



Recurso nº 251/2021 C.A. del Principado de Asturias 16/2021

Resolución nº 873/2021

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

En Madrid, a 15 de julio de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por D. A.L.S., en nombre y representación de CITELUM IBÉRICA, S.A., contra su exclusión notificada con la adjudicación de la licitación convocada por el Ayuntamiento de Oviedo para contratar el “*Servicio de mantenimiento de instalaciones de alumbrado público, relojes ornamentales y centros de transformación*”, expediente CC2020/169; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Ayuntamiento de Oviedo convocó mediante anuncio publicado en el 30 de octubre de 2020 en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), licitación para la adjudicación del contrato arriba referido, con un valor estimado de 6.034.861,12 euros; siendo que una vez finalizado el plazo de presentación de ofertas –lo que tenía lugar el 26 de noviembre siguiente- constan presentadas las ofertas de trece entidades entre ellas la aquí recurrente.

Segundo. La licitación se llevó a cabo, de conformidad con los trámites previstos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), siendo que el 30 de noviembre de 2020 se celebró el acto de apertura de los sobres y se publicó la correspondiente acta, resultando la oferta de CITELUM IBÉRICA, S.A. como posiblemente incurso en baja desproporcionada. A la vista de lo cual y, conforme dispone el artículo 149 de la LCSP, con fecha 2 de diciembre de 2020 se requirió a tal entidad la justificación de la viabilidad de su oferta.



La aquí recurrente presentó en plazo la justificación de su oferta anormalmente baja, en la que se ratificaba en su oferta presentada y justificaba los costes derivados de la prestación del servicio, haciendo un desglose de tales los costes y requerimientos del servicio, y aportando justificación documental, mediante presupuestos oficiales emitidos por proveedores, de los materiales y medios a emplear en el contrato.

Y tal justificación fue informada por el Jefe de la Sección de Apoyo Técnico de Alumbrado y Eficiencia Energética, con fecha 22 de diciembre de 2020, poniendo de manifiesto que:

“En su estimación de costes para el gasto en materiales alude a su experiencia en contratos similares en los cuales tiene experiencia. En el PPT se definen con precisión las circunstancias en las que el adjudicatario debe asumir el coste de los materiales, en el capítulo I epígrafe 6.4.4 Daño y roturas se establece que “el contratista deberá asumir los daños, roturas y sustracciones, que por cualquier causa se produzcan en los componentes de las instalaciones incluidas en conservación, realizando a su cargo los trabajos y suministros necesarios para restituir la instalación a sus condiciones iniciales” y en el epígrafe 9 Materiales se establece:

“Todos los materiales utilizados en las labores de mantenimiento correrán a cargo del adjudicatario con las siguientes excepciones:

(...)

Por otro lado, en el anexo I del PPT se enumeran todos los puntos de luz con sus características principales y el anexo II se enumeran todas las luminarias con sus características principales.”

De modo que, concluye:

“Hay datos suficientes en el PPT y sus anexos para realizar una estimación de materiales a suministrar a su costa en el contrato que están ofertando. Por ello se debe tener en cuenta cada una de sus particularidades que son importantes y



diferenciadoras, y a partir de esas particularidades y dimensionamientos se admitiría aplicar el conocimiento estadístico de su experiencia en otros contratos.

La partida de suministro de materiales a costa de adjudicatario es de una cuantía importante y no podemos admitir la estimación de costes de materiales argumentada únicamente en resultados económicos de otros contratos.”

Y añade que:

“En el PPT epígrafe 6.1 Garantía de ahorro se establece:

“En el caso de la energía reactiva, se descontará en las certificaciones directamente la repercusión por este concepto en la facturación de la empresa eléctrica. En cuanto al consumo de energía se compararán los KWh de la factura emitida por la compañía eléctrica para cada suministro de alumbrado, con el consumo teórico para el periodo de facturación de energía considerado. Descontando de las certificaciones el exceso de KWh consumidos, al precio con impuestos abonado a la compañía eléctrica.”

Este concepto supondrá descuentos en la facturación mensual del contrato que CITELUM no ha estimado en su documentación de justificación. Entendemos que con los datos de potencia y tipo de receptor contenidos en el anexo II del PPT se puede y se debe realizar una previsión del coste de estos conceptos.

En cuanto a los vehículos y maquinaria CITELUM expone que los comprará de segunda mano, planteando una amortización de los mismos en dos años y presentando un presupuesto de 40.000€ por la compra de los mismos vehículos:

(...)

La oferta presentada por estos 12 vehículos supone un precio medio de compra por vehículo de 3.333,33€, este precio está tan lejos de los que conocemos en el mercado que hemos realizado un estudio de los precios medios de los modelos más significativos.”



Y, en fin, razonaba que:

“CITELUM baja los gastos generales del contrato de un 13% a un 1% entendemos que una bajada tan radical de los gastos generales no se puede justificar, haciendo esta cuestión por si misma a su oferta inviable económicamente.”

Tercero. Acogiendo dicho informe de valoración de la justificación, en fecha 4 de febrero de 2021 fue dictado el Acuerdo de adjudicación de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Oviedo, mediante el cual se excluye a dicha entidad del procedimiento de adjudicación por considerarse la oferta en baja temeraria y no aceptar la justificación presentada, el cual fue notificado el 8 de febrero de 2021.

Cuarto. Disconforme con el indicado acuerdo, en fecha 1 de marzo de 2021, de acuerdo con el artículo 50 de la LCSP, se presentó ante este Tribunal, y por vía electrónica, escrito de interposición del recurso en el que se aduce que en ningún momento del informe, el Ayuntamiento está poniendo de manifiesto un incumplimiento de CITELUM o algún fallo en su justificación, ítem más, durante el desarrollo del informe municipal se omiten partes fundamentales de la justificación que son básicas para comprenderla. Afirmando que en la justificación siempre indicó la recurrente el grado de desproporción de su oferta, tanto en euros como en porcentaje, la oferta de CITELUM está en presunción de temeridad por sobrepasar en 23.186,15 euros (1,85 %) el umbral de temeridad.

Continúa que, respecto del coste de los materiales, tal y como se desprende de la tabla que recoge, el Ayuntamiento de Oviedo ha fijado éstos en 100.991,11 euros anuales, que equivalen a un 9,59 % de los costes totales (antes de GG y BI), y el importe estimado por CITELUM en su análisis de costes, es de 98.971,29 €, muy próximo a los 100.991 euros estimados por el Ayuntamiento. Y sin que se pueda acusar a CITELUM de no haber concretado los materiales que se emplearán durante la prestación del servicio, puesto que ese ejercicio ya lo ha hecho el Ayuntamiento y, además, le ha asignado unos precios de catálogo vigentes en el sector. Sobre ello afirma que para justificar ese 2 % de ahorro en la partida de costes de material de CITELUM, ésta ha adjuntado en su justificación, ofertas de proveedores de aquellos materiales que más se emplearán en las tareas del mantenimiento, como son lámparas, equipos, cableado, etc.



En relación con la penalización por energía reactiva y consumos, afirma el recurso que el Ayuntamiento está dando por hecho que ambos conceptos supondrán descuentos en la facturación de la recurrente, y ésta no está de acuerdo, puesto que mantiene dichos valores siempre en concordancia con los valores teóricos y no dará lugar a ninguna penalización. Añadiendo que, si el Ayuntamiento entendía que esas penalizaciones iban a suponer un gasto recurrente más en el contrato, debería de haber presupuestado dicho coste en la licitación del contrato y obligar a todos los licitadores a presentar importe al efecto, no como ahora, que dicha estimación sólo se exige a CITEUM, en clara infracción del principio de igualdad de trato.

Sobre el coste de vehículos argumenta que el Ayuntamiento está exigiendo 11 vehículos (1 turismo, 3 furgonetas, 4 camiones cesta, 1 camión ligero grúa, 1 camión grúa de gran tonelaje y 1 minipala) y, además, exige también que la antigüedad máxima de los vehículos sea de 10 años, los dos camiones grúa permite que puedan superar dicha antigüedad de 10 años y como mínimo 3 de los vehículos deberán ser eléctricos. De acuerdo con lo cual CITEUM ha justificado 12 vehículos porque ha añadido un turismo más, ya que considera que, si el Delineante o el Administrativo deben hacer alguna gestión, necesitarán un vehículo disponible. Por otro lado, ha respetado la antigüedad máxima exigida en los pliegos y, ha respetado la cantidad de 3 vehículos 100% eléctricos. Y así CITEUM ha justificado sus números mediante oferta en vigor de un proveedor de reconocido prestigio, siendo que dichos vehículos proceden de anteriores rentings con la compañía vendedora, y que se han utilizado en diferentes contrataciones, vehículos que de acuerdo con la normativa fiscal vigente se amortizan en un plazo entre 6 y 8 años, por lo que dichos vehículos han sido totalmente amortizados y ya se ha abonado, vía contrato de renting, los importes totales del valor de los mismos, restando únicamente un valor residual, insignificante en el mercado, que es el que ahora traslada el proveedor en su presupuesto.

Y concluye que, considera el Ayuntamiento que al bajar los gastos generales de la recurrente del 13 % al 1 % ya es imposible que pueda la recurrente justificar su oferta y la hace inviable económicamente, motivando la exclusión. Frente a lo que dice que su análisis de costes incluye muchos más costes que el del presupuesto de licitación y, al haber detallado mucho más los costes directos, nos permite rebajar del 13 % al 1 % nuestros gastos generales. Afirma así que, si se compara su desglose de costes con el del



presupuesto de licitación, se puede observar que el desglose de la recurrente incluye dos capítulos más (local y amortizaciones) que el del Ayuntamiento, que se valoran en 46.633,50 euros, de manera que con ello los gastos generales han subido al 5,75 %. Y no se puede estar seguro de que no considere el órgano de contratación también un motivo de exclusión unos gastos generales del 5,75 %.

Quinto. Junto con el expediente de contratación, se remitió por el órgano de contratación, el pertinente informe, en el que, en base a un informe técnico de 4 de marzo de 2021, se interesaba que el recurso debe de ser desestimado por los motivos expresados en el referido informe técnico.

En este último informe se razonaba la no justificación de la baja insistiendo en los argumentos vertidos en el informe de valoración de dicha justificación, del Jefe de la Sección de Apoyo Técnico de Alumbrado y Eficiencia Energética, de fecha 22 de diciembre de 2020, cuyo contenido se ha reflejado en el antecedente de hecho segundo.

Así, razona en lo que se refiere a la falta de concreción por la aquí recurrente de los materiales a emplear durante la prestación del servicio ,que en el PPT se definen con precisión las circunstancias en que el adjudicatario debe asumir el coste de los materiales, precisándose que todos los materiales utilizados correrán a cargo del adjudicatario, con las excepciones que recoge el PPT, de modo que afirma hay datos suficientes en el PPT y sus anexos para realizar una estimación de materiales a suministrar. Por lo que deben tenerse en cuenta sus particularidades, que son importantes y diferenciadoras y a partir de las mismas se admitiría aplicar el conocimiento estadístico de su experiencia en otros contratos.

A ello, en relación con los materiales, añade que simplemente la recurrente valida la estimación global del Ayuntamiento y establece un 2 % en base a que presupone que tiene mejores precios que los que pudo considerar el Ayuntamiento, siendo que los Anexos I y II del PPT donde se detallan exhaustivamente las instalaciones no son aludidos en su justificación, ni tampoco las condiciones que marca el PPT para el aporte de materiales a costa del adjudicatario.



En lo que se refiere a la penalización por energía reactiva y consumos (epígrafe 6.1 del PPT), dice el informe que el PPT dedica un epígrafe exclusivo a este tema, porque es un tema importante, que, sin embargo, no se menciona en la justificación de la recurrente, siendo que para hacerse una idea de la importancia de este epígrafe, el consumo anual de la red de alumbrado de Oviedo se acerca a los 3 millones de euros. Concluyendo sobre esta partida que no se considera realizable la afirmación del recurso de que se mantendrán siempre los valores teóricos, siendo utópico pensar que no van a existir desviaciones de consumo y de reactiva en una red de alumbrado tan extensa y, aún menos, que se pueda logra sin ninguna inversión importante en equipos de compensación de reactiva.

En relación con la justificación del coste de los vehículos, el órgano de contratación razona que si CITEUM quiere comprar vehículos de valor residual deberá haber incluido en su previsión gasto en repararlos, actualizarlos y sustituirlos cuando sufran averías, pintarlos y colocar los distintivos municipales como se establece en los PPT, de modo que el balance económico final por comprar vehículos residuales ocasionaría más gastos a la aquí recurrente si fuese adjudicataria, y un servicio no adecuado a la utilización que se exige en el PPT, cuestión que por sí sola hace de por sí inviable el contrato.

Sexto. La Secretaría del Tribunal en fecha 10 de marzo de 2021 dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones; sin haber hecho uso de su derecho.

Séptimo. Interpuesto el recurso, la Secretaría del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 12 de marzo de 2021 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, en cuya tramitación se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos -esto es, lo prescrito por LCSP y por el 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)-, es de la competencia de este Tribunal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 46 de la LCSP, así como en 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. No cabe duda de la legitimación de la recurrente, habida cuenta de que concurrió a la licitación de la que fue excluida.

Tercero. Se recurre el Acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Oviedo, de fecha 4 de febrero de 2021, mediante el cual se excluye a la entidad aquí recurrente del procedimiento de adjudicación del contrato de servicio de mantenimiento de instalaciones de alumbrado público, relojes ornamentales y centros de transformación, por considerarse la oferta en baja temeraria, y no aceptar la justificación presentada.

Cuarto. Se ha cumplido el requisito de plazo para interposición del recurso, previsto en el artículo 50 de la LCSP, habida cuenta de las fechas recogidas en los antecedentes de hecho.

Quinto. En cuanto al fondo del asunto, se trata de determinar si procede confirmar o no, en razón de haber incurrido su baja en presunción de anormalidad o desproporción, la exclusión de la empresa recurrente. Respecto al procedimiento seguido para la adopción del acuerdo de exclusión, el artículo 149.4 de la LCSP dice que:

“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.”

Sexto. En este caso, la oferta de la recurrente resultaba desproporcionada por superar en 23.186,15 € el umbral establecido (un 1,85 %), y se le pidió justificación de la misma, que se presentó en el plazo habilitado. No considerándola suficiente, mediante el acuerdo aquí recurrido, se resolvió excluir a la licitadora que había realizado dicha oferta.

En la justificación de las ofertas incursas en presunción de anormalidad, el artículo 149 de la LCSP establece que se justificará y desglosará razonada y detalladamente el bajo nivel de precios o de costes. Por ello, el Tribunal, al igual que afirma el órgano de contratación en su informe al recurso, considera que la ratio baja/beneficio no puede justificar la exclusión de la empresa recurrente.

En segundo lugar, el coste de los materiales se considera suficientemente justificado por la empresa recurrente, en la medida en que la cantidad reflejada en el documento de justificación es sólo 2.000 euros inferior (un 2 %) a la indicada por el órgano de contratación en el desglose del presupuesto base de licitación, en el que se afirma haber tenido en cuenta el coste de los materiales de los catálogos vigentes en el sector. La empresa recurrente aportó también ofertas en vigor de proveedores de los principales materiales.

En cuanto a lo que la recurrente califica como “*penalizaciones*” por energía reactiva y consumos, ninguna previsión de costes se ha reflejado en el documento de justificación.

El apartado 6.1 del PPT establece que, aunque no es objeto de este contrato la gestión de los suministros de energía eléctrica, sí lo es la garantía de ahorro de las instalaciones, enumerando una serie de aspectos a tener en cuenta para conseguir ese ahorro, reiterando que es responsabilidad del contratista mantener los cuatro conceptos enumerados dentro de los parámetros normales. A tal efecto, se descontará de las certificaciones el importe del exceso de consumo que se produzca para cada suministro, tanto en kWh consumidos, como de energía reactiva, al precio con impuestos abonado a la compañía eléctrica.



Vemos, pues, que no se trata de una penalización o una sanción, sino de un medio para responsabilizar al licitador para que vigile y mantenga bajo control los parámetros establecidos.

El órgano de contratación afirma que se trata de un tema importante, que ni se menciona en la justificación; que la red de alumbrado del Ayuntamiento de Oviedo (cuyo consumo anual se acerca a los 3 millones de euros) está descrita en los anexos del PPT, con los datos necesarios para hacer un cálculo del gasto que puede ocasionar la garantía de ahorro; y que es utópico pensar que no van a existir desviaciones de consumo y de reactiva en una red de alumbrado tan extensa, y, menos aún, que se pueda lograr sin hacer inversiones importantes en equipos de compensación de reactiva.

Tratándose de una cuestión técnica, y a falta de mayores pruebas, el Tribunal tiene por ciertas las manifestaciones del órgano de contratación, en cuanto a la importancia de los costes que pueden suponer las desviaciones, y a lo utópico que es que el servicio se preste siempre en los valores teóricos. Así pues, aunque ninguna de las partes cuantifica el importe a que puede ascender este probable coste, el Tribunal lo considera lo suficientemente importante como para justificar la exclusión acordada.

Si a ello unimos, el escaso coste declarado de adquisición de los vehículos (40.000 €, por la compra de 12 vehículos –6 camiones, 1 turismo eléctrico, 2 furgonetas eléctricas, 1 turismo convencional, 1 furgoneta convencional, y 1 minipala-), sin tener en cuenta gasto alguno de reparación (se alega que se compren vehículos completamente amortizados), el bajo porcentaje declarado de gastos generales (un 1%, o un 5,49 %), y el escaso margen de beneficio industrial (un 0,50 %), conducen a este Tribunal a desestimar el recurso, considerando la exclusión acordada conforme a Derecho, por no haber justificado de forma suficiente la empresa recurrente el bajo nivel del precio ofertado.

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.L.S., en nombre y representación de CITELUM IBÉRICA, S.A., contra su exclusión notificada con la adjudicación de la licitación convocada por el Ayuntamiento de Oviedo para contratar el “*Servicio de mantenimiento de instalaciones de alumbrado público, relojes ornamentales y centros de transformación*”, expediente CC2020/169.

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.