



Recurso nº 756/2024

Resolución nº 1008/2024

Sección 1ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 5 de septiembre de 2024

VISTO el recurso interpuesto por D. José Manuel Martínez García, actuando en nombre y representación de EIFFAGE ENERGÍA, S. L. U., contra la adjudicación de la licitación convocada por la Universidad de Alicante para celebrar el “*contrato mixto de servicio de mantenimiento integral de la Universidad de Alicante y suministro de material*” (Expediente nº SE0112023), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha de 4 de agosto de 2023 se publicó anuncio de licitación al Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil del contratante del órgano de contratación. Finalizado el plazo de presentación de ofertas, se presentaron a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público 7 licitadores, entre ellos, el recurrente.

Segundo. Con fecha 19 de octubre de 2023 se celebra la primera sesión de la mesa de contratación, dando por admitidas a la totalidad de las empresas presentadas.

Tercero. En la sesión de 14 de marzo de 2024, la mesa de contratación adoptó los siguientes acuerdos en relación con el expediente de contratación:

“Valoración criterios basados en juicios de valor: Contrato mixto de servicio de mantenimiento integral de la Universidad de Alicante y de suministro de material.”



La Mesa procede al examen del contenido del informe de fecha 08 de marzo de 2024, suscrito por los técnicos asesores de la mesa, para la valoración y evaluación de la documentación relativa a los criterios de adjudicación ponderables en función de un juicio de valor.

Se presenta una tabla resumen de la puntuación obtenida por las empresas licitadoras. De conformidad con lo dispuesto en los Anexos XI y XXXIV del pliego de cláusulas administrativas, según el cual “para superar la fase I y poder acceder a la fase II, será necesario que la suma de los puntos obtenidos por el licitador en la Fase I sea, al menos, de 25 puntos.”

Con base en lo previsto en el párrafo anterior, la mesa acuerda que todos los licitadores pasen a la siguiente fase, salvo uno de ellos cuya puntuación no alcanza los 25 puntos. A continuación, procede a la apertura criterios evaluables automáticamente.

La mesa procede a valorar las ofertas de los licitadores de acuerdo con los criterios automáticos previstos en el pliego. A la vista de las puntuaciones obtenidas por las empresas admitidas en la Fase I y de la Fase II, la mesa acuerda por unanimidad aprobar la clasificación por orden decreciente de puntuación y elevar al órgano de contratación propuesta de adjudicación a favor de la entidad ELECNOR SERVICIOS Y PROYECTOS S.A.U.

El 24 de abril de 2024, la mesa de contratación una vez examinada la documentación presentada por ELECNOR SERVICIOS Y PROYECTOS S.A.U. comprueba que la misma está completa y es correcta, por lo que no existe obstáculo para llevar a efecto la adjudicación del “*Contrato mixto del servicio de mantenimiento integral de la Universidad de Alicante y suministro de material*”.

El 21 de mayo de 2024 se emitió resolución por el órgano de contratación adjudicando el contrato a favor ELECNOR SERVICIOS Y PROYECTOS S.A.U. El 21 de mayo de 2024 la empresa recurrente tiene acceso a la notificación a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público.



Cuarto. Con fecha 10 de junio de 2024, EIFFAGE ENERGIA, S.A., interpone recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, basado en que la oferta de la adjudicataria, aunque no está incurrida en baja temeraria, no cubre los costes del contrato, incurriendo en pérdidas. Tras calcular los costes de mano de obra, estimando el incremento medio de coste anual durante el período de ejecución y adicionar los gastos generales, el beneficio industrial y otros conceptos previstos en el contrato (materiales, vehículos, subcontrataciones de trabajos especializados y mejoras ofertadas por la adjudicataria), señala que no cubre los costes laborales del contrato, ni del resto de gastos necesarios para la correcta ejecución del mismo. Asimismo, indica que el adjudicatario se vale de este artificio para resultar adjudicatario del contrato en fraude de ley, por lo que solicita que se anule la resolución de adjudicación, se excluya la oferta de ELECNOR SERVICIOS Y PROYECTOS, S.L. y se retrotraigan las actuaciones al trámite inmediatamente anterior.

Quinto. El órgano de contratación emite informe con fecha 18 de junio de 2024, defendiendo la validez de la adjudicación. Señala que no puede acogerse la pretensión del recurrente, respecto de la cual señala que carece de fundamento jurídico y fáctico, dado que tiene por objeto la exclusión de una oferta sobre la base de su inviabilidad, cuando la misma no se encuentra incurrida en presunción de anormalidad. Apoya su argumento en varias resoluciones de este Tribunal, como la número 836/2021 (recurso 354/2021) y la número 390/2023 (recurso 273/2023). Por todo ello solicita la desestimación del recurso.

Sexto. La secretaria del Tribunal dio traslado a los restantes licitadores, con fecha 18 de junio de 2024, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones, habiéndose recibido el 25 de junio por parte de la empresa adjudicataria.

La adjudicataria solicita la desestimación del recurso, alegando, por un lado, que no está obligada a justificar los costes puesto que no está incurrida en baja temeraria y, por otro lado, que los datos en los que fundamenta la recurrente que su oferta no cubre los costes se basan en estimaciones realizadas por ella, la cual altera la información publicada en los pliegos, incluye conceptos dentro de "*materiales a cargo del contrato*" que no deberían considerarse, no desglosa el importe imputado como coste de la mejora consistente en



poner dos furgonetas eléctricas en lugar de dos furgonetas de combustión y, en general, no tiene en consideración las particularidades de Elecnor para atender parte de los costes que indica. Asimismo, señala que la afirmación sobre que su oferta está formulada en fraude de ley resulta infundada, pues no incluye precios a cero, cercanos a cero en pérdidas y mucho menos juega con ningún criterio y, consecuentemente, no se consigue beneficio alguno derivado de desvirtuar alguno de los criterios.

Séptimo. El 20 de junio de 2024 la secretaria del Tribunal, por delegación de éste, acuerda mantener la suspensión del expediente de contratación producida de forma automática 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 especial en materia de contratación, se interpone ante este Tribunal que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 de la LCSP y en el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Generalitat Valenciana, sobre atribución de competencias en materia de recursos contractuales de fecha 25 de mayo de 2021 (BOE de fecha 02/06/2021).

Segundo. El objeto del recurso, lo constituye un contrato mixto de servicios y suministros que supera el umbral de cien mil euros, por lo que, según lo establecido en el artículo 44.1.a) de la LCSP, estamos ante un contrato susceptible de recurso especial en materia de contratación. El objeto del recurso es la adjudicación, acto al que se refiere expresamente el artículo 44.2.c) de la LCSP.

Tercero. Al plazo de interposición del recurso debe aplicársele lo dispuesto en el artículo 50.1.d) de la LCSP no habiendo transcurrido más de quince días hábiles desde el día siguiente a la fecha en que se produce la publicación de la adjudicación y la notificación al recurrente (21 de mayo de 2024) y la interposición del recurso (10 de junio de 2024).

Cuarto. Respecto del requisito de la legitimación, el recurrente es licitador posicionado en segundo lugar en la clasificación, por lo que, conforme al artículo 48 de la LCSP, está



legitimado para impugnar la adjudicación por cuanto la resolución del recurso afecta directamente a sus intereses legítimos de poder ser adjudicatario.

Quinto. El fondo del asunto consiste en dilucidar si, como sostiene la recurrente, procede la exclusión de la adjudicataria por ser su oferta inviable debido a que la misma no cubre los costes laborales, ni el resto de gastos necesarios para la correcta ejecución del contrato, habiendo sido formulada en fraude de ley.

Resulta fundamental destacar que no se discute que la oferta de la adjudicataria, con base en los parámetros definidos en el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares que rige la licitación, no se encuentra incurso en presunción de anormalidad.

Según lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 149 de la LCSP:

“En los casos en que el órgano de contratación presuma que una oferta resulta inviable por haber sido formulada en términos que la hacen anormalmente baja, solo podrá excluirla del procedimiento de licitación previa tramitación del procedimiento que establece este artículo”.

De dicho apartado se infiere que solo es posible rechazar una oferta durante el procedimiento de adjudicación por entenderla inviable, ajustándose al procedimiento establecido al efecto y de acuerdo con los parámetros objetivos que se prevean en el pliego. Y ello mismo es lo que ha indicado este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en la Resolución 390/2023, en la que se dispone lo siguiente:

“Sobre la posible apreciación de estos incumplimientos, a efectos de la exclusión de la oferta cuando ésta no entra en los parámetros de temeridad fijados por el pliego se pronuncia la Resolución nº 1528/2022 de este Tribunal, con cita de la Resolución 988/2021, en los siguientes términos:

«Sin embargo, en el presente procedimiento, tal y como manifiesta el órgano de contratación en su informe, se ha comprobado que ninguna de las ofertas presentadas incurre en presunción de anormalidad, conforme a lo previsto en la cláusula 20 del Anexo I del PCAP que se remite a estos efectos al artículo 85 del



RGLCAP. Debemos recordar la doctrina de este Tribunal al interpretar el artículo 149.4 de la LCSP, en nuestras Resoluciones nº 46/2020, de 16 de enero de 2020 y nº 71/2021, de 29 de enero de 2021, en las que señalábamos:

“Yerra el órgano de contratación en su interpretación y aplicación de lo dispuesto en el artículo 149.4 de la LCSP en el presente caso, al entender que no se trata de una situación de oferta anormalmente baja conforme a lo dispuesto en el artículo 149.1 que necesite de previa tramitación de un procedimiento establecido al efecto dando trámite de audiencia al licitador, sino de la excepción prevista en el párrafo 4º del art. 149.4 de la LCSP, que determina la exclusión automática para el caso de detectarse que la oferta no cubre ni siquiera los costes sociales. Considera que, en estos casos, por expresa imposición de la Ley no cabe ninguna tramitación de procedimiento para justificar el carácter proporcionado de la oferta, ya que la propia ley y los pliegos establecen el carácter no justificable de la oferta, toda vez que se trata de que los órganos de contratación garanticen el cumplimiento de las condiciones laborales aplicables.

A juicio de este Tribunal, lo indicado por el párrafo 4º del artículo 149.4 no debe entenderse como excepción a la regla general que el propio precepto está estableciendo en dicho apartado, en orden a la tramitación del correspondiente procedimiento contradictorio para que el licitador pueda justificar los términos de su oferta identificada como anormalmente baja.

Antes, al contrario, lo que indica es que los órganos de contratación deben rechazar 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. Añadiendo inmediatamente a continuación que se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos o se fundamenta en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico.”



Por tanto, para excluir a un licitador porque pueda considerarse que su oferta es inviable, por no ser susceptible de ser cumplida en sus propios términos, debe seguirse el procedimiento contradictorio que establece el artículo 149 de la LCSP, dando posibilidad al licitador de justificar los términos de su oferta. No encontrándonos ante un supuesto de anormalidad de las ofertas, no procede iniciar el trámite de justificación previsto legalmente que pudiera eventualmente conducir a la exclusión solicitada. En consecuencia, nos hemos pronunciado en nuestra Resolución nº 1105/2020, de 16 de octubre de 2020, en los siguientes términos:

“Lo que en ningún caso permite el artículo 149 de la LCSP es sujetar a un licitador cuya oferta no está incurso en presunción de anormalidad al procedimiento contradictorio de justificación que establece.”

Lo mismo sucede en el presente caso. La oferta de la empresa adjudicataria no se halla incurso en presunción de anormalidad, por lo que no procede entrar a valorar en esta fase de adjudicación si su oferta es suficiente para cubrir los costes laborales, sin perjuicio de las medidas que, en ejecución del contrato, deba adoptar el órgano de contratación al amparo del artículo 201 LCSP, en caso de incumplimiento de aquellas obligaciones.”»

Asimismo, en la Resolución de este Tribunal nº 1395/2023, dijimos lo siguiente con cita de nuestra Resolución 928/2020, de 26 de agosto:

“Tal orientación es coincidente con el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 29/19 que señala:

‘En la siguiente cuestión se nos consulta, si de esa operación de extrapolación resultase que los costes laborales y medioambientales exceden del precio ofertado, debería el órgano de contratación excluir de modo automático al licitador o bien es preciso abrir un trámite de audiencia, con el fin de que el licitador justifique, en su caso, si puede dar cumplimiento al contrato. (...)

La misma conclusión se deduce del artículo 149 LCSP, cuando señala que el órgano de contratación ha de realizar necesariamente un requerimiento al licitador



o licitadores que hubieren presentado las ofertas que puedan incurrir en anormalidad, 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.

En este momento '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: (...) 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'.

Por lo tanto, cabe concluir en este punto que, tanto conforme al TRLCSP como a la LCSP, será necesario dar audiencia al licitador incurso en una oferta anormal a los efectos de que por este se justifique la viabilidad de la oferta o, en el caso que nos atañe, el cumplimiento del convenio colectivo o de los requisitos normativamente establecidos en materia laboral y medioambiental'.

Concluyendo la Junta Consultiva que 'si una proposición no está incurso en los parámetros legales u objetivos fijados en el pliego que permiten considerarla anormalmente baja, de modo que cumple con las exigencias derivadas de los convenios colectivos y la normativa social y medioambiental, no cabe acordar la exclusión de la misma por esta causa'."

En definitiva, lo que impide esta doctrina es iniciar ese procedimiento previsto en el artículo 149 de la LCSP para valorar, en el procedimiento de adjudicación, si una oferta cubre o no los costes del contrato, si no se dan los parámetros objetivos establecidos en el pliego para incurrir en presunción de anormalidad. Además, no es jurídicamente admisible excluir a una oferta sin ni siquiera darle la oportunidad de explicarse o de iniciar el procedimiento, porque, a juicio del recurrente, no cumpla los costes laborales o cualesquiera otros.

Como ponen de relieve las resoluciones transcritas y señala el órgano de contratación, en este caso al no entrar la empresa en presunción de anormalidad, no procedía entrar a



valorar en la fase de adjudicación si su oferta es suficiente para cubrir los costes laborales, sin perjuicio de las medidas que, en ejecución del contrato deba adoptar el órgano de contratación al amparo del artículo 201 LCSP, en caso de incumplimiento de aquellas obligaciones.

Sentado que no es posible excluir una oferta por anormalidad cuando esta no incurre en dicha presunción, cabe analizar si se dan los requisitos para considerar, como sostiene la recurrente, que debiera ser excluida por haberse formulado la oferta en fraude de ley.

Por lo que se refiere a la doctrina de este Tribunal en relación con la presentación de ofertas en fraude de ley (recogida, entre otras, en nuestra Resolución nº 719/2024, recurso nº 470/2024), su existencia debe ser considerada como excepcional y su apreciación es una cuestión eminentemente casuística, debiendo ser probado el carácter ilusorio de una oferta por quien lo alega. A este respecto la recurrente solo afirma que la oferta ha sido presentada en fraude de ley sin enumerar, ni mínimamente desarrollar, los fundamentos de dicha afirmación, más allá de vincularlo al hecho de que la oferta de la adjudicataria no cubre los costes que el propio recurrente ha estimado, por lo que no aporta argumentos que permitan concluir que se dan las circunstancias para poder encajar el caso analizado en nuestra doctrina del fraude de Ley.

Por todo lo anterior, procede la desestimación de la pretensión impugnatoria planteada respecto a la adjudicación.

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. José Manuel Martínez García, actuando en nombre y representación de EIFFAGE ENERGÍA, S. L. U., contra la adjudicación de la licitación convocada por la Universidad de Alicante para celebrar el “*contrato mixto de servicio de mantenimiento integral de la Universidad de Alicante y suministro de material*”.

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 multa 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 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Valencia, 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 artículo 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES