



Recurso nº 1085/2020

Resolución nº 1353/2020

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

En Madrid, a 17 de diciembre de 2020.

VISTO el recurso interpuesto por D. O.G.C., en nombre y representación de ELEROC SERVICIOS, S. L., contra la adjudicación del lote 1 de la licitación convocada por la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa para contratar el *“Acuerdo marco de servicios de auxiliares de servicio y control (ASC) para el Ministerio de Defensa y sus Organismos Autónomos”*, expediente 2019/JCMDEF/00000225; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 15 de mayo de 2020 en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), y el mismo día en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PCSP), y el 25 de mayo de 2020, en el Boletín Oficial del Estado (BOE), se publica el anuncio de la licitación del *“Acuerdo marco de servicios de auxiliares de servicio y control para el Ministerio de Defensa y sus Organismos Autónomos”*, expediente número 2019/JCMDEF/00000225.

El Acuerdo marco está calificado como de servicios, clasificaciones CPV 98341120, servicios de portería, y 98341130, servicios de conserjería, y tiene un valor estimado de 49.204.000,00 euros, IVA excluido, dividido en tres lotes, licitándose por procedimiento abierto, siendo de tramitación urgente, y la presentación de las ofertas electrónica. El contrato es de regulación armonizada.

En el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), por lo que aquí importa, se establece lo siguiente.

“VII. CRITERIOS DE VALORACIÓN DE OFERTAS, VALORACIÓN DE LAS OFERTAS, MODELO DE OFERTA, Y MODELO DE PROPOSICIÓN

CLÁUSULA 13. *Criterios de valoración de ofertas, puntuación final, evaluación completa de ofertas. Supuestos de igualdad. Ofertas con valores anormales.*

1. Criterios de valoración de ofertas.

Los criterios de valoración de las ofertas para cada Lote serán los siguientes:

<i>Criterio</i>	<i>Descripción</i>	<i>Ponderación</i>
CA1	Precio	70%
CA2	Valor Técnico de la Oferta	30%

El detalle de los criterios y su ponderación para cada lote es el siguiente:

LOTES 1, 2 y 3:

CRITERIO	CÓDIGO	DESCRIPCION	PONDERACIÓN	PERMITIDOS (precios sin IVA, IGIC e IPSI)
CA1 (70%) PRECIO	CA111 Precio unitario por hora de servicio (58%).	<i>Precio unitario de ASC en horario diurno en días laborables</i>	58	Max 13,00 euros
	CA112 Incremento por hora de servicio prestado en horario nocturno. (7%).	<i>Incremento al precio unitario por hora de servicio cuando se preste en horario nocturno</i>	7	Max. 2,00 euros
	CA113 Incremento por hora de servicio prestado en festivo. (5%).	<i>Incremento al precio unitario por hora de servicio cuando se preste en festivo</i>	5	Max. 0,60 euros

(...)

Todos los precios unitarios se deben ofertar en euros con dos decimales (céntimos de euro). Si se oferta algún precio con un mayor número de decimales, la oferta se truncará al céntimo.

Las puntuaciones parciales se obtendrán con dos decimales.

La puntuación final se realizará sobre 100 puntos con dos decimales y, en caso necesario, se utilizará el redondeo común (El segundo decimal permanece inalterado si el tercer decimal es inferior a 5. El segundo decimal se incrementa en 1 si el tercer decimal es igual o superior a 5).

El método de cálculo para cada uno de los criterios de valoración es el siguiente:

- CA1 (MÁX- 70 PUNTOS): PRECIOS E INCREMENTOS POR HORA DE SERVICIO

CA111: Precio unitario por hora de servicio. El licitador debe ofertar un precio unitario por hora de ASC en horario diurno y días laborables, expresado en euros con dos decimales.

El Valor Máximo permitido para el precio será de 13,00 Euros la hora (IVA, IPSI e IGIC no incluidos).

Serán rechazadas las ofertas que no presenten ningún precio en este criterio y la puntuación se asignará proporcionalmente según la fórmula:

$$PPPP111i = \frac{13,00 - CCC\ 111i}{13,00 - MMínnn\ nnnn(CCC\ 111mmmmmm ; 10,00)} * 58$$

Dónde:

- PA111i es la puntuación obtenida por el licitador i.*
- CA111min es el mínimo valor de los CA111 de todos los licitadores presentados.*
- CA111i es el valor del CA111 de la propuesta del licitador i.*
- i es el índice de las propuestas y varía desde el 1 hasta el número de empresas presentadas*

La función Mínimo (CA111min; 10,00) devuelve el menor valor de los dos valores dentro del paréntesis

CA112: Incremento por hora de servicio prestado en horario nocturno.

Se valorará el precio en euros con dos decimales, para el incremento por hora de servicio prestado desde las 22:00h a las 6:00h del día siguiente, sin incluir el IVA, IGIC e IPSI. Este Incremento se aplicará al precio unitario por hora de servicio con independencia de que el mismo sea prestado en día laborable o festivo.

El Valor Máximo permitido para el incremento por hora de servicio nocturna será de 2,00 Euros la hora (IVA, IPSI e IGIC no incluidos).

El incremento por hora de servicio nocturna CA112i puede tomar valores entre 0,00 euros (entendiéndose que en este caso se ofrece el servicio en horario nocturno sin incremento sobre el diurno) y el valor máximo permitido. En caso de que se oferte el valor máximo permitido la puntuación será cero (0) puntos para este criterio. La puntuación se asignará según la fórmula:

$$PPPP112ii = \frac{2,00 - CCC\ 112ii}{2,00 - CCC\ 112mmmmmm} * 7$$

Dónde:

- *PA112i es la puntuación obtenida por el licitador i.*
- *CA112i es el valor ofertado por el licitador i.*
- *CA112min es el menor valor ofertado de todos los licitadores admitidos.*
- *i es el índice de las propuestas y varía desde el 1 hasta el número de empresas admitidas.*

CA113: Incremento por hora de servicio prestado en festivo.

Se valorará el precio en euros con dos decimales, para el incremento por hora de servicio prestado en día festivo (sábados, domingos y las festividades nacionales, autonómicas y locales aprobadas en los calendarios laborales oficiales de cada localidad), sin incluir el IVA, IGIC e IPSI. Este Incremento se aplicará al precio unitario por hora de servicio con independencia de que el mismo sea prestado en horario diurno o nocturno.

El Valor Máximo permitido para el incremento por hora de servicio en festivo será de 0,60 Euros la hora (IVA, IPSI e IGIC no incluidos).

El incremento por hora de servicio en festivo CA113i puede tomar valores entre 0,00 euros (entendiéndose que en este caso se ofrece el servicio en día festivo sin incremento sobre el laborable) y el valor máximo permitido. En caso de que se oferte el valor máximo permitido la puntuación será cero (0) puntos para este criterio La puntuación se asignará según la fórmula:

$$PPPP113ii = \frac{0,60 - CCC\ 113ii}{0,60 - CCC\ 113mmmmmm} * 5$$

Dónde:

- *PA113i es la puntuación obtenida por el licitador i.*
- *CA113i es el valor ofertado por el licitador i.*
- *CA113min es el menor valor ofertado de todos los licitadores admitidos.*
- *i es el índice de las propuestas y varía desde el 1 hasta el número de empresas admitidas*

La puntuación total para el criterio CA1 es: PA11 = PA111 + PA112 + PA113

El precio unitario final de cada hora, a efectos de facturación, será calculado para cada uno de los Lotes a partir del precio unitario adjudicado por hora de ASC en horario diurno y día laborable más los incrementos a aplicar que resulten de la

adjudicación, en función de si es en horario nocturno o no y de si se trata de día laborable o no, según se define en el PPT.

Estos incrementos son acumulativos sobre el precio unitario de hora de ASC en horario diurno en días laborales. Ejemplo: Si el precio unitario adjudicado en criterio CA111 resultará 13,00 €, el incremento por nocturnidad adjudicado fuera 2,00€ y el de festivo 0,60€; el precio unitario por hora para un ASC en horario nocturno y día festivo sería: $13,00 + 2,00 + 0,60 = 15,60$ €.

- CA21 (MÁX. 14 PUNTOS): TIEMPO DE RESPUESTA PARA LA SUSTITUCIÓN DE PERSONAL

Para garantizar la continuidad de servicio y su capacidad operativa, la empresa contratista contará con el personal de reserva necesario para posibles sustituciones que puedan darse, ya sean por circunstancias imprevistas o por supuestos legales reglamentarios, sin coste adicional asociado.

Se valorará la reducción en los tiempos de sustitución de personal, las ofertas deberán hacerse dentro de los intervalos de horas mencionados en cada subcriterio, aquellas que no se ajusten a los intervalos detallados se asimilarán a la puntuación del límite inmediatamente inferior.

No obstante, y a los efectos de ejecución del contrato, al licitador, en caso de resultar adjudicatario, le serán exigibles contractualmente los tiempos ofertados.

CA211: Reducción en el tiempo necesario para cubrir un ASC por cualquier eventualidad (falta de asistencia, baja médica, abandono del servicio, etc.), teniendo en cuenta el tiempo máximo establecido en el PPT de 4 horas (máx. 6 puntos):

- Se otorgarán 0 puntos si no se oferta reducción en el tiempo de respuesta, o dicha reducción es inferior a 1 hora.*
- Se otorgarán 3 puntos por la reducción entre 1 y menos de 2 horas en el tiempo de respuesta.*

- Se otorgarán 6 puntos por la reducción entre 2 o más horas en el tiempo de respuesta.

La puntuación total para este subcriterio es: PA211

CA212: Reducción en el tiempo para sustitución de personal a requerimiento del MINISDEF, teniendo en cuenta el tiempo máximo establecido en el PPT de 48 horas (máx. 8 puntos):

- Se otorgarán 0 puntos si no se oferta reducción en el tiempo para sustitución del personal o dicha reducción es inferior a 6 horas.
- Se otorgará 1 punto por la reducción entre 6 y menos de 12 horas para la sustitución del personal.
- Se otorgarán 2 puntos por la reducción entre 12 y menos de 18 horas para la sustitución del personal.
- Se otorgarán 3 puntos por la reducción entre 18 y menos de 24 horas para la sustitución del personal.
- Se otorgarán 4 puntos por la reducción de 24 ó más horas para la sustitución del personal.

La puntuación total para este subcriterio es: PA212

La puntuación total para el criterio CA21 es: PA21 = PA211 + PA212

(...)

4. Ofertas anormalmente bajas:

Para poder identificar ofertas anormalmente bajas de conformidad, con los efectos establecidos en el art. 149 LCSP, se tendrá en cuenta lo siguiente:

Criterio/s a evaluar para apreciar ofertas anormalmente bajas: Precio unitario por hora de servicio (CA111)

Nivel a partir del cual se comienza a considerar el carácter de oferta anormalmente baja:

Se considerará, como oferta anormalmente baja toda proposición que se encuentre en alguna de las siguientes situaciones:

- Si concurre un solo licitador, cuando su oferta sea inferior al precio máximo de licitación en más de 10 unidades porcentuales.*
- Si concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 7,5 unidades porcentuales a la otra oferta.*
- Si concurren tres o más licitadores, aquellas que sean inferiores en más de 5 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, si entre ellas existen ofertas superiores a dicha media en más de 7 unidades porcentuales, estas serán excluidas de la media a estos efectos, procediéndose al cálculo de una nueva media con el resto, aplicándose para determinar la nueva oferta anormal esté párrafo si subsisten tres o más ofertas, o los anteriores párrafos en caso contrario.*

Garantía complementaria: La precisada en este PCAP (cláusula 24).

Documentación a presentar:

Identificada una proposición, en base de los parámetros objetivos establecidos en este PCAP, pero tomando en consideración si la oferta en su conjunto puede ser cumplida, se dará audiencia al candidato que la haya presentado para que, en de 5 días hábiles desde que reciba el requerimiento, que podrá realizarse a la dirección de Internet que la empresa señale, justifique la oferta y precise sus condiciones para romper la presunción anterior, en particular:

- *Presentará ratificación en todos sus términos a la oferta presentada y el compromiso de aportar la garantía definitiva y complementaria de la Cláusula 24, así como la aceptación de las penalidades especiales u ordinarias que contenga el PCAP a aplicar en caso de incumplimiento del AM o sus CB.*

- *Adjuntará el convenio colectivo o convenios que en su caso resulten aplicables a su empresa o sector, una valoración de la posible incidencia del derecho de subrogación de trabajadores que por sentencia judicial o convenio pueda producirse y un extracto de las tablas salariales que haya considerado, con referencia al personal previsto a la ejecución del presente AM.*

- *Una declaración responsable en la que manifieste la ausencia de situación concursal o pre-concursal, relación de demandas contra su empresa en curso interpuestas en reclamación de cantidad o por sus trabajadores y sentencias en su caso ya dictadas.*

- *Relación de contratos públicos o privados que esté ejecutando en el momento de la solicitud o tenga una alta probabilidad de resultar contratista, duración y volumen económico de los mismos.*

- *Adjuntará un avance de las cuentas anuales del año en curso o documentación equivalente sobre su situación económico- financiera, así como un extracto de tesorería con los flujos mensuales de entrada y salida de fondos y una explicación a los mismos.*

- *Declaración de cualquier otra circunstancia justificativa del ahorro en su oferta, las soluciones técnicas adoptadas o las condiciones laborales excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación.*

Se podrá trasladar consulta al resto de empresas licitadoras u otras del sector, por lo que la presentación de oferta y remisión de los documentos anteriores, implica la autorización a la Administración para que los traslade para asesoramiento o consulta a la instancia pública o privada que estime pertinente.



Con el fin de acelerar el proceso para el caso de que no resulte definitivamente seleccionada, se puede solicitar simultáneamente la acreditación de las circunstancias anteriores a todas las empresas incursas en presunción de oferta desproporcionada o anormal.

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.

A la vista de todo ello la Junta de Contratación del MINISDEF aceptará la oferta, o la declarará definitivamente como anormalmente baja, rechazándola."

Segundo. Llegado el término para presentación de ofertas, el 16 de junio de 2020 a las 12:00 horas, entre los licitadores se encuentra, la UTE OSGA AUXILIARES DEFENSA, formada por ARAGOSGA, S.L., BEDU AVATA, S.L., CECODISA, S.L., DIGIDOC INTEGRACIÓN SOCIAL, S.L., ELEROC SERVICIOS, S.L., OSGA, S.L., OSGA EXTREMADURA, S.L., OSGA LEVANTE, S.L., OSGA MURCIA, S.L., SERVICIOS OSGA, S.L. y TREBOL INTEGRACIÓN SOCIAL, S.L. No consta que tales empresas impugnaran los pliegos de la contratación antes de presentar su oferta, presentándose a los lotes 1, 2, y 3.

El 23 de junio de 2020, la Junta de Contratación, constituida en mesa, examina las documentaciones relativas a la capacidad y solvencia por la Unidad Central de Contratación, siendo admitidos todos los licitadores, procediéndose a continuación a la apertura de los sobres o archivos electrónicos que contenían las ofertas, entregándose a los servicios técnicos para la elaboración del informe de valoración.

El 25 de junio de 2020 los servicios técnicos emiten en informe de valoración sobre los criterios técnicos y el 29 del mismo mes sobre la oferta económica, señalando que incurre en presunción de anormalidad en el lote 1 la oferta presentada por la UTE OSGA AUXILIARES DEFENSA (ELEROC SERVICIOS, S.L.).

Solicitada justificación de la oferta la UTE OSGA AUXILIARES DEFENSA (ELEROC SERVICIOS, S.L.) la remite el 8 de julio.

El 4 de agosto de 2020 el servicio técnico emite informe sobre la justificación presentada en el que señala lo siguiente.

“(...) Ninguno de los conceptos de coste incluidos en la justificación coincide con los presentados en la oferta, obteniéndose un precio unitario de 8,73 €/hora de servicio, que es significativamente mayor al incluido en su oferta (7,99 €/hora de servicio).

Igualmente, el coste total del servicio incluido en la oferta es de 2.235.421,45 €, sin embargo, el coste total del servicio que obtiene de la justificación es de 2.538.426,82 €. Adicionalmente el beneficio tanto en porcentaje como en importe es diferente.

De todo lo anterior se deduce no solo que el precio unitario ofertado por la UTE OSGA AUXILIARES DEFENSA, 7,99 €/hora de servicio no sería suficiente para hacer frente a los costes incluidos en la justificación de la oferta, en concreto en el documento 1 de la misma, sino, además, y esto es lo más relevante, que no se ha justificado en modo alguno la oferta presentada, viniendo a aportar en realidad, dentro del trámite de justificación de la oferta, una modificación de la misma.

Es decir, siendo la finalidad de este trámite de audiencia incluido en el art. 149 de la LCSP la de combatir la presunción de temeridad de una oferta con la aportación de los datos, información o documentos que el licitador considere oportuno, la UTE OSGA AUXILIARES DEFENSA no ha justificado ni uno de los datos incluidos en su oferta presentada el día 15 de junio de 2020. Ni uno, siendo la realidad que ha venido a presentar una oferta nueva y distinta con unos valores que en nada se habían concretado de manera previa y que no fueron los que se emplearon para deducir la presunta temeridad de la oferta de la UTE.

Dicho actuar incumple claramente lo dispuesto en el art. 149.4, último párrafo, de la LCSP, que expone que se entenderá que la oferta no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios ofertados cuando la justificación de su oferta sea incompleta (o en un caso más claro, inexistente, como es este supuesto), no

habiendo destruido, con el escrito de justificación aportado, la presunción de temeridad de su oferta.”

En consecuencia, propone la exclusión de la oferta.

La Junta acuerda la exclusión el 10 de agosto de 2020. Dicho acuerdo no es notificado individualmente, ni publicado en la PCSP, antes de la adjudicación.

El 23 de septiembre de 2020 la Junta acuerda la adjudicación del lote 1 del contrato a INTEGRA MANTENIMIENTO GESTION Y SERVICIOS INTEGRADOS CENTRO ESPECIAL. El acuerdo de adjudicación contiene pie de recurso ante este Tribunal.

El acuerdo es notificado a través de la PCSP el 29 de septiembre de 2020 a las 11:05 horas a la UTE OSGA AUXILIARES DEFENSA (ELEROC SERVICIOS, S.L.), anunciándose simultáneamente en esa plataforma el mismo día a las 10:45 horas.

Tercero. El 19 de octubre de 2020, a las 12:02 horas, se presenta en el registro electrónico de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación, por ELEROC SERVICIOS, S.L. con el siguiente *petitum*, que se acuerde:

“La anulación de la exclusión de la oferta de la UTE OSGA AUXILIARES DEFENSA y la adjudicación del LOTE 1 del contrato, con retroacción de actuaciones del procedimiento a fin de que se adjudique el contrato a la UTE o subsidiariamente se realice la valoración de las proposiciones incursas en presunción de baja desproporcionada, de acuerdo con las justificaciones dadas por las empresas y previa la emisión de un informe debidamente motivado, se proceda conforme a Derecho”.

Cuarto. El órgano de contratación, el 26 de octubre de 2020, remite el expediente de contratación al Tribunal, acompañándolo de su informe.

Quinto. En fecha 3 de noviembre de 2020 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 10 de noviembre de 2020 se presentan alegaciones por la entidad INTEGRA MANTENIMIENTO GESTION Y

SERVICIOS INTEGRADOS CENTRO ESPECIAL.; y en fecha 11 de noviembre de 2020 se presentan alegaciones por la entidad UTE EULEN CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO, S.A - EULEN, S.A.

Sexto. Interpuesto el recurso, la Secretaría del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 10 de noviembre de 2020 acordando mantener la suspensión de los lotes 1, 2 y 3 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 recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.1 de Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), y 22.1.1º del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC), al ser la entidad contratante la Administración General del Estado.

Segundo. Hemos de examinar la legitimación de la recurrente.

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.”

La recurrente participa con otras empresas en la licitación con el compromiso de constituir unión temporal de empresas (UTE), habiéndose acordado su exclusión de la licitación.

El artículo 24.2 del RPERMC señala.

“En el caso de que varias empresas concurren a una licitación bajo el compromiso de constituir unión temporal de empresas para el caso de que resulten adjudicatarias del contrato, cualquiera de ellas podrá interponer el recurso, siempre que sus derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.

Si alguna de las empresas firmantes del compromiso no deseara interponer el recurso podrá ponerlo de manifiesto al Tribunal en cualquier momento del procedimiento anterior a la resolución. En tal caso no se le tendrá por comparecida en el mismo y en el supuesto de que el Tribunal acuerde la imposición de multa por temeridad o mala fe, en los términos previstos en el artículo 47.5 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, la misma solo será exigible a la entidad o entidades recurrentes.”

No consta en el procedimiento oposición de las demás empresas partícipes de la UTE a la interposición del recurso.

De admitirse su recurso, siendo la primera clasificada de no haber sido excluida, podría resultar adjudicataria del contrato, por lo que está legitimada para interponer el recurso, de conformidad con el artículo 48 de la LCSP y el artículo 22.1.2º del RPERMC.

Tercero. Se recurre la adjudicación del contrato por la exclusión de la oferta de la recurrente de un acuerdo marco de servicios, cuyo valor estimado excede de 100.000,00 de euros.

El acto de adjudicación y la exclusión de la oferta por resultar anormalmente baja, son expresamente recurribles conforme al artículo 44.2.b) y c) de la LCSP.

En consecuencia, el contrato y el acto impugnado son recurribles en virtud de los artículos 44.1.b) y 2.b) y c) de la LCSP, así como 22.1. 3º y 4º del RPERMC.

Cuarto. El 29 de septiembre de 2020 se remitió a la recurrente la notificación del acto impugnado, y el 19 de octubre se interpuso el recurso en forma electrónica ante este Tribunal.

El recurso se ha presentado en tiempo y forma conforme a lo dispuesto en los artículos 50 de la LCSP, 30 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) y 22.1. 5º y 6º del RPERMC.

Quinto. Los argumentos de la recurrente son los siguientes.

Que la justificación de la oferta realiza el cálculo que conduce al importe anual en euros de la oferta, resultante de multiplicar las horas por el precio propuesto para cada una de ellas. Se desglosan los costes, e ingresos siguiendo el esquema de costes del anexo A del PCAP, pero no referido al coste hora diurna no festivo, sino argumentado como los ingresos esperados, cubren la totalidad de los costes directos, indirectos y beneficio industrial en la ejecución del lote, teniendo en cuenta la totalidad de los ingresos para todas las horas, inclusive el incremento ofertado para las horas nocturnas. Lo cual conduce a las cifras al anexo A de la oferta presentada, pues aquel busca la formación del precio hora para la hora diurna laboral, justificando la viabilidad de la oferta teniendo en cuenta la totalidad de los costes y la totalidad de los ingresos.

La oferta sobre incrementos en cuanto horas nocturnas se ha realizado buscando el punto de equilibrio económico que maximizase los puntos en los criterios más importantes, de ahí, que la oferta por las horas diurnas fuese la menor de las ofertadas por los licitadores, pero las nocturnas fuese la más elevada.

El informe técnico sobre la justificación incurre en un grave error de base al comparar el desglose de la composición del precio hora para laborables en horario diurno o criterio CA111, con la justificación de los ingresos esperados para la totalidad del lote, inclusive ingresos por las horas nocturnas ofertadas a un precio más elevado, y el determinar que se ha modificado la oferta cuando no es así.

La oferta de la UTE no ha variado, los ingresos esperados son los de la oferta. No se ha modificado la oferta, en el sentido de que el precio unitario ofertado haya variado.

Que entiende que conforme al PCAP la Junta debería haber realizado un tercer cálculo excluyendo la oferta presentada por EULEN, siendo así que las únicas ofertas a tener en cuenta para la determinación de la oferta anormalmente baja, debieran haber sido únicamente las de UTE OSGA AUXILIARES DEFENSA e INTEGRA, por lo que su oferta

se desviaría en realidad de la media en 4,65 unidades porcentuales, no siendo por ello una oferta anormalmente baja.

De contrario aduce el órgano de contratación lo siguiente.

El motivo por el que se excluyó vino motivado porque la citada UTE no justificó, ni siquiera mínimamente, la oferta presentada, no explicando de manera satisfactoria el bajo nivel de los precios ofertados.

La justificación de la recurrente presenta una indebida modificación de la oferta inicialmente presentada, la cual no adolecía de error material alguno que amparase su modificación, y que es claramente contraria al principio de inmutabilidad de la oferta.

De conformidad con la evaluación considerada por el órgano técnico, asumida completamente por el órgano de contratación, la recurrente modificó su oferta. Según consta en el escrito de justificación de su oferta, en el apartado b) denominado: *“Desglose de los costes directos, indirectos y beneficio industrial”*, es la propia UTE OSGA la que indica que *“El desglose de Costes se muestra en la siguiente tabla que ha sido adjuntada en la oferta económica (...)”*. De esta lectura no cabe sino inferir que la tabla adjunta en este apartado b) de la justificación debería ser la misma que la aportada en la oferta económica.

Por tanto, y según la afirmación realizada por la recurrente, los datos económicos recogidos en ambas tablas deberían ser idénticos. Sin embargo, según lo expuesto en el informe sobre la viabilidad de las ofertas incursas en presunción de anormalidad del lote 1, se detectan discrepancias no justificadas, que dan lugar a resultados distintos que la recurrente no ha justificado.

Al acudir a la oferta presentada y estableciendo una comparativa con los datos incluidos en el escrito de justificación de la oferta son notorias las diferencias evidentes y sustanciales, y aporta un cuadro comparativo que lo señala.

La discrepancia se debe a la inclusión de los pluses por la prestación de servicios en horario nocturno y/o festivo. Sin embargo, esta información ni tan siquiera se esboza en el escrito de justificación de la oferta, tratándose por tanto de nuevos argumentos justificativos de la

oferta vertidos en fase de recurso que, según la doctrina y la jurisprudencia, no pueden ser introducidos en esta fase de la licitación.

A mayor abundamiento, se incluye también un nuevo concepto justificativo en el recurso que es el precio medio considerando las horas de servicio en horario diurno, nocturno y festivo, que resulta de los nuevos costes incluidos en la justificación de la oferta, y que no fueron justificados en la misma.

Se debe significar que en la solicitud de información requerida por el órgano de contratación para la justificación de lo oferta se solicitaba expresamente información sobre los costes de hora de servicio si este se ejecuta en horario nocturno o en día festivo.

La introducción de elementos nuevos en la oferta con posterioridad a la valoración de la misma no puede ser tenida en cuenta. Por tanto, carecen de sentido afirmaciones de la recurrente que inducen a error, ya que la Administración ha obrado teniendo en cuenta el momento actual de la licitación, con los valores presentados por las empresas licitadoras.

La justificación aportada por la empresa, si bien podría cumplir parcialmente con los requerimientos efectuados por el órgano de contratación (la justificación de los ingresos y costes totales del servicio, que no debemos olvidar que no son parte formal de la oferta al no recogerse tales datos en el modelo de oferta incluida en el Anexo A de los pliegos), no justifica en modo alguno la oferta presentada (que si se incluía en el Anexo A y que se centraba en el criterio CA111).

Además, según el PCAP (cláusula 13, apartado 4) para identificar las ofertas anormalmente bajas se tendría en cuenta el precio unitario por hora de servicio (para bien o para mal, pero ese era el criterio y no fue impugnado y por tanto aceptado). Y es precisamente ese concepto el que, constituyendo el baremo de apreciación de una oferta anormalmente baja, no se explica en su escrito de justificación.

No quiere decir que el órgano de contratación se haya equivocado a la hora de hacer una comparación entre el criterio CA111 y los ingresos totales aportados por la empresa tras el requerimiento realizado, sino que la UTE OSGA no ha justificado los importes del criterio CA111, que fue lo que, entre otras cuestiones, se le requirió.

Alega la recurrente que su oferta no se encontraba realmente en situación de ser apreciada como anormalmente baja, argumentando para ello que, si se hubiese aplicado correctamente lo recogido en el PCAP, se debería haber calculado una nueva media de las ofertas, o “tercer cálculo”, como lo denomina la recurrente. De este tercer cálculo se debería excluir a EULEN para, posteriormente, realizar una nueva media con las proposiciones de INTEGRA y la UTE OSGA. En tal escenario, el resultado hubiera sido que la oferta de la UTE OSGA no hubiese estado en presunción de anormalidad, según la recurrente.

El órgano técnico interpretó, correctamente, que se debía realizar la exclusión una sola vez, a efectos del cálculo, de las ofertas superiores a la media en más de 7 unidades porcentuales. La recurrente, sin embargo, sostiene que se tenía que haber realizado dos veces más, según el mismo criterio.

Es decir, puede constatarse que el informe de valoración de ofertas sí realizó un primer cálculo (8,91 €), y tras excluir a SERVEIS, realizó un segundo cálculo, que arrojó el importe umbral definitivo a partir del cual las ofertas debían ser consideradas como anormales: 8,48 €.

Pues bien, la UTE OSGA recurrente se encontraba en esta situación: ofertó un precio de 7,99 €, por debajo del límite de 8,48 €. Era, por tanto, una oferta anormal. Ninguna otra oferta se encontraba por debajo de ese umbral, para este lote 1.

Y no procede realizar un tercer cálculo, ya que no es necesario, ni se exige en el PCAP, que únicamente habla de realizar una nueva media, no de sucesivas medias.

No obstante, aún en el caso de que hubiera procedido a realizar este pretendido tercer cálculo, y se hubiera excluido también a INTEGRA, la oferta de la recurrente, la UTE OSGA, hubiera seguido estando en oferta anormal, ya que el criterio para determinar la baja no sería la que fuera inferior en más de 5 unidades porcentuales, sino en más de 7,5 unidades porcentuales, puesto que, al quedar únicamente dos ofertas, se aplicaría el párrafo del PCAP en el que concurren dos licitadores, y no el de tres o más licitadores. Así lo determina el último inciso de la cláusula cuando dice:

“...procediéndose al cálculo de una nueva media con el resto aplicándose para determinar la nueva oferta anormal este párrafo si subsisten tres o más ofertas, o los anteriores párrafos en caso contrario.”

Este hipotético tercer cálculo sería el siguiente: teniendo en cuenta que la oferta de INTEGRA era de 8,77 €, y la de UTE OSGA era de 7,99 €, resulta que el límite para apreciar la oferta anormalmente baja sería de 8,11 € ($8,77 \text{ €} - 7,5\% * 8,77 \text{ €}$), y como consecuencia de ello, la oferta de la UTE OSGA, que sería inferior a 8,11 €, estaría igualmente en presunción de anormalidad.

Sexto. La doctrina de este Tribunal en materia de ofertas incursas en presunción de anormalidad o bajas temerarias, es resumidamente la siguiente.

La existencia de ofertas anormalmente bajas, por aplicación de los parámetros objetivos descritos en el PCAP, se configuraba como una mera presunción iuris tantum de que, como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, 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, correspondiéndoles justificar su proposición, si bien que el examen de la oferta no se limita solo 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, 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 aplicables, conforme a lo establecido en el artículo 201 de la LCSP, ha de ser rechazada.

Así, conforme señalamos en nuestra Resolución del TACRC, nº 1147/2018, de 17 de diciembre, el artículo 149 de la LCSP impone las siguientes obligaciones:

- El requerimiento de la mesa para la justificación de la oferta debe ser claro en cuanto a cuáles son los extremos sobre los cuales ha de versar la justificación por parte del licitador.
- 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.

– La justificación deberá 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.

A la vista de la justificación por el licitador de su oferta, el rechazo de la oferta por el órgano de contratación, previa emisión de un informe técnico de valoración, exige una resolución suficientemente motivada que argumente en contra de las justificaciones del licitador, o expresase sus carencias, inconsistencias, contradicciones u omisiones.

Así el contenido de la motivación del acto en que el órgano de contratación se pronuncie sobre la oferta incurso en baja, es distinto según que se acepte la justificación del licitador o no, así si se aceptaba bastaba con que el órgano lo manifieste remitiéndose como motivación a la contenida en la justificación presentada por el licitador, si por el contrario no se acepta la motivación, es necesario un plus de motivación que desvirtuase la justificación aportada.

En fin, la revisión por este Tribunal de la apreciación por el órgano de contratación de la justificación ofrecida por el licitador incurso en presunción de anormalidad, queda afectada por la doctrina jurisprudencial de la discrecionalidad técnica, pues es una valoración de elementos técnicos cuyo control jurídico es limitado. No obstante, hay aspectos que pueden ser revisados por el Tribunal, como que en una oferta 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. No obstante, para desvirtuar la valoración realizada por el órgano de contratación es preciso que el recurrente ofrezca algún argumento que permita considerar que el juicio del órgano de contratación es infundado o apreciar que se ha incurrido en un error manifiesto y constatable.

También hemos señalado que la motivación del rechazo de la oferta anormalmente baja ha de graduarse de acuerdo al porcentaje de baja, siendo la exigencia de exhaustividad de la justificación aportada por el licitador tanto mayor cuanto mayor sea la baja en que haya incurrido la oferta, por relación con el resto de ofertas presentadas, y a menor porcentaje de baja, menor grado de exhaustividad en la justificación que se ofrezca.

En todo caso la LCSP dispone que 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, esto no es óbice a que, examinados por el órgano técnico autor del informe sobre la justificación, la motivación del acto de valoración de la justificación sea más liviana si se acepta la justificación y se constata que se cumplen aquellos requerimientos.

En el presente caso, de acuerdo con el PCAP, y según explica adecuadamente el órgano de contratación en su informe, la oferta de la recurrente incurrió en presunción de anormalidad, el requerimiento de justificación hecho por la mesa se ha acomodó a la LCSP, he igualmente lo ha hecho el informe de los servicios técnicos, en que se funda la decisión de exclusión de la mesa, sin que del mismo y del contenido del recurso pueda inferirse por este Tribunal que dicho informe sea infundado o apreciar que se ha incurrido en un error manifiesto y constatable.

Ello es así porque la justificación aportada por el licitador no responde a los extremos solicitados por el requerimiento de la mesa, ni acredita de forma adecuada y suficiente la viabilidad de la oferta.

A estos efectos, el de la suficiencia de la justificación de la oferta incurra en presunción de anormalidad, que la presentada por la recurrente llevase implícita una modificación de su oferta, como claramente se constata en los informes del órgano de contratación, además de la ilegalidad de modificar la oferta, lleva como consecuencia lógica el entender que la oferta realmente realizada y admitida no se justifica adecuadamente, pues la justificación se ha referido a otra distinta de aquella sobre la que versa la justificación. Por todo ello la exclusión fue procedente.

Procede pues desestimar el recurso interpuesto y confirmar el acto impugnado.

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. O.G.C., en nombre y representación de ELEROC SERVICIOS, S. L., contra la adjudicación del lote 1 de la licitación convocada por la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa para contratar el *“Acuerdo marco de servicios de auxiliares de servicio y control (ASC) para el Ministerio de Defensa y sus Organismos Autónomos”*, expediente 2019/JCMDEF/00000225.

Segundo. Levantar la suspensión del lote 1 del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. Mantener la suspensión de los lotes 2 y 3 del procedimiento hasta la resolución del recurso 1098/2020 sobre el mismo procedimiento.

Cuarto. 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 de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.