



Recurso nº 485/2019

Resolución nº 553/2019

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

En Madrid, a 23 de mayo de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por E. G. L. M., en nombre y representación de GESTIONA DESARROLLO DE SERVICIOS INTEGRALES S. L. U., contra el Acuerdo de 28 de marzo de 2019, de Junta de Contratación, por la que se le excluye de la licitación del contrato de *"Servicio de mantenimiento integral de los edificios de Plaza San Juan de la Cruz, 10, Alcalá, 92, Fruela, 3 y Julián Besteiro 21, 23 y 25"*, (Exp. 20190000001R), licitado por el del Ministerio para la Transición Ecológica, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El 13 de febrero de 2019 en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), el 20 de febrero en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PCSP), y el 5 de marzo en el Boletín Oficial del Estado (BOE) se publican los anuncios de la licitación del contrato de servicio de mantenimiento integral de los edificios de Plaza San Juan de la Cruz, 10, Alcalá, 92, Fruela, 3 y Julián Besteiro 21, 23 y 25, licitado por el Ministerio para la Transición Ecológica.

El contrato calificado como de servicios, con referencias de nomenclatura CPV 50532300, servicios de reparación y mantenimiento de generadores, 50410000, servicios de reparación y mantenimiento de aparatos de medida, pruebas y verificación, 50511100, servicios de reparación y mantenimiento de bombas para líquidos, 50512000, servicios de reparación y mantenimiento de válvulas, 50711000, servicios de reparación y mantenimiento de equipos eléctricos de edificios, 50720000, servicios de reparación y mantenimiento de calefacción central, 50730000, servicios de reparación y mantenimiento de grupos refrigeradores, tiene



un valor estimado de 2.131.870,66 euros, IVA excluido, estando sujeto a regulación armonizada. La licitación es de tramitación urgente por procedimiento abierto.

En el apartado 17.5 del cuadro de características del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), *"Identificación de ofertas anormalmente bajas"*, se establece lo siguiente:

"1. Se establece el siguiente "umbral de anormalidad (UA)": 10%

Se considerará como anormalmente baja la oferta que se encuentre en los siguientes supuestos:

Cuando, concurriendo un solo licitador, el precio ofertado sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 25 unidades porcentuales.

b) Cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.

e) Cuando concurren tres licitadores, las que sean inferiores en más de ("UA") unidades porcentuales a la media aritmética (M) de las ofertas presentadas y no excluidas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de ("UA") unidades porcentuales a dicha media.

d) Cuando concurren cuatro o más licitadores, las que sean inferiores en más de ("UA") unidades porcentuales a la media aritmética (M) de las ofertas presentadas y no excluidas. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de ("UA") unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media solo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía...

[Se especifica la fórmula aplicable para hallar M]



...2. Cuando hubieren presentado ofertas empresas que pertenezcan a un mismo grupo, en el sentido del artículo 42.1 del Código de Comercio, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de identificación de las ofertas incursas en presunción de anormalidad, aquella que fuere más baja, y ello con independencia de que presenten su oferta en solitario o conjuntamente con otra empresa o empresas ajenas al grupo y con las cuales concurren en unión temporal”

Segundo. Transcurrido el plazo para la presentación de ofertas, entre los ofertantes se encuentra GESTIONA DESARROLLO DE SERVICIOS INTEGRALES S. L. U.

Producida la apertura de los restantes sobres, el 21 de marzo de 2019 la Junta de Contratación constituida en mesa abre, en forma electrónica, los sobres que contienen las ofertas en lo relativo a los criterios evaluables automáticamente o mediante fórmula. Tras la lectura de las proposiciones presentadas, las ofertas presentadas por las empresas GESTIONA DESARROLLO DE SERVICIOS INTEGRALES S. L. U, y OHL SERVICIOS-INGESAN, S. A. se encuentran incursas en presunción de anormalidad de acuerdo con el PCAP.

La mesa de contratación solicita a los licitadores incursos en la presunción de anormalidad la justificación de la viabilidad de su oferta; OHL SERVICIOS-INGESAN. S. A. no presenta ninguna documentación, lo que si hace GESTIONA DESARROLLO DE SERVICIOS INTEGRALES, S. L. U.

El servicio técnico informa sobre la justificación el 28 de marzo de 2019, llegando a la conclusión de que la justificación de la oferta se basa fundamentalmente en la aplicación de condiciones salariales muy inferiores a las derivadas del convenio colectivo sectorial vigente y la base de precios de la construcción fijados por la Comunidad Autónoma de Madrid, así como en la reducción de los costes de subcontratación sin que esté justificada mediante la correspondiente acreditación documental; igualmente falta acreditación documental en la justificación del ahorro en materiales incluidos, herramientas, equipos de medida, medios auxiliares y transporte, así como telecomunicaciones.



El 28 de marzo la mesa de contratación propone al órgano de contratación la exclusión de la oferta de GESTIONA DESARROLLO DE SERVICIOS INTEGRALES, S. L. U., por considerar la justificación de los precios anormales insuficiente, clasifican las ofertas, y proponen como adjudicataria a CLECE S. A.

El 29 de marzo de 2019, a través de la PCSP se notifica a GESTIONA DESARROLLO DE SERVICIOS INTEGRALES, S. L. U. su exclusión. En la notificación no consta pie de recurso ante este Tribunal.

El mismo día GESTIONA DESARROLLO DE SERVICIOS INTEGRALES, S. L. U. solicita el informe sobre inadmisión de oferta al órgano de contratación, remitiéndosele el 12 de abril, igualmente a través de la PCSP, certificación del Acta en el que consta su exclusión por insuficiencia de la justificación presentada.

Tercero. El 16 de abril de 2019 GESTIONA DESARROLLO DE SERVICIOS INTEGRALES, S. L. U. anuncia al órgano de contratación la interposición de recurso especial en materia de contratación contra su exclusión.

El 22 de abril de 2019, a las 17:25:39 horas, tiene entrada en el registro electrónico de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación que tiene el siguiente *petitum* que “se deje sin efecto la exclusión de la licitación referida de mi mandante y la adjudicación que posteriormente se haya podido hacer, retrotrayendo al procedimiento adjudicatario a ese preciso instante en el que el órgano de contratación con la inclusión de mi mandante, deberá dictar nueva adjudicación ajustada y derecho”.

Cuarto. La entidad contratante, el 29 de abril de 2019, remite el expediente de contratación al Tribunal, acompañándolo de su informe.

Quinto. La Secretaría del Tribunal, el 30 de abril, da traslado del recurso interpuesto a los otros licitadores interesados, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimasen oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, habiendo evacuado el trámite conferido CLECE S. A.



FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. A pesar de lo sostenido por la recurrente el contrato y la impugnación de acto se rigen, al haberse aprobado el expediente de contratación y publicados los anuncios de licitación después de su entrada en vigor, por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) y no por el derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 45.1 de la LCSP y 22.2. 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), al ser el ente contratante la Administración General del Estado.

Segundo. El artículo 48 de la LCSP establece que *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.

Dicha norma remite a la doctrina jurisprudencial del concepto interés legítimo en el ámbito administrativo.

En reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada entre otras sentencias las de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de 1999 y 2 de octubre de 2001, se declara que por interés debe entenderse toda situación jurídica individualizada, dicha situación que supone una específica relación con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, se extiende a lo que, con más precisión, se titula interés legítimo, que es el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás



ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio. El interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga.

Pues bien, la recurrente en su condición de licitadora en el procedimiento en que se ha dictado el acto que recurre y que le excluye de la licitación, tiene interés legítimo en su nulidad y, consiguientemente, legitimación para recurrirlo, pues de ser admitida puede resultar adjudicataria, todo ello conforme a dicho artículo de la LCSP y el 22.2. 2º del RPERMC.

Tercero. Se recurre el acto por el que se excluye a la recurrente de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros.

El acto recurrido, que pone fin al procedimiento para la reclamante, aparece expresamente recogido en la letra b) del artículo 44.2 de la LCSP como susceptible de recurso.

Por ello conforme al artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP y 22.2. 3º y 4º del RPERMC, el acto es susceptible de recurso.

Cuarto. En cuanto a los requisitos de forma y plazo, el 29 de marzo de 2019 se remite a la recurrente la notificación del acto, sin contener pie de recurso ante este Tribunal; el 22 de abril de 2019 tiene entrada en el registro de este Tribunal el recurso.

El apartado 1, letra c) del artículo 50 de la LCSP establece:

“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará: (...) c) Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.”



Por su parte el artículo 19.3, 4 y 5 del RPERMC establece:

“3. Cuando el acto de exclusión de algún licitador del procedimiento de adjudicación se notifique previamente al acto de adjudicación, el recurso contra la exclusión deberá interponerse dentro del plazo de quince días hábiles a contar desde el siguiente a aquél en que se hubiera recibido por el licitador la notificación del acto de exclusión.

4. Cuando la notificación se practique por medios informáticos, electrónicos o telemáticos, se considerará que la remisión se realiza en la fecha en la que se ha producido el envío.

5. Los actos notificados cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, deberán ser recurridos dentro de los plazos previstos en el apartado 2 del artículo 44 del texto refundido de la ley de contratos del sector público y en el presente artículo. Este precepto será de aplicación aunque el acto o resolución impugnados carecieran de la motivación requerida de conformidad con lo previsto en el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o en el artículo 151.4 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Como consecuencia de ello, aunque el texto de la resolución no sea completo no se considerará defectuosa y se tendrá por producida, sin perjuicio de que el recurso pueda ser fundado en esta circunstancia.

Por el contrario, si las notificaciones referidas a la exclusión de un licitador o a la adjudicación de un contrato, contravienen los requisitos del artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el plazo se iniciará a contar desde el momento en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la notificación o interponga cualquier recurso.”

Utiliza el artículo 50.1.c) de la LCSP, como también lo hacía el artículo 44.2.b) del TRLCSP, una expresión poco afortunada para determinar el *dies a quo*: *“a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción”*.

En cuanto a lo que ha de entenderse por “tener conocimiento”, hemos reiteradamente señalado que respecto de los específicos actos de exclusión, es de aplicación el artículo 19.3 del RPERMC, el inicio del cómputo comienza desde el día siguiente a la notificación realizada en debida forma conforme al artículo 40 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento



Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), en suma que la toma de conocimiento al que se refiere la LCSP se acredita por la práctica de la notificación hecha en debida forma.

También dijimos en nuestra Resolución número 1177/2018, de 17 de diciembre, que el artículo 50.1.c) de la LCSP ha de ponerse en conexión con el artículo 40.3 de la LPACAP que regulan la notificación, y que la jurisprudencia ha considerado que, para evitar indefensión, el *dies a quo* para el cómputo del plazo de interposición del recurso que proceda, cuando la notificación se ha realizado sin cumplimentar todas las exigencias legalmente previstas, es el día que el recurrente tuvo conocimiento íntegro del acto, integridad que exige que en la notificación se incluya el pie de recurso.

Pues bien, en el presente caso la notificación individual de la exclusión no contenía pie de recurso por lo que la notificación es defectuosa, de modo que conforme al artículo 40.3 de la LPACAP, la notificación ha de tenerse por hecha desde la interposición del recurso pues el interesado no ha realizado antes actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance del acto objeto de la notificación.

En consecuencia, se han cumplido los requisitos de tiempo y forma prevenidos en aquellos artículos.

Quinto. Entrando en la cuestión de fondo la recurrente alega contra el acto de exclusión los siguientes motivos:

Que la exclusión por insuficiente de justificación de la baja es contraria a Derecho por las siguientes razones.

Que viene prestando el servicio por cantidad inferior, habiendo incrementado en su nueva oferta la cantidad en 84.288,06 euros, para cumplir las nuevas requisitorias del contrato.

Que tiene convenio propio que es el que aplica a sus trabajadores sin que exista en el PCAP la obligación de aplicar convenio sectorial (en este caso, siderometalúrgico) por lo que, basar la exclusión en este hecho está extralimitando de manera fraudulenta las condiciones del pliego.



Que ha aportado contratos en vigor para el desempeño del servicio con todas las subcontratas que participan de la obra, con lo que las cantidades que se aportan en el informe justificativo son contrastables y sancionadas en vínculo contractual, sin que sea de recibo por tanto que la afirmación de que son insuficientes, máxime cuando, son las mismas empresas que vienen prestando el servicio.

Rechaza asimismo las objeciones sobre medios materiales o suministros ya que el mero desempeño del contrato hasta la fecha es la mejor prueba de la capacidad de mi mandante para realizar el servicio.

Por su parte el órgano de contratación opone a tales argumentos lo siguiente:

Estima que la justificación aportada se desvía respecto a lo previsto en el artículo 149.4, letra e) de la LCSP, en lo relativo a la reducción de costes en materia de personal, a la vista del convenio propio que justifica la empresa, por cuanto dicho artículo impone el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes.

El informe técnico detalla, analiza y documenta los motivos por los que no se consideran justificadas las diferencias salariales entre el convenio de empresa de la recurrente y el convenio colectivo del sector de la industria, servicios e instalaciones del metal o de los precios de referencia para el sector de la construcción que establece la Comunidad Autónoma de Madrid en su Base de Precios de la Construcción, que son éstos los precios de referencia utilizados en la elaboración del Presupuesto Base de Licitación del contrato.

Además de este argumento, se detallan en el informe técnico otros importantes motivos por los que, adicionalmente a lo anterior, se considera inconsistentes las justificaciones de la baja presentada respecto a reducción de costes de herramientas, medios auxiliares y transporte, que se sustenta en un informe adicional del funcionario técnico conocedor de los detalles de ejecución y seguimiento del contrato de mantenimiento integral anterior, de la que la recurrente es adjudicataria.

El hecho de que la empresa dispusiera de herramientas y medios auxiliares en los centros objeto del contrato, no significa que el coste de dicha herramienta no deba ser tenido en cuenta en un nuevo contrato, puesto que a la finalización del contrato actual, dicha

herramienta puede tener previsto su destino a otros servicios, con más motivo al tratarse de una empresa con gran expansión en el sector. Además, se ha producido la falta de suministro por parte de la recurrente, adjudicataria del contrato anterior, del material fungible, como puede ser tornillería variada, adhesivos, siliconas, bridas, discos de radial, entre otros, siendo así que casi la totalidad de dicho material está siendo facilitado por el Ministerio a fin de poder ejecutar las reparaciones en tiempo.

En la oferta de la recurrente no figuran documentos que acrediten un volumen de compra real de materiales que permita acceder a descuentos y beneficios en las condiciones de pago.

En lo que se refiere al transporte, durante el tiempo de ejecución del contrato anterior se tiene constancia de las dificultades del personal para su movilidad entre las distintas sedes a las que debe prestar servicios, poniéndose claramente de manifiesto el importante perjuicio que supone la reducción del presupuesto destinado a la partida de herramientas, medios auxiliares y transporte, dando lugar a una pérdida de calidad del servicio desde el punto de vista de su eficiencia en términos de ejecución y de tiempos de respuesta.

En el apartado de telecomunicaciones, no se acredita ni se incluye el acuerdo de colaboración con Vodafone que permita justificar el coste de las líneas telefónicas, presunción de coste a *priori* insuficiente.

En relación a la justificación de costes de subcontratación, la justificación señala de forma genérica que la recurrente mantiene con las empresas que deben ser subcontratadas para la prestación del servicio una relación comercial que permite rebajar los costes de cada partida.

Cabe señalar que, durante el tiempo de ejecución del actual contrato, se han producido múltiples problemas y retrasos en la realización de las revisiones periódicas obligatorias de mantenimiento preventivo de acuerdo con el PPT, retrasos que en algunos casos han alcanzado períodos superiores a los seis meses produciéndose fundamentalmente en las revisiones que debían ser llevadas a cabo por empresas subcontratadas, lo que pone de manifiesto el menoscabo del servicio que supone la baja importante en la partida de subcontratación.



Además, en la justificación de la oferta presentada no se concretan las actuaciones que serían objeto de subcontratación ni se aportan los acuerdos comerciales con las empresas a subcontratar, por todo ello, la reducción en un 56,94% del importe destinado a subcontratación se considera injustificada a la vista de la documentación aportada.

La alegante no introduce argumentos nuevos de relieve respecto de lo aducido por el órgano de contratación.

Sexto. La recurrente se refiere a la justificación de la oferta incurso en presunción de anormalmente baja o desproporcionada.

Antes de analizar los concretos argumentos de la impugnación nos referiremos a nuestra doctrina sobre la presunción de ofertas como anormalmente bajas o desproporcionadas.

Nuestra Resolución número 105/2011, de 15 de abril, señala que las normas del Derecho de la Unión Europea relativas a la contratación pública vienen poniendo marcadamente el acento en la necesidad de abrir las licitaciones al mayor número de empresas posible, así lo hacía la Directiva 2004/17/CE, y lo hace la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE, como también lo hace la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

Por ello, se consagran como principios básicos de la contratación pública los de libre concurrencia, no discriminación y transparencia.

Consecuente con ello el legislador español ha diseñado un sistema legal que abre las licitaciones al mayor número de empresas.

Así dispone el artículo 1.1 de la LCSP que aquella tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de



estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa

Así la LCSP exige que la adjudicación de los contratos se haga a favor de aquella empresa que hubiera presentado la oferta económicamente más ventajosa. Ello se traduce en que la adjudicación de los contratos se realice utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio (artículo 145 LCSP).

Sin embargo, la búsqueda de la oferta económicamente más ventajosa tiene una excepción, la posibilidad de considerar que la oferta es anormalmente baja o desproporcionada, es decir que contiene valores económicos inferiores a lo razonable o que los diferentes elementos que la integran carecen de la adecuada congruencia entre sí.

Sin embargo esta excepción no puede considerarse ilimitada. Por el contrario, la LCSP obliga a la entidad contratante a dar audiencia a los licitadores que hubieran presentado las mencionadas ofertas para poder determinar si, a pesar de su carácter anormalmente bajo o desproporcionado, pueden cumplirse y a fijar con carácter objetivo cuáles son los parámetros que deben servir para considerar a la oferta incurso en la situación de anormalidad o desproporción.

De conformidad con todo ello resulta que el hecho de que una oferta puede encontrarse en el caso previsto en los pliegos para determinar su condición de anormalmente baja o desproporcionada, no implica necesariamente que deba ser desestimada a la hora de proceder a la adjudicación de contrato. Por el contrario, el artículo 149 de la LCSP impone al órgano de contratación la obligación de dar audiencia a la empresa afectada y de valorar las justificaciones que pueda dar de su oferta.

Ello porque la existencia de ofertas anormalmente bajas es una mera *presunción iuris tantum* de que la oferta no pudiera ser cumplida, exigiendo un procedimiento contradictorio, en que se da la oportunidad a los licitadores de justificar la viabilidad de su oferta, recayendo sobre



ellos la carga de justificar su proposición, de modo que solo si no justifican la posibilidad de cumplir el contrato con su oferta, o lo hacen en forma insuficiente, el órgano de contratación puede excluirlos.

En cuanto al examen de la justificación presentada por las empresas cuyas ofertas están incursas en la presunción, hemos dicho en la Resolución citada y en la número 677/2014, de 17 de septiembre, que la apreciación hecha por la entidad contratante del contenido de tales justificaciones en relación con el de las propias ofertas debe considerarse que 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 determinado 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 de contrato en tales condiciones.

Por tanto, cabe añadir aquí, para desvirtuar la valoración realizada por el órgano de contratación en esta materia será preciso que el reclamante ofrezca algún argumento que permita considerar que el juicio del órgano de contratación teniendo por no justificadas las explicaciones dadas por el licitador cuya oferta se ha considerado inicialmente como anormal o desproporcionada resulta infundado, o a apreciar que se ha incurrido en ese juicio en un error manifiesto y constatable (Resolución número 786/2014, de 24 de octubre)

También hemos señalado, en nuestras Resoluciones números 786/2014, de 24 de octubre, y 832/2014, de 7 de noviembre, que en cuanto al informe técnico es lo habitual que el informante exprese su propia opinión sobre las alegaciones presentadas por el licitador cuya oferta puede incurrir en anormalidad, haciendo un juicio crítico de la justificación que se le remite. Sin embargo, cabe igualmente la posibilidad de que el informante esté de acuerdo con estas alegaciones, haciéndolas suyas, lo que le eximiría de la necesidad de añadir mayor fundamentación al informe.

Así, en aquellos casos en los que el informe técnico no comparta la justificación dada por el licitador para justificar la anormalidad de su oferta, resulta evidente que debe motivarse el



informe pues éste tendrá que salir al paso de lo alegado por el interesado rebatiendo su argumentación.

En fin, en nuestra Resolución 1147/2018, de 17 de diciembre, a propósito de la nueva regulación de la LCSP, señalamos que aquella impone las siguientes obligaciones que, *mutatis mutandi*, son de aplicación también al ámbito de la LCSE: i) el requerimiento de la mesa para la justificación de la oferta debe ser claro sobre los extremos respecto de los que ha de versar la justificación del licitador de su oferta, ii) la justificación debe estar desglosada y detallada, aportando la documentación que sea necesaria, sin que se requiera una concreta acreditación de cada uno de los extremos alegados y, en fin, iii) la justificación debe versar sobre aquellas condiciones de la oferta que determinan el bajo precio o los bajos costes de la misma, siendo el listado de posibles motivaciones contenidos en artículo 149 de la LCSP meramente enunciativo.

En cuanto a la configuración de la baja como una presunción iuris tantum se mantiene en la nueva LCSP, si bien que el examen de la oferta no se limita ya a que, en los términos que se formula pueda ser cumplida, atendiendo exclusivamente a las condiciones de ejecución previstas en los pliegos, sino que además si la oferta, aun siendo viable, incumple determinadas exigencias también pueden ser excluidas.

Así se impone que los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201 de la LCSP. Así la defensa del interés general al que el objeto del contrato sirve se ve completada por otras motivaciones de interés general que son, en principio, ajenas al objeto concreto del contrato.

Séptimo. Analizaremos los distintos motivos que han llevado a la mesa al rechazo de la justificación ofrecida por la recurrente.

La primera se refiere a los costes salariales y, expresamente, al incumplimiento del convenio colectivo del sector.

En primer lugar, hay que señalar que el cumplimiento de la normativa laboral ha de ceñirse a la ejecución del contrato, no referirse al posible incumplimiento genérico o singular del convenio colectivo, por la empresa. En fin, ha de suponer la apreciación por el que informa la justificación ofrecida que, a la vista de dicha justificación, de los datos aportados en ella o no aportados, puede inducirse razonablemente que el carácter anormal de los precios ofertados es consecuencia directa e inmediata del incumplimiento de las condiciones salariales, impuestas por convenio colectivo, de los trabajadores que el licitador va a dedicar a la ejecución del contrato.

De otra parte, el licitador aduce la existencia de un convenio de empresa, y ello lleva a la cuestión de conciliar el precepto de la LCSP con lo establecido en los artículos 83, 84 y concordantes del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (ET) permiten la existencia de convenios de empresa y de ámbito inferior.

Por ello debemos preguntarnos si puede excluirse una oferta porque su baja incumple el convenio colectivo sectorial, aun cuando cumple el convenio que le es aplicable, el de empresa.

Dice el artículo 149.4 de la LCSP que *“En todo caso, los órganos de contratación **rechazarán las ofertas** si comprueban que son anormalmente bajas por vulneran la normativa sobre subcontratación, o **no cumplen las obligaciones** aplicables en materia medioambiental, **social o laboral**, nacional o internacional, **incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes**, en aplicación de los establecido en el artículo 201.”*

Como vemos, la LCSP exige, para rechazar a una empresa incurso en presunción de anormalidad o desproporción, en lo relativo a la materia social o laboral, **un incumplimiento de las obligaciones establecidas en esta materia**. La empresa que dispone de un convenio colectivo propio no incumple normativa laboral alguna, en la medida en que dicho convenio está amparado por lo dispuesto en el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores, y goza de prioridad aplicativa en determinadas materias, como los salarios.

Por tanto, la interpretación que propugna el órgano de contratación supondría, a nuestro juicio, una derogación parcial e implícita del ET, que vulneraría la negociación colectiva, por cuanto impediría la eficacia de un convenio colectivo admitido por la legislación laboral y acordado por el empresario y los trabajadores a los que afecta, por el mero hecho de que dicha empresa acuda a una licitación pública.

Además, tal interpretación daría lugar a una práctica restrictiva de la competencia, al impedir a una empresa hacer uso de una ventaja competitiva expresamente amparada por el ordenamiento jurídico, en detrimento de sus intereses y en beneficio de las demás empresas licitadoras, además de causar un perjuicio al interés general al que el contrato administrativo sirve, al imponer a la Administración un mayor precio del contrato del que podría obtener.

En fin, contravendría, a nuestro juicio, el tenor literal del artículo 69 en relación al artículo 18.2 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (en adelante Directiva 2014/24/UE), pues esta permite excluir al licitador por incumplimiento de *“las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X”* y el convenio de empresa es el convenio aplicable y, por tanto, no puede excluirse al licitar por aplicar precisamente el convenio al que viene obligado, pues constituiría una práctica discriminatoria que contraviene los principio de igualdad y no discriminación.

En consecuencia, fundándose la baja en la aplicación de un convenio de empresa, una interpretación conjunta, sistemática y teleología de las normas en juego – LCSP, ET y Directiva 2014/24/UE– obliga a no excluir al licitador porque su oferta incurra en baja anormal o desproporcionada por no cumplir un convenio colectivo sectorial, si este no le es aplicable por serlo un convenio colectivo de empresa con inferiores condiciones salariales.

En fin, es de todo improcedente que el informe sobre la justificación haga un examen comparativo de un convenio colectivo con otro, pues ello claramente excede de lo que constituye el objeto de su examen, si la justificación ofrecida justifica o no que en la



conformación de los costes salariales de la oferta se ha cumplido el convenio colectivo aplicable.

No cabe por tanto aducir el incumplimiento del convenio colectivo como motivo de exclusión de la oferta.

Ahora bien, en los demás extremos el informe sobre la justificación se acomoda plenamente a derecho.

En efecto, frente a lo aducido en el informe el licitador no ha opuesto nada relevante que lo desvirtúe, amparándose en el mero hecho de que es ahora el contratista que ejecuta el contrato anterior al que el licitado sustituye.

Tal argumento, como la contra argumentación del órgano de contratación sobre el deficiente cumplimiento del contrato vigente es, en cierta medida, ajena a la cuestión objeto de examen.

En efecto, no puede justificar su oferta el licitador aduciendo la ejecución de otro contrato, por muy similar que sea, pues no es eso lo que se le pide. Cada contrato que se licita es diferente de todos los demás, se enjuicia en él la oferta no la ejecución en otros contratos sino la oferta misma y su posibilidad de cumplimiento. Y, en principio, tampoco puede justificar el órgano de contratación el rechazo de la oferta en el deficiente cumplimiento de otro contrato, pues su examen, señalamos una vez más, se contrae a la oferta y solo a ella.

Pues bien, en lo que importa el informe técnico analiza la justificación y sus términos, motivando el rechazo de aquella en la insuficiencia de la justificación aportada. Las carencias de justificación más relevantes, amén de las cuestiones laborales no admitidas, son las siguientes:

- La recurrente no concreta las actuaciones que serán objeto de **subcontratación**, ni aporta los acuerdos comerciales con las empresas a subcontratar. En el documento de justificación, de 71 páginas, 37 de ellas se refieren a certificados de ejecución de servicios prestados, que no es una documentación particularmente apropiada en esta fase del procedimiento; más aun teniendo en cuenta que GESTIONA es la actual empresa prestadora del servicio en el Ministerio para la



Transición Ecológica, por lo que el órgano de contratación conoce la forma en que realiza la prestación. Otras 18 páginas de la justificación se destinan a reproducir el convenio colectivo propio de la empresa.

La cuantía estimada para este concepto de subcontratación en el presupuesto base de licitación es de 111.481,72 €, habiendo calculado la recurrente una cifra para este concepto de 48.007 euros. Es decir, con una baja del 56,94 % (63.474,72 €), no sustentada en prueba alguna.

- A menor nivel, lo mismo sucede en materia de **telecomunicaciones**. El presupuesto estimado para este coste es de 5.760 €, declarando la recurrente una cantidad de 900 euros, sin más justificación.
- En lo relativo a los costes de **herramientas y medios auxiliares**, la empresa recurrente justifica la reducción de costes en que ya disponen de herramienta en los centros objetos del contrato, por estar prestando el servicio. Frente a ello, el informe del Jefe de Servicio de Instalaciones argumentó que en la ejecución del anterior contrato se ha puesto de manifiesto la carencia de determinadas herramientas y medios auxiliares, por lo que no es cierta la afirmación del ahorro de costes por disponer ya de esos medios. El Jefe de Instalaciones afirma que se carece de **remachadora, grapadora, roscadora, bomba de presión para comprobar circuitos, grupo de soldadura, pistolas de espuma, pistola térmica, bombas de vacío, y manómetro. Además de cierto material fungible** (tornillería, adhesivos, siliconas, bridas, discos de radial).

Esta carencia de medios no es rebatida ni cuestionada en el recurso.

- Por otra parte, en lo que se refiere al transporte, durante el tiempo de ejecución del contrato actual con GESTIONA, se tiene constancia desde este Área de Obras y Proyectos, de las dificultades del personal para su movilidad entre las distintas sedes a las que debe prestar servicios. En concreto, el personal no dispone en la actualidad de Abono Transportes ni de vehículo proporcionado por la empresa y se ven obligados a transportarse con sus propios medios.

Por tanto, la falta de justificación suficientemente satisfactoria de los aspectos indicados y de acreditación documental de los ahorros alegados respecto de la reducción de presupuesto destinado a la partida de herramientas, medios auxiliares y transporte, pueden suponer durante la ejecución del contrato un importante perjuicio en términos de pérdida de calidad del servicio desde el punto de vista de su eficiencia en los aspectos de ejecución de los servicios a prestar y de tiempos de respuesta.

En consecuencia, este Tribunal considera ajustada a Derecho la decisión del órgano de contratación de excluir a la empresa recurrente, por no haber explicado de forma razonable y suficientemente satisfactoria el bajo nivel de precios o costes propuestos, lo que implica que no se ha justificado que la oferta incurso en presunción de anormalidad pueda cumplirse normalmente en sus propios términos.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por E. G. L. M., en nombre y representación de GESTIONA DESARROLLO DE SERVICIOS INTEGRALES S. L. U., contra el Acuerdo de 28 de marzo de 2019, de Junta de Contratación, por la que se le excluye de la licitación del contrato de "*Servicio de mantenimiento integral de los edificios de Plaza San Juan de la Cruz, 10, Alcalá, 92, Fruela, 3 y Julián Besteiro 21, 23 y 25*", (Exp. 20190000001R), licitado por el del Ministerio para la Transición Ecológica.

Segundo. 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 58 de la LCSP.

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 dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta



notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.