



Recurso nº 986/2013

Resolución nº 034/2014

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 17 de enero de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D. H.N.V., en representación de la empresa UNIÓN INTERNACIONAL DE LIMPIEZAS, S.A. UNI 2 (en lo sucesivo UNI 2 o la recurrente), contra la adjudicación del contrato del "*Servicio para la realización de medidas higiénico-sanitarias encaminadas a la prevención y control de legionelosis de las instalaciones de FREMAP Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social Nº. 61*" (Expte.06/2013), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Director Gerente FREMAP (en adelante, FREMAP o el órgano de contratación) convocó licitación para contratar, por el procedimiento abierto y tramitación ordinaria, el servicio para la realización de medidas higiénico-sanitarias para la prevención y control de legionelosis en las instalaciones de esa Mutua. El anuncio se remitió al DOUE el 18 de julio y se publicó en el BOE del 19 de julio de 2013. El valor estimado del contrato, se cifra en 350.455,07 euros. El presupuesto base de licitación (sin IVA) es de 175.227,53 euros.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los preceptos de la Ley de Contratos del Sector Público -cuyo texto refundido (TRLCSP en adelante) fue aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre-, así como con las demás normas de desarrollo aplicables a los poderes adjudicadores que no tienen el carácter de Administración Pública y con las normas internas de la entidad contratante. El contrato es de la categoría 14 del Anexo II del TRLCSP y, dado su valor estimado, está sujeto a regulación armonizada.



Tercero. La cláusula 2.7 del Cuadro Anexo 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), establece:

2.7 Ofertas con valores anormales o desproporcionados

*El Órgano de Contratación podrá establecer, en el **Anexo XI** los parámetros objetivos, en virtud de los cuales se entenderá que la proposición no puede ser cumplida por ser considerada anormal o desproporcionada.*

Cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, se dará audiencia al licitador afectado y tramitará el procedimiento previsto en los apartados 3 y 4 del artículo 152 del TRLCSP, y en vista de su resultado se determinará su aceptación o rechazo.

Y en el Anexo XI, relativo al modelo de oferta económica, se especifica que:

Podrán ser excluidas las ofertas desproporcionadas o temerarias, considerándose como tales las ofertas que sean inferiores en más de 5 unidades al precio ofertado establecido para esta licitación.

Cuarto. En la licitación fueron finalmente admitidas tres ofertas. La oferta de UNI 2 fue de 141.492,45 euros, un 19,3% por debajo del presupuesto de licitación. Las otras dos ofertas se situaron un 12,5% y un 43,0% por debajo del presupuesto base. De acuerdo con las cláusulas transcritas del PCAP se les requirió a todas ellas para que procedieran a justificar *“la valoración de los costes en el cuadro Excel facilitado, de los aspectos que se indican a continuación, teniendo en cuenta el protocolo de actuación de las instalaciones que se establece en el Pliego de Prescripciones Técnicas: 1. Gastos de Personal; 2. Valoración Actuaciones Obligatorias; 3. Laboratorio; 4. Materiales; 5. Previsión de Actuaciones Extraordinarias; 6. Gastos Generales y 7. Beneficio Empresarial.”*

Así lo hicieron en el plazo habilitado. En el caso de UNI 2, se detallaron los costes señalados y se incluyó un gasto anual de 1.832,81 euros correspondiente a la valoración de la previsión de *actuaciones extraordinarias*, para el que se argumenta que: *“En función de los datos obtenidos en la recogida de muestras durante los años 2012 y 2013 en centros FREMAP donde se ha realizado la prevención y control de la legionella, se estima*



que la probabilidad de aparición de algún resultado que obligue a repetir un tratamiento es de un 5%”. El beneficio industrial se estima en 2.068,30 €

Quinto. Tras analizar la documentación justificativa remitida por los licitadores, el Director de Infraestructuras de FREMAP emite informe donde señala que *no se consideran procedentes* las aclaraciones realizadas por UNI 2 porque se han infravalorado las actuaciones extraordinarias y no se hace referencia a las que pueda haber en el hospital de la Mutua en Vigo, donde el riesgo es mucho más elevado. Concluye que, dado el beneficio industrial que recoge en su oferta, la probable mayor incidencia de actuaciones extraordinarias puede hacer que *“a este licitador deje de ser rentable el contrato, provocando una reducción en la calidad de prestación del servicio”*.

El 15 de noviembre de 2013, a propuesta de la mesa de contratación, se acuerda la adjudicación en favor de ANTICIMEX 3D SANIDAD AMBIENTAL, S.A., por *“presentar la oferta económicamente más ventajosa”* (en realidad, la única finalmente admitida), por importe de 153.264 euros.

El acuerdo se le notifica a UNI 2 el 25 de noviembre de 2013. Se le comunica también que su oferta ha quedado excluida del procedimiento de adjudicación porque: *“Según criterio de los técnicos responsables del servicio, con la oferta presentada por este licitador y el desglose y justificación que de la misma ha aportado, se llega a la conclusión de que su importe no sería suficiente para cubrir las posibles actuaciones extraordinarias que hubiera que acometer durante la ejecución del contrato, especialmente por la incidencia de las mismas en el Hospital de la Mutua en Vigo..., siendo la justificación aportada por el licitador insuficiente para justificar debidamente la diferencia entre la oferta económica presentada y el umbral mínimo establecido en la licitación como oferta desproporcionada”*.

Sexto. El 10 de diciembre de 2013, tiene entrada en el registro de FREMAP el escrito de UNI 2 de interposición de recurso. Solicita que *“se anule la Resolución de Adjudicación..., por haberse valorado la oferta presentada por Unión Internacional de Limpiezas, S.A. (UNI 2), de forma arbitraria, retrotrayéndose el procedimiento al momento anterior al dictado del acto de adjudicación, ordenando a la Mesa de Contratación la valoración de la oferta presentada por la empresa que represento...”*

Considera que la notificación de adjudicación, sólo contiene una referencia general a que



UNI2, *“no justificaba suficientemente la baja, según un informe técnico, que consideramos insuficiente. Tan parca argumentación es totalmente insuficiente para que UNI2, disponga de los elementos de juicio mínimos para evaluar la posibilidad de interponer recurso y fundarlo debidamente”*. Manifiesta también que es contrario a los *principios de igualdad y transparencia respecto a los candidatos* y resulta arbitraria la afirmación del órgano de contratación de que el importe de la oferta de UNI 2 *«... no sería suficiente para cubrir las posibles actuaciones extraordinarias...»*, por lo que entienden que *“se han alterado las reglas del juego, y se ha perjudicado gravemente los intereses de UNI2, que ha cumplido y se ha ajustado a lo establecido en los pliegos”*.

Séptimo. El 12 de diciembre se recibió el expediente administrativo y el correspondiente informe del órgano de contratación que ratifica las actuaciones realizadas. Alega que carece de fundamento la manifestación de la recurrente de que su exclusión no está suficientemente motivada, puesto que en la notificación se delimitan claramente los *“parámetros en base a los cuales la oferta... ha quedado excluida, esto es, lo concerniente al importe fijado para hacer frente a las previsiones de actuaciones extraordinarias y, específicamente, la incidencia que en las mismas puede tener la inclusión del Hospital de Vigo”*.

Considera además que, aun aceptando las referencias del propio licitador a una incidencia del 5% de actuaciones extraordinarias por resultados positivos en los centros asistenciales, la estimación de su coste está infravalorada, puesto que el importe, como se detalla en el informe técnico, *“ascendería a 2.437,92 euros, representando esta situación el mejor de los escenarios posibles para el licitador, importe que es bastante más elevado del contemplado por la recurrente, sin incluir, actuación extraordinaria alguna durante los 24 meses de duración inicial del contrato para el hospital de Vigo, cuyo importe es de 533.44 euros, casi el doble de lo que supone el coste de una actuación en los centros asistenciales”*.

Recalca el órgano de contratación que *“no se justifica por el licitador ninguna condición en cuanto al ahorro en la ejecución del contrato, solución técnica a adoptar o prestación, como señala el artículo 152.3 TRLCSP”*. Concluye que, lejos de incurrir en arbitrariedad, *“ha realizado una comprobación de la posibilidad del cumplimiento de este servicio con el coste ofertado, avalado por un informe técnico en el que se justifican las razones que*



llevan a concluir el rechazo de la oferta de la recurrente, cuya motivación se ha expresado de manera suficiente en la comunicación de adjudicación”.

Octavo. El 18 de diciembre de 2013, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones, sin que ninguno de ellos haya evacuado el trámite conferido. El 26 de diciembre, el Tribunal acordó mantener la suspensión del procedimiento producida como consecuencia de lo previsto en el artículo 45 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Se recurre la adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, acto susceptible de recurso especial en materia de contratación, conforme al artículo 40 del TRLCSP.

Puesto que FREMAP es un poder adjudicador que no tiene la consideración de Administración Pública, vinculado a la Administración General del Estado, la competencia para resolver el presente recurso corresponde a este Tribunal en virtud de lo dispuesto en el artículo 41.5 del TRLCSP

Segundo. La legitimación activa de la recurrente deriva de su condición de licitadora. En la interposición del recurso se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del citado texto legal.

Tercero. No es objeto de controversia que la oferta económica de la recurrente se encuentra en presunción de anormalidad o desproporción, de acuerdo con la disposición transcrita del PCAP en el antecedente tercero. Conviene dejar constancia en todo caso de que el umbral para apreciar la posible temeridad de las ofertas se ha definido, no en relación con la media de las mismas (de las ofertas), sino en relación con el presupuesto de licitación y, además, lo cifra en sólo el 5% de desviación respecto a ese precio. El resultado concreto en la licitación impugnada es que, como se indica en el antecedente cuarto, todas las ofertas estaban por debajo de ese umbral. La oferta de la recurrente, aun situándose por encima de la media de las tres admitidas y sólo un 7,7% por debajo de la



oferta más elevada resultó finalmente excluida por considerarla desproporcionada e inviable.

Como hemos indicado en otras resoluciones (como referencia reciente, en la Resolución 620/2013, de 13 de diciembre) al establecer un umbral de temeridad tan bajo como el formulado en el supuesto examinado, se puede llegar a desnaturalizar la propia finalidad de la figura de las *“ofertas con valores anormales o desproporcionados”*.

En efecto, si la función de dicha figura es el establecer un mecanismo para contrastar la viabilidad de las ofertas con valores muy bajos -las *“ofertas temerarias”*-, no resulta procedente, en buena lógica, la posibilidad de extender el régimen establecido en el artículo 152 del TRLCSP a las proposiciones que se presenten en determinada licitación con un margen de baja que, de acuerdo con las reglas de la práctica comercial en el sector de que se trate, pudieran no ser tachadas como *“anormalmente bajas”* o *“temerarias”*.

Ahora bien, una vez expuesto lo anterior, hay que tener en cuenta que los pliegos constituyen la ley del contrato y debe estarse a su contenido y que la empresa recurrente no cuestiona el carácter *“desproporcionado o anormal”* de su oferta de acuerdo con lo establecido en los pliegos. Por todo ello, no cabe sino mantener que la oferta presentada por UNI 2 presenta valores anormales o desproporcionados, a los efectos de la aplicación de las previsiones contenidas en el artículo 152 del TRLCSP, es decir, de justificar que la ejecución del contrato resulta viable, en los términos previstos en el mismo.

Cuarto. Las cuestiones de fondo a dilucidar son dos. Si el acuerdo de exclusión notificado a UNI 2 está motivado y, en segundo lugar, si está fundada la conclusión de la mesa de considerar que su oferta no es viable por proponer un precio de valor anormal o desproporcionado, con la consiguiente exclusión de la licitación.

En cuanto a la primera cuestión (la falta de motivación), el criterio reiterado en numerosas resoluciones de este Tribunal es que la exclusión ha de estar motivada de forma que contenga al menos la información que permita al licitador interponer recurso en forma suficientemente fundada.

De acuerdo con el artículo 151.4 del TRLCSP:



“4... La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación.

En particular expresará los siguientes extremos: ...

b) Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta...”

Como pone de manifiesto el precepto transcrito, respecto de los licitadores excluidos se deben exponer, siquiera sea en forma resumida, las razones por las que no se ha admitido su oferta. Como señalábamos en la Resolución 186/2012 citada *“la motivación no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente,... para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto para poder defender sus derechos e intereses, pudiendo ser los motivos de hecho y de derecho sucintos siempre que sean suficientes, como declara la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo...”*.

Como alega el órgano de contratación en su informe, en la notificación de adjudicación se argumenta que a la vista de la oferta presentada por UNI 2 y el desglose y justificación de la misma, *“... se llega a la conclusión de que su importe no sería suficiente para cubrir las posibles actuaciones extraordinarias que hubiera que acometer durante la ejecución del contrato, especialmente por lo incidencia de las mismas en el Hospital de la Mutua en Vigo”*.

En la notificación no se detallan mínimamente los cálculos del informe técnico a que se hace referencia para avalar la conclusión anterior. Aunque la motivación, como hemos indicado, no precisa de *“un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas”*, lo cierto es que en la notificación tampoco se indica si lo que resulta insuficiente para hacer frente a las actuaciones extraordinarias es la oferta global, o es sólo el coste estimado de ese elemento (las *“actuaciones extraordinarias”*); ni siquiera si el defecto de ese cálculo es el coste de cada actuación o el número probable de las mismas. La notificación se limita a señalar de manera genérica el motivo de la exclusión: que con el importe de la oferta económica no se cubren las posibles actuaciones



extraordinarias, especialmente por incluir una instalación hospitalaria. No se ofrecen argumentos ni datos suficientes que justifiquen la conclusión de exclusión y que permitan a la empresa recurrente fundamentar su recurso. Se ha infringido por tanto el mandato contenido en el artículo 151.4 del TRLCSP, por lo que, aunque solo fuera por esta carencia de motivación, se ha de estimar el recurso interpuesto.

Quinto. En cuanto al procedimiento seguido, el artículo 152 del TRLCSP en los apartados 3 y 4 establece que:

“3. Cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnica adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación,... En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente...”

4. Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior, estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la proposición económicamente más ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas...”

Como hemos señalado en diversas resoluciones (tomaremos como referencia la Resolución 303/2013, de 17 de julio), para conjugar el interés general en la contratación pública con la garantía de los principios de libre concurrencia, no discriminación y transparencia, la Ley establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente la posibilidad de su cumplimiento. Y ello exige de una resolución *“reforzada”* que desmonte las justificaciones aducidas por el licitador.



Así se ha hecho en el presente caso, por lo que no puede argumentarse como sugiere la recurrente que, en lo que se refiere al procedimiento seguido, FREMAP haya incurrido en arbitrariedad.

Las manifestaciones de UNI 2 para justificar su oferta se hicieron en el formato requerido por FREMAP, que solicitaba un detalle de los costes en cada uno de los capítulos indicados en el antecedente cuarto. Contra lo alegado por el órgano de contratación no se pedían argumentos sobre el *“ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnica adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga”*. Con todo, no deja de ser una condición favorable para estimar los costes, el hecho de que el ser adjudicatario del contrato anterior -aun cuando no se incluía el Hospital de la Mutua en Vigo- le permite una estimación más aquilatada de algunos costes.

Sexto. De acuerdo con todo ello, la cuestión de fondo es si la justificación de UNI 2 era o no suficiente, y si los argumentos del informe técnico, que hizo suyos la mesa, bastan para desechar la estimación de costes de la oferta y evidenciar la conveniencia de un interés público que fundamenta su exclusión del procedimiento de contratación.

A la vista de la información del coste detallada por capítulos, el informe técnico en que se fundamenta la exclusión analiza el desglose presentado y considera que, aun aceptando que las actuaciones extraordinarias se produzcan en un 5% de los 174 centros asistenciales, su importe sería de 2.437,92 €/año, en lugar de los 1.832,81 €/año consignados por UNI2 en el desglose de costes. Entiende el informe técnico que además habría que consignar el coste de, al menos, una actuación extraordinaria en el hospital de Vigo, cuyo importe estima en 533,44 €.

Es decir que, aunque el informe técnico no lo explicita, la diferencia entre la cifra consignada en el desglose de sus costes por UNI2 (1.832,81 €) y la estimada por el informe (2.971,36 €, incluyendo la incidencia específica para el hospital de Vigo), sería de 1.138,55 €/año. Pues bien, esta diferencia se relaciona en el informe con el hecho de que *“el beneficio industrial que se recoge en la oferta del licitador es de 2.068,30 € (un 2,93%) lo que puede provocar que ante la baja probabilidad de previsión de actuaciones extraordinarias, a este licitador deje de ser rentable el contrato, provocando una reducción en la calidad de prestación del servicio”*.

Pues bien, el propio concepto de “*actuaciones extraordinarias*”, se refiere a actuaciones no previsibles de antemano, derivadas de la aparición de algún resultado que obligue a repetir un tratamiento de limpieza y desinfección de las instalaciones afectadas ante la detección de casos de legionelosis (apartados 3.1.3 y 4 del Pliego de prescripciones técnicas). El que haya más o menos actuaciones de este tipo y que el contratista deba asumir más o menos gastos, corresponde al propio riesgo y ventura del contrato. Es obvio que si la incidencia de tales actuaciones supera las previsiones realizadas, se reducirá el beneficio e incluso se podría incurrir en pérdidas. Pero, en el supuesto objeto de recurso, la empresa excluida consignó un beneficio estimado (2.068,30 €) que permitiría absorber el mayor coste de las actuaciones extraordinarias estimado en el informe (1.138,55 €).

Por lo demás, la diferencia entre las ofertas de la adjudicataria y de UNI 2 es en total de menos de 6.000 €/año. En el desglose de gastos, las diferencias son variadas: la oferta de la adjudicataria consigna costes más altos en los capítulos de actuaciones extraordinarias y, sobre todo gastos generales y beneficio industrial y mucho más bajos en cambio en los costes de personal y actuaciones obligatorias y analíticas de laboratorio.

El análisis de uno solo de los elementos del coste (la previsión de *actuaciones extraordinarias*) carece de apoyo suficiente para justificar la exclusión. Con igual fundamento se podrían haber analizado las ofertas sólo en lo relativo a los costes de las analíticas de laboratorio, donde el consignado por la adjudicataria es apenas la mitad del de UNI2.

Aunque la baja supere el umbral establecido en el PCAP, no resulta en absoluto inmoderada: como se indicó en el fundamento tercero, la oferta de UNI2 es superior a la media de las tres presentadas y resulta apenas un 7,7% más baja que la oferta más cara que, finalmente fue la única admitida. La exclusión viene determinada en realidad porque, en la justificación requerida, la estimación del coste de las *actuaciones extraordinarias* se considera insuficiente, no porque la proposición de UNI 2 no pueda ser cumplida como consecuencia del valor anormal o desproporcionado de su oferta económica, globalmente considerada

Como hemos manifestado en otras resoluciones, la justificación de una baja presuntamente anormal o desproporcionada debe entenderse encaminada a explicar que se puede cumplir la proposición. No se trata de justificar exhaustivamente la oferta, sino de

proveer de argumentos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo.

Las manifestaciones del citado informe técnico, en que se funda el acuerdo de exclusión, se limitan a rechazar la estimación de uno de los elementos de coste en que se requirió desglosar la oferta. De tal discrepancia deducen que la oferta es inviable. Pero lo cierto es que la oferta económica a justificar es la oferta global y que el análisis no puede reducirse a uno de los elementos sin considerar la totalidad de la oferta.

El razonamiento del órgano de contratación más bien implica que la inconsistencia o la “baja temeraria” se produce respecto a los costes estimados de *actuaciones extraordinarias*, costes que, como ya indicamos, deben ser a riesgo y ventura del contratista.

Así pues, aunque se han cumplido formalmente los requisitos exigidos legalmente, tal como se ha expuesto en el fundamento anterior, a la vista de la escasa desproporción de la baja y una vez examinadas las justificaciones de la recurrente, este Tribunal entiende que los argumentos expresados en el informe técnico y en el acuerdo de exclusión, no contradicen esas justificaciones, ni evidencian que la proposición presentada por UNI 2 no pueda ser cumplida a satisfacción de FREMAP.

Por tanto, la decisión del órgano de contratación de estimar que la oferta de UNI 2 no puede ser cumplida en los términos y exigencias establecidos en los Pliegos carece de fundamento suficiente y debe reputarse arbitraria.

Séptimo. En conclusión, tanto el acuerdo de la mesa de contratación por el que se da por excluida la oferta de la recurrente por considerar que no es viable económicamente, como el informe técnico en que se basa y la posterior resolución de adjudicación que lo confirma, no sólo carecen de motivación suficiente, sino, como ha quedado expuesto en el fundamento precedente, carecen también de argumentación apropiada para justificar la exclusión de UNI2 de la licitación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. H.N.V., en representación de la empresa UNIÓN INTERNACIONAL DE LIMPIEZAS, S.A. UNI 2, contra la adjudicación del contrato del *"Servicio para la realización de medidas higiénico-sanitarias encaminadas a la prevención y control de legionelosis de las instalaciones de FREMAP Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social Nº. 61"*, anular el acuerdo impugnado y ordenar la retroacción de las actuaciones hasta el momento de valoración de las ofertas, que debe incluir también la de la recurrente.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento producida de conformidad con lo previsto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de los recursos, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso 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.