

ACUERDO 3/2021, DE 5 DE FEBRERO DE 2021, POR EL QUE SE RESUELVE EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN INTERPUESTO POR LA ENTIDAD LIMPIEZAS QUESADA S.L., CON EL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN DEL CONTRATO DENOMINADO “LIMPIEZA DE LOS CENTROS DEL CABILDO DE GRAN CANARIA” (EXPDTE XP0066/2018-EXPDTE. TRIBUNAL 14/20)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- EL 11 de octubre de 2019 se publica en el Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación del contrato de servicios denominado “LIMPIEZA DE LOS CENTROS DEL CABILDO DE GRAN CANARIA” que habría de licitarse por procedimiento abierto , con un presupuesto de licitación de 5.449.218,46 €.

SEGUNDO.- Con fecha 19 de noviembre de 2020, el Consejero de Presidencia del Cabildo de Gran Canaria dicta la Resolución nº 161, disponiendo adjudicar el contrato a la entidad CAPROSS 2004, S.L. por importe neto de 4.970.831,56 € e IGIC al 7% de 323.104,06 €.

TERCERO.- Por la entidad Limpiezas Quesada S.L. y en fecha 16 de diciembre de 2020, se interpuso Recurso Especial contra el acto de adjudicación del contrato, solicitando la nulidad del acuerdo de la resolución de adjudicación dictada y la retroacción de las actuaciones a fin de que se lleve a efecto nueva valoración de las ofertas presentadas tras la exclusión en el proceso de licitación de la mercantil CAPROSS 2004, S.L.

CUARTO.- El 16 de diciembre de 2020 el Tribunal Administrativo del Cabildo de Gran Canaria sobre Contratos Públicos formuló el preceptivo requerimiento al servicio gestor, solicitando el expediente, la relación de licitadores, así como el preceptivo informe, que fueron remitidos a este Tribunal el día 30 de diciembre siguiente.

QUINTO.- Conforme a lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 56 de la 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 – en adelante, LCSP -, el 31 de diciembre de 2020 se ponen de manifiesto a los licitadores los documentos mediante los que fue formalizado el Recurso Especial.

Durante la sustanciación del trámite de audiencia presentaron alegaciones tanto CAPROSS 2004, S.L. como SERVICIOS AUXILIARES DE MANTENIMIENTO Y LIMPIEZA, S.L (SAMYL, S.L.).

SEXTO.- Al tratarse de un recurso contra la adjudicación del contrato, el acto quedó suspendido de forma automática desde la fecha de la presentación del recurso en virtud de lo dispuesto en el artículo 56.3 de la LCSP, sin que el Tribunal haya apreciado circunstancias para su levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Competencia del Tribunal

La competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación corresponde a este Tribunal, en virtud de lo estipulado en el Reglamento Orgánico que lo regula y publicado en el BOP nº. 24 en fecha de 24 de febrero de 2016 y en el BOC nº. 39 de 26 de febrero de 2016, habiendo sido designados sus miembros por el Consejo de Gobierno Insular en fecha de 25 de julio de 2016 y publicado en el BOP nº. 93 el 3 de agosto de 2016; todo ello de conformidad con lo dispuesto en los apartados 3 y 4 del artículo 41 del entonces vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP) y de conformidad con el 2.3 del Decreto 10/2015, de 12 de febrero de la Comunidad Autónoma de Canarias, por el que se creó el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos y que habilita a las Administraciones Locales para crear su propio Tribunal Administrativo.

SEGUNDO.- Legitimación

El artículo 48 de la LCSP establece que: *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*. Y, en particular, el artículo 24 del RD 814/2015 que aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales -RTACRC-, de aplicación a todos los Tribunales Administrativos al tener carácter básico según la Disposición Final Primera, exige que *“La interposición del recurso en representación de las personas jurídicas de cualquier clase requerirá de poder con facultades suficientes al efecto.”*

Por tanto, el recurrente está legitimado para interponer el presente recurso al tener la condición de licitador en el procedimiento impugnado, que se considera suficiente a efectos de la interposición del presente recurso.

TERCERO.- Objeto del recurso

El recurso ha sido presentado contra la adjudicación de un contrato de prestación de servicios superior a cien mil euros, siendo por tanto susceptible de recurso especial en

materia de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 44.1.a) y 44.2.c) de la LCSP.

CUARTO.- Plazo

El contrato objeto de recurso se ha presentado dentro del plazo de 15 días que al efecto establece el artículo 50 de la Ley 9/2017.

QUINTO.- Motivos del recurso

La recurrente alega dos motivos de impugnación del acto de adjudicación del contrato:

a) Que la entidad adjudicataria no justificó la asignación de 0,0 € por precio unitario de Limpiador/a y Peón especialista. Ofrece una bolsa de 24.000 €/año con coste cero para el Cabildo, sin que se justifique la forma en que la adjudicataria prevé paliar un posible incremento en las prestaciones en un 10% anual, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 309.1 de la LCSP y sin que se prevea el mecanismo para que la Administración pueda determinar el precio en contraprestación sin ir a un expediente de modificación.

b) Que procede la exclusión de la licitación tanto por no indicar un precio unitario para modificaciones en el contrato, como por asignar con 0,0 € por precio unitario obteniendo así el máximo de puntos posibles por el criterio precio ofertado por servicios especiales, cuando su coste real se imputa a otros conceptos.

Infracción de los artículos 17, 35, 102 y 149.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público relativos a la obligatoriedad de que los contratos tengan un precio cierto o, en su defecto, el modo de determinarlo.

SEXTO.- Al respecto, y cuanto al primer motivo de impugnación, el órgano de contratación informa lo siguiente:

“a) Sobre el precio cierto del contrato de servicios. La recurrente alega la infracción de los artículos 17, 35, 102 y 149.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público relativos a la obligatoriedad de que los contratos tengan un precio cierto o, en su defecto, el modo de determinarlo. En este sentido, el apartado C) del Cuadro de Características que integra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares establece un Sistema de Determinación del Precio MIXTO, ya que inicialmente es a tanto alzado pero se toma en consideración el precio unitario por categorías en los supuestos de incremento o disminución de las unidades de ejecución.” Quiere esto decir que el contrato originario tiene un precio cierto, un precio global determinado (en este caso, el ofertado por la entidad adjudicataria e indicado en el apartado A.1 del presente

como precio de adjudicación), en función del resultado a obtener, para la totalidad de la ejecución. No obstante ello, y sólo en los casos en que fuera necesario hacer reajustes con motivo de las dos eventualidades previstas en el Cuadro de Características, es decir, por un lado el contingente anual derivado de la aplicación del artículo 309.1 de la LCSP y por otro lado las modificaciones establecidas, operaría ese otro “modo de determinar” su precio aludido por la recurrente. Igualmente, consideramos que la oferta de precios unitarios de la entidad CAPROSS también determina un precio cierto, que en este caso es de 0,00 euros. b) Sobre los precios unitarios por categoría. Tal como señala la recurrente, si bien recogida en la Memoria justificativa del contrato, y no en el PCAP, la finalidad del criterio de adjudicación nº 2 (precios unitarios) es “determinar el precio/coste de las dos eventualidades previstas para el contrato, por un lado, las modificaciones del contrato y, por otro lado, el contingente anual del 10% máximo correspondiente a la aplicación del artículo 309.1 de la LCSP.” No obstante lo anterior, en la comunicación cursada en el marco del procedimiento tramitado para la justificación de aquellas ofertas incursas en presunción de anormalidad según los parámetros objetivos establecidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que regulan el citado contrato, de conformidad con el artículo 149 de la LCSP, por error, tal como se desprende de la literalidad del oficio cursado al efecto, y que adjuntamos como documento anexo al presente informe, el requerimiento realizado a CAPROSS para justificar los precios ofertados para el criterio de adjudicación nº 2 (Precios Unitarios por categoría) se focalizó en la justificación de las horas adicionales de servicio (“limpiezas extraordinarias o de choque que fueren necesarias”) a las que se hace alusión en la cláusula 3.2.b.2. del PPT y que supone igualmente otra eventualidad (de mayor incidencia en el día a día de la ejecución).

Por lo que el informe concluye que

“De este modo, ni en el requerimiento efectuado, ni en la justificación recibida, se hizo referencia a la NECESARIA justificación de los precios ofertados por CAPROSS en este criterio de adjudicación, en el aspecto concreto relativo a su incidencia en la gratuidad de las modificaciones contractuales previstas en Cuadro de Características del PCAP, así como en la contingencia anual derivada de la aplicación del artículo 309.1 de la LCSP, también prevista en Cuadro de Características. Por ello, teniendo en cuenta la eventual relevancia de estos aspectos en la ejecución del contrato, entendemos que ha de tomarse en consideración lo argumentado por la recurrente al señalar que “nada se incluye en la justificación sobre la forma en la que adjudicataria prevé paliar un posible incremento de las prestaciones en un 10% anual conforme al artículo 309.1 de la LCSP” a lo que habría que añadir la necesaria justificación para los casos en los que sea necesario incrementar las prestaciones en los supuestos de modificación contractual.

Por tanto, consideramos necesario dar nueva audiencia al licitador CAPROSS para que, de conformidad con lo preceptuado en el citado artículo 149 de la vigente LCSP, pueda presentar dentro del plazo legal otorgado al efecto, si así lo estima oportuno, la justificación relativa a la posibilidad de cumplir con estas circunstancias, de ahí la necesidad de retrotraer el procedimiento a la fase de valoración de ofertas, en concreto, a las actuaciones derivadas de la aplicación del procedimiento previsto para la justificación de las bajas en presunción de anormalidad, a fin de darle la oportunidad de que motive la viabilidad de los precios unitarios ofertados por dicha entidad y de esta forma dar efectivo cumplimiento a las garantías legalmente establecidas."

El órgano de contratación pues, reconoce los argumentos de la recurrente al señalar que *"ni en el requerimiento efectuado, ni en la justificación recibida, se hizo referencia a la NECESARIA justificación de los precios ofertados por CAPROSS en este criterio de adjudicación, en el aspecto concreto relativo a su incidencia en la gratuidad de las modificaciones contractuales previstas en Cuadro de Características del PCAP, así como en la contingencia anual derivada de la aplicación del artículo 309.1 de la LCSP, también prevista en Cuadro de Características"*.

La entidad adjudicataria, en su escrito de alegaciones, no rebate este extremo, sino que se parapeta en la circunstancia de que *"fue requerida por el Cabildo de Gran Canaria para que justificara únicamente los precios unitarios en los supuestos de la bolsa de horas, esto es, en supuestos de incremento de horas por limpiezas extraordinarias o de choque, -aquellas que se precisan cuando por circunstancias excepcionales, como terminación de obra nueva, reformas o remodelaciones, inauguraciones, cesiones u otras, sea preciso poner a punto cualquier dependencia o local- del apartado 3.2.b.2 del Pliego de Prescripciones Técnicas. En definitiva, en atención a los términos del requerimiento, la entidad CAPROSS2004, SL justificó lo que se le solicitó, no debiendo, por el contrario, justificar aquello que no se le ha solicitado."*

Resulta pues inconcuso el procedimiento de licitación. La omisión de la justificación de una baja en el precio a 0,0 € sitúa al licitador en una situación de ventaja respecto al resto de los licitadores que necesita, preceptivamente, ser justificada. Como apunta la recurrente, la entidad adjudicataria ofrece una bolsa de 24.000 €/año con coste cero para el Cabildo, sin que se justifique la forma en que la adjudicataria prevé paliar un posible incremento en las prestaciones en un 10% anual, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 309.1 de la LCSP y sin que se prevea el mecanismo para que la Administración pueda determinar el precio en contraprestación sin ir a un expediente de modificación.

El Tribunal Central de Recursos Contractuales en su Resolución 386/2019, citada por el recurrente, declara que *“las fórmulas previstas para valorar el precio ofertado a cada cobertura suponen un precio real, efectivo y de mercado, y no lo es un precio de 0 €, porque ni es un precio, ni es real, ni de mercado.”* Esta conclusión conviene ser matizada, ya que habrá que ponderarla con relación a las circunstancias concretas. Es cierto que un precio de 0 € no es un precio cierto, pero sí puede serlo dentro del precio global de la oferta. La Ley no excluye la posibilidad de ofertar determinados servicios a coste cero, y en eso consisten las mejoras, siempre y cuando se justifique adecuadamente el coste y no constituya en el precio global una baja anormal o desproporcionada.

Se debe pues estimar el recurso en este aspecto, retrotrayendo el expediente a la fase de valoración de ofertas para que la entidad CAPROSS 2004, S.L., justifique adecuadamente la viabilidad de los precios unitarios ofertados.

SÉPTIMO.- Respecto a la exclusión de la entidad adjudicataria, el órgano de contratación dice:

“La recurrente solicita la exclusión en el proceso de licitación de la entidad CAPROSS al considerar que los precios unitarios ofertados de 0,00 euros suponen un error en la oferta, citando a estos efectos la Resolución nº 386/2019 del Tribunal Central de Recursos Contractuales (que, a su vez, alude a la Resolución nº 944/2017 del mismo Tribunal), al considerar que “frente a un supuesto semejante en el que el licitador oferta un precio de 0,0 euros se acuerda su exclusión”. Señala este Tribunal Administrativo que “en la medida en que la adjudicataria en la justificación de las bajas efectuadas en los precios ofertados por servicios de limpieza y por servicios especiales, reconoce que dichos servicios entrañan un coste, pero decide imputarlo a la prestación de servicios de limpieza, e incluso enmascara la imputación no en conceptos de costes salariales sino en costes de “gastos generales” o “beneficio industrial”, es evidente que, en primer lugar, no ha explicado satisfactoriamente el bajo nivel del precio unitario ofertado o costes propuesto por servicios especiales, y en segundo lugar, lo que ha hecho es una oferta en fraude de Ley, pues oferta un precio irreal por bajo y ficticio por servicios especiales en cuanto los costes los imputa, bien al precio por los servicios de limpieza, bien a los gastos generales o al beneficio industrial de sus costes por dichos servicios de limpieza, lo que consigue amparándose para ello en la distinción entre ambos precios a la hora de ofertar, pero con ello infringe el PCAP en lo relativo a la correcta formulación del precio por servicios especiales y a la aplicación del criterio de valoración de ese precio unitario, así como el artículo 145 de la LCSP, en lo referente a la aplicación de dicho criterio de adjudicación del precio por servicios especiales y el artículo 149, sobre ofertas anormalmente bajas y su justificación, consiguiendo así 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. (...)

Explicado lo anterior, concluye:

“El efecto de esta infracción de la ley no puede ser otro que la anulación de la adjudicación recurrida, retro trayéndose las actuaciones al momento de apertura de las ofertas económicas para que por la Mesa de contratación se considere que la oferta de (...) no es conforme con lo que exigían los pliegos para su formulación, determinando la exclusión de dicho licitador conforme al art 145 y 149, este último en cuanto que no ha justificado de forma satisfactoria el bajo precio unitario ofertado por los servicios especiales (...)” Por tanto, conforme a lo extractado de la Resolución, entendemos que la base sobre la que descansa la decisión del aludido Tribunal Central de Recursos Contractuales para excluir la oferta de coste 0,00 euros, no es el propio precio ofertado, sino la insuficiente justificación de la entidad ofertante, así como su imputación a conceptos distintos a los referidos al coste de los propios “servicios especiales” que se ofrecen a coste 0,00 euros, distintos a los “servicios de limpieza”. Asimismo, se observa una falta de identidad entre el supuesto analizado por el Tribunal Central de Recursos Contractuales y el presente supuesto, pues según se desprende del texto analizado, en aquél caso, la aplicación de las fórmulas de valoración determinaba que al resto de licitadores le correspondieran “0” puntos, circunstancia esta que no se da en el presente caso, pues todos los licitadores han obtenido puntuación en el criterio de adjudicación nº 2 que venimos analizando, pues en este caso la fórmula a aplicar valora proporcionalmente el esfuerzo realizado por cada licitador al realizar la oferta. En este sentido, y en concordancia con lo indicado en el apartado anterior, consideramos que en el presente caso no es posible materializar la exclusión directa de CAPROSS, siendo necesario que previamente se proceda a realizar el trámite de audiencia y, en caso de presentarse justificación, examinar la misma y emitir los correspondientes informes para su elevación de nuevo a la Mesa de Contratación a los efectos oportunos.”

Entendemos que no hay motivos suficientes para amparar la exclusión de la entidad adjudicataria, en sintonía con los argumentos expuestos por el órgano de contratación. La asignación de 0 € no supone incumplir con la obligación de

señalar un precio unitario, pues existe un precio unitario global ofertado, reiterando aquí lo señalado en el anterior fundamento respecto a que la Ley no excluye la posibilidad de ofertar determinados servicios a coste cero, y en eso consiste las mejoras, siempre y cuando se justifique adecuadamente el coste y no constituya en el precio global una baja anormal o desproporcionada, previendo también la Ley la justificación de precios anormalmente bajos - artículo 149 de la LCSP- , de forma que, frente a la asignación de un precio anormal por servicios adicionales, sólo es posible excluir del procedimiento si no se justifica esa anormalidad.

En este sentido debe tenerse en cuenta además que, el artículo 149 de la LCSP que regula el procedimiento que permitiría excluir del procedimiento de licitación a una empresa por considerar que ha presentado una oferta que resultara inviable por haber sido formulada en términos que la hacen anormalmente baja, establece en su apartado 4 la necesidad de que la petición de información que se formule –bien por la mesa de contratación o, en su defecto, por el órgano de contratación- deba formularse con claridad, debiendo pedirse la justificación de las concretas condiciones de la oferta que sean susceptibles de determinar el bajo nivel del precio o costes de la misma.

Sin embargo, en el presente supuesto, la propia Administración en su informe reconoce no haber pedido la justificación de determinados parámetros de forma clara, lo que hace necesario retrotraer el expediente, al objeto de que se formule nuevo requerimiento a la entidad CAPROSS 2004 S.L. en que se haga referencia clara y expresa a los extremos citados en el presente acuerdo, sin que pueda determinarse la exclusión de la misma sin la sustanciación del referido tramite previsto en el artículo 149 de la LCSP.

Por lo expuesto, visto los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, por unanimidad,

RESUELVE

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso interpuesto por la entidad Limpiezas Quesada S.L., contra la Resolución de fecha 19 de noviembre de 2020 del Consejero de Presidencia del Cabildo de Gran Canaria, que dispone adjudicar el contrato de servicios denominado “LIMPIEZA DE LOS CENTROS DEL CABILDO DE GRAN CANARIA” a la entidad CAPROSS 2004 S.L, declarando nulo el mismo y acordando la retroacción del expediente a la fase de valoración de ofertas para que la Mesa de Contratación formule el preceptivo requerimiento en los términos previstos en el art 149.4 de la LCSP, al objeto de permitir a la entidad CAPROSS 2004 S.L., la justificación de la viabilidad de los precios unitarios ofertados.

SEGUNDO.- Alzar la suspensión del procedimiento.

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 47.5 del TRLCSP.

CUARTO- Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento, ordenando su publicación en el perfil de contratante.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, y contra la misma sólo cabrá la interposición del recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en el plazo de DOS MESES a partir del día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa – Administrativa.