



Recurso nº 362/2018 C.A. La Rioja 7/2018

Resolución nº 499/2018

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

En Madrid, a 18 de mayo de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por D.R.B.M., en representación de SERHS FOOD AREA, SL contra la resolución de exclusión y adjudicación del contrato de *“Servicio de comedor escolar en los colegios públicos de educación infantil y primaria dependientes de la Consejería de Educación, formación y Empleo del Gobierno de La Rioja”*, con expediente nº 08-7-2.01-0019/2017, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 25 de enero de 2017 se aprobó el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que han de regir los contratos de servicios, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria. El Pliego de Prescripciones Técnicas se aprobó el 19 de junio de 2017 para el contrato de servicio de comedor escolar en los colegios públicos de educación infantil y primaria dependientes de la Consejería de Educación, formación y Empleo del Gobierno de La Rioja.

Segundo. El 27 de octubre de 2017 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación. Las publicaciones en el Boletín Oficial del Estado y en el Boletín Oficial de La Rioja tuvieron lugar los días 17 y 3 de noviembre de 2017, respectivamente.

Tercero. En el procedimiento de licitación presentaron ofertas las siguientes empresas: SERVICIOS RENOVADOS DE ALIMENTACIÓN, SA, SERUNION, SA, SERHS FOOD AREA, SL, EUREST COLECTIVIDADES, SL. En Acta de 13 de diciembre de 2017, previo examen de la documentación administrativa contenida en el Sobre A, se acordó la exclusión de SERVICIOS RENOVADOS DE ALIMENTACIÓN, SA por tener vigente



prohibición de contratar con la Administración hasta 27 de diciembre de 2017, admitiendo las ofertas presentadas por las restantes licitadoras.

Cuarto. El 20 de diciembre de 2017 se procedió a la apertura del sobre B, dando lectura a las ofertas económicas presentadas, y remitiendo los restantes criterios de valoración automática a la Consejería de Educación, formación y Empleo para emitir informe técnico. Las ofertas económicas fueron las siguientes: SERUNION, S.A.: cubierto/día 3,75 €; SERHS FOOD ÁREA, S.L.: cubierto/día 3,69 €; EUREST COLECTIVIDADES, S.L.: cubierto/día 4,07 €. El precio base de licitación era 5 €, de acuerdo con el punto 7 de cuadro de datos técnicos del Pliego de Cláusulas Administrativas.

Quinto. El 29 de diciembre de 2017 se requirió a SERHS FOOD AREA, SL la justificación de su oferta, al estar incurso en presunción de temeridad o de ser desproporcionada, por ser inferior en más de 25 unidades porcentuales al presupuesto base de licitación.

Sexto. El 15 de enero de 2018, no habiéndose justificado a satisfacción del órgano de contratación la presunta baja desproporcionada, se emitió informe de valoración por el Jefe del Servicio de Planificación y Alumnos de la Consejería de Educación, Formación y Empleo del Gobierno de La Rioja, en el que se valoraba las ofertas presentadas por las restantes empresas en los restantes aspectos técnicos con criterios automáticos de valoración. Las puntuaciones obtenidas fueron: SERUNION, SA 100 puntos; EUREST COLECTIVIDADES, SL 94,88 puntos.

Séptimo. El 4 de abril de 2018 se interpuso por parte de SERHS FOOD AREA, SL recurso especial en materia de contratación, en el que solicitaba por otrosí, la suspensión del procedimiento de contratación durante la sustanciación del recurso.

Octavo. Se ha presentado informe por el órgano de contratación, en relación con las cuestiones planteadas por la recurrente, en fecha 9 de abril de 2018.

Noveno. El 11 de abril de 2018, por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones, trámite que evacuó la licitadora SERUNIÓN, S.A.



Décimo. Por resolución de 13 de abril de 2018 se adoptó la suspensión del procedimiento de contratación por la Secretaria del Tribunal, en ejercicio de competencias delegadas en fecha 21 de febrero de 2014, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Se impugna por parte de SERHS FOOD AREA, SL la resolución de exclusión y adjudicación del contrato de servicio de comedor escolar en los colegios públicos de educación infantil y primaria dependientes de la Consejería de Educación, formación y Empleo del Gobierno de La Rioja.

Segundo. Se han cumplido las prescripciones formales en la interposición del recurso.

Tercero. La legitimación activa de la parte recurrente viene otorgada por el Artículo 42 TRLCSP (Real Decreto Legislativo 3/2011, 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público), al haber concurrido al concurso en el que no resultó adjudicatario.

El acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con el Artículo 40 TRLCSP.

Cuarto. El recurso se ha presentado dentro del plazo previsto en el Artículo 44 TRLCSP, de quince días hábiles desde la publicación de la resolución de adjudicación. En efecto, según el Artículo 44.2 TRLCSP *«El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4»*.

Quinto. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 41.5 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de La Rioja en fecha 30 de julio de 2012, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 18 de agosto de 2012.



Sexto. Las cuestiones que suscita el recurrente se centran en la justificación de la oferta presentada, que, a su juicio, ha sido adecuadamente presentada, en tanto que el órgano de contratación considera que no se ha justificado adecuadamente la desviación superior al 25 % en el precio respecto del precio base de licitación.

Séptimo. Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en multitud de ocasiones acerca de la cualidad de *lex contractus* de los pliegos, una vez éstos adquieren firmeza. Así, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de Marzo de 2001 (Sección Séptima) y otras resoluciones de este Tribunal (178/2013, 17/2013 y 45/2013) en la que se afirma que *«esta Sala Tercera ha recordado, en sentencia de 6 de febrero de 2001, la conocida doctrina jurisprudencial en cuya virtud el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como los que soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar, en ningún momento, las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus propios actos, cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones que, obviamente, pretendía»*. Este criterio se mantiene en la resolución 321/2013, donde, con cita de la 178/2013, se precisa que la falta de impugnación de los pliegos hace *«inviabile la posibilidad de que se invoque posteriormente su supuesta improcedencia o ilegalidad para impugnar la adjudicación ya efectuada en favor de la proposición más conveniente a otro licitador, tanto más cuando que existe un trámite especialmente concebido para poder impugnar los citados Pliegos en su fase inicial mediante el recurso especial en materia de contratación contra “los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación”»*. Por otro lado, tiene declarado este Tribunal que el Pliego de Cláusulas Administrativas constituye la ley de contrato a la que deben sujetarse los licitadores, así como el propio órgano de contratación. Al efecto, hemos de partir del valor vinculante del Pliego aprobado por el órgano de contratación. El Pliego constituye *«auténtica lex contractus, con eficacia jurídica no sólo para el órgano de contratación sino también para*



cualquier interesado en el procedimiento de licitación». Como se señala en la Resolución 410/2014, de 23 de mayo «siguiendo el criterio fijado ya por este Tribunal, acorde con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, hemos de recordar que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares es la Ley que rige la contratación entre las partes y al Pliego hay que estar, respetar y cumplir, sin que por ello se contravenga el principio de concurrencia ni el de igualdad (resolución 47/2012, de 3 de febrero, recurso 047/2012). En efecto, abundando en dicha afirmación hemos de traer a colación la resolución 253/2011 “a los efectos de lo concluido en el punto anterior de esta resolución, es menester recordar, que de acuerdo con una inveterada jurisprudencia, los pliegos constituyen ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo “pacta sunt servanda” con los corolarios del imperio de la buena fe y del non licet contra los actos propios y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá que estarse al sentido literal de sus cláusulas (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo 2001, 8 de junio de 1984 o 13 de mayo de 1982). Jurisprudencia más reciente como la que se deriva de la Sentencia de la Sección 4ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2009 se refiere a la interpretación literal o teleológica (si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas, artículo 1.281 del Código Civil) y también a la propia interpretación lógica de las cláusulas del contrato”. No se puede olvidar que el artículo 1.282 del Código Civil, en relación con el alcance y el contenido de las reglas interpretativas en materia contractual, exige tener en cuenta para juzgar la intención de los contratantes, los actos de aquellos coetáneos y posteriores al contrato. En última instancia, es necesario apuntar que una interpretación distinta llevaría a una interpretación del pliego en contra de su contenido natural, lo cual implicaría una grave vulneración del principio de seguridad jurídica y una ruptura del principio de igualdad, para aquellos licitadores que han respetado el contenido del pliego de cláusulas aquí discutidas».



Octavo. Pues bien, según el punto 45 del Pliego de Prescripciones Técnicas, «se considerarán en principio, desproporcionadas o temerarias las ofertas que se encuentren en los siguientes supuestos:

1. Cuando concurriendo un solo licitador, sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 25 unidades porcentuales.
2. Cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.
3. Cuando concurren tres licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales».

Entiende la recurrente que la referencia a 25 unidades porcentuales se entiende a la media aritmética de las restantes ofertas. Sin embargo, fijado el requisito de no ser superior a 10 puntos porcentuales la desviación del precio ofertado de la media de los restantes, las 25 unidades porcentuales deben entenderse referidas al presupuesto base de licitación, pues actúa la regla como complemento de la general. Es más, la propia recurrente asume esta misma interpretación de la Cláusula en el escrito de interposición, si bien para considerar que la voluntad del órgano de contratación era remitirse a un precepto que considera no ajustado a Derecho con amparo en un informe de la Abogacía del Estado. Lo cierto es que la Cláusula no se remite en ningún momento a precepto reglamentario alguno, sino que establece los criterios para considerar una oferta incurso en presunción de temeridad. Estos criterios se fijaron en el Pliego y fueron aceptados por los licitadores al tiempo de concurrir al presente procedimiento, por lo que no puede ahora invocar la ilegalidad de la Cláusula. Es más, el propio recurrente, al tiempo de presentar su oferta, sabía que si ofertaba un precio inferior a 3,75 € por cubierto su oferta se consideraría incurso en presunción de temeridad; y aun así, aun interpretando el propio recurrente –como reconoce en el escrito de interposición de recurso– que la referencia de 25 unidades porcentuales se entiende en relación al precio base de



licitación, presentó una oferta inferior a 3,75 € por cubierto. Por ello, no puede ahora atacar el contenido de la cláusula y debe asumir su redactado e interpretación.

Noveno. Así, la Resolución 615/2016, 29 de julio (a la que hace referencia la propia recurrente) precisa que *«la presunción de temeridad en una oferta económica tiene por finalidad que, ante la desconfianza sobre su cumplimiento, se siga un procedimiento contradictorio para evitar que tales ofertas se puedan rechazar sin comprobar su viabilidad. Así lo hemos señalado en diversas resoluciones, para destacar que por esta razón se exige de una resolución “reforzada” del órgano de contratación que desmonte las justificaciones aducidas por el licitador. Por la misma razón de evitar la discriminación y garantizar la igualdad de trato entre los licitadores, también los supuestos para poder calificar como desproporcionada una oferta deben estar tasados. Solo si a la vista de dicha justificación, se llega a la conclusión de que la oferta es inviable, cabe la exclusión del mismo»*. En el presente supuesto, el órgano técnico que asiste al órgano de contratación ha valorado las justificaciones presentadas y de acuerdo con los informes presentados por los licitadores ha entendido que dos de ellas justifican adecuadamente la viabilidad de la oferta.

Por otro lado, señala la misma resolución que *«el informe emitido por los servicios técnicos sobre la desproporción de una oferta no está sujeto en toda su extensión a la doctrina de la discrecionalidad técnica pues no se trata en este caso de valorar la oferta sino de razonar porqué la misma es seria y viable, es criterio de este Tribunal manifestado en resolución nº 256/2015, citando la nº 105/2011 y la nº 104 y 138/2013, “...que la apreciación hecha por la entidad contratante del contenido de tales justificaciones responde a una valoración de elementos técnicos que en buena medida pueden ser apreciados en función de parámetros o de criterios cuyo control jurídico es limitado. Aun así, es evidente que hay aspectos que, aun siendo difíciles de controlar jurídicamente por venir determinados por la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, 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 del contrato en tales condiciones”»*.



Además, la Resolución 311/2016, 22 de abril, dictada en el seno del recurso 232/2016 sintetiza de una forma exhaustiva la doctrina de este Tribunal en torno a la justificación de las bajas desproporcionadas o temerarias, y concluye que *«como ya se ha expuesto en anteriores resoluciones de este Tribunal (por todas, Resolución 121/2012, de 23 de mayo, o 142/2013, 10 de abril), “el interés general o el interés público ha sido durante décadas el principal elemento conformador de los principios que inspiraban la legislación de la contratación pública española. Sin embargo, la influencia del derecho de la Unión Europea ha producido un cambio radical en esta circunstancia, pasando a situar como centro en torno al cual gravitan los principios que inspiran dicha legislación, los de libre concurrencia, no discriminación y transparencia, principios que quedan garantizados mediante la exigencia de que la adjudicación se haga a la oferta económicamente más ventajosa, considerándose como tal aquélla que reúna las mejores condiciones tanto desde el punto de vista técnico como económico.*

Por excepción, y precisamente para garantizar el interés general, se prevé la posibilidad de que una proposición reúna tal característica y no sea considerada sin embargo la más ventajosa, cuando en ella se entienda que hay elementos que la hacen incongruente o desproporcionada o anormalmente baja. En consecuencia, tanto el derecho de la Unión Europea (en especial la Directiva 2004/18/CE), como el español, admite la posibilidad de que la oferta más ventajosa no sirva de base para la adjudicación.

Es también doctrina reiterada de este Tribunal la que sostiene que la apreciación de que la oferta tiene valores anormales o desproporcionados no es un fin en sí misma, sino un indicio para establecer que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ello, y que, por tanto, no debe hacerse la adjudicación a quien la hubiere presentado. De acuerdo con ello, la apreciación de si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que concurren en la oferta y de las características de la propia empresa licitadora, no siendo posible su aplicación automática.

Por lo demás, “la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no corresponde al órgano de contratación sopesando las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y los informes emitidos por los servicios técnicos. Evidentemente ni las alegaciones



mencionadas ni los informes tienen carácter vinculante para el órgano de contratación, que debe sopesar adecuadamente ambos y adoptar su decisión en base a ellos” (Resoluciones 24/2011, de 9 de febrero, 72/2012, de 21 de marzo, o 121/2012, de 23 de mayo)”. Y se añadía en la Resolución 142/2013: “A modo de recapitulación, la doctrina mantenida por el Tribunal determina que: 1.- Por influencia del Derecho Comunitario, la regla general del Derecho español es la de adjudicación del contrato a favor de la oferta económicamente más ventajosa, estableciéndose como excepción a dicha regla general que la adjudicación pueda no recaer a favor de la proposición que reúna tal característica cuando ésta incurra en valores anormales o desproporcionados. 2.- 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. 3.- La decisión sobre la justificación de la viabilidad de las ofertas incursas en valores anormales o desproporcionados corresponde al órgano de contratación, atendiendo a los elementos de la proposición y a las concretas circunstancias de la empresa licitadora, y valorando las alegaciones del contratista y los informes técnicos emitidos, ninguno de los cuales tienen carácter vinculante.” El artículo 152.3 del TRLCSP detalla el posible contenido de la justificación de viabilidad que compete ofrecer al licitador, al disponer que “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, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado”.

Y en cuanto al alcance de dicha justificación, el Tribunal viene entendiendo (por todas, Resolución 86/2016, de 5 de febrero), que “la finalidad de la Legislación de Contratos es que se siga un procedimiento contradictorio, para evitar rechazar las ofertas con valores anormales o desproporcionados, sin comprobar, antes, su viabilidad. No se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos



que permitan, al órgano de contratación, llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo”.

En el mismo sentido cabe citar la Resolución 149/2016, de 19 de febrero, con arreglo a la cual “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.

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)”».

Sentado lo anterior, debe examinarse la justificación ofrecida y la valoración realizada por el órgano de contratación. El escrito presentado por la recurrente es un tanto escueto, en el que sostiene mediante la aportación de datos que la oferta es viable económicamente y realiza una serie de cálculos para alcanzar un margen de beneficio algo superior al 5 %. Sin embargo, como pone de manifiesto el órgano de contratación, la justificación adolece de documentación alguna que acredite los datos con arreglo a los cuales se realizan los cálculos por el licitador. Lo cierto es que más que una justificación, el escrito presentado por SERHS FOOD AREA, SL se convierte en una ampliación de su oferta basada en meras manifestaciones. Como se ha señalado, en los términos de la Resolución 86/2016, «No se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan, al órgano de contratación, llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo» y, a juicio de este Tribunal, en la misma línea que el órgano de contratación, no se ha aportado argumento válido alguno para llegar a la convicción de poder ejecutarse adecuadamente el contrato con la oferta presentada. La información



que aporta se puede considerar con una oferta ampliada y detallada que no aporta detalles ni la fuente donde se pueda corroborar la información que, según la recurrente, debería justificar la viabilidad de la oferta.

Tanto la doctrina de este Tribunal, como el requerimiento que se remitió a la recurrente inciden en *«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, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado»*. Ninguno de estos extremos ha sido concretado en la justificación remitida por la licitadora incurso en la presunción de temeridad, por lo que la exclusión se considera plenamente ajustada a Derecho.

Por todo ello, procede desestimar el recurso interpuesto.

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D.R.B.M., en representación de SERHS FOOD AREA, SL contra la resolución de exclusión y adjudicación del contrato de *“Servicio de comedor escolar en los colegios públicos de educación infantil y primaria dependientes de la Consejería de Educación, formación y Empleo del Gobierno de La Rioja”*, con expediente nº 08-7-2.01-0019/2017.

Segundo. Levantar la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 106.4 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 multa prevista en el artículo 106.5 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 de la Comunidad Autónoma de La Rioja 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.