrecidas por el licitador, en una respuesta cuya motivación ha de ser reforzada.

Pues bien, en el presente caso, a juicio de este Tribunal, el rechazo de la oferta por parte del órgano de contratación no está suficientemente justificado, teniendo en cuenta que la oferta presentada por FERROSER no era extraordinariamente desproporcionada respecto del resto de ofertas. Debe tenerse en cuenta que el pliego de cláusulas administrativas establecía un margen de solo 5 puntos respecto de la media de las ofertas presentadas para considerar que una oferta estaba incurso en presunción de temeridad, y la oferta presentada por el ahora recurrente apenas superó dicho umbral, siendo así que si se hubieran seguido los criterios generales contemplados en el artículo 85 RGLCAP ni siquiera se hubiera considerado la oferta como incurso en presunción de anormalidad.

Como ya se señaló en resolución nº 598/2016, cuando los pliegos establecen un umbral de temeridad muy próximo a la media de las ofertas, 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”.



Tales cláusulas, sin embargo, no deben ser consideradas nulas de pleno derecho y, como también se concluía en dicha resolución, su aplicación constituye *lex contractus*, de suerte que, en todo caso, habrá de acudirse en tales casos al procedimiento previsto en el artículo 152.3 TRLCSP, como se hizo en este caso. Ahora bien, en tales casos la motivación del órgano de contratación rechazando la justificación presentada por el licitador habrá de ser todavía más reforzada.

En el presente caso, el órgano de contratación basa su rechazo en el supuesto incumplimiento de las tablas salariales del convenio colectivo, sin haber siquiera entrado a valorar la viabilidad o no de la propuesta realizada por FERROSER en relación con la posibilidad de acudir a bonificaciones de la Seguridad Social, o planes de bajas incentivadas, al considerar que constituyen meras “hipótesis”. Además, se observan grandes diferencias en la estimación de costes efectuada por el órgano de contratación y el recurrente que no han sido explicadas por parte del primero, como por ejemplo la estimación que se hace del concepto de “plus transporte”, que el recurrente valora en algo más de 85 euros por mensualidad y por trabajador, mientras que el órgano de contratación computa alrededor de 945 euros, sin explicar cuál es el motivo de esa diferencia de cuantía.

Es cierto que en las alegaciones presentadas por UTE TIZOR sí se ha tratado de desacreditar las medidas propuestas por parte de FERROSER, pero tales alegaciones no pueden ser tenidas en cuenta pues no gozan de la presunción de objetividad que corresponde solo al órgano de contratación y solo tienen valor como alegaciones de parte, no siendo admisible que la falta de motivación del rechazo de la oferta pueda ser completado por quien finalmente resultó adjudicatario a través de las alegaciones que presente el procedimiento correspondiente a este recurso especial de revisión.

Debe recordarse nuevamente que con arreglo a la doctrina de este Tribunal, los licitadores no necesitan acreditar de forma exhaustiva todas y cada una de las partidas económicas del contrato, sino que basta con que expliquen de qué forma pretenden ejecutar el contrato y solo un razonamiento reforzado que desmonte esa explicación puede servir de base al rechazo de la oferta.



Así, debe darse la razón en este caso al recurrente, estimando el recurso y anulando el acuerdo de exclusión.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso formulado por D. U. M. P. en nombre y representación de FERROSER SERVICIOS AUXILIARES, S.A. (en adelante FERROSER) contra al acuerdo de 4 de agosto de 2016 adoptado por el Vicerrector de Campus y Tecnología de la Universidad de Alicante, por el que se excluye a dicha empresa del contrato para el *“Servicio de limpieza con criterios de sostenibilidad y perspectiva de género de la Universidad de Alicante”* (expediente A/02/16), acordando la nulidad del acuerdo de exclusión y ordenando la retroacción del procedimiento a dicho momento.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 46 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 Comunidad Valenciana, 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 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.