



Recurso nº 550/2017

Resolución nº 643/2017

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

En Madrid, a 14 de julio de 2017.

VISTA la reclamación interpuesta por D. R.F.A., en su calidad de apoderada de la Sociedad Mercantil denominada BROCOLI S.L. y D. J.P.L.Z., en su calidad de apoderado de la Sociedad Mercantil denominada GRUPO SIFU EUSKADI, S.L, empresas que se presentaron a la licitación como UTE al amparo de los artículos 104.1 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, los transportes y los servicios postales, contra el acto de exclusión dictada por la Autoridad Portuaria de Bilbao en fecha 10 de mayo de 2017 en relación a la licitación del *“Contrato de conservación y mantenimiento de las zonas ajardinadas, y ejecución accesorias de actuaciones de mejora de la Autoridad Portuaria de Bilbao”* (expediente número G2-506.3), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Autoridad Portuaria de Bilbao convocó -por medio de los correspondientes anuncios publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea de 3 de diciembre de 2016, en la Plataforma de Contratos del Sector Público de 5 de diciembre de 2016, en el Boletín Oficial del Estado de 3 de diciembre de 2016 y, asimismo, en el Boletín Oficial de Bizkaia de 7 de diciembre de 2016- la licitación del contrato del servicio de conservación y mantenimiento de las zonas ajardinadas y ejecución accesorias de actuaciones de mejora de la Autoridad Portuaria de Bilbao (2016), por el procedimiento abierto y con sujeción a los criterios de orden técnico y económico establecidos en el Pliego de Condiciones Particulares del referido contrato de servicios.



Segundo. El valor estimado del contrato queda fijado en 600.000 euros, I.V.A. excluido, computando, a tales efectos, tanto el plazo de duración comprometido, como la posible prórroga prevista por otros dos años adicionales, como máximo.

La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en lo sucesivo, LCSE), así como de conformidad con la Regla 1.1 de la Orden FOM/4003/2008, de 22 de julio, por la que se aprueban las Normas y reglas generales de los procedimientos de contratación de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias (en adelante, referida como Orden FOM/4003/2008), y con el Pliego de Condiciones Particulares y Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato de servicios de referencia.

Tercero. Dentro del plazo señalado en los correspondientes anuncios, se presentaron cinco proposiciones, entre ellas la de la U.T.E. BRÓCOLI, S.L.-GRUPO SIFU EUSKADI, S.L. Las cinco proposiciones presentadas a la contratación fueron admitidas como consecuencia del acto de calificación de la documentación general, contenida en el Sobre nº 1 de las correspondientes ofertas.

Con fecha 6 de marzo de 2017, se emitió por parte de la Comisión Técnica el correspondiente Informe Técnico relativo a las valoraciones de las propuestas técnicas presentadas a la contratación, de conformidad con la cláusula 8.4 del Pliego de Condiciones Particulares.

Con fecha 8 de marzo de 2017, la Mesa de Contratación procedió, en acto público, a la lectura de la valoración técnica alcanzada por los licitadores y a la apertura y lectura de los sobres relativos a las proposiciones económicas.

Cuarto. Para el cálculo de las ofertas incursas en presunción de temeridad, la Norma Específica Novena del Anexo nº 1 del Pliego de Condiciones Particulares de la presente contratación establece que se tomará como oferta económica el importe total anual estimado, I.V.A. excluido, ofertado por los licitadores.



Consta en la referida Acta de 8 de marzo de 2017 que la Mesa de Contratación efectuó los cálculos correspondientes para determinar la existencia de posibles ofertas que resultaran anormalmente bajas en relación con la prestación, de acuerdo con los criterios objetivos establecidos en la cláusula 8.9 del Pliego de Condiciones Particulares, que determina que:

"(...) Se entenderán, como ofertas incursas en presunción de anormalidad por su bajo importe, aquéllas cuyas BO correspondientes superen los siguientes valores:

a) Para un número n de ofertas económicas «contemplables» mayor o igual que cinco (5):
 $BO .> BR + 4 (...).$ "

Seguidamente, en la referida cláusula se desarrolla la fórmula matemática para la obtención del valor "BR" (baja de referencia) y "BO" (baja de la oferta).

Quinto. Efectuados los indicados cálculos, la Mesa de Contratación constató la existencia de una proposición económica incursa en presunción de anormalidad por su bajo importe, la correspondiente a la U.T.E. BRÓCOLI, S.L.-GRUPO SIFU EUSKADI, S.L..

Al respecto, de conformidad con la cláusula 8.10 del Pliego de Condiciones Particulares, la Mesa de Contratación requirió a dicho licitador por medio de escrito de 9 de marzo de 2017, a fin de que aportase las justificaciones y precisiones oportunas sobre el contenido y composición de su oferta, así como de las condiciones de la misma, a efectos de justificar la baja de su propuesta, citando a tal efecto que las precisiones se podrían referir a los elementos indicados en el artículo 82.2 de la LCSE.

En lo que aquí interesa, por medio de escrito de 15 de marzo de 2017, la U.T.E. BRÓCOLI, S.L.-GRUPO SIFU EUSKADI, S.L. presentó las justificaciones que consideró oportunas en relación con la composición de su proposición económica.

Sexto. La Mesa de Contratación acordó, en reunión de 17 de marzo de 2017, en consideración a las previsiones de la cláusula 8.10 del Pliego de Condiciones Particulares, asistirse del oportuno asesoramiento técnico por parte de la División de Equipo del Organismo portuario respecto del contenido del escrito presentado por la UTE reclamante en el referido trámite de audiencia.

Tal y como consta en el acta de la Mesa de Contratación de 24 de abril de 2017, el Jefe de División de Equipo informó que, analizadas detenidamente las justificaciones presentadas por la U.T.E. BRÓCOLI, S.L.-GRUPO SIFU EUSKADI, S.L. y con carácter previo a realizar su informe respecto de si la proposición del referido licitador podía ser cumplida en los términos y condiciones ofertados y, en consecuencia, respecto de la propuesta de aceptación o rechazo de la propuesta económica, procedía requerir al referido licitador para que precisara y aclarara determinados aspectos de dicha proposición, indicando que dichos aspectos eran fundamentales para conocer los costes tenidos en consideración para la elaboración de la proposición económica y, en consecuencia, para formar un juicio técnico sobre la viabilidad, o no, de la misma.

Dichos aspectos eran los siguientes:

1. Desglose de los costes de personal, incluyendo en particular los costes de las aportaciones a la Seguridad Social, tanto de los dos oficiales jardineros, como del responsable y del personal del centro especial de empleo, de tal manera que se justifique numéricamente la cantidad de 75.820,54 euros, recogido en su escrito de 15 de marzo de 2017.
2. Aportación de compromiso firmado de los proveedores de maquinaria, herramientas y vehículos de transporte que avale los costes reflejados en su escrito de 15 de marzo de 2017.
3. Justificación detallada de los costes de maquinaria no adscrita al contrato al 100%, como por ejemplo camión cisterna de riego, escarificadora, abonadora manual, etc.

En consecuencia, previo acuerdo adoptado por la Mesa de Contratación, por medio de escrito de 25 de abril de 2017, se requirió a la UTE reclamante a fin de que precisase y aclarase los indicados tres aspectos concretos, en relación con el contenido y composición de su oferta, así como de las condiciones de las mismas y, asimismo, en relación con su previo escrito de 15 de marzo de 2017.

Séptimo. Por medio de escrito de 28 de abril de 2017, la UTE reclamante presentó un escrito en relación con las nuevas aclaraciones y precisiones solicitadas, remitiéndose, en



esencia, al contenido del escrito previo de 15 de marzo de 2017, y aportando algún dato adicional en determinados extremos.

Con fecha 8 de mayo de 2017 se emitió el correspondiente informe por parte del Jefe de la División de Equipo de la entidad contratante, relativo al análisis de las justificaciones presentadas por la UTE reclamante, en el que, tras un examen pormenorizado del contenido del escrito y de las justificaciones presentadas por el citado licitador, se concluía que no quedaba acreditada la viabilidad de su proposición económica.

Tras analizar las justificaciones aportadas en el indicado trámite de audiencia otorgado y examinado el anterior informe técnico de 8 de mayo de 2017 del Jefe de la División de Equipo de la entidad contratante y, asimismo, las aclaraciones emitidas por parte del técnico suscribiente, la Mesa de Contratación acordó por unanimidad, en reunión de fecha 9 de mayo de 2017, formular la siguiente propuesta de resolución a la entidad contratante del Organismo:

Rechazar la propuesta económica de U.T.E. BRÓCOLI, S.L.-GRUPO SIFU EUSKADI, S.L., por no haber aportado justificación que soporte la oferta presentada a la presente contratación y, por tanto, no haber acreditado la viabilidad de su proposición económica.

Adjudicar el contrato de servicios de referencia a favor de ENVISER SERVICIOS MEDIO AMBIENTALES, S.A.U., de conformidad con los precios unitarios de su proposición económica de fecha 20 de enero de 2017, por un importe total anual estimado de 138.918,24 euros, I.V.A. excluido.

Octavo. Finalmente, la entidad contratante del Organismo portuario por medio de Resolución de 10 de mayo de 2017, en atención y de conformidad con la referida propuesta de la Mesa de Contratación, acordó la exclusión de la U.T.E. BRÓCOLI, S.L.-GRUPO SIFU EUSKADI, S.L. por no haber acreditado la viabilidad de su proposición económica, y asimismo, acordó la adjudicación del contrato de servicios a favor de ENVISER SERVICIOS MEDIO AMBIENTALES, S.A.U., de conformidad con los precios unitarios de su proposición económica de fecha 20 de enero de 2017, por un importe total anual estimado de 138.918,24 euros, I.V.A. excluido.



La citada Resolución de fecha 10 de mayo de 2017 del Presidente de la Autoridad Portuaria de Bilbao, se notificó con fecha 23 de mayo de 2017 a la U.T.E. BRÓCOLI, S.L.-GRUPO SIFU EUSKADI, S.L., junto con el Informe Técnico de 8 de mayo de 2017 del Jefe de División de Equipo, con el Informe Técnico de 6 de marzo de 2017 de la Comisión Técnica y con el cuadro de las puntuaciones técnicas, económicas y globales de todos los licitadores.

Noveno. Con fecha 8 de junio de 2017, las empresas recurrentes presentaron ante este Tribunal la reclamación objeto de este procedimiento. Previamente, en fecha 2 de junio de 2017 presentaron el anuncio previo a la reclamación.

Décimo. Por parte de la Secretaría del Tribunal se dio traslado de la reclamación a las empresas licitadoras, habiendo presentado alegaciones el 27 de junio, la empresa adjudicataria ENVISER SERVICIOS MEDIO AMBIENTALES, S.A.U. que se opone a la estimación del recurso.

Undécimo. Este Tribunal no ha adoptado la medida cautelar de suspensión del procedimiento, solicitada por las empresa recurrentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Antes de abordar los motivos de la reclamación, este Tribunal constata que las entidades reclamantes, conforme a las indicaciones dadas en la notificación del acto impugnado, presentan su reclamación al amparo de la LCSE, antes citada. Sin embargo, el contrato objeto de licitación, tiene por objeto, según se expresa en el anuncio de licitación y en cuadro de características del contrato del PCP (objeto del contrato), la “Conservación y mantenimiento de las zonas ajardinadas de la Autoridad Portuaria de Bilbao, y actuaciones de mejora y embellecimiento de los jardines en temporadas concretas y ejecución de nuevos jardines o reparación de desperfectos en los mismos, incluyendo en el precio ofertado la totalidad de los materiales y consumos a emplear durante la prestación del servicio, la retirada y gestión de todos los residuos resultantes, así como otros gastos y costes necesarios para la adecuada prestación del servicio”. Este servicio no puede incluirse entre los contratos a los que se extiende el ámbito objetivo de la citada Ley, puesto que no tiene una relación con actividad del transporte, prevista en su artículo 12 b) de la LCSE. No parece, en consecuencia, que el ajardinado del Puerto de Bilbao guarde una relación directa



con la actividad “de sector excluido” que justifica el régimen jurídico de los contratos acogidos a la LCSE. Por ello, este Tribunal considera que el régimen jurídico aplicable a la licitación y a las discrepancias derivadas, es el del TRLCSP.

Así resulta del informe de la Abogacía General del Estado AG ENTES PUBLICOS 165/08, que tras examinar el régimen aplicable a la contratación de Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias, contenido tanto en la LCSE como en la Ley 30/2007, actualmente TRLCSP, llega a las siguientes conclusiones:

“Las consideraciones y conclusiones expuestas en los apartados precedentes pueden sintetizarse con arreglo al siguiente esquema:

(...)

B.- Contratos que adjudiquen Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias sometidos a la LCSE.

Para que los contratos que adjudiquen Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias queden sometidos a la LCSE, rigiéndose, en consecuencia, por este texto legal su preparación y adjudicación, deberán cumplirse los siguientes requisitos:

- 1) Que se trate de contratos de obras, contratos de suministro y contratos que tengan por objeto los servicios enumerados en el anexo II.A de la LCSE.*
- 2) Que el importe de dichos contratos sea igual o superior a 5.150.000 euros en el caso de contratos de obras y a 412.000 euros en el caso de contratos de suministro y de servicios.*
- 3) Que dichos contratos se celebren para la realización de las actividades mencionadas en el artículo 12.b) de la LCSE.*

Tratándose de contratos que tengan por objeto la prestación de servicios enumerados en el anexo II.B de la LCSE y que se celebren para la realización de las actividades mencionadas en el artículo 12.b) de dicha Ley, estos contratos sólo quedan sometidos a las prescripciones de los artículos 34 y 67 de la LCSE referidas, respectivamente, a prescripciones técnicas y a anuncios de contratos adjudicados. En lo restante, su



preparación y adjudicación se regirán por las previsiones de la LCSP para los contratos no sujetos a regulación armonizada que otorguen las entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores, esto es, por lo dispuesto en el artículo 175 de la LCSP.

*En el caso de contratos que tengan por objeto la prestación de servicios enumerados en el anexo II.B de la LCSE y que se celebren para fines distintos de la realización de actividades mencionadas en el artículo 12.b), a dichos contratos les será aplicable el régimen que se indica en el siguiente apartado **D** de este esquema.*

C.- Contratos (de obras, de suministro y de servicios del anexo II.A) que adjudiquen Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias para la realización de las actividades a que se refiere el artículo 12.b) de la LCSE, pero que no alcancen las cuantías o límites establecidos en el artículo 16 de la propia LCSE.

Estos contratos quedan sometidos, en lo que se refiere a su preparación y adjudicación, a las normas establecidas por la LCSP para los contratos no sujetos a regulación armonizada que otorguen las entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores, esto es, a lo dispuesto en el artículo 175 de la LCSP.

D.- Contratos (de obras, servicios y suministro) que se adjudiquen por Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias para fines distintos de la realización de las actividades a que se refiere el artículo 12.b) de la LCSE (contratos a que se refiere el artículo 18.1 de dicha Ley).

Estos contratos quedan excluidos de la LCSE; dada la condición de poderes adjudicadores que ostentan Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias, habrá que distinguir dos supuestos:

1) Que se trate de contratos sujetos a regulación armonizada. Estos contratos se someterán al régimen dispuesto por el artículo 174 de la LCSP.

2) Que se trate de contratos no sujetos a regulación armonizada. Estos contratos se someterán al régimen establecido por el artículo 175 de la LCSP.

(...)"



En este mismo sentido se pronuncia la regla 1, apartado 2, segundo párrafo de la Orden FOM/4003/2008, de 22 de julio, por la que se aprueban las normas y reglas generales de los procedimientos de contratación de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias, citada por el órgano de contratación.

Expuesto lo anterior, este Tribunal, en virtud del principio de conservación de los actos administrativos no considera necesario, cuestión además que no ha sido alegada por las empresas recurrentes, anular la licitación convocada conforme a la LCSE. El diferente régimen jurídico aplicable no afecta a la pretensión de la UTE recurrente. En lo que aquí interesa al Tribunal, a la luz de todo lo anterior, procede la recalificación, en virtud del principio antiformalista, de la reclamación, puesto que dado que el contrato debe someterse al TRLCSP, el recurso que procede es el especial en materia de contratación previsto en los artículos 40 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP) y no al sistema de reclamaciones previstas en la LCSE, siendo esta una cuestión que sí que debe ser apreciada de oficio por este Tribunal.

Dicho esto, entra dentro de la competencia del Tribunal conocer de este recurso por tratarse de un contrato de servicios con un valor estimado que lo configura como un contrato sujeto a regulación armonizada.

Segundo. Por lo demás, el recurso ha sido presentado en plazo y no cabe dudar de la legitimación de las empresas recurrentes en cuanto a licitadoras en el contrato así como la impugnabilidad de la exclusión realizada por el órgano de contratación de las empresas recurrentes de acuerdo con el artículo 40.2 del TRLCSP.

Tercero. Por lo que se refiere al fondo del recurso, las empresas recurrentes impugnan su exclusión, como se refleja en los antecedentes de hecho, porque consideran que no se han estimado suficientes sus explicaciones sobre la concurrencia de baja temeraria en su oferta. Las empresas recurrentes no alegan la incorrección de las fórmulas establecidas en el pliego, sino que centran su recurso en su disconformidad con el informe técnico que sirvió de base para la decisión de exclusión, en estricta aplicación de los requisitos establecidos en los pliegos.



Cuarto. Pues bien, este Tribunal considera que el razonamiento seguido por el informe del órgano de contratación y las razones expuestas en el informe técnico de 8 de mayo de 2017, que obra en el expediente y que aporta la UTE recurrente, cumplen los requisitos de motivación y no arbitrariedad cuando lo que se plantea analizar la correcta utilización del ámbito de discrecionalidad que se atribuye a los órganos técnicos precisamente para realizar valoraciones de este carácter. A estos efectos, las consideraciones antes efectuadas sobre la aplicación a esta licitación del régimen legal previsto en el TRLCSP y no el de la LCSE no afectan a la resolución de este caso por ser sustantivamente muy similares - artículo 152 y 82 de la LCSE, y en todo caso por estar previstas en la cláusula 8.9 del PCP.

A estos efectos, resulta pertinente recordar la doctrina de este Tribunal como hace el informe del órgano de contratación. En efecto, este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha plasmado en diversas resoluciones precedentes (Resolución nº 836/2016, de 21 de octubre de 2016, Resolución 485/2016, de 24 de junio de 2016, Resolución nº 598/2017, de 30 de junio de 2017, Resolución 628/2017, de 7 de julio de 2017 y Resolución nº 601/2017, de 7 de julio de 2017) la doctrina de aplicación en materia de presunción de ofertas anormalmente bajas.

En las citadas resoluciones se recoge que en múltiples ocasiones hemos tenido la oportunidad de pronunciarnos sobre la presunción de temeridad por ofertas anormalmente bajas en nuestro sistema contractual público (por todas Resoluciones números 276/2011, de 16 de noviembre, 298/2011, de 7 de diciembre, 280/2012, de 5 de diciembre, 284/2012, de 14 de diciembre, Resolución 42/2013, de 23 de enero, 202/2013, de 29 de mayo, 508/2013, de 14 de noviembre, 559/2014, de 22 de julio, 826/2014, de 31 de octubre, 832/2014, de 7 de noviembre, 225/2015, de 6 de marzo de 2015 y 297/2015 de 30 de marzo).

Como hemos reiteradamente señalado el TRLCSP establece la posibilidad de rechazar una proposición cuando se considere que no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. El rechazo de las proposiciones incursas en presunción de ser anormalmente bajas persigue garantizar la plena, perfecta y normal ejecución del contrato haciendo efectivo el principio de eficiencia y necesidad del contrato, al destacarse la importancia del cumplimiento de los fines institucionales que se persiguen con la contratación pública, es decir, el interés público. Se trata de evitar que la

ejecución del contrato se frustre como consecuencia de la aceptación de una proposición económica que en atención a sus bajos niveles de precio o de costes propuestos sea desproporcionada no cumpliéndose el fin institucional de interés público que se persigue con el contrato. También hemos señalado que cuando los pliegos fijen límites que permitan apreciar que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales, la superación de tales límites no permite excluir de modo automático la proposición sin oír previamente al licitador a fin de que éste pueda justificar que, no obstante el bajo nivel de precios o de costes propuestos en su oferta económica, sí puede cumplir con el contrato. De esta manera la superación de los límites de baja fijados en el pliego se configura como presunción de anormalidad de la baja de la oferta económica que debe destruirse por el licitador, correspondiéndole sólo a éste la justificación de forma satisfactoria del bajo nivel de los precios o costes propuestos, de modo que su silencio o su insatisfactoria explicación determina el rechazo de la proposición.

También dijimos que es necesario que los licitadores justifiquen la viabilidad de su oferta, pues como hemos señalado en otras resoluciones (entre otras en la Resolución 236/2012, de 31 de octubre), siempre como consecuencia de la explicaciones satisfactorias que dé para amparar los bajos precios y/o costes propuestos para "conjugar, de una parte, el interés general a que subviene la contratación pública, y de otra la garantía a los principios de libre concurrencia, no discriminación y transparencia que presiden su tramitación", la finalidad de la Ley es que se siga un procedimiento contradictorio para permitir justificar su oferta al licitador incurso en la citada presunción para evitar que las ofertas anormales o desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente que la información recabada por el órgano de contratación no explica satisfactoriamente la razonabilidad de los bajos precios o costes propuestos por el licitador y que, por lo tanto, la oferta no puede ser normalmente cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales. La apreciación por el órgano de contratación o, en su caso, por la Mesa de contratación, de que las explicaciones del licitador sobre el bajo nivel de los precios y costes propuestos no es satisfactoria se ha de basar en la evaluación que realice de la información requerida al licitador y la documentación proporcionada, así como en los informes técnicos que solicite, de forma que si concluye que no es satisfactoria dicha explicación del bajo nivel de los precios o costes propuestos y que, por ello, la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, la excluirá de la clasificación de las



ofertas admitidas y acordará la adjudicación a favor de la proposición económicamente más ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo determinado por la LCSP, explicaciones aquéllas que deberán referirse en particular a aquellos factores o condiciones de la oferta que sean susceptibles de determinar el bajo nivel de precios o costes de la misma y en particular, en lo que se refiere a los valores relativos a los factores que cita el artículo 152.3 de la LCSP (artículo 147.4 del proyecto de ley de contratación del sector público, en tramitación parlamentaria).

Dicha estimación de que las informaciones y documentación aportada por el licitador no explican satisfactoriamente el bajo nivel de precios o costes propuestos en la oferta ha de ser, indudablemente, fundada, en cuanto que, junto con los informes técnicos emitidos, amparará o constituirá la motivación del acto de exclusión de la oferta anormalmente baja, y, por ello, de que no se ha destruido la presunción de anormalidad de la baja. Sin embargo, esto no implica, ni quiere decir, que aquellos otros casos en los que se considere que el licitador ha dado razones suficientes para considerar que la oferta es viable a pesar de su apariencia de anormalidad o desproporción, se deba aducir necesariamente una motivación distinta de la ya expuesta en su escrito por el licitador. Siendo ésta suficiente, nada exige que el asesor técnico verifique no sólo la realidad de lo alegado sino también, si entiende justificada que la proposición no incurre en anormalidad que la haga inviable, recoja en el informe sus propias razones motivando el porqué de la razón que asiste al interesado, 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..."*, y en el mismo sentido el artículo 84.3 de la Directiva de sectores excluidos (Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero), al establecer que *"la entidad adjudicadora 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, teniendo en cuenta los elementos mencionados en el apartado 2."*, texto este que el que, en definitiva, se contiene en el proyecto de ley de contratación del sector público, en tramitación actualmente en el Parlamento.



También manifestamos (Resolución 105/2011, de 15 de abril) que en la valoración del órgano de contratación sobre la justificación hay aspectos que, aun siendo difíciles de controlar jurídicamente por venir determinado por la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, cuya precisión es esencialmente técnica, pueden y deben ser controlados en esta instancia. Tal es el caso de que en una oferta determinada puedan aparecer síntomas evidentes de desproporción que impidan, sin necesidad de entrar en la apreciación de criterios puramente técnicos, la ejecución de contrato en tales condiciones.

Igualmente, cabe citar la Resolución 457/2016, en la que se afirma: *"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 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 ..."*.

Quinto. Pues bien, con estas premisas, este Tribunal constata que tanto el informe en el que se apoyó el órgano de contratación para acordar la exclusión de la UTE recurrente de 8 de mayo de 2017, como el informe del órgano de contratación redactado para este recurso, se encuentran suficientemente motivados, no son arbitrarios ni discriminatorios, y justifican que, de acuerdo al pliego, la oferta de la UTE recurrente incurre en anomalía de la baja de los precios o costes ofertados.

Para constatar lo afirmado, procede la transcripción del informe del órgano de contratación que afirma lo siguiente:

«El Informe Técnico de 8 de mayo de 2017, que analiza los escritos presentados por la UTE reclamante con fechas 15 de marzo de 2017 y 28 de abril de 2017, concluye que la proposición económica de la UTE reclamante contiene valores anormales o desproporcionados y, en definitiva, que no es viable por varios motivos fundamentales:

(i) Falta de justificación de los costes del personal ofertado para la ejecución de la parte fija anual del contrato:



De conformidad con el Pliego de Prescripciones Técnicas y el Pliego de Condiciones Particulares del servicio -Norma Específica Séptima del Anexo nº 1 de este último-, el presupuesto del contrato se compone, por un lado, de una parte fija anual, sujeta a propuesta económica a la baja, correspondiente a los trabajos de conservación y mantenimiento rutinarios y/ programados, especificados en el apartado 4.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas y para el que se fija un presupuesto máximo anual de 120.055,19 €, I.V.A. excluido; y, por otro, de una parte variable anual, sujeta igualmente a propuesta económica a la baja, correspondiente a las actuaciones de mejora, que se podrán ejecutar con carácter accesorio y a requerimiento de la APB, especificados en el apartado 4.2 del Pliego de Prescripciones Técnicas y para el que se fija un presupuesto máximo anual de 29.944,81 €, I.V.A. excluido.

De conformidad con la referida Norma Específica Séptima del Anexo 1 del Pliego de Condiciones Particulares, las proposiciones económicas de los licitadores deberán ser calculadas en función de la suma de la referida parte fija anual y de la indicada parte variable (calculada sobre una estimación) anual.

En este sentido, la proposición económica presentada por la U.T.E. BRÓCOLI, S.L.-GRUPO SIFU EUSKADI, S.L., tiene un importe anual de 131.242,93 euros, IVA excluido, de los cuales 108.748,32 euros corresponden a la parte fija del contrato y 22.458,61 euros a la parte variable del mismo.

En su escrito de fecha 15 de marzo de 2017, la UTE reclamante había indicado que en relación con la parte fija anual del contrato, para la que ofertó un importe de 108.748,32 euros, I.V.A. excluido, los costes del servicio ascendían a un total de 102.626,72 euros anuales, reservándose la indicada UTE un importe de 6.157,60 euros anuales de beneficio industrial.

De estos 102.626,72 euros anuales de coste, la UTE reclamante indicó que: (i) 75.820,54 euros anuales se correspondían con el coste del personal necesario para la prestación del servicio; (ii) 8.705,63 euros anuales se correspondían con el coste de la maquinaria y vehículos necesarios; (iii) 854,57 euros anuales se correspondían con el coste de los vestuarios y equipos de protección individual para el personal; (iv) 3.252,97 euros anuales

se correspondían con el coste de los consumibles de jardinería; (y) 1.598,02 euros anuales se correspondían con el coste de gestión de residuos; y (vi) 12.395 euros anuales se correspondían con el coste de las mejoras ofertadas para la ejecución del contrato dentro de su oferta técnica, sin coste adicional para la APB.

Al respecto, de conformidad con las cláusulas 6 y 7 del Pliego de Prescripciones Técnicas, así como con la Norma Específica Quinta del Anexo nº 1 del Pliego de Condiciones Particulares, para la ejecución del servicio se exige la efectiva puesta a disposición de un equipo de trabajo formado, con carácter mínimo, por tres personas con los siguientes perfiles profesionales:

- Un Responsable: Ingeniero técnico agrícola o grado equivalente, con una especialización acreditada, como mínimo, de cuatro años en conservación de parques y jardines, con una dedicación mínima del 10% de su jornada.

- Un técnico titulado: con titulación de Técnico Superior en Gestión y Organización de los Recursos Naturales y Paisajísticos, con especialización en servicio de mantenimiento de jardinería y experiencia acreditada de cuatro años.

- Un auxiliar jardinero: con experiencia de dos años en servicio de mantenimiento de jardinería.

En relación con el técnico titulado y con el auxiliar jardinero, el apartado 6 del Pliego de Prescripciones Técnicas establece que se requiere su adscripción al contrato con carácter presencial obligatorio y dedicación permanente durante la ejecución del contrato. De conformidad con el Anexo III del Pliego de Prescripciones Técnicas, ambos trabajadores están sujetos a subrogación por aplicación del convenio colectivo sectorial, recogándose en dicho Anexo III las condiciones que deben ser tenidas en cuenta por los licitadores para la elaboración de sus proposiciones económicas y, en particular, los pluses de aplicación: plus de actividad, plus de toxicidad, peligrosidad, penosidad y plus de transporte.

Asimismo, el referido apartado 6 del Pliego de Prescripciones Técnicas establece que en el caso de que el adjudicatario considere que para la ejecución de la totalidad de las labores y prestaciones que integran la parte fija del contrato, sea necesario el empleo puntual de

mayor número de personal respecto del referido personal mínimo requerido, lo habrá de hacer por medio de la contratación de equipos de trabajo itinerantes (brigadas).

En este sentido, el Informe Técnico de fecha 8 de mayo de 2017, que analiza los escritos presentados por la UTE reclamante con fechas 15 de marzo de 2017 y 28 de abril de 2017, determina que la UTE reclamante desglosa el cálculo de los costes de personal en base a los costes de mano de obra de los indicados dos oficiales a los que les es de obligada aplicación la subrogación (técnico titulado y auxiliar jardinero), en base al Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de Bizkaia, y del coste del 10% de la jornada del Responsable del Contrato.

Sin embargo, de conformidad con el referido Informe Técnico de 8 de mayo de 2017, en la justificación de los costes de personal la UTE reclamante silencia, omite y no tiene en consideración determinados aspectos esenciales y que son los siguientes:

1. Respecto a los costes del personal a los que les resulta de aplicación la obligación de subrogación -el técnico titulado y el auxiliar jardinero-, no se tiene en cuenta el plus de transporte, que, como se ha expuesto, es un coste que figura en el Anexo III del Pliego de Prescripciones Técnicas y que resulta de pago obligatorio para ambos trabajadores.

2. La UTE reclamante asimila al Responsable del Contrato, a los efectos de su valoración económica y cálculo de su coste, como un Oficial Especialista adscrito a un Centro Especial de Empleo, hecho este que no puede admitirse por no ajustarse a lo solicitado en el Pliego de Prescripciones Técnicas, en el que se requiere un Ingeniero Técnico Agrícola o equivalente. Pero es que tampoco se ajusta, y esto es también fundamental, a lo propuesto en la oferta técnica de la UTE reclamante, ya que en su oferta técnica propone a un Ingeniero Técnico Agrícola con una amplia experiencia en el sector de más de 30 años, extremo éste que fue objeto de expresa valoración en el Informe de la Comisión Técnica de 6 de marzo de 2017, dentro del criterio de adjudicación de orden técnico relativo al "Plan operativo de conservación y mantenimiento".

3. Por otra parte, en el Informe Técnico de 8 de mayo de 2017 se indica que en el apartado 1.2 "Planificación de los trabajos" de la oferta técnica presentada a la contratación, la UTE reclamante justifica que para prestar el servicio demandado (la parte fija del contrato)

son necesarias 4.409 horas de trabajo al año. En este sentido, debe considerarse que las jornadas de los dos operarios subrogados, incluidas las sustituciones de vacaciones y cubierto el absentismo al 100%, suman un total de 3.430 horas al año, por lo que procede entender que la UTE reclamante deberá complementar la diferencia de 979 horas por medio de un equipo de trabajo itinerante (brigadas), todo ello dentro de la parte fija del contrato. Sin embargo, en la justificación económica no se ha tenido en cuenta el coste de estas 979 horas anuales, lo cual supone una grave contradicción con la oferta técnica formulada.

En el referido Informe Técnico de 8 de mayo de 2017 el Jefe de División de la APB efectúa, a efectos aclaratorios, un cálculo de los costes de personal, teniendo en consideración todos los referidos aspectos no tenidos en cuenta por la UTE reclamante, concluyendo que los costes de personal ascenderían a 87.581,99 euros anuales.

En consecuencia, teniendo en cuenta que la UTE reclamante había indicado que los costes de personal ascendían a un importe de 75.820,54 euros anuales y que, según resulta del Informe Técnico de 8 de mayo de 2017, estos ascenderían efectivamente a 87.581,99 euros anuales, la diferencia, de 11.761 euros anuales, hace que deba necesaria y automáticamente considerarse inviable la proposición económica formulada por la UTE reclamante, ya que dicha diferencia no sólo reduciría a cero el hipotético beneficio industrial, de 6.157,60 euros anuales, sino que aún quedarían 5.603 euros anuales de coste sin cabida dentro de la proposición económica, por lo que, en consecuencia, los costes superarían ampliamente el importe ofertado.

Para concluir, procede recordar que, tal y como indica el referido Informe Técnico de 8 de mayo de 2017, el presente contrato de servicios tiene como componente principal la partida del trabajo personal, imponiéndose un estudio exhaustivo y riguroso de todos los costes del mismo, siendo un elemento fundamental en la ejecución del presente contrato.

(ii) Falta de justificación de los costes de la maquinaria, herramientas y vehículos de transporte ofertados para la ejecución del contrato:

Por otro lado, de conformidad con el apartado 9 del Pliego de Prescripciones Técnicas, así como la Norma Específica Quinta del Anexo 1 del Pliego de Condiciones Particulares, para la ejecución del servicio se exige la efectiva adscripción obligatoria al contrato, con carácter



mínimo, de determinados medios materiales. En este sentido, los medios materiales y maquinaria mínima disponible de forma permanente y adscrita al servicio sin posibilidad de empleo fuera del mismo, viene constituida por los siguientes elementos:

- 1 Camión con gran capacidad de carga y 1 elevador hidráulico para cargar maquinaria pesada.

- 1 Contenedor para la retirada de restos.

- 1 Carretilla (80 l) para tratamientos fitosanitarios, con lanza telescópica.

- 1 Mochila (15 l) para tratamiento fitosanitarios.

- 1 Segadora cortacésped pequeña (ejemplo, Outils Wolf RT53K o equivalente).

- 1 Segadora grande que recicle la hierba (ejemplo, Husler o equivalente).

- 2 Desbrozadoras (ej. STIHL FS 450 o equivalente).

- 2 Sopladores.

- 1 Cortasetos de mano.

- 1 Cortasetos de pértiga.

- 1 Motosierra grande (ejemplo, STIHL 039 o equivalente).

- 1 Escalera de 3 tramos.

- Herramienta manual en calidad y cuantía suficiente para el correcto servicio de jardinería (tijeras, cizallas, rastrillos, azadas, carretilla, etc.).

Por su parte, el referido apartado 9 del Pliego de Prescripciones Técnicas establece que la siguiente maquinaria deberá estar disponible para la ejecución del servicio, de forma puntual o discontinua: un camión cisterna de 6000 litros mínimo para regar los jardines sin riego automático y una plataforma elevadora para podas.



Tal y como se ha indicado anteriormente, en su escrito de 15 de marzo de 2017, la UTE reclamante había indicado que, en relación con los referidos 102.626,72 euros anuales de coste, 8.705,63 euros anuales se correspondían con el coste de la indicada maquinaria, herramientas y vehículos necesarios para la prestación del servicio.

A tal efecto, la UTE reclamante en su escrito de 28 de abril de 2017 relaciona unos costes de compra de la diferente maquinaria, herramientas y vehículos de transporte, acompañando una oferta comercial que soporta determinados costes. Sin embargo, los plazos de amortización para el cálculo económico del coste de vehículos y maquinaria son como mínimo de cuatro años, en todos los casos es superior a los dos años de vigencia del contrato (prorrogable dos anualidades más), incluso en los casos de mayor coste de adquisición dicho plazo es superior -vehículo de transporte (8 años), segadora (6 años) y carretilla sulfatadora (6 años)-, sin que el riesgo de no poder amortizar todos estos elementos en los dos años comprometidos del presente contrato de servicios tenga una cuantificación económica en los costes del servicio ofertado.

Adicionalmente, el Informe Técnico de 8 de mayo de 2017 establece que la UTE no valora los costes de la maquinaria que no está adscrita al servicio al 100%, pero que es necesario emplear en determinados periodos del año, por entender que es maquinaria que ya tiene en propiedad y que está amortizada. Sin embargo, lógicamente los costes de mantenimiento, consumo de combustibles y conducción en el caso del camión cisterna deberían de cuantificarse en el coste del servicio.

(iii) Falta de justificación del importe anual ofertado para la ejecución de la parte variable del contrato:

En relación a esta parte variable, el Pliego de Condiciones Particulares establece que todos los licitadores debían ofertar un importe anual, resultado de la aplicación del porcentaje de descuento ofertado sobre el presupuesto máximo de 29.944,81 €, I.V.A. excluido. La U.T.E. BRÓCOLI, S.L.-GRUPO SIFU EUSKADI, S.L. ofertó un 25% de descuento, con el resultado indicado de 22.458,61 euros, I.V.A excluido.

Sin embargo, tal y como indica el Informe Técnico de 8 de mayo de 2017, la UTE reclamante no aporta justificación alguna respecto del importe ofertado para la ejecución de



la parte variable del contrato, sin ni siquiera mencionar este importe en sus escritos de 15 de marzo de 2017 y 28 de abril de 2017. En consecuencia, un importe equivalente al 17.11% de su proposición económica queda directamente sin justificación alguna por un total de 22.458,61 euros.»

A la vista de lo expuesto, la conclusión ha de ser la desestimación del recurso. Las empresas recurrentes aportan el Informe Técnico de 8 de mayo de 2017 que, como se acaba de comprobar: 1) contiene una extensa motivación de las razones por las que se estima que la oferta es temeraria, y 2) los razonamientos por los que llega a esta conclusión no pueden, como se apuntó anteriormente, considerarse arbitrarios o irrazonables ni discriminatorios. A ello se añade, que las empresas recurrentes no han justificado con suficiente argumentación los motivos por los que discrepan del criterio seguido por el órgano de contratación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Proceder a la calificación de la reclamación formulada por la empresa recurrente como un recurso especial en materia de contratación, regulado por el TRLCSP y no por la LCSE.

Segundo. Desestimar el recurso (reclamación) interpuesto por D. R.F.A., en su calidad de apoderada de la Sociedad Mercantil denominada BROCOLI S.L. y D. J.P.L.Z., en su calidad de apoderado de la Sociedad Mercantil denominada GRUPO SIFU EUSKADI, S.L, contra el acto de exclusión dictada por la Autoridad Portuaria de Bilbao en fecha 10 de mayo de 2017 en relación a la licitación del *“Contrato de conservación y mantenimiento de las zonas ajardinadas, y ejecución accesorio de actuaciones de mejora de la Autoridad Portuaria de Bilbao”* (expediente número G2-506.3).

Tercero. Declarar que no se aprecian circunstancias que permitan concluir la mala fe o temeridad en la interposición del recurso.



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 al de 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.