



Recurso nº 882/2021

Resolución nº 1180/2021

Sección 1ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 15 de septiembre de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.M.F.S. en nombre y representación de ORDAX COORDINADORA DE TRANSPORTES Y MERCANCÍAS, S.L. (en adelante, ORDAX) contra la adjudicación del procedimiento de licitación del contrato de los “*servicios de transporte con conductor, traslado de mobiliario, enseres y trabajos de peonaje (mozos) de la Dirección Provincial de Madrid del Instituto Nacional de la Seguridad Social, desde el 1 de agosto de 2021 a 31 de julio de 2022*”, con expediente 28/VC-117/21, convocado por la Dirección Provincial del INSS de Madrid, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Dirección General del Instituto Nacional de la Seguridad Social ha tramitado el procedimiento para la adjudicación del contrato de servicio de transporte con conductor, traslado de mobiliario, enseres y trabajos de peonaje (mozos) de la Dirección Provincial de Madrid del Instituto Nacional de la Seguridad Social, desde el 1 de agosto de 2021 a 31 de julio de 2022, con un valor estimado de 435.402,00 euros.

Segundo. El anuncio de licitación del citado procedimiento fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 8 de marzo de 2021 y en el Boletín Oficial del Estado el 31 de marzo de 2021.

Tercero. La licitación se ha llevado a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP en adelante), aprobada por 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, y en cuanto no se encuentre derogado por ésta, por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, y por lo previsto en cualesquiera otras disposiciones complementarias de tales normas.

Cuarto. En el plazo de presentación de ofertas, fueron nueve los licitadores que concurrieron al procedimiento.

Quinto. Constituida la Mesa de Contratación con fecha de 14 de abril de 2021, resolvió admitir a seis de los licitadores presentados y admitir provisionalmente a los tres restantes, requiriendo la subsanación de determinadas deficiencias en sus proposiciones.

Sexto. Con fecha de 20 de abril de 2021 fue constituida de nuevo la Mesa de Contratación, admitiendo definitivamente a los tres licitadores requeridos de subsanación y procediendo a la apertura de los criterios evaluables automáticamente. La aplicación de tales criterios debía, evidentemente, atenerse a la fórmula contenida en los pliegos y, particularmente, a lo dispuesto en el apartado 4.2.a del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que consistía en la siguiente operación aritmética:

“Puntuación obtenida = 78 – [78 x ((oferta empresa – mejor oferta)/(mejor oferta)]”

Séptimo. Constituida de nueva la Mesa de Contratación de 27 de abril de 2021, requirió a los licitadores para que aclararan ciertos aspectos de sus proposiciones.

Octavo. Con fecha de 6 de mayo fue constituida de nuevo la Mesa de Contratación, clasificando las ofertas admitidas y proponiendo la adjudicación del contrato a la mercantil PARQUE MÓVIL DE SEGURIDAD, S.L.

Noveno. Disconforme con tal acuerdo de adjudicación, la recurrente interpuso con fecha de 11 de junio de 2021 recurso especial en materia de contratación en el que sostiene, en síntesis, que el órgano de contratación ha aplicado incorrectamente la fórmula contenida en los pliegos, por cuanto, habiéndose presentado un precio de cero euros en determinados servicios, el órgano de contratación no ha incluido tal valor de cero euros en el denominador (lo que habría arrojado un resultado infinito), sino que ha asignado la



máxima puntuación en tal apartado a la mercantil adjudicataria. En opinión de la recurrente, el órgano de contratación, en tal tesitura, tendría que haber iniciado el procedimiento previsto para las bajas anormales o desproporcionadas.

En segundo término, la recurrente sostiene que se ha producido una discrepancia entre la propuesta de valoración y la resolución de adjudicación que habría beneficiado indebidamente a la mercantil adjudicataria. En concreto, la recurrente denuncia que en el acta de la Mesa de Contratación se asignaba a la mercantil adjudicataria 11,35 puntos en la partida "*precio mozo montador jornada ordinaria*", mientras en la resolución de adjudicación figuran 12,35 puntos por tal concepto.

Finalmente, la mercantil recurrente denuncia que la proposición presentada por la mercantil adjudicataria incurre en fraude de ley por haberse presentado con la intención de desvirtuar el procedimiento de licitación consignando un valor de cero euros en las partidas de horas extraordinarias, lo que, a su juicio, implica una vulneración de la normativa laboral. Además, la recurrente defiende que la mercantil adjudicataria habría realizado un trasvase de costes entre diferentes partidas, de forma que, en realidad, el coste de las horas extraordinarias se satisfaría con cargo a otros costes, en lo que, según afirma, supone una práctica prohibida, para lo que cita la Resolución 386/2019, de 17 de abril.

Décimo. Con fecha de 16 de junio de 2021 el órgano de contratación ha emitido informe en el que solicita la desestimación del recurso interpuesto y en el que alega, en síntesis, que, la pretendida desviación de los pliegos no fue tal, sino que, no habiéndose previsto en aquéllos la presentación de proposiciones a cero euros, resultaba necesario ajustar la fórmula para evitar resultados absurdos.

Además, el órgano de contratación defiende que los valores contenidos en la proposición no permitían la aplicación del procedimiento previsto para las ofertas anormales o desproporcionadas, como reclama la recurrente y, de otro lado, admite la existencia de un error material en la resolución impugnada que, a su juicio, no invalida la decisión de adjudicación.

En último término, el órgano de contratación niega que tenga lugar infracción de normativa laboral alguna, destacando que en la elaboración del presupuesto se tuvo en cuenta el



convenio colectivo de aplicación y, finalmente, descarta la existencia de fraude de ley de ningún tipo.

Undécimo. Con fecha de 25 de junio de 2021 la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el art. 53 LCSP.

Duodécimo. Notificado el recurso interpuesto a los demás licitadores del procedimiento para que en el plazo de cinco días hábiles formularan las alegaciones y presentaran los documentos que a su derecho convinieran, se han presentado alegaciones por la mercantil adjudicataria solicitando la desestimación del recurso interpuesto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso ha sido debidamente interpuesto ante este Tribunal, que es competente para su resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 LCSP.

Segundo. De acuerdo con el artículo 44.2.c) LCSP, pueden ser objeto de recurso los actos de adjudicación. Además, el contrato de referencia es un contrato de servicios cuyo valor estimado supera los 100.000 euros.

Tercero. El recurso se ha presentado dentro del plazo de quince días del artículo 50.1.c) LCSP.

Cuarto. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, pues la ahora recurrente concurrió a la licitación. Por tanto, se trata de un licitador que no ha resultado adjudicatario del procedimiento de licitación, con lo que es titular de un interés legítimo (la eventual adjudicación del contrato) que se ve afectado por la resolución de adjudicación recurrida. Concorre así en la recurrente la legitimación requerida por el artículo 48 de la LCSP.

Quinto. Satisfaciendo, por lo tanto, el recurso interpuesto los requisitos de admisión, se hace necesario atender al fondo del mismo.



En primer lugar, y según se ha visto, la recurrente critica que el órgano de contratación no se haya atendido a los estrictos términos de la fórmula contenida en el Apartado 4.2.A del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (pág. 8/52 del doc. 8 del expediente administrativo). Evidentemente, como admite el propio órgano de contratación, la estricta aplicación de la fórmula matemática habría conducido a un resultado distinto (pues la prestación en concreto habría recibido una puntuación infinita). Siendo, sin embargo, que el pliego en cuestión asignaba a cada uno de tales apartados una puntuación máxima determinada, no se antoja arbitraria la decisión del órgano de contratación.

Huelga decir, en dicha línea, que son numerosos los precedentes que confirman la validez de las proposiciones presentadas por un valor de cero euros, siempre que ello no implique un fraude de ley (Resolución 407/2020, de 19 de marzo, de este Tribunal o de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2020, asunto C-367/19). Y es que el pliego en cuestión fijaba desde luego un límite máximo para los valores consignados en tales apartados, pero no presentaba ningún umbral mínimo para cada uno de tales servicios.

No se acepta tampoco, como afirma la mercantil recurrente, que en tal tesitura resultara de aplicación lo dispuesto para las ofertas anormalmente bajas o desproporcionadas. Siendo que son nueve los licitadores que concurrieron al procedimiento, se hace necesario estar al punto tercero del Apartado 4.2.C del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (pág. 10/52 del doc. 8 del expediente administrativo).

“Cuando concurren tres o más licitadores, la puntuación obtenida por la suma del criterio económico y de los criterios cualitativos sea superior en más de 15 unidades porcentuales a la media aritmética de las puntuaciones otorgadas a todas las ofertas presentadas. No obstante, si entre ellas existen puntuaciones que sean inferiores a dicha media en más de 15 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las puntuaciones que no se encuentran en el supuesto indicado”.

Y es que en el presente caso, atendidas las ofertas económicas presentadas (doc. 41 del expediente administrativo) no se observa, como alega el órgano de contratación, que la puntuación asignada a la mercantil en el criterio económico (único criterio considerado en



los pliegos) rebasara en más de quince puntos porcentuales la media de las proposiciones presentadas.

Finalmente, y según se ha visto, la recurrente denuncia un error material en la resolución impugnada, que asigna a la mercantil adjudicataria un total de 12,35 puntos en la partida *precio mozo montador jornada ordinaria*. Y ciertamente, sí se observa en este caso una discrepancia entre la valoración asignada en el Acta de la Mesa de Contratación (11,35 puntos en el doc. 41 del expediente administrativo) y la resolución de adjudicación (12,35 puntos en el doc. 55 del expediente administrativo). Sin embargo, es evidente que tal error tipográfico no puede acarrear, por sí mismo, la nulidad del procedimiento de contratación. Al contrario, se trata de un error material que en modo alguno invalida la decisión del órgano de contratación.

El recurso, por lo tanto, debe ser desestimado en este punto.

Sexto. En segundo término, afirma la mercantil recurrente que la proposición de la mercantil adjudicataria ha incurrido en fraude de ley, por trasvasar indebidamente costes entre distintas partidas. La figura del fraude de ley y sus requisitos aparecen recogidos en el artículo 6.4 del Código del Civil, que dispone:

"Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir".

El primer requisito, por lo tanto, que el fraude de ley exige es que el acto realizado al amparo del texto de la norma en cuestión no resulte suficiente y realmente amparado por dicha norma. Por lo tanto, verificar si las proposiciones presentadas han sido formuladas de manera fraudulenta exige comprobar, en primer término, y según se ha avanzado, si tales proposiciones a precios irrisorios, simbólicos, resultan conformes con la normativa en materia de contratación y si se ajustan, asimismo, al contenido de los pliegos que rigen la licitación (art. 139.1 de la LCSP).



Como es sabido, dicha normativa impone en la justificación de la contratación y en la elaboración de los pliegos una obligación al órgano de contratación de cuidar que el presupuesto base de licitación se adecúe a los precios de mercado, desglosando los costes directos, indirectos y otros gastos estimados para su determinación (art. 100.2 de la LCSP). En particular, en el caso de los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución forme parte del precio total del contrato, se exige asimismo desglosar "*de forma detallada y con desagregación de género y categoría profesional, los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia*" (art. 100.2 de la LCSP).

Y es que, como hemos señalado en reiteradas ocasiones (por todas, Resolución 632/2018, de 29 de junio) la entrada en vigor de la LCSP ha supuesto que exista una mayor vinculación, intensidad y deber de cuidado por el respeto a la normativa laboral. En definitiva, la elaboración del presupuesto por el órgano de contratación debe atenerse a los precios de mercado, para lo cual el legislador impone a los órganos de contratación una específica obligación de cuidado por el respeto del cumplimiento de las obligaciones laborales y sociales. De forma correlativa, los licitadores deben, en la formulación de sus proposiciones, atenerse a esos mismos precios de mercado estimados por el órgano de contratación en cuanto a los costes soportados en el servicio, lo que incluye desde luego, el respeto de los costes laborales.

Lo anterior es relevante, no solo desde la perspectiva del respeto a tales obligaciones laborales, sino también para asegurar algunos de los principios más básicos y tradicionales de la normativa en materia de contratación. Huelga decir que la LCSP incluye entre su objetivo y finalidad "*la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa*" (art. 1 de la LCSP) y que, de igual forma, los órganos de contratación vienen obligados a proporcionar a los licitadores un tratamiento igualitario y no discriminatorio (art. 132.1 de la LCSP) y a velar en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia (art. 132.3 de la LCSP). Así, con arreglo al art. 145.5.c de la LCSP los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato deben garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva.



Pues bien, difícilmente puede afirmarse que existe una competencia *efectiva* si los cinco criterios de adjudicación correspondientes a horas extraordinarias, concebidos inicialmente como criterio para adjudicar, proporcionalmente y conforme a la fórmula establecida (pág. 8/52 del doc. 8 del expediente administrativo) la puntuación en función de los distintos importes ofrecidos, se transforman de hecho en criterios binarios, en los cuales aquel licitador que obvia la necesaria existencia de costes (costes que, además, son de naturaleza salarial) para la prestación de tal servicio captura la totalidad de los puntos, mientras el resto de los licitadores no reciben puntuación alguna, con independencia del precio efectivamente exigido.

Además, el impacto de tales horas extraordinarias es de tal magnitud que condiciona enteramente el procedimiento de licitación. Así, PARQUE MÓVIL DE SEGURIDAD termina siendo adjudicataria del contrato en un procedimiento que atiende exclusivamente al criterio económico pese a haber ofrecido un precio (175.250,00 euros – doc. 34 del expediente administrativo) superior al de la mercantil recurrente (168.287,30 euros). Se observa, por lo tanto, al aceptar la estrategia de la mercantil adjudicataria, el órgano de contratación no ha seleccionado la oferta económicamente más ventajosa (art. 1 de la LCSP).

En definitiva, la presentación de tal proposición resulta en una distorsión de la competencia que priva al resto de licitadores, que ajustaron sus ofertas a los precios reales del mercado, de la posibilidad de ser adjudicatarios del contrato disputado, pues resulta desde luego irrelevante qué concreto precio ofrezcan para tales horas extraordinarias y, en buena medida, resulta asimismo irrelevante la puntuación obtenida en el resto de apartados: es prácticamente imposible superar la ventaja obtenida por el licitador que ha vaciado ficticiamente de costes la prestación de dichas horas extraordinarias.

A lo anterior se añade, además, que los precios presentados por los licitadores que consignan importes irrisorios tampoco se ajustarían a lo dispuesto en los pliegos que rigen el procedimiento de licitación, los cuales consignaron una estructura de costes muy concreta, con cinco partidas referidas a las horas extraordinarias que han sido directamente obviadas por la mercantil adjudicataria.



Séptimo. El segundo requisito que el fraude de ley exige es que el acto realizado persiga un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él. Las consideraciones efectuadas más arriba conducen a concluir que, necesariamente, la estrategia de la mercantil adjudicataria persigue un resultado contrario al ordenamiento jurídico: obtener, a través de tales precios nulos, la máxima puntuación, puntuación que, sin embargo, se obtiene solamente al apartarse de los requisitos a que la oferta debe atenerse conforme a la normativa en materia de contratación y que imponen que aquélla parta de precios de mercado y tome en consideración los costes reales.

En un supuesto muy similar, explicaba la Resolución 386/2019, de 17 de abril: "*un resultado contrario al ordenamiento jurídico, que es haber obtenido el máximo de puntos posibles por el criterio precio ofertado por los servicios especiales, cuando su coste real se imputa a otros conceptos por el precio por el servicio de limpieza, y provocando con ese precio ficticio que los demás licitadores obtengan 0 puntos. Por el contrario, de haber procedido correctamente y ofertado el precio que correspondiese sin imputar sus costes a otros conceptos, la fórmula de aplicación de dicho criterio hubiese operado correctamente siendo las puntuaciones resultantes distintas y el resultado final del proceso de valoración de ofertas distinto también*".

Tal estrategia se ha producido, de igual modo, en el presente caso. La mercantil adjudicataria está dispuesta a ofrecer gratuitamente las horas extraordinarias, porque los costes (esencialmente salariales) que éstas acarrearán han sido incluidos en otras partidas. Así parece aceptarlo el propio órgano de contratación, al señalar en su informe que la estrategia de la mercantil adjudicataria fue "*arriesgada, ya que a cambio de incrementar el precio en determinados conceptos, se permitía ofertar cero euros en otros*".

Lo anterior resulta lógico: si tal servicio, que necesariamente entraña costes por implicar la prestación de servicios laborales, se presta de manera gratuita, necesariamente debe la mercantil adjudicataria cubrir tales costes por otra vía. Ello, resulta, sin embargo, ilícito, por contravenir la normativa en materia de contratación al impedir una efectiva competencia entre los licitadores. Tal y como se ha explicado anteriormente, trasladar los costes de dicho servicio a una partida distinta con cargo a la cual se retribuyen implica una ventaja indebida para tales licitadores que merece el calificativo de fraude de ley.



En definitiva, la conclusión debe ser idéntica a la alcanzada por las Resoluciones 1048/2019, de 23 de septiembre, 513/2020, de 2 de abril o 1060/2020, de 5 de octubre. En esta última concluimos:

"En definitiva, la adjudicataria oferta varios precios por importe 0,01 euros a sabiendas de que no se ajusta a la LCSP ni al PCAP, y lo hace para aparentar el máximo descuento en los precios de las correspondientes prestaciones tipo y, en consecuencia, obtener los correspondientes puntos del descuento neto ponderado, que no obtendría si hubiese formulado el precio en los términos legales y de los pliegos, porque no existiría descuento efectivo y real en la misma magnitud, sino mucho menor, quebrando de esa forma el principio de competencia real y efectiva que se persigue con el criterio precio en el PCAP, y obteniendo mediante la elusión de esa competencia leal exigida, unos descuentos mayores pero ficticios y la mejora de porcentajes de descuento aplicable en la fórmula correspondiente que no hubiera obtenido de otra forma, consiguiendo así un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario al mismo.

El acto realizado por el adjudicatario consistente en formular oferta a varias prestaciones tipo del lote 2, cinco de doce, precio por importe de 0,01 euros, supone desvirtuar la operativa de la fórmula de valoración de los precios ofertados de forma fraudulenta al obtener por el método de ofertar precios ficticios o simbólicos a algunas prestaciones tipo totalmente ajenos a los costes reales de esas prestaciones, descuentos ficticios y por ello una mejor puntuación con claro quebrantamiento del principio de competencia leal y efectiva, y en perjuicio de los demás licitadores competidores leales y efectivos que al formular sus precios cumplen la norma y se ajustan al PCAP, obtienen menores descuentos y por ello, en la fórmula de valoración de los precios ofertados, menos puntos que la adjudicataria. La desvirtuación de la operativa de la fórmula de valoración de los precios ofertados se consigue no solo haciendo inoperante la fórmula en perjuicio de los demás licitadores en aquellos casos en que por su configuración determinase que el resto de los licitadores no obtuviesen punto alguno, como han sido los casos en que el precio más bajo es cero, que no es precio, y este obtiene el máximo de puntos, y el resto ninguno por el diseño del fórmula, sino también en casos como el presente en que los precios ofertados no se ajustan a lo exigido por el PCAP, son simbólicos y determinan magnitudes, en este caso descuentos, ficticias, y por ello el incremento no merecido de magnitud de un



factor de la fórmula que le favorece en el resultado final, frente a sus competidores, que consiguen los descuentos correctos pero menores, al formular correctamente sus ofertas de precios a las prestaciones tipo".

El recurso, en consecuencia, debe ser estimado en este punto, por incurrir la proposición de la mercantil adjudicataria en un fraude de ley prohibido por el ordenamiento jurídico.

Como dijimos en nuestra Resolución 827/2021 la consecuencia de la estimación del recurso debe ser la no valoración de los criterios de adjudicación en los que la adjudicataria realizó una oferta fraudulenta. Así lo ha entendido la Sentencia número 20/2021 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 5, de 19 de enero de 2021, que, en su Fundamentación Jurídica Tercera, motivo de impugnación IV, desestima el motivo referido a la valoración con 0 puntos a la recurrente del procedimiento ordinario 5/000112/2018-S, en el criterio de adjudicación en el que se ofertaron 138.000.000 km como mejora de kilómetros adicionales.

Procede, pues, anular la resolución de adjudicación, y retrotraer el procedimiento al momento de valoración de los criterios puntuados mediante la aplicación de fórmulas, para que la empresa adjudicataria sea valorada con cero puntos en los criterios en los que ha realizado una oferta en fraude de ley, continuando el procedimiento por sus trámites.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. J.M.F.S. en nombre y representación de ORDAX COORDINADORA DE TRANSPORTES Y MERCANCÍAS, S.L. contra la adjudicación del procedimiento de licitación del contrato de los "*servicios de transporte con conductor, traslado de mobiliario, enseres y trabajos de peonaje (mozos) de la Dirección Provincial de Madrid del Instituto Nacional de la Seguridad Social, desde el 1 de agosto de 2021 a 31 de julio de 2022*", con expediente 28/VC-117/21, convocado por la



Dirección Provincial del INSS de Madrid, con los efectos declarados en el último fundamento de derecho de esta Resolución.

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 58.2 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 al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.