



Recurso nº 1248/2018 C. Valenciana 283/2018

Resolución nº 10/2019

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

En Madrid, a 11 de enero de 2019

VISTO el recurso interpuesto por D. A. I. S. en nombre de JARDINERÍA DE CASTELLÓN, S.L., frente a la resolución del Excmo. Ayuntamiento de Castellón de la Plana de 14 de noviembre de 2018 por la que se excluye la oferta presentada por Jardinería de Castellón, S.L., de la licitación del contrato de “*Servicio de mantenimiento de las zonas de juego de la ciudad de Castellón*” (expediente 21/2018 – G 22933/2018), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público en fecha 27 de julio de 2018, el Excmo. Ayuntamiento de Castellón de la Plana convocó la licitación del contrato de “*Servicio de mantenimiento de las zonas de juego de la ciudad de Castellón.*”

El valor estimado del contrato es de 210.927,05 euros.

Segundo. Tras la apertura de los sobres A y B de las proposiciones de los licitadores, en la sesión de la mesa de contratación de fecha 17 de octubre de 2018 se dio cuenta del informe técnico de fecha 8 de octubre de 2018 relativo a la puntuación de los criterios no cuantificables automáticamente (sobre B) y a la exclusión del proceso selectivo de una de las ofertas presentadas por no alcanzar su propuesta técnica el umbral mínimo del 50 por ciento de la puntuación en el conjunto de criterios cualitativos para continuar con el proceso selectivo conforme a lo dispuesto en la cláusula 10ª del PCAP y el art. 146.3 de la Ley 9/2017.

A continuación se procedió a la apertura de los sobres C, resultando que la oferta presentada por Jardinería de Castellón, S.L., con una baja del 18%, había de considerarse

como incurso en presunción de anormalidad al ser superior a la baja media más 3 puntos (11+3) de acuerdo con la cláusula 10ª del PCAP y el art. 149 de la LCSP. Se procedió por ello por la Secretaria de la mesa a requerir a su representante, asistente al acto, para que en un plazo de 5 días hábiles justificase su oferta conforme a lo previsto en la cláusula 10ª del PCAP, manifestando éste su conformidad al requerimiento, todo lo cual consta en el acta de dicha sesión.

En la siguiente sesión de la mesa, de fecha 7 de noviembre de 2018, se dio cuenta del informe técnico de fecha 30 de octubre de 2018. En el mismo, en lo que atañe a la documentación presentada en plazo por Jardinería de Castellón, S.L., para justificar la baja incurso en presunción de anormalidad, se indica:

“Una vez estudiada la justificación presentada a la baja realizada, se hacen las siguientes consideraciones:

-No se cuantifica que cantidad de ahorro implica el disponer de un inventario, de un GMAO, de un sistema de control de maquinaria e instalaciones. En cualquier caso, estas no son características distintivas respecto a las otras ofertas, ya que son elementos de los que disponen las empresas en la actualidad. Tener inventario no se considera una ventaja económica. Por supuesto, las disposiciones vigentes en materia medioambiental, laboral y social se han de cumplir por todos los licitadores.

- El ahorro en mano de obra tampoco se justifica puesto que el convenio a aplicar es el mismo en todas las empresas. Aun cuando pudiera variar el convenio colectivo, las diferencias en ningún caso serían significativas.

- El ahorro en mejoras podría estar justificado por la diferencia entre el valor de la inspección y certificación ofertada y el coste que suponen para la empresa, pero no parece justificable que el mismo tipo de mejora tenga un coste muy diferente para la empresa que hace la oferta anormalmente baja y el resto de las empresas.

En cualquier caso, se considera que no se han justificado ninguna de las condiciones que permitirían justificar el bajo nivel de costes de la oferta, de acuerdo a los criterios indicados en el artículo 149, punto 4, al no justificar ninguno de los apartados, del a) al e), que indica el mencionado punto.



Por lo tanto, se considera que no se justifica de forma adecuada la oferta anormalmente baja presentada por Jardinería de Castellón, S.L y por lo tanto se desestima la oferta”.

La mesa de contratación asumió el informe técnico y propuso rechazar la oferta de Jardinería de Castellón, S.L., por cuanto la información recabada no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos y, por tanto, la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales.

Mediante resolución de fecha 14 de noviembre de 2018 se resolvió:

“1º.- Rechazar la oferta presentada por Jardinería de Castellón, S.L y excluirla de la clasificación por estar incurso su oferta en anormalidad y no quedar justificada suficientemente la misma en los términos del informe técnico de fecha 30 de octubre de 2018.

2º.-Clasificar las proposiciones presentadas por los licitadores admitidos a la contratación Servicio de mantenimiento de las zonas de juegos de la ciudad de Castellón, de acuerdo con el siguiente orden: (...)”.

Tercero. Frente a dicho acuerdo de exclusión, notificado el 15 de noviembre de 2018, se interpone recurso especial en materia de contratación por parte de Jardinerías de Castellón, S.L., licitador excluido, mediante escrito presentado el 27 de noviembre de 2018.

Tras recordar que la resolución rechaza la oferta presentada por estar incurso en presunción de anormalidad y no haber justificado suficientemente dicha anormalidad, apunta el recurso que la misma se dicta después de haber requerido la secretaria de la mesa de contratación a la recurrente para que justificase la oferta, requerimiento que se produjo en el acto público de lectura del informe técnico de fecha de 8 de octubre de 2018 y apertura de los sobres C, que tuvo lugar el 17 de octubre de 2018.

El acta que recoge lo resuelto en el citado acto señala al respecto que:

“La Secretaria de la Mesa indica que la cláusula 10ª del PCAP que rige la contratación establece respecto a las ofertas con valores anormales que “De conformidad con el artículo 149.2 de la LCSP, se considerará que una oferta es anormalmente baja cuando la baja



ofertada sea superior a la baja media más 3 unidades porcentuales, considerándose la baja media como la media aritmética de todas las bajas ofertadas”. Conforme a dicha cláusula la oferta económica presentada por Jardinería de Castellón, S.L. (18,00%) es considerada anormal al ser superior a la baja media más 3 puntos (11+3).

La Secretaria de la Mesa requiere en el presente acto al representante de la mercantil Jardinería de Castellón, S.L. para que en un plazo de 5 días hábiles que finaliza el miércoles 24 de octubre de 2018 justifique la oferta presentada por dicha empresa conforme a lo previsto en la cláusula 10ª del PCAP, quien manifiesta quedar enterado del citado requerimiento.

La Mesa de Contratación propone, una vez se reciba la justificación requerida respecto a la oferta considerada anormal, se remita junto a las restantes proposiciones admitidas a los Servicios Técnicos Municipales para que procedan a su estudio y valoración conforme a los criterios fijados en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la contratación y emitan el correspondiente informe”.

Considera el recurrente que esta fórmula de requerimiento ha venido siendo la práctica habitual de los órganos de contratación y puede considerarse respetuosa con la regulación contenida en el derogado Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (art. 152.3). Sin embargo, indica que la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, introduce una serie de requisitos que deben cumplir los requerimientos de la mesa de contratación cuando identifiquen ofertas incursas en presunción de anormalidad, conforme a su art. 149.4, respecto del cual subraya las previsiones siguientes:

“La petición de información que la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación dirija al licitador deberá formularse con claridad de manera que estos estén en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta.

Concretamente, la mesa de contratación o en su defecto el órgano de contratación podrá pedir justificación a estos licitadores sobre aquellas condiciones de la oferta que sean susceptibles de determinar el bajo nivel del precio o costes de la misma y, en particular, en lo que se refiere a los siguientes valores: (...)”.



Partiendo de estas previsiones, apunta el recurrente que en este caso “el requerimiento de la mesa de contratación no sólo no contuvo ninguna de las menciones indicadas en el 149.4 LCSP, sino que se efectuó verbalmente en el acto público por remisión a la cláusula 10 del pliego de cláusulas administrativas particulares (tal y como recoge el acta), que precisamente recoge la dicción literal del artículo 149.4 en su cláusula 10ª (se adjunta el pliego de cláusulas administrativas particulares como documento número 4).

Esta mención genérica en el requerimiento de justificación de la anormalidad de la baja, que cumple con la legislación anterior, y que es la práctica habitual de los órganos de contratación, no se adapta a las exigencias de la nueva LCSP, al realizarse de manera abstracta, genérica, sin conexión con el licitador de que se trate o su específica oferta y sin incorporar los extremos concretos de la oferta de JARDINCAS que deben justificarse, lo que sitúa al licitador en una posición de indefensión ante el riesgo de que cualquier respuesta que se aporte pueda ser calificada de insuficiente, como finalmente ha hecho la resolución recurrida”.

Añade a lo anterior como este Tribunal “ha tratado en muchas de sus resoluciones el significado y el tratamiento de una propuesta anormal o desproporcionada, que en nada puede llevar al órgano de contratación al automatismo de excluir al licitador del procedimiento de contratación sino que exige tomar ciertas cautelas que garanticen la adecuada ejecución del contrato, y la claridad y precisión en el requerimiento de justificación que permita valorar con exactitud si la prestación va a poder desarrollarse correctamente al precio ofertado, desde luego debe ser una de estas cautelas.”

Y concluye:

“En consecuencia, no habiéndose requerido a JARDINCAS con la precisión que exige el artículo 149.4 LCSP la justificación de la anormalidad de su oferta, debe realizarse un nuevo requerimiento formulado con la claridad que exige el artículo 149.4 LCSP de manera que JARDINCAS esté en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta, sobre todo teniendo en cuenta los estrechos márgenes que ha recogido el pliego para apreciar que una oferta está incurso en presunción de temeridad, como paso a analizar en el siguiente apartado”.



En segundo lugar, el recurrente cuestiona los términos en los cuales queda definida en el pliego la presunción de anormalidad de las ofertas, en referencia a la cláusula 10ª del PCAP, donde se dispone lo siguiente:

“De conformidad con el artículo 149.2 de la LCSP, se considerará que una oferta es anormalmente baja cuando la baja ofertada sea superior a la baja media más 3 unidades porcentuales, considerándose la baja media como la media aritmética de todas las bajas ofertadas.

En el caso que el número de ofertas presentadas sea inferior a cuatro, se considerará anormalmente baja aquella oferta cuya baja sea superior a 15 unidades porcentuales”.

Sobre esta cuestión, el recurrente considera que la fórmula de considerar las ofertas anormalmente bajas por referencia a la baja media, elegida por el órgano de contratación en el párrafo primero de esta cláusula, es un criterio que ha venido siendo utilizado por los órganos de contratación de forma mayoritaria porque se considera menos restrictivo de la libre concurrencia que la utilización de la referencia al precio de licitación. En este sentido, alude a la resolución de este Tribunal nº 333/2018, de 6 de abril.

Estima que no sucede lo mismo con la fórmula utilizada en el párrafo segundo, que parece utilizar como referencia el precio de licitación, señalando que esta fórmula debería haber sido la utilizada por el órgano de contratación al haberse admitido únicamente la oferta económica de tres licitadores, puesto que de los cuatro iniciales uno de ellos no cumplía los requisitos cualitativos para continuar con el proceso selectivo, y quedó excluida su oferta al no obtener una puntuación mínima de 20 puntos. No obstante, asume que la aplicación de cualquiera de las dos fórmulas habría determinado igualmente que su oferta estuviera incurso en presunción de anormalidad.

Y, a partir de ello, defiende que *“si bien la fórmula de considerar ofertas anormalmente bajas por referencia a la baja media de las ofertas puede considerarse correcta, como hemos visto, porque favorece la libre concurrencia y permite tomar como indicador los precios medios que los propios licitadores ofrezcan, el estrecho margen empleado por la cláusula 10ª del pliego (el exceso de tan sólo 3 puntos porcentuales de la baja media)*



limita extraordinariamente la posibilidad de ofrecer un precio competitivo y no resulta tan respetuosa con el principio de libre concurrencia”.

En este sentido, apunta que la resolución del TACRC 436/2016, de 3 de junio, señaló que

“...al establecer un umbral de temeridad muy bajo se puede llegar a desnaturalizar la propia finalidad de la figura de las “ofertas con valores anormales o desproporcionados”. Si se trata de establecer un mecanismo para contrastar la viabilidad de las ofertas con valores muy bajos -las “ofertas temerarias”- no resulta procedente, en buena lógica, la posibilidad de extender el régimen establecido en el artículo 152 del TRLCSP a las proposiciones que se presenten con un margen de baja que, de acuerdo con las reglas de la práctica comercial en el sector de que se trate, no debieran ser tachadas como “anormalmente bajas” o “temerarias”.”.

Señala entonces el recurrente que, en el presente caso, su oferta es de tan sólo cuatro puntos porcentuales por debajo del umbral de temeridad, y apunta que este umbral nunca se hubiera superado si se hubiera tomado como referencia el artículo 85 del R.D. 1098/2001, puesto que, tanto aplicando el párrafo tercero como aplicando el párrafo cuarto, considera el recurrente que se considerarían incursas en presunción de temeridad las ofertas cuya baja fuera inferior en 10 puntos porcentuales a la baja media de las ofertas, que en este caso es de 11 puntos porcentuales, y por tanto el umbral de anormalidad quedaría fijado en 21 puntos porcentuales, lo que permitiría considerar normal la oferta del recurrente, cuya baja era de 18 puntos porcentuales.

Concluye el recurso defendiendo que *“la ausencia de un claro requerimiento de justificación de la anormalidad de la oferta, unido al estrecho margen recogido en el pliego, determina que no proceda excluir la oferta de JARDINCAS y que el órgano de contratación admitirla o subsidiariamente requerir nuevamente a JARDINCAS S.L. en los términos establecidos en el artículo 149.4 LCSP para que proceda a justificar adecuadamente la anormalidad de la oferta”.*

Y por todo ello interesa que se anule el acuerdo impugnado y se proceda a la admisión de su oferta, o, subsidiariamente, la retroacción del expediente de contratación al momento de producirse la vulneración del artículo 149.4 LCSP.



Cuarto. El órgano de contratación ha evacuado el trámite de informe sobre este recurso. Tras una exposición detallada del desarrollo de la licitación, indica que la cláusula 10ª del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares establece los criterios de adjudicación del contrato, su puntuación máxima y los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará la existencia, en su caso, de bajas anormales. En dicha cláusula se indica que se considerará que una oferta es anormalmente baja cuando la baja ofertada sea superior a la baja media más 3 unidades porcentuales, considerándose la baja media como la media aritmética de todas las bajas ofertadas. En el caso que el número de ofertas presentadas sea inferior a cuatro, se considerará anormalmente baja aquella oferta cuya baja sea superior a 15 unidades porcentuales.

Señala seguidamente esta cláusula que:

“En el supuesto de que una o varias de las ofertas presentadas incurran en presunción de anormalidad, la Mesa de Contratación requerirá a la o las empresas licitadoras que las hayan presentado para que, en el plazo de 5 días hábiles las justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos. Concretamente la Mesa de Contratación podrá pedir justificación a estos licitadores sobre aquellas condiciones de la oferta que sean susceptibles de determinar el bajo nivel del precio o costes de la misma y, en particular, en lo que se refiere a los siguientes valores:

(...)

Transcurrido el plazo señalado, si la Mesa de contratación no recibe la información y la documentación justificativa solicitada, lo pondrá en conocimiento del órgano de contratación y se considerara que la proposición no podrá ser cumplida, quedando la empresa licitadora excluida del procedimiento.

(...)

Si la Mesa de Contratación recibe la información y la documentación justificativa solicitada dentro del plazo establecido, solicitará un informe técnico al redactor del PPT, proyecto o



estudio económico del contrato, que analizara motivadamente las argumentaciones que haya dado el licitador para poder mantener su oferta.

A la vista de dicho informe, la Mesa elevara la correspondiente propuesta de aceptación o rechazo de la proposición, debidamente motivada, al órgano de contratación, para que este decida la aceptación de la oferta, porque considera acreditada su viabilidad, o bien, en caso contrario, su rechazo.

El órgano de contratación rechazará las ofertas incursas en presunción de anormalidad si se basan en hipótesis o prácticas inadecuadas desde una perspectiva técnica, económica o jurídica. Asimismo rechazara las ofertas si comprueba que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplan las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluido el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo que establece el artículo 201 LCSP”.

Apunta también este informe que el artículo 69 de la Directiva 2014/24/UE, referido a las ofertas anormalmente bajas, no contempla un examen integral de la oferta del licitador sino tan sólo de su oferta económica y, en particular, de los precios o costes propuestos.

Alude a la Resolución de este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales n.º 180/2017, de 17 de febrero de 2017, en cuanto establece: *“En el análisis de la justificación de la oferta económica es reiterada la Jurisprudencia que relaciona esta justificación con el contenido del requerimiento. Esto es: la suficiencia de la información aportada por el licitador ha de ser enjuiciada a la vista de la concreta información solicitada por el órgano de contratación, de tal modo que si el órgano de contratación considera imprescindible que se justifique un determinado aspecto de la oferta necesariamente lo ha de indicar en su requerimiento”.*

Asimismo, cita la Resolución 710/2018, en cuanto establece que *“el principio de economía procesal pugna contra cualquier retroacción de actuaciones de las que no se derivaría alteración del sentido del acto impugnado”.*

Respecto a las circunstancias en que se produjo el requerimiento a la recurrente (que ofreció una baja del 18% respecto al tipo de licitación) para que justificara su oferta

presuntamente incurso en anormalidad, señala que la mesa de contratación de acuerdo con los parámetros objetivos que figuran en la cláusula 10ª del PCAP, ante el indicio de anormalidad, *“formuló al representante de Jardincas, asistente al acto, un requerimiento “in voce” limitándose a mencionar la citada cláusula 10ª que, a su vez, reproduce los cinco valores que figuran en el artículo 149.4 LCSP, susceptibles de determinar el bajo nivel del precio o costes de la misma y le confirió un plazo de 5 días hábiles para la presentación de la documentación justificativa. Dicho representante manifestó su conformidad a tal requerimiento, extremo que consta en el acta de fecha 17 de octubre de 2018 (doc. 14).*

El proceder de la Mesa de Contratación remitiéndose al PCAP respondió a razones de celeridad y economía, no vulnerando el procedimiento de verificación contradictoria de justificación de una oferta anormal que requiere de tres actuaciones básicas: audiencia al licitador para que justifique su oferta, asesoramiento técnico adecuado y resolución motivada.

Ante lo parco del requerimiento (por la mera remisión a la cláusula 10ª del PCAP), Jardincas presentó, sin embargo, una prolija documentación en la que en base a los parámetros que establece el artículo 149.4 (puntos a, b, c y d) LCSP va argumentando las razones que justifican la viabilidad de su oferta. Así, hace referencia a la justificación del ahorro que permite la prestación del servicio (pág. 4-5), a las soluciones técnicas adoptadas para la prestación del servicio (pág. 5 a 7), al sistema de gestión informatizada para la prestación del servicio (pág. 7) y al cumplimiento de las disposiciones vigentes en materia medioambiental, social o laboral (pág. 8).

El técnico municipal, tras valorar las justificaciones dadas por la empresa, emite informe en el que concluye desestimando la oferta de Jardincas al considerar “que no se han justificado ninguna de las condiciones que permitirían justificar el bajo nivel de costes de la oferta, de acuerdo a los criterios indicados en el artículo 149, punto 4, al no justificar ninguno de los apartados del a) al e), que indica el mencionado punto”, no siendo la causa de la exclusión de Jardincas un aspecto concreto de su oferta que, a su juicio, debiera haberse justificado.

En el caso que nos ocupa no se mencionó en el requerimiento ningún punto concreto de la proposición sino que se le reclamó una justificación genérica de la misma, aportando la

recurrente elementos de juicio suficientes, relativos a aspectos diversos de los indicados en el artículo 149 LCSP, que permitieron al técnico municipal evaluar su oferta y concluir resolviendo su rechazo de forma motivada abordando cada uno de los referidos aspectos según datos y justificación facilitados por la empresa.

Este proceder es acorde con la “suficiencia de la información aportada por el licitador” que enuncia la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales n.º 180/2017, de 17 de febrero de 2017 (fundamento jurídico V del presente informe) que establece: “la suficiencia de la información aportada por el licitador ha de ser enjuiciada a la vista de la concreta información solicitada por el órgano de contratación, de tal modo que si el órgano de contratación considera imprescindible que se justifique un determinado aspecto de la oferta necesariamente lo ha de indicar en su requerimiento.”

En el requerimiento formulado a la empresa no se explicita ningún detalle concreto, no siendo la causa de su exclusión la falta de justificación de aspecto concreto o de especial consideración.

De acordarse la retroacción del procedimiento en orden a remitir a Jardincas un nuevo requerimiento, quien suscribe no alcanza a determinar qué aspectos adicionales y concretos de la oferta debieran solicitarse a la empresa para justificar su viabilidad, dado que en la justificación inicial presentada en fecha 24 de octubre de 2018 (doc. 15) Jardincas ha abordado cada uno de los valores que establece el art. 149.4 LCSP (en la normativa anterior, artículo 152.3 TRLCSP)”.

Finalmente, se pone de relieve que el recurso no cuestiona el contenido del informe técnico que concluye con su rechazo.

En cuanto a la segunda de las alegaciones, indica que la recurrente bien pudo interponer recurso especial en materia de contratación contra los pliegos reguladores de la contratación, y sin embargo no lo hizo, de modo que cualquier reproche que con motivo del presente recurso quiera hacerse respecto a la mencionada cláusula debió haberse planteado mediante una impugnación del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares mediante el pertinente recurso, dentro del plazo que establece la vigente normativa contractual.

A la vista de todo ello, se considera en el informe que debiera desestimarse el recurso.

Quinto. Por parte de la Secretaría del Tribunal se ha conferido traslado del recurso interpuesto al resto de licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, habiendo evacuado este trámite el licitador MAQUINARIA Y VEHÍCULOS Y RECAMBIOS, S.L., quien señala que el artículo 149 de la LCSP contiene la obligación de identificar la oferta presuntamente anormal, en base a los parámetros objetivos que cita y que están incluidos en el propio pliego y la necesidad de requerir de forma clara la justificación de la oferta, y en concreto podrá requerir sobre los extremos que señala el artículo 149.4 LCSP. El precepto señala que se podrá pedir justificación sobre los extremos que cita el mismo, lo que significa que se puede requerir sobre muchos otros no fijados o establecidos en el artículo o incluso algunos diferentes, dando un margen de potestad en función de la contratación sobre que extremos de justificación solicitar. Tampoco nada obsta para que la justificación de dichos extremos se pueda solicitar por remisión al propio artículo como se realiza.

Apunta también que los propios actos posteriores de la recurrente evidencian que no tuvo error alguno al cumplir el requerimiento ni dificultad para cumplirlo, pues presentó escrito tratando de justificar la oferta en los términos indicados, y respecto de la cual se elaboró informe técnico concluyendo que no se daba cumplimiento a la necesaria justificación de la oferta y se rechazaba.

Concluye pues que no existe una infracción del artículo 149 de la LCSP, sino una deficiente justificación de la licitadora ante la oferta considerada de forma objetiva anormal.

Defiende asimismo que tampoco la segunda alegación merece acogida tanto por resultar extemporánea, pues el licitador ha aceptado el pliego de condiciones y las normas reguladoras de la contratación, y, además, y como reconoce el propio recurrente, los márgenes de anormalidad fijados por el técnico correspondiente son de aplicación y no necesariamente deben seguir lo dispuesto en el artículo 85 del RGLCAP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales es competente para conocer del presente recurso a tenor de lo establecido en el artículo 46, apartado 2, de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), aplicable al procedimiento de adjudicación al haberse publicado el anuncio de licitación con posterioridad a la entrada en vigor el pasado 9 de marzo de 2018 de la misma, y en virtud del Convenio de Colaboración suscrito entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Generalitat de Valencia el 10 de abril de 2013 (BOE de 17 de abril de 2013), prorrogado el 25 de febrero de 2016 (BOE de 21 de marzo de 2016).

Segundo. El recurso ha sido interpuesto contra un acto susceptible de recurso en esta vía de conformidad con lo establecido en el artículo 44, apartados 1.a) y 2.b).

Tercero. La interposición se ha producido dentro del plazo legal, al no haber transcurrido más de 15 días hábiles entre la fecha de notificación del acuerdo impugnado y la de presentación del recurso (art. 50.1.c) LCSP).

Cuarto. El recurso se interpone por persona legitimada conforme al art. 48 LCSP, al tratarse del licitador cuya oferta se excluye por el acuerdo que se impugna.

Quinto. En cuanto al primero de los motivos de impugnación articulados, esto es, la alegada insuficiencia en el requerimiento efectuado para que el licitador recurrente justificase la viabilidad de su oferta, incurra en presunción de anormalidad, hemos de partir de lo dispuesto en el art. 149.4 LCSP:

“4. Cuando la mesa de contratación, o en su defecto el órgano de contratación hubiere identificado una o varias ofertas incursas en presunción de anormalidad, deberá requerir al licitador o licitadores que las hubieren presentado dándoles plazo suficiente para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos.

La petición de información que la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación dirija al licitador deberá formularse con claridad de manera que estos estén en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta.

Concretamente, la mesa de contratación o en su defecto el órgano de contratación podrá pedir justificación a estos licitadores sobre aquellas condiciones de la oferta que sean susceptibles de determinar el bajo nivel del precio o costes de la misma y, en particular, en lo que se refiere a los siguientes valores:

- a) El ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción.*
- b) Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras,*
- c) La innovación y originalidad de las soluciones propuestas, para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.*
- d) El respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral, y de subcontratación, no siendo justificables precios por debajo de mercado o que incumplan lo establecido en el artículo 201.*
- e) O la posible obtención de una ayuda de Estado.*

En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.

En todo caso, 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.

Se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador cuando esta sea incompleta o se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico”.

De otra parte, la cláusula 10ª del PCAP establece sobre este particular lo siguiente:

“Ofertas con valores anormales.

De conformidad con el artículo 149.2 de la LCSP, se considerará que una oferta es anormalmente baja cuando la baja ofertada sea superior a la baja media más 3 unidades porcentuales, considerándose la baja media como la media aritmética de todas las bajas ofertadas.

En el caso que el número de ofertas presentadas sea inferior a cuatro, se considerará anormalmente baja aquella oferta cuya baja sea superior a 15 unidades porcentuales.

En el supuesto de que una o varias de las ofertas presentadas incurran en presunción de anormalidad, la Mesa de Contratación requerirá a la o las empresas licitadoras que las hayan presentado para que, en el plazo de 5 días hábiles las justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos. Concretamente la Mesa de Contratación podrá pedir justificación a estos licitadores sobre aquellas condiciones de la oferta que sean susceptibles de determinar el bajo nivel del precio o costes de la misma y, en particular, en lo que se refiere a los siguientes valores:

- el ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción.*
- las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.*
- la innovación y originalidad de las soluciones propuestas para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.*
- el respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral, y de subcontratación, no siendo justificables precios por debajo de mercado o que incumplan lo establecido en el artículo 201 LCSP.*
- o la posible obtención de una ayuda de Estado.*

Transcurrido el plazo señalado, si la Mesa de contratación no recibe la información y la documentación justificativa solicitada, lo pondrá en conocimiento del órgano de contratación y se considerara que la proposición no podrá ser cumplida, quedando la empresa licitadora excluida del procedimiento.

De conformidad con el artículo 149.3 LCSP, 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.

Si la Mesa de Contratación recibe la información y la documentación justificativa solicitada dentro del plazo establecido, solicitará un informe técnico al redactor del PPT, proyecto o estudio económico del contrato, que analizara motivadamente las argumentaciones que haya dado el licitador para poder mantener su oferta.

A la vista de dicho informe, la Mesa elevara la correspondiente propuesta de aceptación o rechazo de la proposición, debidamente motivada, al órgano de contratación, para que este decida la aceptación de la oferta, porque considera acreditada su viabilidad, o bien, en caso contrario, su rechazo.

El órgano de contratación rechazará las ofertas incursas en presunción de anormalidad si se basan en hipótesis o prácticas inadecuadas desde una perspectiva técnica, económica o jurídica. Asimismo rechazara las ofertas si comprueba que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplan las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluido el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo que establece el artículo 201 LCSP”.

Junto a las previsiones expuestas, habremos de atender aquí asimismo a la reiterada doctrina de este Tribunal sobre esta materia, recogida, por ejemplo, en las resoluciones nº 803/2018 y nº 877/2017, en las que indicábamos:

“En cuanto se refiere a la presunción de anormalidad o desproporción de las ofertas, hemos de recordar aquí nuestra doctrina construida sobre el artículo 152 del TRLCSP pero trasladable, mutatis mutandi, al artículo 82 de la Ley 31/2007 que rige en este procedimiento de licitación. La doctrina de este Tribunal sobre el alcance y objeto de ese resultado es constante y unánime en el sentido de señalar que el hecho de que una oferta se encuentre en presunción de anormalidad constituye un mero indicio, que en ningún caso puede dar lugar a la exclusión automática de la oferta, sino que necesariamente y en todo caso, debe el órgano de contratación iniciar un procedimiento contradictorio, dando audiencia al licitador cuya oferta esté incurso en dicha presunción, para que pueda justificar satisfactoriamente el bajo nivel de precios ofertados o de costes propuestos y, por tanto, que es susceptible de cumplimiento en sus propios términos, y solo en caso contrario, cabe el rechazo de la oferta anormalmente baja y la exclusión del licitador oferente.

En cuanto al contenido y alcance de ese procedimiento contradictorio, también se ha dicho por este Tribunal, que debe estar dirigido exclusivamente a destruir la presunción de anormalidad mediante la presentación por el licitador de las justificaciones precisas y suficientes que expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de precios ofertados o de costes propuestos.

A la vista de dicha documentación y justificaciones, el rechazo de la oferta exige de una resolución debidamente motivada que razone por qué las justificaciones del licitador no explican satisfactoriamente el bajo nivel de precios ofertados. Por el contrario, cuando de lo que se trata es de admitir la justificación presentada por el licitador, no es necesario que se contenga una motivación exhaustiva (resolución no 637/2015). Es también doctrina de este Tribunal, que la exhaustividad de la justificación aportada por el licitador habrá de ser tanto mayor cuanto mayor sea la baja en que haya incurrido la oferta, por relación con el resto de ofertas presentadas”.

En el caso que nos ocupa, tal y como ya hemos adelantado, la crítica del recurrente se centra en primer lugar en el contenido del requerimiento que le fue dirigido por la mesa de contratación, al estimar que, conforme a las actuales previsiones del art. 149.4 LCSP, el mismo resultaba insuficiente, al no precisar los concretos aspectos de su oferta que debían ser objeto de justificación. A tal respecto, hemos de apuntar por nuestra parte que resulta

evidente que es el propio licitador que ha efectuado la oferta incurso en situación de presunción de anormalidad quien mejor puede conocer cuáles sean aquellas condiciones de su oferta que sean susceptibles de justificar el bajo importe de la misma, en concreto en referencia a alguno o algunos de los aspectos a los que en particular se alude en el art. 149.4 LCSP. No se comparte por ello la alegación del recurrente relativa a la necesidad de que hubiese sido el órgano de contratación quien precisase los concretos particulares sobre los que se requería aclaración. Adviértase, en este sentido, que el art. 149.4 LCSP que invoca el recurrente no contiene una exigencia de tal naturaleza, puesto que se limita a establecer que el requerimiento *“deberá formularse con claridad”*, de manera que el concreto licitador esté en condiciones *“de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta”*. Esta exigencia de claridad supone la necesidad de que el licitador tenga conocimiento suficiente de lo requerido a fin de poder realizar la pertinente justificación, pero no supone de por sí que el requerimiento haya de indicar qué aspectos concretos de la oferta han de ser justificados, como se evidencia con la lectura del siguiente párrafo del precepto, cuando señala que la mesa de contratación o en su defecto el órgano de contratación *“podrá pedir”* justificación sobre aquellas condiciones de la oferta que sean susceptibles de determinar el bajo nivel del precio o costes de la misma y, en particular, en lo que se refiere a los valores que se detallan.

Habrá que estar por lo tanto a cuáles sean en cada caso los parámetros definitorios de la presunción de anormalidad de las ofertas, así como, en relación con ello, a la circunstancia de que el órgano de contratación o la mesa pudieran estimar pertinente que la justificación del licitador hubiese de alcanzar necesariamente a algún concreto aspecto de su oferta, supuesto en el cual el requerimiento deberá expresar este punto para permitir al licitador actuar en consecuencia. En otro caso, esto es, de estimarse preciso simplemente una justificación globalmente referida a las condiciones de la oferta, en los términos que detalla la norma, la claridad requerida alcanzará meramente al hecho de que se expongan al licitador las razones de considerar anormal su oferta así como la necesidad de que justifique su viabilidad en los términos del propio artículo 149.4 LCSP.

En este caso, dado que los parámetros en razón de los cuales se define en el pliego la situación de anormalidad de las ofertas se establecen de modo simple y automático, por la mera referencia a encontrarse la misma en una situación de baja que supere en determinado porcentaje a la baja media del conjunto de ofertas (o, en su caso, por

referencia al importe de licitación del contrato), el requerimiento de la mesa de contratación al licitador para que justificase la viabilidad de su proposición no requería de mayor detalle, bastando con la remisión hecha al tenor de la cláusula 10ª del PCAP, suficientemente expresivo. En este sentido, debía ser el propio licitador quien ofreciese los datos que, en referencia a las condiciones de su empresa, a su estructura de costes, o a otros aspectos del contenido de su proposición, justificasen la viabilidad de la misma a pesar de la baja ofrecida. No cabe estimar por tanto la alegación del recurrente en este punto acerca de una pretendida necesidad de que hubiese sido el propio órgano de contratación el que apuntase a qué elementos relativos a la conformación del importe de su oferta habían de ser objeto de justificación. Tal información en realidad depende de las singulares condiciones de cada oferta, y no es sino el correspondiente licitador quien está en condiciones de precisar en qué concretos aspectos debe centrarse para la justificación exigida por el art. 149.4 LCSP. Cuestión distinta será que el propio órgano de contratación, en razón de las circunstancias del caso, estime preciso que se justifique determinado aspecto de la oferta, en cuyo caso deberá concretarlo en el requerimiento, siendo ello requisito necesario para poder fundar en su caso un rechazo a la viabilidad de la oferta por falta de justificación de ese concreto aspecto, circunstancia que aquí no concurre.

Basta por ello, como aquí ha sucedido, con que se ofrezca oportunamente al licitador la posibilidad de justificar la viabilidad de su oferta, con referencia a los aspectos que ya concreta la norma y el propio pliego, sin que resulte exigible mayor precisión al requerimiento del órgano de contratación, y sin que ello ocasione indefensión alguna al licitador, puesto que ya la norma (y el pliego) le marca los criterios a partir de los cuales justificar su oferta. Hay que dar la razón por ello al órgano de contratación cuando apunta que no se advierte en qué pudiera afectar una retroacción de actuaciones para efectuar un nuevo requerimiento a la justificación ofrecida por el licitador y ya rechazada por insuficiente.

En este caso, pues, en contra de lo que postula el recurrente, el requerimiento que le fue dirigido por el órgano de contratación, si bien escueto, resultó suficiente a los fines de las previsiones del art. 149.4 LCSP, en la medida en que la remisión que se hacía a la cláusula 10 del PCAP permitía al licitador conocer, sin merma alguna de sus derechos, cuál era la información que se le requería, siendo el mismo quien, en función de las circunstancias de la propia empresa y del contenido de su oferta, había de concretar

dichas aclaraciones en relación con los distintos aspectos contemplados en la norma de continuada referencia para justificar la viabilidad de su proposición. No se advierte razón, atendiendo a los criterios establecidos para determinar la anormalidad de las ofertas, para que fuese exigible al órgano de contratación un mayor detalle en su requerimiento. Y, por lo demás, y para concluir nuestro razonamiento, ni siquiera el recurrente ha cuestionado las valoraciones realizadas en el detallado informe técnico evacuado a la vista de la justificación ofrecida, informe asumido por la mesa de contratación para rechazar la justificación de la viabilidad de su oferta.

Sexto. En cuanto al segundo motivo de impugnación, en el que se cuestionan los parámetros establecidos para determinar la presunción de anormalidad de las ofertas, partimos de que el propio recurrente reconoce que su oferta estaría incurso en presunción de anormalidad aplicando cualquiera de las dos opciones que señala el pliego, en atención a que el número de ofertas presentadas sea superior o igual o bien inferior a cuatro. Trata sin embargo de cuestionar la proporcionalidad de los umbrales que fija el pliego y alude a la regulación supletoria que establece el R.D. 1098/2001.

Sobre esta cuestión, lo primero que hay que destacar es que, no habiéndose impugnado en su día el pliego, el recurrente está sujeto a las previsiones del mismo, que prevalecen frente a la regulación supletoria que establece el R.D. 1098/2001, sin que pueda pretender ahora, en vía de recurso frente a su exclusión, cuestionar el contenido de una de las cláusulas del PCAP.

Así lo venimos reiterando a través de una consolidada doctrina de esta Tribunal, en el sentido de que, una vez aceptado y consentido el PCAP, el mismo deviene firme, conforme a la jurisprudencia consolidada por el Tribunal Supremo, siempre que no se aprecien vicios determinantes de nulidad de pleno derecho.

En nuestro caso, el pretendido vicio al que apunta la alegación del recurrente, consistente en una incorrecta determinación del umbral de temeridad por falta de proporcionalidad del mismo, en modo alguno constituiría un supuesto de nulidad de pleno derecho, por lo que debe rechazarse este motivo de impugnación, que debió hacerse valer en su caso en un recurso dirigido frente al pliego. No puede dejar de apuntarse, en cualquier caso, que, tratándose de una oferta que incurre en una baja del 18%, superior en 7 puntos

porcentuales a la baja media del resto de ofertas, no parece que en este caso pueda cuestionar el recurrente la proporcionalidad en la consideración de tal baja como incurso en presunción de anormalidad.

Señalaremos, por último, que en la propia Resolución nº 436/2016 que cita el recurrente ya apuntábamos a esta vinculatoriedad del pliego no impugnado, razonando como sigue:

“Como hemos manifestado también en diversas resoluciones (como referencia, con cita de otras, en la no 269/2015, de 23 de marzo), al establecer un umbral de temeridad muy bajo se puede llegar a desnaturalizar la propia finalidad de la figura de las “ofertas con valores anormales o desproporcionados”. Si se trata de establecer un mecanismo para contrastar la viabilidad de las ofertas con valores muy bajos -las “ofertas temerarias”- no resulta procedente, en buena lógica, la posibilidad de extender el régimen establecido en el artículo 152 del TRLCSP a las proposiciones que se presenten con un margen de baja que, de acuerdo con las reglas de la práctica comercial en el sector de que se trate, no debieran ser tachadas como “anormalmente bajas” o “temerarias”.

Ahora bien, como indicábamos también en esas resoluciones, una vez expuesto lo anterior, hay que tener en cuenta que los pliegos constituyen la ley del contrato y que no se cuestiona que la oferta adjudicataria estuviera por debajo del umbral definido en aquellos para ser calificada, en principio, como desproporcionada. Por todo ello, no cabe sino mantener que a la proposición de MS le son de aplicación las previsiones contenidas en el artículo 152 del TRLCSP, sobre la necesidad de justificar que la ejecución del contrato resulta viable con la oferta presentada.”.

Procede pues, según lo expuesto, rechazar los dos motivos de impugnación esgrimidos y desestimar el recurso.

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 D. A. I. S. en nombre de JARDINERÍA DE CASTELLÓN, S.L., frente a la resolución del Excmo. Ayuntamiento de Castellón de la Plana de 14 de noviembre de 2018 por la que se excluye la oferta presentada por Jardinería de Castellón, S.L., de la licitación del contrato de “*Servicio de mantenimiento de las zonas de juego de la ciudad de Castellón*” (expediente 21/2018 – G 22933/2018).

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 58.2 de la Ley 9/2017.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.