



Roj: **STSJ CV 98/2016 - ECLI: ES:TSJCV:2016:98**

Id Cendoj: **46250330052016100077**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Valencia**

Sección: **5**

Fecha: **23/02/2016**

Nº de Recurso: **51/2014**

Nº de Resolución: **181/2016**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **EDILBERTO JOSE NARBON LAINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD

VALENCIANA

SALA DE LO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

En la Ciudad de Valencia, veintitrés de febrero de dos mil dieciséis.

VISTO por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana compuesta por:

Presidente :

Ilmo. Sr. D. Fernando Nieto Martín.

Magistrados Ilmos. Srs:

D. José Bellmont Mora.

Dña. Rosario Vidal Mas.

D. Edilberto Narbón Lainez.

Dña. Begoña García Meléndez

SENTENCIA NUM: 181/16

En el recurso núm. 51/2014, interpuesto como parte demandante RECOLIM S.L., representado por el Procurador D. FERNANDO MODESTO ALAPONT y dirigida por el Letrado D. CARLOS ESCANCIANO GONZÁLEZ contra "Resolución nº 620/2013, dictada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 25 de Junio de 2013, desestimando el recurso especial en materia contractual contra resolución de exclusión de la oferta presentada por RACOLIN S.L, al proceso de licitación del servicio de limpieza de los centros públicos docentes de la Comunidad Valenciana, en lo que respecta al lote nº 13- VL-01 (expediente CNMY12/0C00D/15), siendo el importe de la licitación del demandante 2.200.972,09 €".

Habiendo sido parte en autos como parte demandada GENERALIDAD VALENCIANA (Consellería de Educación) representada y defendida por la ABOGACÍA GENERAL DE LA GENERALIDAD VALENCIANA y Magistrado ponente la Ilmo. Sr. D. Edilberto Narbón Lainez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la Ley, se emplazó al demandante para que formalizara la demanda, lo que verificó mediante escrito en que suplica se dicte sentencia declarando no ajustada a derecho la resolución recurrida.



SEGUNDO .- La representación de la parte demandada contestó a la demanda, mediante escrito en el que solicitó se dictara sentencia por la que se confirmase la resolución recurrida.

TERCERO .- Habiéndose recibido el proceso a prueba, y practicada la misma conforme al resultado que consta en las actuaciones, se emplazó a las partes para que evacuasen el trámite de conclusiones prevenido por el artículo 62 de la Ley de la Jurisdicción y, verificado, quedaron los autos pendientes para votación y fallo.

CUARTO .- Se señaló la votación para el día veintitrés de febrero de dos mil dieciséis.

QUINTO .- En la tramitación del proceso se han seguido las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente proceso la parte demandante RECOLIM S.L., interpone recurso contra "Resolución nº 620/2013, dictada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 25 de Junio de 2013, desestimando el recurso especial en materia contractual contra resolución de exclusión de la oferta presentada por RACOLIN S.L, al proceso de licitación del servicio de limpieza de los centros públicos docentes de la Comunidad Valenciana, en lo que respecta al lote nº 13- VL-01 (expediente CNMY12/0C00D/15), siendo el importe de la licitación del demandante 2.200.972,09 €".

SEGUNDO.- Para poder analizar la situación planteada por la parte demandante debemos partir de los siguientes elementos de hecho:

1. Por la Consellería de Educación, Formación y Empleo de la Generalitat Valenciana (en adelante, la Consellería o el órgano de contratación), se convocó, mediante anuncio publicado en el DOUE, en el BOE y en el Diari Oficial de la Comunitat Valenciana los días 26 de abril, 8 y 9 de mayo de 2012, respectivamente, licitación para adjudicar por el procedimiento abierto el contrato del servicio de limpieza de los centros docentes públicos de la Comunitat Valenciana, distribuido en 25 lotes, y con un valor estimado de 64.124.598,20 euros.

2. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).

3. Con fecha 19 de septiembre de 2012, el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del lote nº 13 del contrato a Favor de la entidad CLECE S.A.

4. Con fecha 24 de septiembre de 2012, la entidad ahora recurrente presentó recurso contra dicha resolución, por falta de motivación de la misma. El 11 de abril de 2013 se estimó el referido recurso, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a la propuesta de exclusión por parte de la mesa de contratación. Reunida de nuevo ésta el 14 de mayo de 2013, solicitó al Servicio de Centros Públicos y Servicios Complementarios de la Consellería informe sobre las alegaciones presentadas por la entidad recurrente relativas a la posible baja anormal o desproporcionada de su oferta.

5. Con fecha de 31 de mayo de 2013, el referido Servicio emite un informe en el que analiza las alegaciones presentadas por la recurrente, a la vista del cual, la mesa de contratación, en su sesión de 13 de julio de 2013, estima que la oferta no puede ser cumplida por incurrir en valores anormales o desproporcionados, por lo que propone excluirla de la licitación.

Con fecha de 24 de septiembre y notificación el 22 de octubre de 2013, el órgano de contratación resuelve excluir de la licitación del lote 13 a la entidad recurrente por no justificar la viabilidad de su oferta, calificada como anormal o desproporcionada.

El 30 de octubre de 2013, la recurrente presenta anuncio previo ante el órgano de contratación y, con fecha 4 de noviembre de 2013, recurso especial en materia de contratación en el registro del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC). Solicitaba que se declare nula la exclusión de su oferta; que se suspenda la licitación hasta la resolución del recurso; que se retrotraigan las actuaciones hasta el momento en que se excluyó su oferta; que se efectúe una nueva propuesta de adjudicación; y, finalmente, que se dicte una nueva resolución de adjudicación del lote 13 por el órgano de contratación.

6. Con fecha 18 de noviembre de 2013 se recibió en el TACRC el expediente administrativo y el correspondiente informe del órgano de contratación. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los demás licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan alegaciones. Con fecha 25 de noviembre de 2013 presentó escrito de alegaciones CLECE, S.A.

7. Con fecha 13.12.2013, el TACRC dictó resolución desestimando el recurso. No conforme con la decisión, la empresa interpone el presente recurso contencioso administrativo.

TERCERO .- El escrito de demanda establece los siguientes motivos de impugnación:

A. Nulidad vía art. 63 de la Ley 30/1992, la resolución que excluye a la empresa demandante por vulneración de los arts. 150 y 152 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

B. No aplicación correcta de los pliegos, base de la contratación.

C. Vulneración del art. 3 de la Ley 30/1992, principios de objetividad y buena fe.

En el suplico de la demanda ejercita las siguientes pretensiones:

1. Declaración de nula o anulable la resolución impugnada.

2. Retrotraer el procedimiento al momento en que la Administración excluyó a la empresa demandante, que se admita la misma y se siga el procedimiento hasta dictar nueva resolución; caso de resultar adjudicatario el demandante, se indemnice con el 6% del precio de licitación.

3. Se condene en costas a las partes demandadas.

CUARTO .- La resolución del caso expuesto ante este Tribunal nos hace dividir las cuestiones planteadas en dos partes:

A. Procedimiento para declarar una baja temeraria.

B. La exclusión de la empresa demandante como licitadora por haber incurrido en baja temeraria según la Administración.

QUINTO .- El artículo 152 del TRLCSP establece dos situaciones para declarar la baja temeraria:

1. Cuando el único criterio de adjudicación sea el precio (art. 152.1), en este supuesto la Ley se remite al Reglamento " *carácter desproporcionado o anormal de las ofertas podrá apreciarse de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente*". El artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, establecía unas fórmulas en función del número de licitadores y unas reglas porcentuales.

2. Cuando el precio no sea el criterio único de adjudicación el art. 152.2, debe constar en los pliegos los criterios para determinar que existe baja temeraria, de ser el precio 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.

En ambos supuestos entiende el Tribunal el criterio procedimental en el fondo es el mismo:

a. Asesoramiento del Tribunal.

b. Traslado de las concretas objeciones por las que se considera la baja temeraria.

El art. 152 nº 3 y 4 lo expresan con claridad:

(...) 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 técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado....En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente (...).

La interpretación del art. 152.3 del TRLCSP nos conduce a la siguiente conclusión:

1. En el supuesto del art. 152.1, la Mesa de Contratación, tras el oportuno asesoramiento, debe dar traslado de las operaciones realizadas al licitador que entiende debe ser excluido, sobre esas concretas operaciones deberá justificar su oferta.

2. En el supuesto del art. 152.2 la situación se presenta más compleja, la Mesa de Contratación deberá señalar qué cláusula de los pliegos puntualiza los criterios para considerar una oferta anormal o desproporcionada, en qué puntos considera la Mesa de Contratación que la oferta hace inviable la ejecución del contrato.

En nuestro caso no se han cumplido los parámetros procedimentales:



1. La mesa de contratación, tras recibir el informe de la Consellería de Educación, tiene claros los motivos por los cuales la empresa incurre en baja temeraria: (1) No se diferencia la limpieza ordinaria y la limpieza de cristales y no se muestra un precio unitario; (2) No se tiene en cuenta el coste de la parte proporcional de vacaciones y, por lo tanto, no se ajusta a los salarios vigentes del Convenio Colectivo. En cambio cuando le hace el requerimiento a la empresa, en lugar de concretar los puntos que se acaban de citar, se hace un requerimiento diáfano:

(...) 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, la soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado. (...)

En definitiva, la Mesa de Contratación no hace un requerimiento concreto y motivado que permita a la empresa justificar su oferta, se limita a reproducir el art. 152.3 del TRLCSP, desde este prisma procedería anular la decisión.

SEXO .-La segunda cuestión a dilucidar es el concepto de baja temeraria aplicado al caso que nos ocupa. El criterio establecido en el Pliego de Clausulas Administrativas Particulares (en adelante, Pliego) establece:

(...) el cuadro de características del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), en su apartado 11.2, viene a fijar el umbral, por debajo del cual las ofertas se pueden considerar como anormales, en que la oferta "sea inferior a la que contemple los salarios vigentes del Convenio colectivo... correspondiente en el momento de presentación de las ofertas". (...)

En primer lugar habría que estimar el recurso por diáfano, bastaría a este Tribunal con reproducir el fundamento de derecho quinto del TACRC, en efecto:

1. El Pliego no ha establecido unos parámetros objetivos, la referencia a los salarios vigentes en convenio es confusa y contradictoria:

(...) En el caso que nos ocupa, el pliego no ha establecido unos parámetros objetivos, ni unos límites precisos para determinar la presunción de "temeridad". La referencia a que la oferta resulte "inferior... a los salarios vigentes del Convenio colectivo", es confusa y aún contradictoria para la fijación del umbral de temeridad. (...)

2. Distinción artificial entre limpieza ordinaria y limpieza de cristales, como si se llevasen a cabo en períodos diferentes, formulación de parámetros no consignados en los pliegos:

(...) resulta que para determinar ese umbral, en cada lote se ha tenido en cuenta, no sólo el coste laboral (sin antigüedad) imputable al periodo de limpieza, sino también el correspondiente a la "limpieza de cristales", como si se realizara en periodo distinto, y todo ello mediante una formulación de los parámetros a considerar no consignada en los pliegos. Además, resulta paradójico que se presuman temerarias las ofertas que estén por debajo del convenio y ese mismo criterio (el incumplimiento del convenio) se utilice para apreciar que la oferta no está justificada. (...)

3. Rechaza la oferta sin fijar el umbral de temeridad:

(...) no se puede rechazar una proposición o impedir la adjudicación de un contrato por la única causa de un hipotético incumplimiento de las tablas salariales de un convenio colectivo, el establecer un umbral de temeridad indeterminado como el que se establece en el supuesto examinado, podría llegar a desnaturalizar la propia finalidad de la figura de las "ofertas con valores anormales o desproporcionados...En el supuesto examinado, consideramos que el "umbral de temeridad" fijado en el PCAP conduce a la aplicación del régimen previsto en el artículo 152 del TRLCSP a ofertas -como, precisamente, la presentada por la recurrente-, con un margen de baja (en el caso de RECOLIM S.L., de un 8,4% sobre la media de las ofertas presentadas), 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". (...)

4. No se sigue la guía sobre la contratación pública y competencia de la la Comisión Nacional de la Competencia.

La única razón para no anular la exclusión de la empresa demandante es que los pliegos no se han impugnado, nada le impedía al TACRC por la vía de la interpretación estimar el recurso.

SÉPTIMO .-A juicio de la Sala el demandante ha dado una explicación suficiente para no considerar su oferta como "anormal" o "desproporcionada".



A. Respecto a la limpieza de cristales, el apartado tercero del pliego, con referencia al lote nº 13, establece un importe de 2.818.146,08 € (sin IVA) y 3.325.412,37 € (con IVA), por tanto, no tenía obligación de desglosar la limpieza de cristales, en todo caso, en el requerimiento se le debió especificar. A mayor abundamiento, la empresa demandante hizo en su momento el desglose (10,98 €/hora de ampliación/reducción y 0,56 € metros cristales, el límite estaba fijado en 12,20 €/hora y 0,56 € metro cristales).

B. Respecto al incumplimiento del Convenio Colectivo la empresa defiende su posición de forma acertada. El motivo de considerar su oferta inviable lo señala el TACRC en el fundamento de derecho séptimo in fine:

(...) En efecto, la entidad recurrente efectuó una oferta de 2.200.972,09 euros, de los que 2.018.238 euros corresponderían a los costes laborales directos (incluida antigüedad); el resto son costes de sustitución de absentismo y otros costes laborales (revisión médica, vestuario, etc.), así como material, amortización de maquinaria y gastos generales y beneficio industrial. Sin embargo, el coste salarial total que la entidad recurrente ha considerado en su oferta diferencia el coste salarial de septiembre a junio (10 meses) y el 25% del coste salarial correspondiente al mes de julio, pero no ha tenido en cuenta el coste de la parte proporcional de las vacaciones a las que, como señala el artículo 14 del Convenio colectivo del sector de limpieza de edificios y locales de la provincia de Valencia, tienen derecho los trabajadores fijos discontinuos en función del tiempo trabajado. El coste correspondiente al periodo de vacaciones, a razón de dos días y medio por mes trabajado, se estima en 160.173 euros. Esta cantidad no se ha tenido en cuenta por la entidad recurrente al formalizar su oferta. Por consiguiente, dada la entidad de la omisión, se encuentra suficientemente justificada su exclusión por considerar que no puede ser cumplida como consecuencia de incluir valores anormales o desproporcionados.
(...).

El demandante parte del hecho de que el lote por el que licita es para la limpieza de centros escolares, no entiende la imputación de no se tiene en cuenta el coste de la parte proporcional de vacaciones y, por lo tanto, no se ajusta a los salarios vigentes del Convenio Colectivo. Parte de la distinción entre los centros de enseñanza primaria y secundaria, la plantilla son fijos discontinuos que finalizan su prestación del treinta de junio; en agosto cierran tanto los centros de primaria como secundaria, en julio cierra primaria y se realiza el 25% del servicio en secundaria. La empresa tiene en cuenta que debe abonar las vacaciones a los trabajadores según convenio, ahora bien, la sustitución de esos trabajadores en el período estival es: cero en agosto y 25 % en julio sólo para secundaria.

También se estima el recurso por este motivo.

OCTAVO .- Queda por analizar la indemnización solicitada, tiene dos partes: (1) desde el momento que solicita la retroacción no podemos decretar la nulidad absoluta, máxime cuando no se han alegado motivos del art. 62 de la Ley 30/1992 ; (2) siguiendo el suplico de la demanda, vamos a decretar la retroacción para que se vuelva a valorar con *objetividad* a la empresa demandante; (3) caso de salir adjudicatario, ejecutará la parte de contrato que reste, en el supuesto más que probable de ser de imposible ejecución, se indemnizará con el 6% del precio de licitación.

NOVENO .- De conformidad con el art. 139 de la Ley 29/1998 , procede imponer las costas a las partes demandadas.

FALLAMOS

Estimar el recurso planteado por RECOLIM S.L., interpone recurso contra "Resolución nº 620/2013, dictada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 25 de Junio de 2013, desestimando el recurso especial en materia contractual contra resolución de exclusión de la oferta presentada por RACOLIN S.L, al proceso de licitación del servicio de limpieza de los centros públicos docentes de la Comunidad Valenciana, en lo que respecta al lote nº 13-VL-01 (expediente CNMY12/0C00D/15), siendo el importe de la licitación del demandante 2.200.972,09 €". SE ANULAN LAS RESOLUCIONES RECURRIDAS, en su lugar, SE ESTIMA EL RECURSO EN LOS SIGUIENTES TÉRMINOS:

- Retrotraer las actuaciones al momento en que se excluyó la empresa demandante, incluirla y proceder a valorar su oferta con objetividad.
- Caso de salir adjudicatario, ejecutará la parte de contrato que reste, en el supuesto de ser de imposible ejecución, se indemnizará con el 6% del precio de licitación.
- Se imponen las costas a las partes demandadas.

A su tiempo y con certificación literal de la presente, devuélvase el expediente administrativo al centro de su procedencia.



Así por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Frente a la misma, cabe recurso de casación ordinaria ante el Tribunal Supremo del art. 86 de la Ley 29/1998 , se preparará ante esta Sala en el plazo de diez días contados desde el siguiente de la notificación de la presente, conforme al art. 90 de la citada Ley .

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado ponente del presente recurso, estando celebrando Audiencia Pública esta Sala, de la que, como Secretaria de la misma, certifico,

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ