



Recurso nº 1207/2015 C.A. Galicia 168/2015

Resolución nº 17/2016

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

En Madrid, a 15 de enero de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.M.G.V., en nombre y representación de TALHER S.A, contra el acuerdo de exclusión de su oferta de 22 de octubre de 2015 en el procedimiento de contratación del “*Servicio de mantenimiento y mejora de las zonas verdes públicas del Ayuntamiento de Ourense*”, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Ayuntamiento de Ourense convocó mediante anuncio publicado en Boletín Oficial del Estado el 27 de marzo de 2013, la licitación para la adjudicación mediante procedimiento abierto sujeto a regulación armonizada y tramitación ordinaria, del contrato de servicio de mantenimiento y mejora de las zonas verdes públicas del Ayuntamiento de Ourense, con un valor estimado del mismo de 1.889.513,50 euros y el importe de licitación con IVA de 1.143.155,67 euros.

Segundo. El procedimiento de adjudicación se rige por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre (TRLCSP) y el Real Decreto 817/2009 de 8 de mayo que desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público.

Tercero. La valoración técnica de las proposiciones presentadas se realizó mediante informe de 23 de julio de 2013. En fecha 1 de agosto de 2013, durante la tramitación del expediente de contratación, se acordó excluir a la empresa TALHER S.A, resolución frente a la cual se interpuso recurso especial en materia de contratación que fue desestimado por



resolución de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Ourense de fecha 19 de septiembre de 2013.

No conforme con dicha resolución, se interpuso recurso contencioso-administrativo ante los Juzgados de lo contencioso-administrativo de Ourense, dando lugar al P.O 230/2013, en el que en fecha 19 de febrero de 2015 se dictó sentencia parcialmente estimatoria acordando la *“retroacción de las actuaciones hasta el momento en que la Mesa de Contratación procedió a valorar el sobre tres (proposición económica), en esa fase se le atribuirá cero puntos a Talher S.A por la mejora reflejada en el apartado VII de su proposición (suministro de árboles) como si en realidad no hubiera ofrecido esta mejora, pero no podrá excluirla de la licitación por esa causa.*

A continuación, la Administración municipal procederá a valorar si la actora ha incurrido o no en baja temeraria. ...”

Cuarto. TALHER S.A solicitó la ejecución forzosa de la sentencia, dando el Ayuntamiento cumplimiento a la misma mediante requerimiento de 27 de agosto de 2015, por el cual se solicitaba a la empresa *“para que de conformidad con el artículo 152 del TRLCSP, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y según los criterios que en él se señalan, justifique su oferta”*, requerimiento que fue atendido mediante escrito de 3 de septiembre de 205 por el que la hoy recurrente procede a presentar la justificación de que su oferta es viable y de posible cumplimiento.

Quinto. La Junta de Gobierno de Ourense acordó en fecha 22 de octubre de 2015 *“excluir a la empresa TALHER S.A por no aceptar su justificación sobre la inclusión de valores en su oferta que pueden ser considerados anormales o desproporcionados, por los diferentes argumentos expuestos en el informe del jefe de sección de parques y jardines de fecha 6 de octubre de 2015, que sirven como motivación”*.

Dicho acuerdo fue comunicado al juzgado en fecha 4 de noviembre de 2015, quien a su vez lo notificó al hoy recurrente el 5 de noviembre de 2015.

Sexto. Mediante escrito presentado el 23 de noviembre, D. José Manuel Villalva, en nombre y representación de TALHER S.A, interpone recurso especial en materia de contratación



contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Orense de 22 de octubre de 2015 de exclusión del procedimiento de licitación.

Séptimo. El asesor jurídico del Concello de Ourense remitió al Tribunal en fecha 7 de noviembre de 2015 el expediente administrativo, así como el informe previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP.

Octavo. La Secretaría del Tribunal comunicó a los restantes interesados la existencia del recurso conforme a lo dispuesto en el artículo 46.3 del TRLCSP, no habiéndose presentado alegaciones

Noveno. Interpuesto el recurso, con fecha 3 de diciembre de 2015, la Secretaria del Tribunal por delegación del mismo, dictó resolución por la que se acordaba el mantenimiento de la suspensión del procedimiento de contratación, conforme a lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia para conocer de este recurso corresponde a este Tribunal de conformidad con el apartado cuarto del artículo 41.3 del TRLCSP, con el artículo 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC) así como en el marco del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Galicia sobre atribución de competencias de recursos contractuales, suscrito el 12 de noviembre de 2013 y publicado en el BOE de 25 de noviembre de 2013.

Segundo. Por lo que se refiere a la legitimación de TALHER S.A para interponer el presente recurso, debe entenderse que concurre en el mismo el derecho o interés legítimo para recurrir previsto en el artículo 42 del TRLCSP al haber resultado excluido de la licitación.

Tercero. El acto objeto de recurso es el acuerdo de 22 de octubre de 2015 por el que se acuerda excluir al licitador del procedimiento de contratación, por lo que de acuerdo con el



artículo 40.1.a) del TRLCSP en relación con el 40.2.b) del mismo cuerpo legal deben considerarse como susceptibles de recurso especial en materia de contratación.

Cuarto. Por lo que se refiere al plazo de interposición, el acuerdo de exclusión se notificó al interesado en fecha 5 de noviembre de 2015, habiéndose anunciado el recurso en fecha 20 de noviembre e interpuesto el recurso en fecha 23 de noviembre de 2015, por lo que se encuentra dentro del plazo previsto en el artículo 44 del TRLCSP.

Quinto. En lo que respecta al fondo del asunto, no es objeto de controversia que las ofertas económicas de la recurrente se encuentran en presunción de temeridad de acuerdo con el PCAP, tal como se indicó en el antecedente cuarto. Por tanto, la cuestión de fondo a dilucidar es si está fundamentada la decisión de excluirla, a la vista de la justificación presentada y del informe emitido sobre la misma por el jefe de sección de parques y jardines de fecha 6 de octubre de 2015, hecho suyo por la mesa y el órgano de contratación.

El artículo 152 del TRLCSP, determina el procedimiento a seguir con las ofertas presuntamente anormales o desproporcionadas:

“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 técnicas 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...”

La recurrente se alza frente al acuerdo de exclusión por considerar que el órgano de contratación al excluirla, ha realizado una aplicación excesivamente formalista de la



legislación de contratación pública que genera una actuación desproporcionada claramente perjudicial para la misma.

En efecto, sostiene que el órgano de contratación en el informe de 6 de octubre de 2015 ha realizado únicamente un juicio de valor técnico de la oferta, indicando si los costes considerados por TALHER están detallados y acreditados, pero que no ha cuestionado ni puesto en duda si la oferta puede ser o no viable o de posible cumplimiento, así como tampoco ha solicitado ninguna petición particular de precisiones sobre la composición de la oferta.

El órgano de contratación por su parte indica que el informe de 6 de octubre de 2015 es concluyente, motivado y justifica uno por uno todos los motivos que llevan a que la oferta no pueda ser aceptada, indicando que en varias ocasiones se dice expresamente que las reducciones planteadas no permitirían gestionar el contrato con garantías, y que el servicio público se resentiría.

Sexto. Según ha reiterado este Tribunal en materia de ofertas con valores anormales o desproporcionados (Resoluciones nºs 465/2015, de 22 de mayo, 269/2015, de 23 de marzo de 2015, 142/2013, de 10 de abril) *“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”*.

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. Se ha señalado además que en la revisión de la decisión del órgano de contratación en estos casos no opera la doctrina de la *“discrecionalidad técnica”*,



pues no se trata de acreditar el cumplimiento de la oferta, fase procedimental ya superada, sino de razonar porqué la misma es seria y viable (Resolución nº 82/2015).

Finalmente, 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).

En este caso, la desproporción es significativa, ya que siendo la media de las bajas un 23,4 de media la baja del hoy recurrente es del 35,56%, un 10% más que la baja que realizó la empresa adjudicataria.

Las manifestaciones de TALHER S.A para justificar sus ofertas se recogen en las páginas 9 a 12 de las aclaraciones presentadas por la empresa el 3 de septiembre de 2015, así como en las páginas 5 y 6 del recurso especial presentado ante este Tribunal, a saber:

- Ahorro sobre el coste del personal en 61.836,02 euros anuales derivada de la no renovación de un puesto de trabajo y la desvinculación de otro (para el que incluye su coste) derivada de la instalación de sistemas de automatización del riego, así como por la imputación del 50% del coste de un técnico licenciado adscrito al servicio a otros que la empresa mantiene en Galicia.
- Ahorro de 3.830 euros correspondiente a la partida de abono como consecuencia de la mejora del rego y de la aplicación de compost procedente de los restos de poda y jardinería generados
- Ahorro de 8.807,65 euros en la partida de 82.000 euros destinada a la renovación de pavimentos blandos peatonales por condiciones excepcionales favorables al formar parte del grupo Cele que dispone de un Centro Especial de Empleo que subcontratará el 100% del servicio de renovación, con unos costes más reducidos dadas las características especiales de este tipo de empresas.
- Ahorro de 9.972 euros en equipos por disponer de vehículos en stock totalmente amortizados (tres furgonetas tipo Kangoo, dos furgones tipo Iveco Daily y un tractor Ikesi con plataforma recicladora).



Como hemos manifestado en otras resoluciones (entre ellas, en la citada Resolución 524/2014 o en la más reciente 795/2015)), la *“información justificativa”*, en los términos en que está pensada en la Ley, debe entenderse referida a las precisiones que recabe el órgano de contratación, que pueden ser, entre otras, las relativas *“al ahorro que permite el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas o las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga”*.

En este caso, la mesa de contratación no solicitó ninguna petición particular de precisiones sobre la solvencia de la empresa o los medios disponibles, sino simplemente que justificara la valoración de sus ofertas.

El razonamiento del informe técnico no va encaminado a verificar si la justificación aportada explica satisfactoriamente las ofertas económicas, ni siquiera a verificar si los costes considerados están detallados y acreditados de manera suficiente, sino que simplemente se limita a reiterar para las diferentes partidas que no se aporta documentos justificativos o bases de datos de referencia que confirmen la veracidad de las afirmaciones sostenidas por la recurrente en cuanto a la amortización de los vehículos, el importe de alquileres de naves y maquinaria, de los costes unitarios por arbolado, ni el hecho recoger menos trabajadores de los que debe subrogar, siendo que el PPT no señala que el personal a subrogar sea el mínimo necesario para ejecutar la prestación.

La recurrente, por su parte, se refirió exhaustivamente a las diferentes partidas que integraban su oferta, explicando suficientemente de dónde procedía el ahorro en la ejecución del contrato, ahorro que por otra parte se encuentra implícitamente reconocido en el informe técnico de valoración de ofertas de 23 de julio de 2013, suscrito por el mismo técnico que posteriormente realiza el de 6 de octubre de 2015, y que aporta TALHER S.A como documento nº5 de su recurso, y en el que se indica que el sistema centralizado de riego *“supone un gran ahorro a nivel de carga de trabajo, a nivel de recursos (ahorro de agua) y por supuesto a nivel económico”, “la aplicación de la mejora propuesta supondrá una transformación del estado actual a zonas ajardinadas de reducido mantenimiento, al descender la carga de trabajo que demanda el sistema de riego..., al aumentar la eficiencia en la aplicación de abonos y productos fitosanitarios..., los costes de mantenimiento descenderán al requerirse menor carga de trabajo”*.



Así las cosas, los argumentos aportados en la justificación de TALHER S.A debieron ser tenidos en consideración, en particular los que se derivan de la disposición de medios ya amortizados, la posibilidad de reducir el coste de personal como consecuencia de la solución técnica adoptada y expresamente reconocida por la Administración, así como su situación favorable para llevar a cabo determinadas prestaciones por su pertenencia al Grupo Cele que dispone de un Centro Especial de Empleo con el que puede beneficiarse de bonificaciones a la Seguridad Social.

A mayor abundamiento, debe considerarse, tal y como pone de manifiesto el recurrente, que la oferta de TALHER lo fue por un precio de 608.820,37 euros (sin IVA), dentro del que se incluían unas mejoras por importe de 142.811,42 euros, siendo que el precio de adjudicación propuesto por CESPAS (que actualmente presta el servicio), fue de 707.968,81 euros (sin IVA), dentro del que se incluían unas mejoras por importe de 325.826,12 euros, a lo que debe adicionarse el importe de la renovación del pavimento.

Así pues, si tomamos como gastos de personal la cuantía de 370.380,87 euros que propone TALHER (y que el Ayuntamiento considera insuficientes), resulta que CESPAS debe hacer frente al resto de obligaciones derivadas del contrato y a las mejoras ofertadas con un importe de 11.761,82 euros, de manera que parece que las condiciones económicas en las que está prestando el servicio la actual adjudicataria son más desfavorables que las propuestas por TALHER S.A, sin que conste que el servicio se haya resentido.

Tal como queda expuesto, una vez examinadas las justificaciones de la recurrente, este Tribunal entiende que los argumentos expresados en el informe del servicio gestor en el que se basa la exclusión, no contradicen esas justificaciones ni evidencian que el contrato no puedan ser cumplidas, por lo que hay que concluir que no está fundamentada la exclusión. La anulación de la misma, debe extenderse al acuerdo de adjudicación subsiguiente, por lo que deberá realizarse una nueva valoración de las ofertas económicas, incluyendo también la presentada por el recurrente.

Séptimo. Finalmente resta analizar la pretensión de la entidad recurrente que, sin determinar 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.



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”*.

Entiende este Tribunal que dicha pretensión deberá ventilarse, si procede, en ejecución de la presente resolución y para el caso de que se acreditara que fuera imposible la adjudicación en su favor. Sin embargo, lo expuesto no obsta para que desde este momento podamos hacer la siguiente consideración, y es que en caso de verificarse la imposibilidad de adjudicarle el contrato resultaría indiscutible la producción de un lucro cesante, lucro que debe ceñirse al beneficio industrial dejado de obtener, y que el artículo 225.6 del TRLCSP (en relación con el 223.g) fija en un porcentaje del 3% de la prestación dejada de realizar, que sería lo que en su caso tendría derecho a percibir el recurrente.

Debemos recordar al respecto que el Tribunal Supremo ha venido aceptando el tanto por cien bajo el concepto de beneficio industrial del contratista (Sentencia Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2004 en el recurso de casación 6812/2001 con cita de otras anteriores) y que dicho beneficio industrial pretende el pago del lucro cesante, es decir, el perjuicio que sufre el contratista al dejar de obtener una garantía como consecuencia de la resolución del contrato (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 25 de junio de 2002).

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. J.M.G.V., en nombre y representación de TALHER S.A, contra el acuerdo de exclusión de su oferta de 22 de octubre de 2015, en el



procedimiento de contratación del “*Servicio de mantenimiento y mejora de las zonas verdes públicas del Ayuntamiento de Ourense*”, anulando la resolución impugnada así como el acuerdo de adjudicación y ordenando la retroacción de las actuaciones hasta el momento de valoración de las ofertas económicas, que debe incluir también las presentadas por la recurrente.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación de conformidad con el artículo 47.4 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 de 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.