



Recurso nº 272/2016 C.A. Principado de Asturias 16/2016

Resolución nº 315/2016

## RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 22 de abril de 2016.

**VISTO** el recurso interpuesto por D<sup>a</sup> Beatriz Suárez Pariente en representación de la empresa TALHER, S.A. (en adelante, TALHER o la recurrente), contra las disposiciones de los pliegos relativas a la contratación de los servicios de *"Mantenimiento, conservación y limpieza de los espacios ajardinados, sus instalaciones y áreas de juegos infantiles, así como el arbolado urbano del municipio de Castrillón"*, (expediente 1122/2015), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.** El Ayuntamiento de Castrillón (Asturias) -en adelante, el Ayuntamiento o el órgano de contratación- convocó, mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Principado de Asturias el día 31 de marzo de 2016, licitación para contratar por procedimiento abierto el mantenimiento, conservación y limpieza de jardines y arbolado urbano. El valor estimado del contrato se cifra en 1.266.000,00 euros. El plazo para la recepción de ofertas finaliza el 15 de abril de 2016.

**Segundo.** La licitación se lleva a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley de Contratos del Sector Público -cuyo texto refundido (en lo sucesivo TRLCSP) fue aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre-, y en las normas de desarrollo en materia de contratación. El contrato de servicios (CPV 77311000-3) se clasifica en la categoría 27 del anexo II del TRLCSP.

**Tercero.** El 7 de abril de 2016 se presentó en el registro del Tribunal escrito de TALHER de interposición de recurso especial, anunciado el mismo día al órgano de contratación. Señala la recurrente que en los pliegos, tanto en el de cláusulas administrativas (PCAP), como en el



de prescripciones técnicas (PPT) se establece que: *"Se considerarán ofertas anormalmente bajas aquellas que superen el 5% de baja sobre el tipo de licitación"*. Sostiene que una cláusula de este tipo *"puede llegar a desnaturalizar la propia finalidad de la figura de las ofertas con valores anormales o desproporcionados"* y entiende por ello que deberán declararse nulas tales cláusulas y que el criterio para identificar una proposición como incurso en baja anormal o desproporcionada, no debe referirse a valores absolutos, sino *"a términos que resulten de la comparación entre las diversas proposiciones que lleguen a presentarse"*.

**Cuarto.** En el informe del Ayuntamiento, recibido el 12 de abril junto a la documentación del expediente de contratación, se concluye que las cláusulas impugnadas son conformes a derecho, por cuanto el criterio para determinar la posible anormalidad de las ofertas es *"un criterio plenamente objetivo"*, está *"determinado a priori"* y *"se asienta sobre cálculos que figuran con claridad y detalle en los PPT"*. Los licitadores pueden *"realizar la baja que estimen pertinente sin limitación alguna"*. Además, esa baja *"habrá de tener en cuenta los criterios y cálculos indicados evitándose ofertas sin fundamento claro, pero ayudando al licitador a fijar la justificación de las bajas"* y, por último, en la fórmula de valoración de las ofertas económicas, *"no se establece un umbral por debajo del cual las ofertas más baratas no obtengan una mayor puntuación"*.

**Quinto.** El 14 de abril de 2016, la Secretaria del Tribunal por delegación del mismo, acordó la concesión de la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.** Se impugnan los pliegos de la licitación de un contrato de servicios de valor estimado superior a 209.000 euros, acto susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP. La competencia para resolver corresponde a este Tribunal, a tenor de lo previsto en el artículo 41 del mismo texto legal y en el Convenio suscrito al efecto con la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, publicado en el BOE de 28 de octubre de 2013.

**Segundo.** Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo en la interposición del



recurso. La legitimación activa de TALHER viene otorgada por aplicación del artículo 42 del TRLCSP, por cuanto manifiesta su interés y capacidad para concurrir a la licitación.

**Tercero.** En cuanto al fondo del asunto, se impugna la fijación del umbral para apreciar que una oferta puede ser anormal o desproporcionada. Sobre la determinación del “*umbral de temeridad*” en los pliegos, el artículo 152 del TRLCSP, establece que:

*“1. Cuando el único criterio valorable de forma objetiva a considerar para la adjudicación del contrato sea el de su precio, el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas podrá apreciarse de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente, por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado.*

*2. Cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, podrá expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, podrán indicarse en el pliego los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales”.*

Según la regulación transcrita, cuando hay más de un criterio de valoración, el carácter anormal o temerario de las ofertas puede apreciarse de acuerdo con los *parámetros objetivos* que se expresen en los pliegos. Si el precio es uno de los criterios de adjudicación, como es el caso, son los pliegos los que deben expresar los límites que permitan apreciar la posible temeridad de las ofertas. Puede entenderse, en principio, que no hay restricción legal alguna para la fijación de tales límites y es admisible que, en determinados escenarios, pueda ser más conveniente la determinación de la temeridad mediante valores absolutos porque, como alega el Ayuntamiento, no se limita la baja que pueden presentar los licitadores, pero éstos han de tener en cuenta los criterios y cálculos precisados en los pliegos que evitan la presentación de ofertas sin fundamento claro, y ayudan al licitador a justificar las bajas.

Ahora bien, como hemos puesto de relieve en diversas resoluciones -como referencia reciente, en la nº 207/2016, de 18 de marzo-, la determinación del “*umbral de temeridad*”



con referencia al precio de licitación y no al conjunto de las ofertas admitidas, presenta varios inconvenientes, uno de los cuales, y no el menor, es el de que puede llegar a restringir la competencia, en la medida que señala con carácter previo el nivel a partir del cual la oferta se considerará, en principio, desproporcionada. En la indicada resolución hacíamos referencia a la *Guía sobre Contratación Pública y Competencia*, de la entonces Comisión Nacional de la Competencia que recomendaba evitar este tipo de mecanismos que interfieren en los incentivos a ofertar en precios. Con ese tipo de cláusulas los licitadores tienden a evitar que su oferta supere el umbral de temeridad, con lo que el precio se convierte en un factor irrelevante en la licitación.

También el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco, en su Resolución 80/2014, estima un recurso contra la fijación en los pliegos de un umbral de temeridad del 10% sobre el precio de licitación, al considerar que una interpretación sistemática de los apartados 1 y 2 del artículo 152 de TRLCSP *“nos lleva a considerar que los límites objetivos tienen que estar referenciados al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado, y no a parámetros o límites que expresen y den a conocer de antemano el umbral de anormalidad, como sucede en los pliegos del contrato objeto de recurso.”*

Al establecer un umbral de temeridad referido al presupuesto de licitación, se puede llegar a desnaturalizar la propia finalidad de la figura de las *“ofertas con valores anormales o desproporcionados”*. Si se trata de 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 con un margen de baja que, de acuerdo con las reglas de la práctica comercial en el sector de que se trate, no debieran ser tachadas como *“anormalmente bajas”* o *“temerarias”*.

La determinación del umbral de temeridad afecta al principio de concurrencia en la medida que los licitadores deben justificar las ofertas incursas en tal presunción, cuya aceptación deja de estar reglada. Por ello, si el margen para definir el umbral de temeridad sobre el precio de licitación es muy pequeño y este precio no está estrictamente ajustado a las condiciones del mercado, puede cuestionarse la legalidad del pliego por ser contrario al



principio de concurrencia al obstaculizar la admisión de ofertas que, dadas las condiciones del mercado, no deberían ser calificadas como anormales o desproporcionadas.

En este caso, el informe del órgano de contratación hace referencia a que con el criterio impugnado *“se pretende garantizar la viabilidad de una oferta que difiera sustancialmente del cálculo realizado por la Administración en el estudio económico para la determinación del precio de licitación”*. Entre la documentación que figura en el expediente se incluye una *“Propuesta económico-financiera”*, que efectúa ese cálculo a partir de los salarios del Convenio estatal de jardinería. Estima los costes salariales en 530.829,65 €, añade unos gastos anuales por maquinaria, materiales e instalaciones por importe de 85.857,43 € e imputa sólo sobre esta segunda cantidad los gastos generales (13%) y el beneficio industrial (6%), hasta totalizar los 633.000 € del presupuesto de licitación. Tal estudio no es conocido por los licitadores y los costes salariales, -que se cifran en un 83,9% del coste total-, parten de unas hipótesis que no tienen por qué aplicarse a todos los licitadores. En particular, refiere los salarios al convenio de jardinería, cuando el personal a subrogar está acogido al convenio de centros especiales de empleo; también incrementa en un 15% el coste salarial derivado del convenio, se supone que por sustitución por vacaciones y absentismo, y sobrevalora el salario de algunas categorías. En conclusión, del estudio económico a partir del cual se ha determinado el precio de licitación, no parece que un 5% marque una diferencia *sustancial* o difícilmente abordable por potenciales licitadores.

Se afirma también en el informe del Ayuntamiento sobre el recurso que el criterio impugnado *“se asienta sobre cálculos que figuran con claridad y detalle en los PPT”*, y que, además, la baja *“habrá de tener en cuenta los criterios y cálculos indicados evitándose ofertas sin fundamento claro, pero ayudando al licitador a fijar la justificación de las bajas”*. Pues bien, en los pliegos no figura, ni con claridad ni con detalle, cálculo alguno que permita determinar con precisión que el presupuesto de licitación apenas tiene margen (un 5%) de variación. En el PPT se definen los trabajos objeto del contrato (artículos 5 a 24) y, en los artículos 25 a 30, se detallan los medios personales requeridos para los servicios a contratar. En ninguno de ellos se detalla el cálculo del coste. Respecto al personal, se precisa el número de trabajadores y su cualificación, lo que puede permitir a los licitadores un cálculo preciso del coste salarial. Pero, a la vista de las categorías del personal y del convenio aplicable al



personal a subrogar (centros especiales de empleo), los costes salariales no tienen por qué alcanzar hasta casi el 85% del presupuesto de licitación.

En estas condiciones, establecer un margen de sólo el 5% para definir las ofertas incursas en presunción de temeridad debe entenderse contrario al principio de concurrencia, en la medida que no está acreditado que el presupuesto de licitación esté muy ajustado a las condiciones del mercado y de que un margen tan estrecho como el del 5% no incentiva, sino que más bien obstaculiza la presentación de ofertas competitivas en el precio.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

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

**Primero.** Estimar el recurso interpuesto por D<sup>a</sup> Beatriz Suárez Pariente en representación de la empresa TALHER, S.A., contra las disposiciones de los pliegos relativas a los criterios para apreciar la anormalidad o desproporción de las ofertas, en la contratación de los servicios de *"Mantenimiento, conservación y limpieza de los espacios ajardinados, sus instalaciones y áreas de juegos infantiles, así como el arbolado urbano del municipio de Castrillón"* y, por consiguiente, anular las cláusulas y retrotraer las actuaciones al momento anterior a la aprobación de los pliegos que rigen la licitación.

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

**Tercero.** Declarar que no se aprecia mala fe o temeridad en la interposición del recurso, 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 contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo



dispuesto en los artículos 10.1. k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

