

Identificació de l'expedient

Informe relatiu a l'expedient número 1825/2018, referent al contracte administratiu de servei de neteja dels edificis i dependències municipals de l'Ajuntament d'Alcanar.

Antecedents

En relació a la licitació, mitjançant regulació harmonitzada i procediment obert, per a la contractació administrativa del servei de neteja dels edificis i dependències municipals de l'Ajuntament d'Alcanar, codi d'expedient 1825/2018, es sol·licita informe jurídic d'acord amb els següents fets:

- 1.** En data 8 de gener de 2019 es va publicar al perfil de contractant de l'Ajuntament d'Alcanar l'anunci de licitació del servei amb termini de presentació d'ofertes en data 11 de febrer de 2019 i obertura de pliques en data 20 de febrer de 2019.
- 2.** En data 15 de març de 2019, es requereix a les empreses licitadores MULTISERVEIS NDAVANT SL, BROCOLI S.L. i LA BRUIXA NETEGES GENERALS I MANTENIMENTS SL, que van aportar millores respecte de la licitació per a l'adjudicació del servei de neteja dels edificis i dependències municipals, per a que aportin la documentació justificativa de l'oferta d'hores de treballs per imprevistos i l'oferta de realització de controls higiènics i microbiològics de superfícies.
- 3.** En data 19 de març de 2019 (RE 2019-E-RC-1545), la mercantil BROCOLI S.L. aporta la documentació justificativa requerida.
- 4.** En data 19 de març de 2019 (RE 2019-E-RC-1560), la mercantil MULTISERVEIS NDAVANT S.L. aporta la documentació justificativa requerida.

5. En data 20 de març de 2019 (RE 2910-E-RC-1587), la mercantil LA BRUIXA NETEGES GENERALS I MANTENIMENTS S.L. aporta la documentació justificativa requerida.

6. En data 22 de març de 2019, els Serveis tècnics municipals emeten informe jurídic/tècnic, en el qual es determina que efectuat el requeriment per la taula de contractació, s'han presentat per les tres empreses justificacions partint de la valoració econòmica realitzada, i per part del serveis tècnics i jurídics s'ha realitzat valoració de les propostes, amb el següent resultat:

**MILLORES OFERTA ECONÒMICA
(10 PUNTS)**

• **BOSSA HORES (8 PUNTS)**

EMPRESA	LOT 1	
	VALORACIÓ	PUNTS
BRÓCOLI S.L.	3.666,33 €	4,25
EVOBAC INTREGAL SERVICES S.L.U.		0,00
La Bruixa Neteges Generals i Manteniments S.L.	4.250,00 €	4,93
MULTISERVEIS NDAVANT S.L.	6.900,00 €	8,00
AURORA MATAMOROS PLA		0,00

EMPRESA	LOT 2	
	VALORACIÓ	PUNTS
BRÓCOLI S.L.	7.362,63 €	7,90
EVOBAC INTREGAL SERVICES S.L.U.		0,00
La Bruixa Neteges Generals i Manteniments S.L.	4.250,00 €	4,56
MULTISERVEIS NDAVANT S.L.	7.452,00 €	8,00
AURORA MATAMOROS PLA		0,00

• **CONTROLS HIGIÈNICS (2 PUNTS)**

EMPRESA	LOT 1	
	VALORACIÓ	PUNTS
BRÓCOLI S.L.	420,00 €	1,96
EVOBAC INTREGAL SERVICES S.L.U.		0,00
La Bruixa Neteges Generals i Manteniments S.L.	336,80 €	1,58
MULTISERVEIS NDAVANT S.L.	427,50 €	2,00
AURORA MATAMOROS PLA		X

EMPRESA	LOT 2	
	VALORACIÓ	PUNTS
BRÓCOLI S.L.	420,00 €	1,96
EVOBAC INTREGAL SERVICES S.L.U.		0,00
La Bruixa Neteges Generals i Manteniments S.L.	336,80 €	1,58
MULTISERVEIS NDAVANT S.L.	427,50 €	2,00
AURORA MATAMOROS PLA		0,00

7. Analitzat per la Mesa el contingut de l'informe dels Serveis tècnics municipals de data 22 de març de 2019, de valoració de les millores, la Mesa de Contractació per unanimitat va acordar sol·licitar als Serveis tècnics municipals que ampliïn el contingut de l'informe emès en relació a la forma de valoració efectuada de les millores aportades per les empreses, atès el canvi de criteri a l'hora de valorar les propostes de millores, passant de puntuar en funció d'hores i número de controls a puntuar en funció del cost econòmic que manifesta cada licitador d'aquestes hores i controls.

Consideracions jurídiques

1. Pel que fa a la presumpció d'anormalitat o desproporció de les ofertes presentades:

1.1 La resposta a la qüestió plantejada per l'Ajuntament d'Alcanar, passa per analitzar les funcions que corresponen a la mesa de contractació en el procés de selecció del contractista i d'adjudicació dels contractes i, especialment, la seva intervenció en el cas que es presentin ofertes o proposicions amb valors presumptament anormals o desproporcionats.

Amb aquesta finalitat, en primer lloc es considera procedent determinar quina és la regulació que sobre els denominats <<valors anormals o desproporcionats>> conté la normativa de contractació pública i també el paper que aquesta normativa atribueix a la mesa de contractació.

El preàmbul de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014 (d'ara endavant LCSP), fa esment a que a la LCSP s'introdueixen normes més estrictes tant en benefici de les empreses com dels seus treballadors, de manera que les noves normes endureixen les disposicions sobre aquesta matèria en les denominades ofertes <<anormalment baixa>>. Així, s'estableix que els òrgans de contractació han de rebutjar les ofertes si comproven que són anormalment baixes perquè no compleixen les obligacions aplicables en matèria mediambiental, social o laboral

Les baixes anormals o desproporcionades es troben regulades a l'article 149 de la LCSP, (abans de l'entrada en vigor de la LCSP, es regulava a l'article 152 del TRLCSP). D'acord amb l'apartat 2 b) d'aquest article, quan s'utilitzi una pluralitat de criteris d'adjudicació cal atènyer-se al que estableixen els plecs que regeixen el contracte, en els quals s'han d'establir els paràmetres objectius que han de

permetre identificar els casos en què una oferta es consideri anormal, referits a l'oferta considerada en el seu conjunt.

La clàusula 12.2.3 del PCAP de la licitació del servei de neteja dels edificis i dependències municipals de l'Ajuntament d'Alcanar, sota la rubrica <<*Ofertes amb valors anormals o desproporcionats*>> estableix els paràmetres objectius que permeten identificar els casos en què una oferta econòmica es considera anormal: <<*La determinació de les ofertes que presentin uns valors anormals s'ha de dur a terme en funció dels límits i els paràmetres objectius establerts en l'article 85 del RGLCAP*>>. Aquest article 85 del RGLCAP determina els criteris per apreciar les ofertes desproporcionades o temeràries en les subhastes. En aquesta licitació hi ha una pluralitat de criteris però la clàusula 12.2.3 del PCAP no estableix els paràmetres objectius per a determinar els casos en que la oferta es considera anormalment baixa pel que fa als criteris no econòmics.

Els plecs han d'establir el llindar de temeritat i els criteris o paràmetres objectius per determinar aquesta temeritat, que s'han de valorar en relació amb el conjunt d'ofertes admeses i no en relació amb el preu de licitació, per no restringir la competència ni interferir en els incentius a les empreses per oferir preus més baixos (Resolució Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals 242/2017, de 3 de març). És a dir, quan s'utilitzin una pluralitat de criteris, a més del preu, ha de ser el plec el que expressament dissenyi el model de determinació de la presumpció de temeritat de les ofertes, referida a l'oferta valorada en el seu conjunt.

Com a possible sistema objectiu de valoració de les baixes anormals o desproporcionades, quan s'utilitzen una pluralitat de criteris, es podria fixar, en primer lloc, un interval de puntuació en el qual es podria considerar que les proposicions són homogènies des d'un punt de vista tècnic, per aplicar, en segon lloc, sistemes automàtics, proporcionals o progressius de detecció de preus anormalment baixos (Recomanació 4/2005, de 12 de desembre, de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya).

Respecte del procediment contradictori establert a l'article 149 de la LCSP, la finalitat és evitar que les ofertes considerades anormals puguin ser rebutjades sense que prèviament es comprovi la seva viabilitat, i evitar l'arbitrarietat de l'òrgan contractant en benefici de la sana competència entre les empreses (sentències del TJUE de 29 de març de 2012, assumpte C-9910), que cal efectuar en dues fases:

1. Justificació del licitador de la viabilitat de la seva oferta.
2. Valoració tècnica de la justificació dels licitadors.

1.2 La presumpció d'anormalitat o desproporció de les ofertes d'acord amb les resolucions del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals (TACRC):

1.2.1 El TACRC, en la Resolució 28/2019, de 18 de gener de 2019 recorda que pel que fa a la presumpció d'anormalitat o desproporció de les ofertes, la doctrina constituïda sobre l'article 152 del TRLCSP (actualment derogat), és constant i unànime en el sentit d'assenyalar que el fet de que una oferta es trobi en presumpció d'anormalitat constitueix un mer indici que en cap cas pot donar lloc a una exclusió automàtica de l'oferta, sinó que necessàriament i en tot cas, l'òrgan de contractació ha d'iniciar un procediment contradictori, donant audiència al licitador l'oferta del qual estigui incursa en dita presumpció, per a que pugui justificar satisfactòriament el baix nivell de preus oferts o de costos proposats i, per tant, que es susceptible de compliment en els seus propis termes, i només en cas contrari, hi cap el rebuig de l'oferta anormalment baixa i la exclusió del licitador oferent.

Pel que fa al contingut i termes d'aquest procediment contradictori, també ha dit el Tribunal, que ha d'estar adreçat exclusivament a destruir la presumpció d'anormalitat mitjançant la presentació pel licitador de les justificacions precises i suficients que expliquin satisfactòriament el baix nivell de preus oferts o de costos proposats. La Resolució del TACRC, 615/2016, 29 de juliol, precisa que la presumpció de temeritat en una oferta econòmica té per finalitat que, davant la desconfiança sobre el seu compliment, es segueixi un procediment contradictori per evitar que aquestes ofertes es puguin rebutjar sense comprovar la seva viabilitat.

Quant a la pretensió d'exclusió de l'empresa adjudicatària resulta procedent l'exclusió d'una oferta sempre que concorri un incompliment exprés, clar i palmari de les clàusules dels plecs, de manera que no hi hagi cap mena de dubte que l'oferta és incongruent o s'hi oposa obertament (resolucions TACRC 20/2014, 185/2015, 32/2016, 54/2017 i 480/2018). Cal assenyalar que els plecs que regeixen la licitació són llei entre les parts i, per tant, vinculen tant a les empreses licitadores a l'hora de formular les seves proposicions, com a l'òrgan de contractació a l'hora d'avaluar-les (resolucions TACRC 267/2018, 275/2018 i 289/2018).

També resulta procedent l'exclusió si l'òrgan de contractació comprova que l'oferta és anormalment baixa perquè vulnera la normativa sobre subcontractació o no compleix les obligacions aplicables en matèria mediambiental, social o laboral, nacional o internacional, inclòs l'incompliment dels convenis col·lectius sectorials vigents, en aplicació del que estableix l'article 201 de la LCSP.

Quan del que es tracta és d'admetre la justificació presentada pel licitador, no és necessari que contingui una motivació exhaustiva (Resolució TACRC número 637/2015). És també doctrina del Tribunal, que la exhaustivitat de la justificació aportada pel licitador haurà de ser major quan major sigui la baixa en que hagi incorregut l'oferta, per la relació amb la resta d'ofertes presentades (Resolució TACRC 559/2014 i 662/2014).

1.2.2 El Tribunal, en la Resolució 145/2019, de 22 de febrer de 2019, al seu fonament de dret setè diu: <<[...] Este último inciso constituye una importante novedad de la nueva Ley, en línea con el

espíritu dirigido al órgano de contratación (en todo caso), que deberá rechazar las ofertas anormalmente bajas si lo son por vulnerar la normativa social o laboral, entre otros criterios. Como es sabido, la LCSP presta una especial atención a los aspectos relacionados con el cumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones laborales. Así, ya indicamos en nuestra Resolución 632/2018, la inclusión en el párrafo tercero del artículo primero de la LCSP de los criterios sociales (y medioambientales) “obliga a considerar los criterios que en él se mencionan para la obtención de una mejor relación calidad-precio en la adjudicación del contrato”, lo que “trasciende a la redacción de otros preceptos”. Continuábamos señalando en la mentada resolución 632/2018 que “A la vista de los artículos anteriores y los términos de su redacción, es evidente que se produce una mayor vinculación de la contratación pública a la normativa laboral. Vinculación que cobra un mayor protagonismo cuando se trate de contratos, como los de servicios, donde los costes de personal pueden suponer la partida principal del gasto en el presupuesto base de licitación. Tal intensidad tiene su reflejo en la obligación de indicar los costes salariales estimados a partir de la normativa laboral de referencia en los Pliegos (artículo 100.2 LCSP), su consideración expresa en el cálculo del valor estimado del contrato (artículo 101.2 LCSP), y para la fijación del precio (artículo 102.3 LCSP). Pero también a la hora de imponer el rechazo de las ofertas anormalmente bajas que no cumplan con la normativa laboral, incluyendo lo dispuesto en los convenios colectivos de carácter sectorial, así como la obligación a los órganos de contratación de velar por su cumplimiento de las condiciones salariales una vez adjudicado el contrato, y erigiéndose su infracción en causa de imposición de penalidades. Por todo ello, se ha de concluir que existe una mayor vinculación, intensidad y deber cuidado por el respeto a la normativa laboral, del que se derivan para el órgano de contratación un deber de vigilancia que antes no existía. Por tanto, los costes salariales derivados de los convenios colectivos ya no se limitan a ser una de las posibles fuentes del conocimiento para determinar el precio de mercado del contrato, sino que, además, tienen fuerza vinculante, y su respeto debe quedar totalmente garantizado, tanto en la preparación del contrato, al elaborar los Pliegos, como con posterioridad, una vez adjudicado, en fase de ejecución. Debe por ello revisarse la doctrina sentada por este Tribunal en sus resoluciones anteriores, con el fin de incorporar las obligaciones que impone al respecto la nueva Ley de Contratos del Sector Público.”

<<[...] En conclusión, el cumplimiento de los convenios colectivos se convierte en la vigente LCSP como un valor capaz de justificar por sí solo una exclusión de la oferta por su carácter anormal, tal y como tuvo ocasión este Tribunal de señalar en la Resolución nº 1108/2018, lo que justifica en el presente caso la decisión de la Mesa de Contratación de excluir la oferta del recurrente por ser anormalmente baja.[...]>>

1.3 La presumpció d'anormalitat o desproporció de les ofertes d'acord amb les resolucions del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic:

El Tribunal, en la Resolució número 305/2018, de 16 de gener de 2019 i 25/2019, de 13 de febrer de 2019, diu que l'article 1 de la LCSP, com ho feia la llei antecessora (Text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre) obliga en els procediments de contractació a assegurar la selecció de l'oferta econòmicament més avantatjosa, en connexió amb l'objectiu d'estabilitat pressupostària i control de la despesa i una utilització eficient dels fons públics, salvant el cas que, d'acord amb l'article 149 de la mateixa Llei, es pugui estimar que l'oferta no pot ser complerta com a conseqüència de la inclusió de valors anormalment baixos (resolucions 53/2014, 71/2015, 119/2015).

Ara bé, en aquest àmbit cal defugir de qualsevol automatisme d'exclusió, ja que la presumpció d'una oferta com anormalment baixa té per finalitat evitar que es pugui rebutjar sense la comprovació prèvia de la possibilitat del seu compliment, mitjançant la instrucció d'un expedient contradictori formal dins del procediment de contractació que satisfaci, no només aquest principi de contradicció escoltant la part afectada, sinó també els principis de lliure concurrència, no discriminació i transparència que han de regir la seva tramitació (resolucions 33/2015, 118/2016 93/2017, 218/2018, 292/2018 i sentències del Tribunal Suprem de 15 de maig de 2008, 27 de novembre de 2001, 18 de juny de 1991, 22 de juny de 1989 i 10 de febrer de 1982).

En aquest àmbit de justificació d'ofertes amb valors presumptament anormals o desproporcionats, correspon a les empreses afectades aportar tota la informació i documentació requerida que estimin necessària per poder acreditar que la seva oferta és viable per al compliment del contracte, és a dir, que les prestacions a contractar es poden realitzar amb els preus baixos oferts.

L'article 152.3 del TRLCSP i l'actual 149 de la LCSP estableixen la necessitat d'un expedient contradictori. La tramitació d'aquest expedient contradictori no és un fi en si mateixa ni un pur formalisme que s'esgoti amb la seva realització, sinó que la justificació econòmica presentada per l'empresa ha de ser realment contrastada i analitzada tècnicament per comprovar si aporta arguments suficients per considerar que pot ser viable i, per tant, que trenquin la presumpció d'anormalitat o desproporció en què havia incorregut. I únicament quan l'òrgan de contractació, a la vista de la justificació de l'empresa i l'assessorament tècnic rebut, estimi que la informació recavada no explica satisfactòriament el baix nivell dels preus o costos oferts i que, per tant, l'oferta no pot ser complerta com a conseqüència de la inclusió de valors anormals o desproporcionats, l'exclourà de la classificació de les proposicions, tal com determina l'article 152. 4 del TRLCSP.

L'apreciació de si és possible o no el compliment de la proposició ha de ser conseqüència, doncs, d'una valoració dels diferents elements que concorren en l'oferta, les concretes circumstàncies de l'empresa licitadora, la justificació aportada i l'assessorament tècnic rebut, cap dels quals té caràcter vinculant per a l'òrgan de contractació (a més de les ja citades, resolucions 174/2016, 213/2015, 4/2013 i 12/2012, Resolució del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales –TACRC-

862/2015 i Resolució del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid 58/2011). Pel que fa a la justificació de l'oferta i el seu abast, la doctrina ha vingut assenyalant que no es tracta de justificar exhaustivament l'oferta anormal o desproporcionada, sinó de proveir l'òrgan de contractació d'arguments que el permetin arribar a la convicció que es pot dur a terme (a més de les ja citades, Resolució 213/2015 i Resolució del TACRC 705/2014).

Al seu torn, l'assessorament tècnic que l'òrgan de contractació ha de procurar-se segons l'article 152.3 del TRLCSP (actual 149.4 LCSP) no és tampoc un simple formalisme legal, sinó que serveix com a base per garantir els drets dels licitadors, doncs ningú millor que els serveis tècnics saben com és l'oferta i les necessitats de la contractació i, donada la seva experiència, poden saber si una oferta es pot arribar a complir tècnicament.

Aquest informe s'ha d'emetre explícitament, ha d'estar motivat (Barcelona, 30 de gener de 2019 Resolució núm.: 16/2019 i aquesta motivació pot ser succinta, per tal que pugui ser confrontat per l'òrgan de contractació a l'hora de prendre la decisió i per aquest Tribunal en via de revisió (Sentència el Tribunal de Justícia de la Unió Europea –TJUE- de 21 de maig de 2008, T-495/2004). Amb paraules del TACRC en la Resolució 416/2013 *"... no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente, así como su extensión de amplitud bastante 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 así lo declara tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo (por todas STC 37/1982, de 16 junio, SSTs de 9 junio 1986, 31 de octubre de 1995, 20 de enero 1998, 11 y 13 de febrero, 9 de marzo 1998, 25 de mayo 1998, 15 de junio de 1998, 19 de febrero 1999, 5 de mayo de 1999 y 13 enero 2000)"*.

La doctrina també és constant a l'hora de considerar que, en els supòsits d'exclusió de les ofertes per incloure valors anormals, la motivació de la decisió de l'òrgan de contractació ha de ser "reforçada", és a dir, per a desvirtuar la justificació presentada per l'empresa afectada i poder afirmar que no ha trencat la presumpció d'oferta anormalment baixa en què s'havia inclòs inicialment (entre moltes altres, resolucions 213/2015, 119/2015, 62/2015, 55/2015, 33/2015, 53/2014 i 132/2013, i resolucions del TACRC 1.013/2015, 513/2015, 60/2015, 826/2014 i 174/2013). D'acord amb l'article 69.3 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrer, sobre contractació pública aquesta circumstància es dona "en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos".

Davant d'això, cal tenir en compte, tal com aquest Tribunal ja ha tingut l'ocasió de pronunciar-se (Resolució 180/2016), en la línia també manifestada per altres tribunals de recursos contractuals, que, en principi, podria ser factible pensar que una empresa pugui formular una oferta sobre la base d'una disminució de beneficis o, fins i tot, anant a pèrdues, per raons d'estratègia empresarial, cas en el

qual adquireix més pes l'anàlisi de la viabilitat de l'oferta en la seva globalitat. Amb paraules del TACRC en la Resolució 884/2016, el benefici industrial és una partida que queda a l'arbitri de l'empresa licitadora, qui el pot incloure en el percentatge que estimi pertinent, sense que els plecs, o menys la regles de contractació, determinin cap fórmula o percentatge per a la determinació o inclusió d'aquesta partida econòmica. També resulta il·lustrativa la Resolució del TACRC 180/2017, que recull criteri anterior, en la qual assenyala que "no vulnera las normas sobre temeridad el que se adjudique el contrato a una empresa que va a ejecutarlo disminuyendo sus beneficios por debajo de lo que sería esperable o incluso a pérdidas o porque pueden existir muchas y muy diferentes motivaciones para ejecutar el contrato en esas condiciones". Lo que se considera es si, dadas las condiciones de la empresa licitadora, es viable que ejecute el contrato con la oferta presentada".

2. Pel que fa al canvi de formula de valoració dels criteris d'adjudicació:

2.1 L'article 146.2 de la LCSP estatueix que l'elecció de les fórmules s'ha de justificar en l'expedient. En tot cas, l'avaluació de les ofertes de conformitat amb els criteris quantificables mitjançant la mera aplicació de fórmules s'ha de dur a terme després d'efectuar prèviament la d'aquells altres criteris en què no concorri aquesta circumstància, i se n'ha de deixar constància documental. Aquesta avaluació prèvia s'ha de fer pública en l'acte en què es procedeixi a l'obertura del sobre que contingui els elements de l'oferta que s'han de valorar mitjançant la mera aplicació de fórmules.

L'article 136.2 de la LCSP estatueix que els òrgans de contractació han d'ampliar el termini inicial de presentació de les ofertes i sol·licituds de participació, així mateix, en cas que s'introdueixin modificacions significatives en els plecs de la contractació, sense perjudici del que assenyalen els articles 122.1 i 124. En tot cas, es considera modificació significativa dels plecs la que afecti: a) La classificació requerida. b) L'import i el termini del contracte. c) Les obligacions de l'adjudicatari. d) El canvi o variació de l'objecte del contracte.

L'article 122.1 de la LCSP estatueix que els plecs de clàusules administratives particulars s'han d'aprovar prèviament a l'autorització de la despesa o conjuntament amb aquesta, i sempre abans de la licitació del contracte o, si aquesta no existeix, abans de la seva adjudicació, i només es poden modificar amb posterioritat per error material, de fet o aritmètic. Si passa altrament, la modificació del plec comporta la retroacció d'actuacions.

2.2 El canvi de formula de valoració dels criteris d'adjudicació d'acord amb la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques:

L'article 109 de la Llei 39/2015 estatueix que les administracions públiques poden revocar, mentre no hagi transcorregut el termini de prescripció, els seus actes de gravamen o desfavorables, sempre que aquesta revocació no constitueixi dispensa o exempció no permesa per les lleis, ni sigui contrària al principi d'igualtat, a l'interès públic o a l'ordenament jurídic. Les administracions públiques poden

rectificar, així mateix, en qualsevol moment, d'ofici o a instància dels interessats, els errors materials, de fet o aritmètics existents en els seus actes.

La Disposició addicional primera estatueix les especialitats per raó de la matèria i diu que els procediments administratius regulats en lleis especials per raó de la matèria que no exigeixin algun dels tràmits que preveu aquesta Llei o regulin tràmits addicionals o diferents es regeixen, respecte a aquests, pel que disposen les lleis especials esmentades.

2.3 El canvi de fórmula de valoració dels criteris d'adjudicació d'acord amb el Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals:

A la Resolució TACRC número 169/2019, de 22 de febrer de 2019, fonament de dret cinquè s'estableix el següent: *<<En cuanto al fondo del asunto, debemos comenzar recordando, de acuerdo con el criterio fijado ya por este Tribunal, acorde con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que el pliego de cláusulas administrativas particulares es la Ley que rige la contratación entre las partes, y al pliego hay que estar, respetar y cumplir, sin que por ello se contravenga el principio de concurrencia ni el de igualdad (resolución 47/2012, de 3 de febrero, recurso 047/2012). En efecto, abundando en dicha afirmación, hemos de traer a colación la resolución 253/2011: "a los efectos de lo concluido en el punto anterior de esta resolución, es menester recordar, que de acuerdo con una inveterada jurisprudencia, los pliegos constituyen ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo «pacta sunt servanda» con los corolarios del imperio de la buena fe y del non licet contra los actos propios y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá que estarse al sentido literal de sus cláusulas (sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo 2001, de 8 de junio de 1984 o sentencia de 13 de mayo de 1982).*

Jurisprudencia más reciente como la que se deriva de la Sentencia de la Sección 4ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2009 se refiere a la interpretación literal o teleológica (si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas, artículo 1.281 del Código Civil) y también a la propia interpretación lógica de las cláusulas del contrato. No se puede olvidar que el artículo 1.282 del Código Civil, en relación con el alcance y el contenido de las reglas interpretativas en materia contractual, exige tener en cuenta para juzgar la intención de los contratantes, los actos de aquéllos coetáneos y posteriores al contrato.

En última instancia, es necesario apuntar que una interpretación distinta llevaría a una interpretación del pliego en contra de su contenido natural, lo cual implicaría una grave

vulneración del principio de seguridad jurídica y una ruptura del principio de igualdad, para aquellos licitadores que han respetado el contenido del pliego de cláusulas aquí discutidas” [...] >>

3. Pel que fa a la borsa d'hores gratuïtes com a millora dels criteris d'adjudicació:

3.1 L'article 145.7 de la LCSP estatueix: *<<En cas que s'estableixin les millores com a criteri d'adjudicació, aquestes han d'estar suficientment especificades. Es considera que es compleix aquesta exigència quan es fixin, de manera ponderada, amb concreció: els seus requisits, límits, modalitats i característiques, així com la seva vinculació necessària amb l'objecte del contracte. En tot cas, en els supòsits en què la seva valoració s'efectui de conformitat amb el que estableix l'apartat segon, lletra a) de l'article següent, no se li pot assignar una valoració superior al 2,5 per cent. S'entén per millores, a aquests efectes, les prestacions addicionals a les que figuraven definides en el projecte i en el plec de prescripcions tècniques, sense que aquelles puguin alterar la naturalesa de les prestacions esmentades ni l'objecte del contracte. Les millores proposades per l'adjudicatari han de passar a formar part del contracte i no poden ser objecte de modificació.>>*

L'article 106 de la LCSP estableix que en el càlcul del valor estimat s'han de tenir en compte, com a mínim, a més dels costos derivats de l'aplicació de les normatives laborals vigents. En els contractes de serveis i de concessió de serveis en què sigui rellevant la mà d'obra, en l'aplicació de la normativa laboral vigent a què es refereix el paràgraf anterior s'han de tenir especialment en compte els costos laborals derivats dels convenis col·lectius sectorials aplicables.

L'article 102.3 de la LCSP estatueix pel que fa al preu, que els òrgans de contractació han de tenir cura que el preu sigui adequat per al compliment efectiu del contracte mitjançant l'estimació correcta del seu import, tenint en compte el preu general de mercat, en el moment de fixar el pressupost base de licitació i l'aplicació, si s'escau, de les normes sobre ofertes amb valors anormals o desproporcionats. En els serveis en què el cost econòmic principal siguin els costos laborals, s'han de considerar els termes econòmics dels convenis col·lectius sectorials, nacionals, autonòmics i provincials aplicables al lloc de prestació dels serveis.

3.2 Pel que fa a la borsa d'hores gratuïtes com a millora d'acord amb el Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals:

3.2.1 A la Resolució TACRC número 38/2019, de 24 de gener de 2019, (*Recurso contra pliegos en contrato de servicios, LCSP Estimación parcial. Anulando parcialmente cláusula que recoge criterios de adjudicación, por no establecer un tope máximo en la bolsa de horas adicionales y dispositivos a ofrecer, al provocar esta indeterminación una posible falta de igualdad de trato*) fonament de dret cinquè diu el següent: *<< Este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse en un asunto similar (anulación de la cláusula que regulaba la mejora consistente en el aumento del número de*

horas. En la misma se decía que “en el caso ahora analizado, al no fijarse un número máximo de horas en el PCAP, se hace prácticamente imposible para el licitador, ante tal indeterminación, conocer la valoración que va a tener su oferta de número de horas adicionales, lo que genera inseguridad e impide que se cumplan los criterios expuestos sobre el grado de concreción que ha de cumplir la mejora para que pueda ser utilizada válidamente en los PCAP como criterio de adjudicación, por lo que debe estimarse el recurso en este punto”.

Sin embargo, la doctrina citada debe entenderse limitada a las mejoras en sentido estricto, es decir, a las que suponen “prestaciones adicionales no definidas en los Pliegos tal como hemos expresado en nuestra reciente resolución TACRC 1259/2018. Para resolver esta cuestión debemos fijar, en primer lugar, qué interpretación procede hacer del artículo 145.7 de la LCSP, cuando define las mejoras a efectos de la exigencia de los requisitos que establece dicha ley, como: “las prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas, sin que aquellas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni del objeto del contrato”. La expresión “prestaciones adicionales a las definidas en el proyecto” se puede entender de dos maneras distintas:

- Todas las adicionales que exceden de la prestación que los pliegos establecen como obligatoria, o

- Solamente aquellas prestaciones adicionales no “definidas” en los pliegos.

Este Tribunal se decanta por la segunda interpretación porque el precepto transcrito, después de fijar la definición, especifica que las prestaciones adicionales no pueden alterar la naturaleza de las prestaciones establecidas en el PPTP, ni el objeto del contrato. Es evidente que las prestaciones ofrecidas, no obligatorias, que “mejoren” las mismas prestaciones establecidas en los pliegos, en ningún caso van a alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni el objeto del contrato. Por ello, parece que las “mejoras” a las que se refiere el artículo 145.7 de la LCSP son aquellas prestaciones “adicionales y distintas” a las definidas en el proyecto.

El criterio que estamos analizando, la bolsa de horas adicionales de servicio, es claramente relativa al principal servicio que exigen los pliegos como obligatorio: la prestación de apoyos de carácter personal, doméstico o social, en el domicilio familiar, para contribuir al mantenimiento de las personas con limitaciones en su autonomía, en su medio convivencial habitual (cláusula 2 del PPTP). Por lo que, conforme a lo razonado anteriormente, debemos concluir que no estamos en presencia de una de las mejoras a las que se refiere el artículo 145.7 de la LCSP.

Por tanto, no se considera aplicable el requisito que exige dicho artículo relativo al establecimiento de “límites”, debiendo resolver el presente recurso en el mismo sentido desestimatorio que en nuestra Resolución 619/2017 (Recurso 446/2017), en cuyo Fundamento

de Derecho Quinto, ante un supuesto similar, dijimos: "2. Impugnación de la cláusula 7.4.2 A,) criterio evaluable de forma automática, consistente en una bolsa de horas total para los cuatro años de duración del contrato. Alega el recurrente que el hecho de no existir un límite de hora a ofrecer dará lugar a que se presenten ofertas con números de horas exageradas, cuyo cumplimiento sería harto improbable ya que se trata de horas para servicios extraordinarios, para necesidades sobrevenidas de carácter excepcional Por tanto, no se considera aplicable el requisito que exige dicho artículo relativo al establecimiento de "límites", debiendo resolver el presente recurso en el mismo sentido desestimatorio que en nuestra Resolución 619/2017 (Recurso 446/2017), en cuyo Fundamento de Derecho Quinto, ante un supuesto similar, dijimos: "2. Impugnación de la cláusula 7.4.2 A,) criterio evaluable de forma automática, consistente en una bolsa de horas total para los cuatro años de duración del contrato.

Alega el recurrente que el hecho de no existir un límite de hora a ofrecer dará lugar a que se presenten ofertas con números de horas exageradas, cuyo cumplimiento sería harto improbable ya que se trata de horas para servicios extraordinarios, para necesidades sobrevenidas de carácter excepcional.

Este Tribunal entiende, en cambio, que el importe de cada uno de los aspectos de mejora que los distintos licitadores ofrezcan a la Administración estará determinado por los costes que dicho ofrecimiento les pueda suponer, el precio ofertado para la realización total del contrato, y el número parámetros de mejora que consideren que racionalmente puede beneficiar a la Administración.

La puntuación obtenida por cada licitador en este criterio de adjudicación se determina objetivamente, en aplicación del criterio proporcional establecido en el pliego.

El órgano de contratación podría haber establecido un límite máximo en cuanto al número de horas de mejora, lo que se consideraría preferible, pero el hecho de no hacerlo no se estima que incumpla la normativa, ni los principios de la contratación pública".

3.2.2 A la Resolució nº 1042/2018, de 16 de novembre de 2018, el fonament de dret vuitè diu el següent:

[...] Por último y en cuanto a las cuestiones planteadas por el recurrente referentes a la bolsa de horas gratuitas y la quiebra del principio de onerosidad de la prestación destacar la Resolución 422/2016 de este Tribunal, que se dicta respecto del recurso presentado por la misma asociación empresarial y en la que además de otros aspectos, se trata el tema de la quiebra de este principio por una mejora similar a la que figura en el pliego actualmente impugnado, en los siguientes términos:

"Estimamos igualmente que la onerosidad del contrato no quiebra por la inclusión de un criterio de adjudicación que valore "horas de limpieza gratuitas", ya que la onerosidad reside precisamente en la

existencia de precio cierto a cambio de un servicio, sin que el hecho de poder ofertar alguna hora gratis implique, ni mucho menos, que todo el servicio se va a realizar de manera gratuita, no existiendo a juicio de este Tribunal vulneración como entiende el recurrente- del artículo 87 del TRLCSP respecto del carácter oneroso de los contratos públicos. En este sentido en nuestra Resolución 159/2016 admitimos la posibilidad de valorar como mejoras "horas de limpieza gratuitas sin que las mismas deban formar parte del precio de licitación; así señalamos que "debe rechazarse, pese a lo alegado por la pretendida adición a dicho coste laboral del correspondiente al número máximo de horas extraordinarias admitidas como mejora, toda vez que, en rigor, por su propia condición de mejora, esa no es una obligación contractual ineludible y que, como tal, deba tenerse en cuenta en el cálculo del presupuesto".

Por tanto, en cuanto a la posibilidad de recoger como mejora el ofertar horas gratuitas, y siguiendo el criterio de la Junta Consultiva de Contratación, hemos de concluir que no por ello se conculca el principio de onerosidad del contrato. En efecto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 59/2009, de 26 de febrero de 2010 se ha pronunciado favorablemente a la posibilidad de admitir mejoras que impliquen la ejecución de prestaciones accesorias para el contratista, sin coste para el órgano de contratación, siempre que se establezcan los criterios de valoración que hayan de aplicárseles, debiendo tales mejoras figurar detalladas en el pliego de cláusulas administrativas particulares con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, y guardar relación directa con el objeto del contrato....."

Sobre la base de les consideracions anteriors es formulen les següents

Conclusions

1. La clàusula 12.2.3 del PCAP de la licitació del servei de neteja dels edificis i dependències municipals de l'Ajuntament d'Alcanar estableix els paràmetres objectius que permeten identificar els casos en què una oferta econòmica es considera anormal però, no estableix els paràmetres objectius per a determinar els casos en que la oferta es considera anormalment baixa pel que fa als criteris no econòmics, d'acord amb la preceptivitat que estableix l'article 149.2 b) de la LCSP.

Quan s'utilitzin una pluralitat de criteris, a més del preu, ha de ser el PCAP el que expressament dissenyi el model de determinació de la presumpció de temeritat de les ofertes, referida a l'oferta valorada en el seu conjunt.

Com a possible sistema objectiu de valoració de les baixes anormals o desproporcionades, quan s'utilitzen una pluralitat de criteris, es podria fixar, en primer lloc, un interval de puntuació en el qual es podria considerar que les proposicions són homogènies des d'un punt de vista tècnic, per aplicar, en segon lloc, sistemes automàtics, proporcionals o progressius de detecció de preus anormalment baixos (Recomanació 4/2005, de 12 de desembre, de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya).

2. La nova Llei de contractes 9/2017, d'acord amb la Directiva 24/2014, introdueix un mandat legal taxatiu dirigit a l'òrgan de contractació que haurà de rebutjar les ofertes anormalment baixes si ho són per vulnerar la normativa social o laboral, entre altres criteris. Per tant, els costos salarials derivats dels convenis col·lectius tenen força vinculant i el seu respecte ha de quedar totalment garantit, tant en la preparació del contracte, al elaborar els plecs, com amb posterioritat, una vegada adjudicat en la fase d'execució.

El compliment dels convenis col·lectius es converteix en la vigent LCSP en un valor capaç de justificar per sí sol una exclusió de la oferta pel seu caràcter anormal, si és el cas.

3. Pel que fa al canvi de fórmula de valoració dels criteris d'adjudicació, l'article 146.2 de la LCSP estatueix que l'elecció de les fórmules s'ha de justificar en l'expedient.

L'article 122.1 de la LCSP estableix que els plecs de clàusules administratives particulars s'han d'aprovar prèviament a l'autorització de la despesa o conjuntament amb aquesta, i sempre abans de la licitació del contracte o, si aquesta no existeix, abans de la seva adjudicació, i només es poden modificar amb posterioritat per error material, de fet o aritmètic. Si passa altrament, la modificació del plec comporta la retroacció d'actuacions.

Cal assenyalar que els plecs que regeixen la licitació són llei entre les parts i, per tant, vinculen tant a les empreses licitadores a l'hora de formular les seves proposicions, com a l'òrgan de contractació a l'hora d'avaluar-les.

4. L'article 145.7 de la LCSP estatueix que en cas que s'estableixin les millores com a criteri d'adjudicació, aquestes han d'estar suficientment especificades. Es considera que es compleix aquesta exigència quan es fixin, de manera ponderada, amb concreció: els seus requisits, límits, modalitats i característiques, així com la seva vinculació necessària amb l'objecte del contracte.

La Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat s'ha pronunciat favorable a la possibilitat d'admetre millores que impliquin l'execució de prestacions accessòries per al contractista, sense cost per l'òrgan de contractació, sempre que s'estableixin els criteris de valoració que s'hagin d'aplicar, havent de figurar les millores detallades en el PCAP amb expressió dels seus requisits, límits, modalitats i característiques que permetin identificar-les suficientment, i guardar relació amb l'objecte del contracte. Ara bé, d'acord amb TACRC, la borsa d'hores addicionals de servei relativa al principal servei que es demana en els plecs com obligatori no es considera com una de les millores a las que es refereix l'article 145.7 de la LCSP. Per tant, no es considera aplicable el requisit que exigeix aquest article relatiu a l'establiment de límits.

El PCAP del servei de neteja dels edificis i dependències municipals de l'Ajuntament d'Alcanar estableix dues millores relacionades amb l'oferta econòmica que poden oferir els licitadors i estableix la seva puntuació a la clàusula 12.1, però al PPT, a clàusula 4.2.7, es dona la opció als licitadors d'oferir totes aquelles millores que creguin convenients per a millorar l'objecte del contracte i resumeix algunes possibles millores que, segons diu al plec, seran valorades en la seva justa mesura i que caldrà justificar, valorar i documentar cadascuna d'elles. Aquestes possibles millores establertes en el PPT són un total de deu millores però no s'estableix la puntuació que s'atorgarà als licitadors si les ofereixen.

David Sánchez Blasco

Advocat núm. 2624

Il·lustre Col·legi d'advocats de Tarragona