



Recurso nº 1291/2019 C.A. del Principado de Asturias 89/2019

Resolución nº 1454/2019

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

En Madrid, a 11 de diciembre de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. M. L. O., en representación de ALPRINSA, S.A., contra la adjudicación de la licitación convocada por el Ayuntamiento de Gijón para contratar la “*Concesión del servicio público de comedor en los centros escolares de 2º ciclo de Educación Infantil y Primaria de titularidad pública del municipio de Gijón con criterios de carácter medioambiental*”, expediente 52356D/2018, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Gijón, mediante anuncio enviado al Diario Oficial de la Unión Europea el 3 de abril de 2019, convocó la licitación del contrato de concesión del servicio público de comedor en los centros escolares de 2º ciclo de Educación Infantil y Primaria de titularidad pública del municipio de Gijón, con un valor estimado de 20.409.716,70 euros. El anuncio de licitación fue publicado también en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 8 de abril de 2019.

Segundo. La Mesa de Contratación, en su reunión de 16 de julio de 2019, procedió a la apertura del Sobre o Archivo electrónico nº 2 (Documentos sometidos a un juicio de valor) de los licitadores admitidos: SERHS FOOD AREA, S.L., SERUNION, S.A.U., EUREST COLECTIVIDADES, S.L.U., GASTRONOMÍA VASCA, S.A.U. MEDITERRANEA DE CATERING, S.L., y ALPRINSA, S.A.U.

Posteriormente, con fecha 25 de julio de 2019, por la Mesa de Contratación se procedió a dar lectura al informe de valoración de los criterios sometidos a un juicio de valor elaborado por el Servicio de Relaciones con otras Entidades, otorgando a los licitadores las correspondientes puntuaciones. A continuación, se procedió a la apertura del Sobre o Archivo Electrónico nº3



(criterios valorables mediante cifras o porcentajes). Las ofertas económicas de los licitadores fueron las siguientes:

SERVICIO		SERHS FOOD AREA, S.L.	SERUNION, S.A.	EUREST COLECTIVIDADES, S.L.	GASTRONOMIA VASCA, S.A.	MEDIATERRANEA S.L.U.	ALPRINSA, S.A.
COMIDA (con servicio de atención)	Fijos	74,00	86,29	86,29	81,20	80,25	68,50
	Habituales	4,23	5,19	4,93	4,74	4,72	3,95
	Esporádico	4,24	5,46	5,05	4,80	4,91	4,80
DESAYUNOS (con servicio de atención)	Fijos	21,00	19,36	21,00	41,65	41,13	0,01
	Habituales	1,20	1,20	1,20	2,40	2,67	0,01
	Esporádico	1,34	1,25	1,20	2,55	2,89	0,01
ATENCIÓN TEMPRANA (con servicio de atención)	Fijos	19,05	13,20	15,75	24,68	23,62	0,01
	Habituales	1,16	0,80	0,90	1,53	1,40	0,01
	Esporádico	1,32	0,85	0,90	1,53	1,62	0,01

Realizados los cálculos pertinentes, se observó que las ofertas de las empresas ALPRINSA, S.A., y SERHS FOOD AREA, S.L. se encontraban en presunción de anormalidad, por lo que la Mesa de Contratación acordó conceder trámite de audiencia a las mismas para que justificasen el bajo nivel de los precios ofertados.

En su reunión de 22 de agosto de 2019, la Mesa de Contratación procedió, en primer lugar, a la exclusión de la empresa SERHS FOOD AREA, S.L., al no haber presentado alegaciones para justificar su oferta económica. A continuación, dio lectura y prestó su conformidad al informe de fecha 21 de agosto de 2019, emitido por la Técnica de Gestión y la Jefe del Servicio de Relaciones con Otras Entidades, relativo a las alegaciones presentadas por la empresa ALPRINSA, S.A., en el que se concluye que dicha oferta no puede ser aceptada por considerar que los valores anormales o desproporcionados no quedan suficientemente justificados para poder determinar la viabilidad de la propuesta.

Así las cosas, la Mesa de Contratación propuso al órgano de contratación la exclusión de la empresa SERHS FOOD AREA, S.L., al no haber presentado alegaciones para justificar la oferta económica considerada como anormalmente baja; el rechazo de la oferta presentada por parte del licitador ALPRINSA, SA.; y la exclusión de dichas entidades de la clasificación de las proposiciones presentadas.

Posteriormente, se procedió a la realización de los cálculos necesarios para el otorgamiento de puntuaciones en el apartado de criterios objetivos del resto de las ofertas, procediéndose asimismo a clasificar las proposiciones por orden decreciente, para elevar la propuesta de



adjudicación al órgano de contratación. La clasificación de las empresas no excluidas fue la siguiente:

- SERUNION, S.A. (93,39 puntos)
- GASTRONOMÍA VASCA, S.A. (90,38 puntos)
- EUREST COLECTIVIDADES, S.L. (80,56 puntos)
- MEDITERRÁNEA, S.L.U. (59,26 puntos)

Con fecha 24 de septiembre de 2019, la Junta de Gobierno Local, de acuerdo con la propuesta efectuada por la Mesa de Contratación, acordó adjudicar el contrato a la empresa SERUNION, S.A.

Tercero. Con fecha de 16 de octubre de 2019, la entidad ALPRINSA, S.A. presentó en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación. En su recurso solicita lo siguiente:

(i) Anular y dejar sin efecto el Acuerdo, de 24 de septiembre de 2019, de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Gijón, mediante el cual se excluyó a ALPRINSA, S.A. y se adjudicó el contrato.

(ii) Ordenar la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la valoración de los criterios de adjudicación mediante fórmulas a fin de que sea admitida la licitadora ALPRINSA S.A., y su oferta, puntuada, continuándose el procedimiento por sus trámites hasta la adjudicación de la oferta económicamente más ventajosa en su conjunto.

Cuarto. Con fecha de 25 de octubre de 2019, previo requerimiento de la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, se recibió el expediente administrativo y el correspondiente informe de aquel.

Quinto. En fecha 28 de octubre de 2019 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones. En fecha 5 de noviembre de 2019 se presentan alegaciones por la entidad SERUNION, S.A., en las que solicita la desestimación del recurso.



Sexto. Interpuesto el recurso, la Secretaría del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 5 de noviembre de 2019 acordando mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 de la LCSP y el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 3 de octubre de 2013 (BOE de fecha 28/10/2013), prorrogado tácitamente mediante Resolución de fecha 8 de septiembre de 2016 (BOE de fecha 16/09/2016) y nuevamente prorrogado tácitamente mediante Resolución de fecha 16 de octubre de 2019 (BOE de fecha 29/10/2019).

Segundo. ALPRINSA, S.A. está legitimada para recurrir de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, al haber concurrido a la licitación. Establece dicho precepto que *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.

Tercero. Nos encontramos ante un contrato de concesión de servicios cuyo valor es superior a tres millones de euros, por lo que el mismo es susceptible de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el artículo 44.1.c) de la LCSP. A su vez, es objeto del recurso la adjudicación, por lo que se trataría de un acto susceptible de impugnación conforme al apartado c) del artículo 44.2 de la LCSP.

Cuarto. En relación con el plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación, debe indicarse que la recurrente lo interpuso el 16 de octubre de 2019, no habiendo transcurrido más de 15 días hábiles desde el día siguiente a la notificación del



acuerdo de adjudicación. Por consiguiente, de conformidad con el artículo 50.1 d) de la LCSP, el recurso se ha presentado dentro de plazo.

Quinto. En lo que se refiere al fondo del asunto, la entidad recurrente formula las siguientes alegaciones:

a) Conformidad a Derecho de las ofertas a precio “cero”.

La cláusula 17 del PCAP (“Criterios de adjudicación”), al definir la fórmula de valoración del precio, expresamente refirió que la misma se configuraba “sin establecer umbrales de saciedad”, lo cual implica que desde el punto de vista jurídico se permitía, o desde luego no se limitaba, una oferta a precio cero en determinadas prestaciones. Nada impedía, por tanto, que, en el legítimo ejercicio de la libre competencia, el resto de licitadores hubieran optado también por reducir a “cero” el precio de aquellas prestaciones que menor peso relativo tenían en la cuenta de explotación del contrato. No puede resultar justificada la exclusión acordada por la Administración recurrida, pues una oferta a precio “cero” en determinadas prestaciones, no ha de llevar automáticamente aparejada la exclusión.

b) Solvencia de ALPRINSA, S.A. para poder afrontar la oferta realizada sin riesgo para la ejecución del contrato

La solvencia económico financiera de ALPRINSA, S.A. está fuera de toda duda, circunstancia ésta que refuerza el planteamiento de que el contrato podrá ser cumplido sin riesgo alguno para el servicio. ALPRINSA cuenta con más de 140 clientes, principalmente educativos, a los que sirve diariamente más de 12.000 menús en las diferentes modalidades de servicio: in situ, catering línea fría, catering caliente y suministro de materia prima y dirección técnica, entre otros.

Por otro lado, ALPRINSA ha estado llevando a cabo la gestión del presente contrato durante los últimos 8 años, siendo los índices de satisfacción de los usuarios muy altos.

c) Alta puntuación obtenida por ALPRINSA, S.A. en la oferta técnica como elemento de prueba de la seriedad y viabilidad de su oferta económica.



Conforme a la cláusula 17 del PCAP, los criterios evaluables conforme a juicios de valor han sido valorados con hasta 45 puntos, mientras que los criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas con hasta 55 puntos. En todos y cada uno de los apartados de valoración, ALPRINSA ha obtenido la máxima puntuación frente a los cinco licitadores restantes, hasta obtener un total de 44,6 puntos sobre 45 posibles. De hecho, la oferta de ALPRINSA ha sido destacada por el propio órgano de contratación como la mejor en cada uno de los apartados en discusión.

La puntuación obtenida en la oferta técnica ha de admitirse como una prueba directa acerca de la seriedad de la oferta de ALPRINSA, pues, en efecto, difícilmente puede sostenerse que una oferta no es seria cuando presenta la máxima calificación en el apartado técnico, lo cual pone de manifiesto el gran esfuerzo competitivo y tiempo dedicado al análisis del contrato y formulación de la oferta.

d) El diseño contractual establecido por los pliegos reguladores del concurso.

Nos encontramos ante un contrato no dividido en distintos lotes (susceptibles de explotación individualizada), que comprende tres objetos distintos (Atención Temprana, Desayuno y Comida), diferenciados y diferenciables, pero que ha sido deseo del Órgano de Contratación que sean tratados desde la unicidad y, regulados en un único instrumento jurídico, objeto de una única concesión de servicios, entendiendo la misma como unidad de explotación económica.

Por lo tanto, a los efectos de todo licitador, la actividad económica derivada de este único contrato, en su consideración conjunta, ha de ser rentable. Pues bien, ALPRINSA no ha hecho otra cosa que actuar conforme al pliego, es decir, presentar una oferta de servicios que, siendo técnicamente la mejor valorada (44,6 puntos), es además, en términos de unidad de contrato, la más rentable, a pesar de haber incrementado el precio de la comida respecto a lo que en estos momentos viene cobrando.

Así, en la Cláusula 17 del PCAP otorga al factor precio 35 puntos de 100, repartidos de la siguiente forma:



- 20 puntos (57,14%) a las comidas, sub-servicio que tiene una incidencia económica en el contrato del 91,92%, considerando los datos del propio pliego.
- 10 puntos (28,57%) a los desayunos, sub-servicio que tiene una incidencia económica del 4,72%.
- 5 puntos (14,29%) a la Atención Temprana, sub-servicio que tiene una incidencia económica del 3,36%.

En esta particular forma de correlacionar la importancia de cada uno de los subservicios que integran el objeto del contrato con la incidencia económica asignada en el propio pliego se encuentra el origen y la fundamentación de la oferta presentada por ALPRINSA, quien ha volcado sus esfuerzos económicos en la valoración económica asignada para los subservicios de Desayuno y Atención Primaria.

e) Sobre la viabilidad económica de la oferta de ALPRINSA, S.A.

Otros de los motivos que han amparado la exclusión de ALPRINSA ha sido el hecho de que una oferta por importe de 0,01 € para una concreta prestación resulta aparentemente de todo punto imposible de justificar, al no poder ser asumidos los costes de materia prima, monitores y transporte que generan la “Atención temprana” y los “Desayunos”. Ello sería irrefutable si no hubiera más prestaciones comprendidas dentro del objeto de la concesión de servicios, lo cual, como resulta incontestable, no es así.

Los costes de las prestaciones con bajo precio descansan sobre la facturación y los ingresos del resto de prestaciones, junto con las cuales la concesión conforma una plena unidad económica, un todo inescindible. Solo así cabe interpretar una concesión de servicios.

Estamos hablando que la incidencia económica de los “Desayunos” y de la “Atención temprana” es del 4,72% y del 3,36% respectivamente. Resulta a todas luces desproporcionado y arbitrario atribuir a estos criterios un mayor peso económico del que en realidad tienen.

f) Vulneración del principio de proporcionalidad al excluir a ALPRINSA, S.A.



Ante la prolija explicación aportada en el Informe de 7 de agosto por ALPRINSA y ante el hecho innegable de que el impacto en la economía de la concesión del precio ofertado en las dos mencionadas prestaciones es realmente escaso (hasta el punto de que económicamente es difícilmente admisible que puedan poner en peligro la economía del contrato), el órgano de contratación, siguiendo estrictamente el principio de proporcionalidad, debió optar por otro tipo de medidas más acordes con el principio de libre concurrencia antes de decantarse por la exclusión.

Finalmente, el contrato se ha adjudicado a una oferta que ni fue la mejor puntuada en el apartado técnico (donde ALPRINSA fue la mejor puntuada) ni ofertó el precio más competitivo (que igualmente fue el de ALPRINSA). El mandato legal del artículo 1.1 en relación con el artículo 145.1 de la LCSP establece que la adjudicación deberá recaer sobre la oferta económicamente más ventajosa en su conjunto, esto es, sobre la oferta que, conforme a la pluralidad de criterios valorativos del presente expediente, haya presentado la mejor relación calidad precio.

Sexto. Por su parte, el órgano de contratación, en el informe emitido al efecto, se remite al informe de la Jefe del Servicio de Relaciones con otras entidades del Ayuntamiento, de 24 de octubre de 2019, en el que se señala lo siguiente:

"...El Ayuntamiento de Gijón/Xixón a través de distintos convenios de colaboración con la Consejería de Educación del Principado de Asturias, gestiona el servicio de comedor en los centros escolares de segundo ciclo de educación infantil y primaria de titularidad pública del municipio de Gijón/Xixón, a fin de facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral, garantizar la alimentación saludable y equilibrada adaptada a las necesidades del crecimiento y la adquisición de hábitos y valores desde la infancia, constituyendo, por tanto, este contrato un servicio esencial y de gran importancia para la ciudadanía, en concreto, para los niños/as de edades comprendidas entre 3 y 12 años.

El servicio de comedor está integrado por tres prestaciones independientes: atención temprana, desayuno y comida y cada una de ellas se distribuye a su vez en tres modalidades: fijos, habituales y esporádicos, pudiendo estas prestaciones ser



demandadas por los usuarios/as en su totalidad o de manera independiente, tal y como se refleja en los pliegos del contrato. Cada una de estas prestaciones es completamente autónoma de las demás, de forma que ser usuario de una prestación en cualquiera de sus modalidades ni excluye ni obliga a ser usuario de otra prestación o modalidad diferente.

El órgano de contratación no previó la realización independiente de cada una de las prestaciones del contrato mediante su división en lotes, ya que estudiado detalladamente el contrato en su conjunto resulta necesario tener en cuenta dos consideraciones referidas la primera de ellas a aspectos que tienen que ver con la prestación del servicio y la segunda a aspectos que guardan relación con las familias usuarias del mismo.

(...)

El hecho de que el contrato se licite en un solo lote no es impedimento para que la anormalidad de las ofertas sea analizada individualmente para cada una de las prestaciones que integran la totalidad del contrato tal y como se recogía y advertía a las empresas en el pliego en su cláusula 20.

Por los motivos expuestos en el informe técnico sobre la justificación de las bajas anormales o desproporcionadas de fecha 21 de agosto de 2019, la Mesa de Contratación rechazó los argumentos presentados por ALPRINSA, S.A. para justificar la oferta de 0,01 € del desayuno y la atención temprana, puesto que la empresa considera la prestación del contrato como un todo y no como prestaciones individuales, no siendo ético para las familias que los ingresos que se obtienen de la comida sean los que sufragan los costes del desayuno y la atención temprana, pues se trata de demandas independientes, con costes e ingresos diferentes, que tienen usuarios distintos y que, por tanto, cada una de ellas tiene que ser viable económicamente.

Además, la empresa trabaja sobre una hipótesis técnicamente incorrecta dado que entiende que la demanda de desayuno y atención temprana se va a mantener inelástica con respecto al precio, es decir, constante, cuando de conformidad a la ley de la oferta y demanda, un precio tan bajo llevaría aparejado un incremento



exponencial de la demanda del desayuno y la atención temprana, que conlleva inevitablemente un aumento de gastos de personal para dar cumplimiento a la ratio ofrecida en su oferta, de materia prima y otros recursos que la empresa tendría que asumir. Este incremento de demanda en el desayuno y en la atención temprana, no se traduciría en un incremento en la demanda de comidas por ser prestaciones independientes dentro de un mismo servicio. Por tanto, los cálculos de ALPRINSA, S.A. no pueden ser aceptados porque no están técnicamente bien formulados ya que justifican la baja en base a al número de comensales estimados en los pliegos sin tener en cuenta las oscilaciones que se producirían con esta bajada.

Basándonos, por tanto, en los principios básicos y objetivos de la economía, ofrecer el desayuno y la atención temprana a un céntimo provocará, sin género de dudas, un incremento de demanda que puede ser de tal magnitud que colapse el servicio, haciendo el contrato inviable y de imposible cumplimiento, lo que avocaría a su resolución generando graves perjuicios a los niños/as, familias, trabajadores y a la propia Administración.

Por último, el Ayuntamiento de Gijón estima que ofertar un precio de un céntimo para desayuno y atención temprana, tanto para el servicio diario como el mensual, claramente por debajo de su precio normal e incluso por debajo de su coste de producción, puede ser considerado un comportamiento colusorio con el mercado, contrario a la política de libertad de mercados de la Unión Europea y al espíritu de la Ley española que promueve desechar este tipo de comportamientos.”

Así mismo, el órgano de contratación, en el informe indicado, recuerda que el artículo 149 de la LCSP confiere al órgano de contratación la facultad de estimar si la oferta puede ser cumplida o no como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, siendo imprescindible que el informe de los servicios técnicos se encuentre suficientemente motivado para poder fundar su decisión. En el presente caso, la licitación ha sido realizada cumpliendo todos los requisitos legales, se han seguido todos los trámites y ha quedado suficientemente acreditado en el expediente la procedencia de la exclusión de la recurrente por no garantizar un correcto cumplimiento del contrato, en base a la motivación del informe técnico emitido y que fue aceptado por la Mesa de Contratación.



Séptimo. Tras exponer las alegaciones de las partes, debemos examinar en primer lugar cómo contemplan los pliegos el tratamiento de las ofertas que incurren en presunción de anormalidad. Así, la cláusula 20 del PCAP señala que:

“Cuando el órgano de contratación presuma fundadamente que la proposición que oferte el precio más bajo en cada precio unitario es desproporcionada o anormal de acuerdo con los supuestos previstos en el artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 149 de la LCSP”.

Por su parte, la cláusula 21 establece que:

“Elaborado el correspondiente informe técnico de valoración, se constituirá la mesa de contratación, al objeto de prestar su conformidad al mismo, procediendo a la apertura del sobre o archivo electrónico “Nº 3-Oferta económica y propuesta sujeta a evaluación posterior”, realizándose a continuación las operaciones matemáticas necesarias para determinar sobre la existencia o no de ofertas anormalmente bajas; continuándose con los trámites legalmente correspondientes en caso de que así sea.

En el supuesto que no determinarse la existencia de ofertas anormalmente bajas, se procederá a realizar las operaciones matemáticas necesarias para el otorgamiento de puntuaciones a los licitadores.”

Octavo. Expuesto lo anterior, procede traer a colación la doctrina de este Tribunal en relación con la justificación de las ofertas anormales o desproporcionadas. Así, en la Resolución 488/2015 declaramos que:

<<En materia de la actuación de los órganos de contratación en presencia de ofertas anormales o desproporcionadas, así calificadas por exigencia de las previsiones establecidas en los Pliegos del Contrato, también es profusa la doctrina de este Tribunal de Contratación y, así y por todas, podemos citar la resolución 371/2015, en la que citábamos otras, señalando, al respecto, que, “en la Resolución nº 683/2014, de 17 de septiembre, con cita de la Resolución 142/2013, de 10 de abril, señalábamos que “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. Como hemos reiterado en numerosas resoluciones, 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 caso de exclusión de una oferta incurso en presunción de temeridad, es exigible que se fundamenten los motivos que justifiquen tal exclusión. Por el contrario, en caso de conformidad, no se exige que el acuerdo de adjudicación explicita los motivos de aceptación.

Como también señala la nueva Directiva sobre Contratación Pública (Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero), en su artículo 69.3, “El poder adjudicador evaluará la información proporcionada, consultando al licitador. Solo podrá rechazar la oferta, en caso de que los documentos aportados no expliquen, satisfactoriamente, el bajo nivel de los precios o costes propuestos...” >>

Sobre esta cuestión, en la Resolución 718/2018, de 27 de julio de 2018, del Recurso 635/2018, dijimos:

“Y en cuanto al alcance de la justificación y explicación por el oferente de la anomalía de su oferta, afirmamos en la Resolución 863/2017, de 3 de octubre de 2017, Recurso nº 783/2017, que “el Tribunal viene entendiendo que la finalidad de las Directivas comunitarias sobre contratación pública y la legislación de contratos del sector público es que se siga un procedimiento contradictorio, para evitar rechazar las ofertas con valores anormales o desproporcionados sin explicar antes de forma satisfactoria el bajo nivel de precios o de costes propuestos y que , por tanto, es susceptible de normal cumplimiento en sus propios términos. No se trata de justificar



exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de dar explicaciones que justifiquen de forma satisfactoria el citado bajo nivel de precios o de costes propuestos y, por tanto, despejen la presunción inicial de anormalidad de la baja ofertada, de forma que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede cumplir normalmente la oferta en sus propios términos. Y obviamente, tales argumentos o justificaciones deberán ser, en su caso, más profundos, sólidos, detallados o extensos cuanto mayor sea la anormalidad de la baja. La decisión sobre la aceptación o no de la oferta debe atender a los elementos de la proposición y a la valoración de las alegaciones del contratista y las concretas circunstancias de la empresa licitadora.

Por lo tanto, es necesaria una motivación suficiente en los casos en los que se considere que las explicaciones dadas no son satisfactorias respecto del bajo nivel de precios o de costes ofertados y, por ello, acuerde la exclusión del licitador por no considerar susceptible de normal cumplimiento en sus propios términos la oferta, pero no en el caso contrario.”

De otra parte, en la Resolución 786/2014, indicamos que:

“la pretensión del recurrente de que se revise la apreciación del órgano de contratación, acerca de la justificación de las ofertas incursas en presunción de temeridad, incide directamente en la discrecionalidad técnica de la Administración. Y, a tal respecto, recordábamos allí que es criterio de este Tribunal (Resoluciones 105/2011 y las 104 y 138/2013) 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 determinados por la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, pueden y deben ser revisados 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.”



Continúa la Resolución 786/2014 declarando que:

“para desvirtuar la valoración realizada por el Órgano de Contratación en esta materia, será preciso que el recurrente ofrezca algún argumento que permita considerar que el juicio del Órgano de Contratación, teniendo por 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.”

Por lo tanto, es competencia de este Tribunal, analizar si la justificación del licitador, cuya oferta es considerada anormal o desproporcionada, resulta suficiente o no, en los términos a que hemos hecho referencia antes, con cita de nuestra doctrina, análisis que exige considerar el requerimiento del órgano de contratación y los aspectos que éste prevé como exigibles y la justificación remitida al respecto por el licitador.

Sentado lo anterior, procede determinar si, a la vista de la justificación presentada por la recurrente y de las razones expuestas por el órgano de contratación, está justificado el rechazo de su oferta. Como hemos señalado anteriormente, la Ley establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad, y ello exige de una resolución “reforzada” que desmonte las justificaciones del licitador.

En este contexto, la justificación del licitador temerario debe concretar, con el debido detalle, los términos económicos y técnicos de la misma, en aras a demostrar de modo satisfactorio que, pese al ahorro que entraña su oferta, ésta no pone en peligro la futura ejecución del contrato con arreglo a la oferta aceptada y en los propios términos de la misma. Ello exige demostrar que, gracias a las especiales soluciones técnicas, a las condiciones especialmente favorables de que disponga para ejecutar las prestaciones del contrato, a la originalidad de la forma de ejecución de las mismas que se proponga aplicar o a la posible obtención de ayudas, el licitador está en condiciones de asumir, al precio ofertado, las obligaciones contractuales que se propone asumir, con pleno respeto de las disposiciones relativas a la protección del medio ambiente y de las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que deba realizarse la



prestación, todo lo cual en aras a demostrar que su oferta, pese a ser sensiblemente más baja que la de los demás licitadores, permite la futura viabilidad técnica y económica del contrato.

En el presente supuesto, la entidad recurrente ha presentado una proposición económica correspondiente a las prestaciones de desayuno y atención temprana prácticamente a precio cero (0,01 euros), pues ha considerado que los costes de estas prestaciones se compensan con la facturación y los ingresos correspondientes al resto de las prestaciones de la concesión, con las cuales conforman una unidad económica.

En relación con las ofertas a precio cero, este Tribunal, en diferentes Resoluciones, ha señalado que la presentación de ofertas económicas en términos que para determinadas prestaciones carezcan de una contraprestación económica real supone la formulación de una oferta irreal y en fraude de ley. En este sentido, en la Resolución 1051/2017 señaló lo siguiente:

“Si consideramos que en el CCPCAP solo se prevé una oferta económica global por todo el Lote II, el motivo no sería admisible porque sí existiría un precio positivo ofertado por la adjudicataria, igual al importe ofertado por la cobertura de daños propios.

Por el contrario, si consideramos que el CCPCAP sí prevé que el precio al lote II se desglosa en precios por coberturas y que en el apartado 12.2 del mismo se alude a proposiciones económicas distintas para la cobertura de responsabilidad civil y para la cobertura de accidentes y a sus respectivos precios, al igual que hace para el Lote III, y a diferencia del LOTE I, en el que solo se refiere a una proposición por la única cobertura prevista, la de accidentes para conductores, es indudable que la determinación de si es admisible o no el precio cero puede referirse al ofertado en la proposición económica a cada cobertura, con independencia del ofertado en la proposición global o a la efectuada a otras coberturas.

En ese supuesto es obvio que el precio cero no es admisible, porque supone un no precio, es decir, ausencia de precio, se alteraría la naturaleza onerosa del contrato que pasaría a ser gratuito, y su elemento causal.



Por otra parte, el precio cero impediría la aplicación de la fórmula de valoración establecida en el CCPCAP, ya de por sí inadecuada en la medida en que no somete a todas proposiciones económicas a la fórmula al atribuir al precio más bajo la máxima puntuación, y además porque conceptualmente el precio más bajo jamás puede ser cero. Cero podrá ser un no precio o ausencia de remuneración del servicio objeto del contrato, pero no es un precio.”

Continúa la Resolución 1051/2017 declarando que:

“Las fórmulas previstas para valorar el precio ofertado a cada cobertura suponen un precio real, efectivo y de mercado, y no lo es un precio de cero euros, porque ni es un precio, ni es real, ni es de mercado. Es un precio ficticio e inexistente, pues a pesar de ser un no precio, donde realmente está es en el precio a la cobertura de daños. Se ha ofertado precio cero a dos coberturas para lograr una puntuación que no le corresponde sobre la apariencia de cobertura de la cláusula citada y para eludir su valoración real, incluyendo el precio real en la oferta a la cobertura que indebidamente el pliego no valora, cuando debió ofertarse el precio real y de mercado en la oferta de cada cobertura correspondiente.

Se ha amparado, por tanto, esa oferta de precio cero en una norma, en este caso, un apartado del CCPCAP que no la cubre suficientemente para obtener un resultado contrario al ordenamiento jurídico, que es, a saber: atribuir la mayor puntuación al precio más bajo, en un caso en que realmente ni se oferta precio, ya que cero euros es igual a inexistencia de precio, ni tampoco oferta cero euros, ya que la prima correspondiente se incluye en la oferta del precio a la cobertura de daños, en la que se incluyen todos los impuestos y gastos previstos legamente para toda las distintas coberturas ofertadas. El resultado es que el acto realizado, en cuanto persigue un resultado prohibido o contrario o al ordenamiento, se entiende realizado en fraude de ley y no impide la aplicación de la norma que se ha tratado de eludir, que, en nuestro caso, es que un precio cero no es un precio por lo que no es admisible, motivo por el que no podría valorarse esa oferta, y al mismo tiempo, y tampoco es conforme con la norma que se valore el precio cero con más puntos que otra de precio positivo más bajo mediante el traslado del precio no ofertado a una cobertura a la parte del precio



global, el de la cobertura de daños propios, que no se valora en el pliego, defraudando así la norma contenida en el artículo 150 el TRLCSP por mor de una cláusula del CCPCAP que ampara aparentemente esas maniobras, lo que prohíbe el artículo 6.4 del CC.”

En el presente supuesto, el pliego establece que las ofertas económicas correspondientes a las diferentes prestaciones licitadas serán objeto de una valoración individualizada de acuerdo con los criterios de adjudicación previstos en la cláusula 17:

“1º) PRECIOHasta 35 puntos

a) Precio unitario por comida.....hasta 20 puntos.

Por usuario/a fijo hasta 12 puntos.

Por usuario/a habitual hasta 6 puntos.

Por usuario/a esporádico..... hasta 2 puntos.

b) Precio por desayuno hasta 10 puntos.

Por usuario/a fijo hasta 5 puntos.

Por usuario/a habitual hasta 3 puntos.

Por usuario/a esporádico..... hasta 2 punto.

c) Precio por atención temprana..... hasta 5 puntos.

Por usuario/a fijo hasta 3 puntos.

Por usuario/a habitual hasta 1 punto.

Por usuario/a esporádico..... hasta 1 punto.”



Por otra parte, a la hora de determinar las bajas anormales, el pliego tiene en cuenta individualmente los precios ofertados en cada uno de los subcriterios expresados. Así, la cláusula 20 del PCAP, citada anteriormente, señala que:

“Cuando el órgano de contratación presuma fundadamente que la proposición que oferte el precio más bajo en cada precio unitario es desproporcionada o anormal de acuerdo con los supuestos previstos en el artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 149 de la LCSP.”

Así las cosas, en la medida en que la entidad recurrente reconoce que las prestaciones de desayuno y atención temprana suponen un coste, pero decide compensarlo con los ingresos derivados de otras prestaciones de la concesión, lo que ha hecho es una oferta en fraude de Ley, pues oferta un precio ficticio por dichas prestaciones, infringiendo con ello el PCAP en lo relativo a la correcta formulación de las ofertas económicas, consiguiendo un resultado contrario al ordenamiento jurídico al haber obtenido el máximo de puntos posibles por el precio ofertado por las prestaciones de desayuno y atención temprana cuando el coste real de estas prestaciones se imputa a otros conceptos.

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 especial en materia de contratación interpuesto por D. M. L. O., en representación de ALPRINSA, S.A., contra la adjudicación de la licitación convocada por el Ayuntamiento de Gijón para contratar la *“Concesión del servicio público de comedor en los centros escolares de 2º ciclo de Educación Infantil y Primaria de titularidad pública del municipio de Gijón con criterios de carácter medioambiental”*, expediente 52356D/2018.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.



Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 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 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, 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, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.