

RESOLUCIÓ RECURS DE REPOSICIÓ CONTRA RESOLUCIÓ D'EXCLUSIÓ PER MANCA DE JUSTIFICACIÓ DE BAIXA TEMERÀRIA RELATIU AL PROCEDIMENT OBERT NO SUBJECTE A REGULACIÓ HARMONITZADA PER A LA CONTRACTACIÓ DEL SERVEI DE GESTIÓ I ASSESSORAMENT LABORAL DEL GRUP D'EMPRESSES MUNICIPALS DE VILADECANS



LLOC	Viladecans	NOM PROJECTE	Servei de gestió i assessorament laboral del grup d'empreses municipals de Viladecans
DATA	15 de desembre de 2020	NÚM. EXPEDIENT	100/19

ALICIA VALLE CANTALEJO, en qualitat de Consellera Delegada de la **SPM VILADECANS GRUP D'EMPRESSES MUNICIPALS SL, SPM VILADECANS MEDITERRÀNIA SL, SPM VILADECANS QUALITAT SL, SPM VILADECANS RENOVACIÓ URBANA SL.**

En relació al procediment obert per a l'adjudicació del servei de gestió i assessorament laboral pel grup d'empreses municipals.

EXPOSA

Que en data 19 de novembre de 2020 l'empresa ASSESSORIA PAGÈS SLP amb CIF B-17826462, mitjançant correu certificat, va presentar a la Mesa de Contractació, recurs de reposició **contra la resolució d'exclusió per oferta anormalment baixa** del procediment de licitació per a la contractació del servei d'assessorament i gestió administrativa laboral del Grup d'empreses Municipals de Viladecans.

ANTECEDENTS

En data 13 de maig de 2020 es va publicar al perfil de SPM Viladecans Grup d'Empreses Municipals, S.L. ("VIGEM") integrat a la Plataforma de Serveis de Contractació Pública de la Generalitat de Catalunya ("PSCP"), l'anunci de licitació del procediment obert per a l'adjudicació dels serveis consistents en els serveis de gestió i assessorament laboral pel Grup d'empreses Municipals.

En data 2 de juny de 2020 la Mesa de Contractació es reuní per procedir a l'obertura del sobre A i en la sessió d'obertura del sobre A la Mesa de Contractació va adoptar els acords següents:

Llicitador núm. 1:

Data presentació: 26/05/2020 10:25:18
Núm. de Registre: E/000002-2020
Identificador (NIF): B58548561
EMPRESA: GEMAP, S.L.P.

Llicitador núm. 2:

Data presentació: 28/05/2020 17:49:37
Núm. de Registre: E/000003-2020
Identificador (NIF): B63039531
EMPRESA: ARC, DESPATX D'ADVOCATS I CONSULTORS, SLP

Llicitador núm. 3:

Data presentació: 28/05/2020 18:05:49
Núm. de Registre: E/000004-2020
Identificador (NIF): B17826462
EMPRESA: ASSESSORIA PAGÈS, S.L.P.

Licitador núm. 4:

Data presentació: 28/05/2020 18:48:20
Núm. de Registre: E/000005-2020
Identificador (NIF): A43066299
EMPRESA: CARLOS CASTILLA INGENIEROS SA

Licitador núm. 5:

Data presentació: 29/05/2020 12:57:06
Núm. de Registre: E/000006-2020
Identificador (NIF): B63344329
EMPRESA: GRUP GARLES, gestió i projectes, SL

En l'esmentada sessió la Mesa va adoptar l'acord de requerir al licitador núm. 5 per tal d'esmenar els defectes observats.

En data 11 de juny de 2020 l'òrgan de contractació va **EXCLOURE** al **licitador núm. 5 (GRUP GARLES, gestió i projectes, SL)** del procediment obert de contractació consistent en el servei de Gestió i assessorament laboral pel Grup d'empreses Municipals per NO haver aportat la deguda declaració responsable afirmant que, com a empresa amb un nombre de entre 50 i 250 treballadors, pot acreditar que compta en la seva plantilla amb un nombre de treballadors amb discapacitat superior al 2% o en el seu cas, adopta les mesures alternatives previstes en l'art. 2 del Reial Decret 364/2005 de 8 d'abril

El 15 de juny de 2020 la Mesa de contractació es reuní per procedir a l'obertura del sobre B contenidor de les **referències tècniques**, s'entregaren els sobres B al tècnic responsable per examinar la documentació aportada i, en data 20 de juliol de 2020 va emetre el corresponent informe tècnic de valoració.

Vista la documentació presentada al sobre B pels licitadors admesos al procediment obert per a l'adjudicació del contracte de **serveis de gestió i assessorament laboral del Grup d'empreses Municipals de Viladecans** i a la vista de l'informe tècnic, la Mesa de Contractació en data 21 de juliol de 2020 aprovà la següent puntuació dels criteris avaluable mitjançant judici de valor obtinguda pels licitadors presentats i admesos:

EMPRESA LICITADORA	GEMAP, S.L.P	ASSESSORIA PAGÈS, S.L.P	CARLOS CASTILLA INGENIEROS, S.A.	ARC, DESPATX ADVOCATS I CONSULTORS SLP
VALORACIÓ PROPOSTA DESENVOLUPAMENT DEL SERVEI	20	15	20	10
VALORACIÓ PROPOSTA CONTROL D'ANOMALIES	15	7,5	0	0
TOTAL	35	22,5	20	10

La puntuació anteriorment indicada és ratificada per l'òrgan de contractació en data 21 de juliol de 2020, qui convoca l'obertura pública del sobre C en data **divendres 24 de juliol de 2020 a les 12:00 hores** relatiu a la proposta econòmica i altres criteris automàtics.

La publicació de la valoració del sobre B es realitzà al perfil del contractant de la plataforma de contractació pública de la Generalitat de Catalunya abans de l'obertura del sobre C, el dia 24 de juliol de 2020.

Tal i com s'exposa a l'acta d'obertura del sobre C en aquell moment es procedeix a l'obertura i lectura del contingut dels sobres C "proposta econòmica i resta de criteris avaluable amb criteris objectius". Presentats pels licitadors admesos al procediment per a l'adjudicació del contracte del servei de gestió i assessorament laboral del grup d'empreses municipals de Viladecans.

Licitador núm. 1:

EMPRESA: GEMAP, S.L.P.

Proposta econòmica	24.384 €
Baixa	15,2 %
Periodicitat butlletins	Trimestral

Licitador núm. 2:

EMPRESA: ARC, DESPATX D'ADVOCATS I CONSULTORS, SLP

Proposta econòmica	25.296 €
Baixa	12%
Periodicitat butlletins	Trimestral

Licitador núm. 3:

EMPRESA: ASSESSORIA PAGÈS, S.L.P.

Proposta econòmica	21.000 €
Baixa	26,95 %
Periodicitat butlletins	Trimestral

Licitador núm. 4:

EMPRESA: CARLOS CASTILLA INGENIEROS SA

Proposta econòmica	23.569,92 €
Baixa	18%
Periodicitat butlletins	Trimestral

Es detectà que, de conformitat amb el que es determina a l'apartat 11.1.2 dels Plecs aprovats, i segons l'informe tècnic de 24 de juliol de 2020, el licitador núm. 3 EMPRESA: ASSESSORIA PAGÈS, S.L.P. presenta una oferta anormalment baixa:

Per aquest motiu, en data 29 de juliol 2020 es va comunicar aquest fet a l'empresa per tal que dins el termini de CINCO (5) DIES HÀBILS (això és, fins al dia 5 d'agost de 2020) presentés per escrit la documentació que estimés pertinent per a justificar la baixa anormal de l'oferta econòmica presentada.

Dins del termini conferit a aquests efectes, el licitador núm. 3 va presentar, a través de la Plataforma de Contractació Pública de la Generalitat de Catalunya, la documentació que va estimar adient per tal de justificar la baixa anormal de la seva oferta econòmica.

En data 28 de setembre de 2020 es va emetre un informe pel tècnic designat per VIGEM on s'analitza la documentació presentada per aquest licitador i proposa la seva no acceptació per manca de justificació.

En sessió de data 1 d'octubre de 2020 la mesa de contractació va fer el seu l'informe tècnic indicat al punt anterior i va elevar, a l'òrgan de contractació, la proposta d'exclusió del licitador núm.3: **ASSESSORIA PAGÈS, S.L.P** en el procediment obert per a l'adjudicació del contracte consistent

en els serveis de gestió i assessorament laboral pel Grup d'empreses Municipals per haver presentat una oferta anormalment baixa no justificada suficientment.

El 6 d'octubre de 2020 els Serveis jurídics de la SPM van emetre un informe jurídic que obra a l'expedient de contractació i que conclou que es van respectar els requisits que imposa l'article 149 de la LCSP procediment contradictori, que es va donar audiència al licitador així com sol·licitar l'assessorament tècnic corresponent. De tot l'anterior es desprèn que **ASSESSORIA PAGÈS, S.L.P** no va aportar la documentació suficient per justificar la seva oferta, referint-se a què podria posar en risc la viabilitat tècnic-econòmica del contracte, sense que es pugui apreciar cap arbitrarietat en la valoració.

En data 19 d'octubre de 2020 l'Òrgan de contractació va notificar al licitador la Resolució d'exclusió i proposta de la Mesa de contractació en la que es fonamenta la decisió. En la mateixa data es procedí a publicar al perfil del contractant de la Plataforma de Contractació pública de la Generalitat de Catalunya ambdós documents.

En data 19 de novembre de 2020 l'empresa ASSESSORIA PAGÈS SLP amb CIF B-17826462, mitjançant correu certificat, va presentar a la Mesa de Contractació, recurs de reposició contra la resolució d'exclusió del procediment de licitació del contracte d'assessorament i gestió administrativa laboral del Grup d'empreses Municipals de Viladecans, sol·licitant la nul·litat de la resolució d'exclusió basant-se en els següents arguments:

- a) Arbitrarietat i manca de fonamentació de la decisió d'exclusió per part de L'Òrgan de contractació.
- b) Justificació de l'oferta amb dades i documentació no aportada en el tràmit conferit a l'efecte.
- c) Indefensió i manca d'informació en els plecs que regeixen la licitació.
- d) Desigualtat de tracte en les valoracions del criteris d'adjudicació sotmesos a judici de valor.

Revisat l'expedient de contractació i vit ist l'informe jurídic de data 15 de desembre de 2020 que informa :

Són d'aplicació els següents

FONAMENTS DE DRET

I. Procediment i competència.

D'acord amb l'article 44.2 b) de la LCSP poden ser objecte de recurs els actes de tràmit que acordin la inadmissió dels licitadors al procediment per resultar anormalment baixes com a conseqüència de l'aplicació de l'article 149 de la LCSP.

Les actuacions que no reuneixin els requisits establerts el l'article 44.1 de la LCSP podran ser objecte de recurs potestatiu de reposició davant el mateix òrgan que els dictà o ser impugnats directament davant de l'ordre jurisdiccional contenciós- administratiu.

Atès que el recurs de reposició que ens ocupa s'ha presentat contra la resolució d'exclusió de la licitadora ASSESSORIA PAGES SLP en el procediment per a l'adjudicació del contracte de serveis de gestió i assessorament laboral del Grup d'empreses municipals de Viladecans, que el valor estimat de l'esmentat contracte és inferior a 100.000 euros i de conformitat amb l'article 123 i següents de la LPACAP serà competent per resoldre'l el mateix Òrgan que va dictar la resolució que s'impugna.

S'ha presentat dintre del termini establert en la LPACAP, d'un mes des de la notificació de la resolució d'exclusió.

II. Motivació de la decisió d'exclusió

De conformitat amb el que estableix l'art. 149 LCSP, en data 29 de juliol 2020 es va comunicar a l'empresa recurrent que s'havia detectat una oferta anormalment baixa i se li va requerir per tal que dins el termini de CINC (5) DIES HÀBILS (això és, fins al dia 5 d'agost de 2020) presentés per escrit la documentació que estimés pertinent per a justificar la baixa anormal de l'oferta econòmica presentada.

La informació i la documentació que va presentar la licitadora es va considerar insuficient per explicar satisfactòriament el baix nivell de preus, així ho recull l'acta de la Mesa de contractació que es va publicar al perfil del contractant de la Plataforma de Contractació de la Generalitat de Catalunya, que es va notificar al recurrent en data 19 d'octubre de 2020 i que inclou totes les consideracions tècniques que motiven la decisió.

Adicionalment, el departament jurídic de l'Òrgan de contractació, en data 6 d'octubre de 2020, va emetre un informe en el que reforçava la proposta d'exclusió en base al següent:

1) IDENTIFICACIÓ DE LES OFERTES PRESUMPTAMENT ANORMALS O DESPROPORCIONADES

Per a identificar si alguna/es de la/es oferta/es econòmiques presentades incorre en presumpció d'anormalitat l'article 149.2 de la LCSP obliga a acudir als plecs que regeixen el contracte.

Tenint en compte que el nombre d'ofertes admeses a la licitació era d'un total de QUATRE (4) el criteri a aplicar d'entre els previstos a la clàusula 11.1.2 del PCAP era el següent:

“Si el nombre d'ofertes admeses a licitació és inferior a cinc (5), la Baixa Mitja de Referència (BMR) de les ofertes es calcularà tenint en compte totes les ofertes presentades, sense perjudici del que preveu l'article 86 del Reglament de la Llei de Contractes de les Administracions públiques.”

Aquest va ser, precisament, el criteri que va aplicar l'informe tècnic emès a 24 de juliol de 2020 per a calcular les baixes presumptament anormals o desproporcionades segons el qual:

Ateses les ofertes presentades, resulta una baixa mitja de 23,03% (BMR 18,03% + 5%) i per tant es consideraran ofertes amb baixa temerària aquelles que siguin superiors a 23,03%.

Per tant i atès l'exposició del paràgraf anterior, resulten incorre en baixa temerària les següents ofertes:

Licitador núm. 3:
EMPRESA: ASSESSORIA PAGÈS, S.L.P
Oferta econòmica: 21.000.€
El que suposa una Baixa de: 26,95%

2) TRÀMIT D'AUDIÈNCIA AL LICITADOR AFECTAT

REQUERIMENT

Un cop determinat que una de les ofertes econòmiques presentades era presumptament desproporcionada o anormal, es requerí al licitador afectat per tal que presentés per escrit la informació i les justificacions oportunes en relació als diferents components de la seva oferta econòmica tal com exigia la clàusula 9.4. del PCAP i l'article 149.4 de la LCSP.

En primer lloc, pel que fa al seu **contingut**, el requeriment de justificació especificava al licitador que havia de presentar per escrit *“la informació i les justificacions que consideri oportunes en relació als diferents components de la seva oferta econòmica”*.

La formulació del requeriment en sentit ampli va atorgar al licitador la llibertat d'optar per aportar la documentació que estimés més oportuna sense limitar-ho, per part de la mesa de contractació, a

un o varis dels valors relacionats a l'article 149.4 de la LCSP, sent aquest llistat de possibles motivacions merament enunciatiu, tal com indica el Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals ("TACRC")¹.

Conseqüentment, es considera que la petició d'informació es va formular amb suficient claredat com per permetre que **ASSESSORIA PAGÈS, S.L.P** estigués en condicions de justificar plena i oportunament la viabilitat de la seva oferta complint, d'aquesta manera, amb els requisits exigits per l'article 149.4 de la LCSP.

En segon lloc, en relació al **termini** que s'ha de concedir al licitador per a justificar la seva oferta, ni l'article 149.4 de la LCSP ni el RGLCAP no en precisen cap, limitant-se a indicar que haurà de ser un "*termini suficient*" i, per tant, deixa a la discrecionalitat del poder adjudicador fixar la durada d'aquest termini.

Per aquest motiu, la mesa de contractació va optar per aplicar el termini de 5 dies hàbils. Atès que el requeriment es va notificar el dia 29 de juliol de 2020, el licitador disposà d'un total de 7 dies naturals, termini que es considera suficient als efectes de l'article 149.4 de la LCSP i acollint-nos, en aquest punt, al criteri que manté la Sala Contenciosa del Tribunal Superior de Justícia d'Aragó².

Per últim, quant a l'**òrgan competent** per a realitzar ambdós tràmits (identificació de les ofertes presumptament anormals i requeriment de documentació); els articles 149.2 i 149.4 de la LCSP indica que aquesta competència recaurà sobre la mesa de contractació o, en el seu defecte, sobre l'òrgan de contractació. En el cas plantejat, va ser la Mesa de contractació – òrgan, per tant, competent – la que realitzà ambdós tràmits.

JUSTIFICACIÓ APORTADA

L'article 149.4 de la LCSP senyala **com s'ha d'efectuar la justificació** d'una baixa anormal o desproporcionada indicant que ha de desglossar de forma raonada i detallada el baix nivell de preus, de costos o qualsevol altre paràmetre en base al qual s'hagi determinat l'anormalitat de l'oferta.

Així, el Tribunal Superior de Justícia de Madrid³ ha declarat que la justificació a presentar en relació amb una oferta anormal ha d'anar dirigida a "*demostrar la viabilidad de la oferta por referencia fundamentalmente al cumplimiento de las prestaciones objeto del contrato.*"

Per tant, correspon al licitador precisar les condicions de la composició de l'oferta que garanteixin l'execució correcta del contracte sense que sigui necessari, a aquests efectes, que el poder adjudicador precisi cap tipus de desglossament o detall específic ni orienti al licitador sobre quines qüestions podria justificar tal com senyala el Tribunal Administratiu de Contractes Públics d'Aragó⁴ ("TACP" d'Aragó):

“La justificación de una oferta es la acción de explicar, aduciendo razones convincentes o alegando otros medios, la viabilidad y acierto de una proposición, en los términos en que fue presentada al procedimiento licitatorio. Consiste pues, en la aclaración de los elementos en que el licitador fundamentó su oferta y en la verificación de que, conforme a dicha aclaración, la misma es viable de forma que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada, en el modo y manera establecidos en los pliegos de condiciones

[...] No cabe admitir, como señala la recurrente, que «no se ha solicitado ningún tipo de desglose o detalle específico por parte de la comisión», pues como señala AST en su informe «La Comisión de contratación no solo cumplió con la legalidad vigente, sino que además, orientó a la empresa sobre algunas de las cuestiones que se podían entre otras

¹ Resolució 1468/2019, de 19 de desembre de 2019.

² Sentència de 7 de desembre de 2016 que, en el seu fonament de dret tercer, aprecia que establir un termini menor a cinc dies no hagués causat la nul·litat de l'acte recorregut.

³ Sentència de 30 d'octubre de 2017 de la secció tercera de la Sala Contenciosa-Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Madrid.

⁴ Acord 2/2013, de 16 de gener de 2013.

justificar... ». Y, en todo caso, corresponde al licitador, dentro del procedimiento contradictorio instrumentado para la prueba en contrario de la presunción, precisar las condiciones de la composición de la oferta que garanticen la ejecución correcta del contrato.”

Adicionalment, cal recordar que l'oferta presentada pel licitador núm. 3 **ASSESSORIA PAGÈS, S.L.P** suposava una baixa del 26,95 % (que es tradueix en 7745,76 €, IVA exclòs) respecte del pressupost base de licitació i un 8,92 % de diferència en relació a la baixa mitjana de referència (18,03%). Si el Tribunal Superior de Justícia de València entengué que una baixa del 14,70% era “*radicalment baixa*”⁵, encara més si la reducció és del 26,95 %

Això és rellevant a l'hora de justificar la baixa atès que l'**exhaustivitat** de la justificació aportada haurà de ser més alta com més alt sigui el grau d'anormalitat o desproporcionalitat de l'oferta, segons reconeix, entre d'altres, el TACRC⁶:

“Y en cuanto al alcance de la justificación y explicación por el oferente de la anomalía de su oferta. [...] No se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de dar explicaciones que justifiquen de forma satisfactoria el citado bajo nivel de precios o de costes propuestos y, por tanto, despejen la presunción inicial de anomalía de la baja ofertada, de forma que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede cumplir normalmente la oferta en sus propios términos. Y obviamente, tales argumentos o justificaciones deberán ser, en su caso, más profundos, sólidos, detallados o extensos cuanto mayor sea la anomalía de la baja.” (el subratllat és nostre)

Per últim, pel que fa a l'**abast** de la justificació, és a dir, a allò que hauria de justificar i detallar raonablement el licitador podem citar de nou al TACRC⁷:

“En este contexto, la justificación del licitador temerario debe concretar, con el debido detalle, los términos económicos y técnicos de la misma, en aras a demostrar de modo satisfactorio que, pese al ahorro que entraña su oferta, ésta no pone en peligro la futura ejecución del contrato con arreglo a la oferta aceptada y en los propios términos de la misma.”

En el cas plantejat, **ASSESSORIA PAGÈS, S.L.P** va aportar la documentació següent en resposta al requeriment de 3 de febrer de 2020:

1. Escrit que consta de :
 - Introducció
 - Estructura assessoria
 - Comparativa amb altres clients
 - Dades econòmiques assessoria
 - Conclusions.
2. Annex 1 que inclou factures d'altres clients.

3) ASSESSORAMENT TÈCNIC

Aquest assessorament tècnic exigít per l'article 149.4 de la LCSP “*consiste pues, en la aclaración de los elementos en que el licitador fundamentó su oferta y en la verificación de que, conforme a dicha aclaración, la misma es viable, de forma que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada, en el modo y manera establecidos en los pliegos de condiciones*”, segons indica el TACP d'Aragó⁷.

⁵ Sentència 324/2019, de 23 d'abril de 2019, de la secció cinquena de la Sala Contenciosa-Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de la Comunitat Valenciana.

⁶ Resolució 936/2019, d'1 d'agost de 2019.

⁷ Acord 5/2013, de 25 de gener de 2013.

D'acord amb això, *“la apreciación de si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que concurren en la oferta y de las características de la propia empresa licitadora, no siendo posible su aplicación automática”*.

En aquest sentit, en data 28 de setembre de 2020 el tècnic designat per VIGEM ha emès un informe de valoració de la justificació de la baixa pel qual considera que l'empresa ASSESSORIA PAGÈS SLP no ha aportat la documentació suficient per justificar les condicions de la seva oferta susceptibles de determinar la disminució dels preus de la mateixa conforme l'article 149.4 de la LCSP basant-se en els motius següents:

- **Temps de dedicació i cost mig per treballador:** La licitadora no desglossa el temps de dedicació que atribueix a cada treballador, ni el seu perfil professional, ni el conveni col·lectiu d'aplicació, ni de quina manera ha calculat el cost i que inclou. No es detallen les hores emprades en cada tasca i, a simple vista, no es correspon a la dedicació, el detall i la revisió exhaustiva que conté la proposta tècnica de la seva oferta en quant a les possibles incidències, control i els requeriments del plec tècnic referent a informes, dictàmens i assistències en conciliacions.
- **Costos derivats de la ubicació de l'empresa:** La licitadora afirma : *“cal tenir en compte que el fet de ser una Assessoria de la província de Girona ens dona un avantatge competitiu significatiu amb assessories de Barcelona, especialment, dons els costos laborals són significativament inferiors”*. No queda acreditat que **ASSESSORIA PAGES, S.L.P.** tingui un avantatge competitiu respecte les altres licitadores per tenir les oficines a la província de Girona.
- **Justificació del preu ofertat en relació a altres clients:** L'empresa ASSESSORIA PAGÈS, S.L.P., justifica el preu ofertat aportant factures de clients segons ells, d'una mida aproximada a les empreses municipals. En les factures aportades assenyalen en color groc l'import facturat en concepte “Abonament laboral nòmines, contractació , etc... del mes en curs” en la que no s'indiquen les tasques realitzades concretament facturades i precisament, s'aprecien càrrecs addicionals relatius al manteniment mensual del PORTAL WEB, presentacions d'escrits, o tramitacions i comunicacions que no queden incloses en la quota que s'equipara a la oferta que es pretén justificar. A la vista de les factures es dedueix que en l'import ofertat, per regla general no s'inclouen totes les tasques que detallen al plec tècnic o a la oferta.
- **Dades econòmiques de l'empresa:** L'empresa ASSESSORIA PAGÈS, S.L.P., presenta gràfiques de creixement econòmic i altres dades de facturació de l'empresa que no queden acreditades. Les dades aportades no expliquen ni aclareixen que l'empresa realment pugui desenvolupar el servei que es licita amb les tasques que es requereixen pel preu ofertat

4) RESOLUCIÓ

Els òrgans de contractació del sector públic han vetllar per tal que el preu sigui *“adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados”*

Aquesta obligació, imposada per l'article 102.3 de la LCSP, deriva de la necessitat de garantir el principi de lliure competència a la contractació pública i provoca, segons senyala el TACP d'Aragó⁸:

“Los órganos de contratación del sector público deben velar porque el precio de los contratos corresponda con el del mercado, más allá de las rebajas que se ofrezcan en el proceso competitivo licitatorio (artículo 87.1 TRLCSP). Ello es así porque, como ya afirma el artículo 1 TRLCSP, la contratación del sector público debe asegurar entre otros principios, el de la libre

⁸ Acord 2/2013 de 16 de gener de 2013.

competencia. Así, el rechazo de las proposiciones temerarias persigue garantizar la ejecución del contrato, haciendo efectivo el principio de eficiencia y necesidad del contrato, al destacarse la importancia del cumplimiento de los fines institucionales que se persiguen con la contratación pública. Se trata de evitar que la ejecución del contrato se frustre como consecuencia de una proposición que, en atención a sus valores, sea desproporcionada, no cumpliéndose el fin institucional que se persigue con el contrato.”

Relacionant l'anterior amb l'art. 149.6 de la LCSP; resulta en la **facultat de l'òrgan de contractació per excloure les ofertes anormals o desproporcionades** quan el licitador afectat no hagi explicat satisfactòriament el baix nivell dels preus o costos proposats i que, per tant, l'oferta no pot ser complerta com a conseqüència de la inclusió de valors anormals, podent citar, a mode d'exemple, al TACP de la Comunitat de Madrid⁹:

“Sólo es posible, de acuerdo con el indicado artículo, rechazar una oferta que contenga valores anormales cuando, a la vista de la justificación aportada y los informes sobre la misma, se estime que “la oferta no puede ser cumplida”. O, como expresa también el artículo 69.3 de la nueva Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, los poderes adjudicadores exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando ésta parezca anormalmente baja para los servicios de que se trate y sólo se podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos, teniendo en cuenta los elementos mencionados en el apartado 2 del citado artículo.

[...] La información justificativa, tal como está diseñado el procedimiento contradictorio de verificación de la oferta anormal o desproporcionada va dirigida a convencer al órgano de contratación de que con la oferta formulada, anormalmente más baja en comparación con las demás del mismo procedimiento competitivo, y con la justificación de su desglose, se pueden cumplir las prestaciones objeto del contrato, de manera que si la justificación es insuficiente o motivadamente no garantiza adecuadamente la ejecución del contrato, atendiendo a la inicial presunción y para preservar el interés público de la licitación la oferta ha de ser rechazada.” (el subratllat és nostre)

De fet, no només aquest cas, sinó que l'actual LCSP ha ampliat els supòsits que habiliten a l'òrgan de contractació per excloure una oferta anormalment baixa, tal com reconeix el TACRC¹⁰:

“En cuanto a la configuración de la baja como una presunción iuris tantum se mantiene en la nueva LCSP, si bien que el examen de la oferta no se limita ya a que, en los términos que se formula pueda ser cumplida, atendiendo exclusivamente a las condiciones de ejecución previstas en los pliegos, sino que además si la oferta, aun siendo viable, incumple determinadas exigencias también pueden ser excluidas. Así se impone que los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201 de la LCSP. Así la defensa del interés general al que el objeto del contrato sirve se ve completada por otras motivaciones de interés general que son, en principio, ajenas al objeto concreto del contrato.”

Adicionalment, malgrat és evident que els licitadors gaudeixen de plena llibertat per a configurar les seves ofertes, també ho és que al fer-ho assumeixen el risc de ser excloses si les seves propostes són anormalment baixes, tal com reconeix el TACP de la Comunitat de Madrid¹¹:

“Como sostuvo el Tribunal en su Resolución 2/2017 de 11 de enero, “El contenido de la justificación ha de ir referido a las prestaciones objeto del contrato. Las empresas deciden libremente la composición de sus ofertas económicas de acuerdo a los criterios establecidos en el Pliego y son conocedoras de los factores de todo tipo que han tenido en cuenta para su

⁹ Resolució 83/2019, de 28 de febrer de 2019

¹⁰ Resolució 1468/2019, de 19 de desembre de 2019

¹¹ Acord 255/2019, de 19 de juny de 2019.

formulación en los términos en que la han presentado, valorando incluso el riesgo de exclusión al que se exponen, si sus propuestas son anormalmente bajas y el riesgo de no resultar adjudicatarias, si los precios que proponen son demasiado altos o cercanos a los máximos establecidos por el Pliego”

Per últim, pel que fa a l'òrgan competent, l'article 149.6 i 326.2.c) de la LCSP atribueixen a la mesa de contractació la funció d'avaluar tota la documentació i informació proporcionada pel licitador i elevar a l'òrgan de contractació una proposta sobre la qualificació d'una oferta com anormalment baixa recaient sobre aquest últim (l'òrgan de contractació) resoldre sobre l'acceptació o rebuig (exclusió) de l'oferta.

Cal subratllar que la motivació *in aliunde*, per remissió o referència al contingut dels informes que obren en l'expedient és admesa per la doctrina jurisprudencial del Tribunal Suprem i el Tribunal Constitucional i que en aquest cas, els informes justificatius no només es referencien en la resolució d'exclusió, si no que els motius es transcriuen en l'Acta de la Mesa de Contractació que és notificada al licitador i publicada al perfil del contractant de la Plataforma de Contractació Pública de la Generalitat de Catalunya.

Cal afegir, que tal i com reconeix el TACRC¹² en relació a la motivació de les resolucions :

“la motivación 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 suficiente amplitud para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto para poder defender sus derechos e intereses, pudiendo ser los motivos de hecho y de derecho sucintos siempre que sean suficientes, como declara la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo (por todas [STC 37/1982 de 16 de junio \(LA LEY 75-TC/1982\)](#), SSTs de 9 de junio de 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 1999 y 13 de enero de 2000)”. En aquest cas, queda palès a la resolució de l'Òrgan de contractació que la causa d'exclusió és la manca de justificació de l'oferta presentada ja que el licitador no acredita les afirmacions del seu informe ni les justifica degudament.

III. Inadmissió de la documentació aportada ex novo en via de recurs

Tots els detalls i la documentació que aporta ara el licitador en el seu recurs i que no va aportar en el termini oportú evidencien que la justificació presentada era insuficient per explicar la seva oferta.

El licitador hauria d'haver presentat dins del termini de cinc dies tota la documentació i dades que considerés oportuna per justificar la seva oferta i la Mesa va considerar que aquestes no explicaven adequadament la viabilitat de la seva oferta.

El recurrent, en les seves al·legacions, afirma que la Mesa li havia d'haver requerit per complementar la seva justificació si la considerava insuficient.

L'esmena de la justificació no resultava procedent en aquest cas, per quan no es considera un simple aclariment o esmena d'un error si no de l'aportació de dades i documentació que no es van aportar en el moment oportú i, per tant, afectaria el principi d'igualtat de tracte. D'acord amb la doctrina i la jurisprudència d'aplicació, l'esmena de la mancança d'acreditació suposaria extralimitar-se en els límits d'esmena: no es tracta de cap aclariment sinó d'una aportació *ex novo* de documents i detalls que no es van presentar en un primer moment.

El recurrent inclou en el tràmit de recurs informació i documents per explicar la seva oferta que no va presentar en el termini de CINCO dies atorgat per a la justificació de la baixa i per tant **no es poden tenir en compte a cap efecte atès que es tracta de documents que no va remetre a l'Òrgan de Contractació durant el termini corresponent.**

¹² Resolució 1116/2015 de 4 de desembre

Es tracta de documents aportats de forma extemporània que, d'admetre's, suposaria concedir un segon termini de justificació que implicaria una *"indeterminada solicitud de subsanaciones que dilatarían la adjudicación del contrato en contra del interés general en el inicio de su ejecución"* (resolució núm. 1109/2018, de 30 de novembre, del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals). Admetre que el recurrent pugui presentar informació i documentació novament en aquesta via de recurs resultaria contrari a la lliure concurrència i a la necessària transparència que ha de presidir un procediment de licitació pública, tal com senyala la doctrina. N'és un bon exemple la resolució núm. 1095/2018 de 30 de novembre, del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals per la qual:

"En cuanto a la posibilidad de aportar la documentación en la vía de este recurso, hemos señalado en la resolución 512/2018 que "es doctrina reiterada de este Tribunal la que impide que podamos pronunciarnos sobre documentos que no han sido presentados ante la Mesa de contratación por vedarlo el carácter revisor de nuestras atribuciones (cfr.: Resoluciones 196/2011, 369/2013, 581/2013, 645/2013, 282/2014, 107/2015, entre otras). A fin de cuentas, el artículo 83.6 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre; en adelante, RGLCAP) prohíbe a la Mesa hacerse cargo de cualesquiera documentos no entregados en el plazo de presentación de proposiciones o en el de subsanación, precepto que, 'a fortiori', debe también impedir al Tribunal aceptar cualesquiera justificantes que tuvieron que presentarse ante la Mesa (cfr.: Resolución 728/2015)".

IV. Extemporaneïtat de la impugnació del PCAP i PPT

D'acord amb el que estableix l'article 139.1 de la LCSP la presentació de les proposicions dels interessats suposa l'acceptació incondicionada per l'empresari del contingut de la totalitat de les seves clàusules i condicions.

Ens referim especialment a les condicions relatives les Ofertes desproporcionades o anormalment baixes. D'acord amb la clàusula 11.1.2 del PCAP "Es consideraran en principi desproporcionades o anormalment baixes les ofertes en que la baixa ofertada sigui major a la Baixa Mitja de Referència (BMR) de les ofertes presentades + 5 unitats percentuals" Aquest càlcul s'ha de realitzar sobre la quantitat global del servei que és la que s'ha de determinar a la oferta i no sobre el preu unitari com afirma ASSESSORIA PAGÈS SLP en el seu recurs.

La determinació del "llindar de temeritat" amb referència a cadascú dels preus unitaris que integren un contracte i no al conjunt dels mateixos, no és congruent amb la finalitat de la figura d'acord amb el que determina el TACRC (entre altres, les resolucions 824/2014, 669/2017, 1279/2018 i 996/2018).

D'altra banda el PCAP justifica el càlcul del seu pressupost en base al cost actual del servei tenint en compte una quota mensual per cada conveni aplicable a les diferents empreses que ha d'incloure totes les tasques que es detallen al PPT i que engloben el conjunt de tasques relacionades amb el desenvolupament del servei tant de caràcter ordinari i/o periòdic com puntual i/o extraordinari pel que fa als tràmits de gestió, consulta o revisió i que els licitadors han d'especificar detalladament en les seves propostes tècniques.

En cas de considerar que els plecs no són suficientment explícits es podrien haver fet les consultes que es considerin oportunes abans de presentar la seva proposta. D'altra banda, i en cas de no estar d'acord amb el contingut dels plecs, es podrien haver impugnat de conformitat amb l'article 44 i següents de la LCSP. El licitador no va optar per cap de les opcions anteriors i la impugnació ara dels mateixos ha de considerar-se extemporània.

En aquest sentit es pronuncia el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic a la seva resolució núm. 171/2020, de 6 de maig en destacar que:

"[...] per analitzar la qüestió controvertida cal partir del fet que, efectivament, els plecs rectors de la licitació, en aquesta qüestió, no van ser impugnats en el seu moment i que, per tant, en aquest sentit, van esdevenir lex inter partes, de manera que les seves previsions al respecte

van esdevenir vinculants per a totes les parts, tant les empreses licitadores que les van acceptar incondicionalment en presentar-se a la licitació ex article 139.1 de la LCSP, com a l'òrgan de contractació, qui ha de vetllar per adjudicar el contracte a qui compleixi les condicions establertes, com a lògic corol·lari de la garantia dels principis d'igualtat de tracte, no discriminació i transparència que proclamen els articles 1 i 132 de la LCSP (per totes, les resolucions 218/2018, 101/2018, 99/2018, 32/2018, 102/2017, 91/2017, 54/2017, 14/2017, 6/2017, 166/2016, 125/2016, 118/2016, 78/2016, 67/2016 i 52/2016, en consonància amb la jurisprudència-per totes, sentències del Tribunal Suprem de 27 de maig de 2009, 26 de desembre de 2007, 21 de març de 2007 i 28 de juny de 2004, i de l'Audiència Nacional de 17 de febrer de 2016- i la doctrina dels tribunals de recursos contractuals, com ara, també per totes, les resolucions 43/2018, 8/2018, 5/2018, 1213/2017 i 1175/2017 del TARC, que recullen i citen alhora el bagatge doctrinal fins aleshores). [...]

En aquest sentit, cal aportar a col·lació la doctrina relativa a la improcedència de la impugnació indirecta de continguts dels plecs que no han estat objecte d'impugnació en el moment processal adequat, atès que tot i que la part actora, coneixia aquesta clàusula i el seu abast, es va presentar a la licitació sense impugnar-los prèviament ex article 50.1.b) in fine de la LCSP.”

I la resolució núm. 286/2019 de 10 de setembre de 2019 del mateix Tribunal Català de Contractes del Sector Públic:

“ Nogensmenys, aquest Tribunal no pot deixar de fer constar, en aquest cas, que la fonamentació del recurs [...], es refereix, únicament i exclusiva, al contingut dels documents contractuals que regeixen la licitació. [...] Cal recordar que, d'acord amb la jurisprudència del tribunals i amb consolidada doctrina dels òrgans de resolució de recursos contractuals, d'acord amb els principis de bona fe i seguretat jurídica, el contingut dels plecs que regeixen la contractació, una vegada acceptats i consentits, és a dir, quan han esdevingut fermes, són la llei del contracte i resulten vinculants per les parts, sense que pugui impugnar-se el seu contingut amb posterioritat o amb ocasió de l'adjudicació del contracte (en aquest sentit, entre moltes altres, la Sentència de la Sala del contenciós administratiu de l'Audiència Nacional de 17 de febrer de 2016, amb cita de la jurisprudència del Tribunal Suprem, i les resolucions 262/2019, 234/2019, 141/2019, 32/2018, 102/2017 i 91/2017 d'aquest Tribunal).

Ultra això, cal afirmar també la improcedència de la impugnació indirecta de continguts dels plecs que no han estat objecte d'impugnació en el moment processal adequat, atès que, tot i que la part actora coneixia el seu contingut i abast, es va presentar a la licitació sense impugnar-los prèviament ex art.50.1.b) in fine de la LCSP.

De fet, la doctrina del caràcter inatacable dels plecs quan ja són fermes només es veu matisada, i els òrgans de revisió contractual estan facultats per deixar sense efecte en tot moment les clàusules que siguin nul·les de ple dret, quan quedin evidenciats els vicis en un moment posterior al procediment de contractació, de manera que, en virtut de l'efecte útil de la Directiva comunitària de recursos, les empreses afectades poden qüestionar aquestes condicions en el moment d'impugnar l'adjudicació del contracte (entre altres, la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea-TJUE-de 12 de març de 2015, assumpte C-538/13, 6 eVigilo Ltd, apartat 58). En tot cas, aquesta modulació ha de ser sobre la base d'una interpretació necessàriament restrictiva (en aquest sentit, per totes, les resolucions 102/2017 i 125/2016 d'aquest Tribunal, 1213/2017 i 49/2017 del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuales i 225/2017 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid-TACPCM-.)

En el cas objecte de la present resolució, el termini per a la interposició del recurs contra el contingut dels plecs que regeixen la licitació ha estat àmpliament sobrepassat i, per tant, cal afirmar, en primer terme, l'extemporaneïtat del recurs. Al respecte, cal tenir en compte, que d'acord amb l'article 50.1.b) de la LCSP, el termini d'interposició del recurs contra els plecs comença a comptar des de l'endemà del dia de la seva publicació al perfil del contractant.” (el subratllat és nostre)

El licitador en el moment, que presenta la proposta, accepta de forma *sine qua non* les condicions del PCAP, per tal de poder participar en l'adjudicació del contracte. En cas de considerar que els plecs causaven indefensió, hauria d'haver-los impugnat, en el moment oportú, és a dir, a partir de l'endemà a la publicació de l'anunci de licitació al perfil del contractant de la Plataforma de Contractació Pública de Catalunya. I en el present cas, el recurrent no ho ha fet. És per aquest motiu que considerem extemporània l'al·legació.

A més, caldria destacar la manca de motivació i argumentació del recurrent respecte a la indefensió que considera que existeix en els mateixos.

V. Discrecionalitat tècnica de l'òrgan de contractació en les seves decisions i extemporaneïtat de la impugnació de la mateixa.

Per últim i en relació a l'afirmació relativa a la discriminació en la valoració de la proposta tècnica cal recordar que tant l'Acta de valoració del sobre B (contenedor de les referències tècniques) com la Resolució ratificant aquesta valoració es van publicar el 24 de juliol de 2020 en el perfil del contractant de la Plataforma de Contractació Pública de la Generalitat de Catalunya sense que s'hagi impugnat el seu contingut fins al moment.

Tal i com recorda una vegada més el Tribunal Català de Contractes en la Resolució 3383/2020 de 25 de novembre:

“ els actes dels poders adjudicadors disposen de la presumpció de vàlidesa, certa, encert i legalitat, tret de prova en contra, com ha indicat aquest Tribunal en nombroses resolucions (per totes, les resolucions 160/2018, 118/2018, 102/2018, 74/2018, 186/2017, 161/2017, 153/2017 i 152/2017 del Tribunal). En aquesta mateixa línia, la Sentència de l'Audiència Nacional de 30 de maig de 2013 (Roj. SAN 2420/2013) va afirmar que: “(...) a falta de una prueba técnica independiente, aportada o suscitada en su práctica por aquel en quien recae la carga probatoria, y dado la falta de conocimiento “ad hoc” del tribunal, ha de resolverse a favor de la Administración por la presunción de imparcialidad que merece tal criterio ya que gozaba de la imparcialidad que le confiere su naturaleza y la condición de los funcionarios que lo emiten, frente del perito de parte.” En aquest sentit, és indiscutible també el valor dels informes tècnics emesos en el marc del procediment, que serveixen de base de motivació a l'òrgan resolutori (per totes, resolucions 520/2017, 448/2016 i 456/2015 del TACRC). En concret, la darrera d'aquestes resolucions afirma el següent:

Conforme a dicha doctrina, el control jurisdiccional de las facultades discrecionales solo se puede producir a través del análisis de los hechos determinantes alegados y probados por la parte recurrente (entre otras STS de 20 de julio de 2007 y 20 de abril de 2012) y la discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración que aplican criterios resultantes de concretos conocimientos especializados y sus apreciaciones gozan de presunción «iuris tantum» y solo se pueden desvirtuar por desviación de poder, arbitrariedad, ausencia de toda justificación o patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega (STS de 23 de junio de 2003).

Es reitera la manca de motivació i acreditació de l'al·legació, en aquest cas, relativa a la discriminació en la valoració dels criteris subjectes a judici de valor així com l'extemporaneïtat de la impugnació de la resolució que ratifica les puntuacions corresponents als esmentats criteris d'adjudicació.

Per tot això,

RESOLC

PRIMER.- DESESTIMAR el RECURS DE REPOSICIÓ interposat per ASSESSORIA PAGÈS SLP contra la RESOLUCIÓ D'EXCLUSIÓ per manca de justificació d'oferta anormalment baixa presentada en el PROCEDIMENT OBERT NO SUBJECTE A REGULACIÓ HARMONITZADA PER

A LA CONTRACTACIÓ DELS SERVEIS D'ASSESSORAMENT I GESTIÓ LABORAL DE LES
EMPRESSES MUNICIPALS DE VILADECANS.

SEGON.- NOTIFICAR la present resolució als interessats.

Viladecans, 15 de desembre de 2020

Sra. Alicia Valle Cantalejo
Consellera Delegada