Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

Plaza de los Sitios, 7
50001 Zaragoza
Tel. 976 713016
E-mail: tribunalcontratosaragon@aragon.es

RE 45/2023

Acuerdo 52/2023, de 1 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por la mercantil "MANTELNOR LIMPIEZAS, S.L." frente a la adjudicación del procedimiento de licitación denominado «Servicio de limpieza de dependencias municipales», promovido por el Ayuntamiento de Jaca.

Ponente: Esperanza Ríos Marín

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 20 de noviembre de 2022 se publicó, en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP), anuncio de la licitación a que alude el encabezamiento del presente acuerdo. El mismo anuncio fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el día 23 de noviembre siguiente. Según figuraba en el mencionado anuncio, el plazo de presentación de proposiciones finalizaba el día 20 de diciembre de 2022.

Se trata de un contrato de servicios, tramitado por procedimiento abierto, sujeto a regulación armonizada, con varios criterios de adjudicación y con un valor estimado de 3 496 883,80 euros.

Segundo.- La Mesa de contratación, en su reunión del día 20 de febrero de 2023, procedió, a la vista del informe técnico de valoración de los criterios evaluables mediante la utilización de fórmulas de la cláusula 10 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) que rige el contrato,

a la clasificación de las ofertas admitidas a la licitación, con el resultado el siguiente:

	1	***2***	***3***	***4***	***5***	***6***
CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN	*SACYR*	*MANTELN*	*ACCIONA*	*INGESAN*	*EULEN*	*ARALIA*
OFERTA TÉCNICA *1.- Programación general de los trabajos, hasta 25 puntos.*	*12,05*	*21,75*	*18,30*	*9,20*	*13,25*	*3,00*
OFERTA ECONÓMICA *1.- Sobre la oferta económica global, hasta 58 puntos.* *2.- Oferta de precios unitarios hora, hasta 12 puntos.* *3.- Bolsa de horas para servicios extraordinarios, hasta 5 puntos.*	 *55,99* *11,00* *4,99*	 *55,05* *0,01* *4,99*	 *58,00* *0,01* *4,99*	 *54,12* *12,00* *5,00*	 *51,78* *0,01* *4,99*	 *54,53* *0,01* *4,99*
PUNTUACIÓN FINAL	***84,03***	***81,80***	***81,30***	***80,32***	***70,03***	***62,53***

Asimismo, acordó proponer como adjudicataria a la licitadora clasificada en primer lugar.

El acta levantada al efecto, se publicó en la PCSP el día 23 de febrero de 2023.

Tercero.- El día 13 de marzo de 2023 se recibió en este Tribunal, a través del Registro Electrónico del Gobierno de Aragón, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña O.M.S.C., en nombre y representación de la mercantil “MANTELNOR LIMPIEZAS, S.L.”, en el que manifiesta su disconformidad con la valoración y clasificación de las propuestas dictada en el antecedente anterior.

En su escrito, la recurrente, cuestionaba la valoración efectuada a dos de las proposiciones presentadas –entre ellas, la clasificada en primer lugar- relativa a uno de los criterios de aplicación mediante fórmula, esto es, la oferta de precios unitarios/hora. Sostenía la recurrente que dichas propuestas han sido efectuadas en fraude de ley, por cuanto los precios ofertados son próximos a cero euros.

Interesaba de este Tribunal la anulación de la valoración del criterio cuestionado, así como la exclusión de la mercantil propuesta como adjudicataria.

Al recurso recibido, atendiendo a su orden de llegada, le fue asignado el número 30/2023 y fue resuelto mediante Acuerdo 29/2023 de 24 de marzo, inadmitiendo el recurso presentado, por haber sido interpuesto frente a una actuación no susceptible de impugnación.

Cuarto.- El día 19 de abril de 2023, el Pleno Municipal del Ayuntamiento de Jaca, acordó la adjudicación del contrato a la mercantil "SACYR FACILITIES, S.A." al ser la oferta que había obtenido la mejor puntuación. La adjudicación fue notificada a los interesados y publicada en la PCSP los días 20 y 25 de abril siguientes.

Quinto.- El día 28 de abril de 2023 se recibió en este Tribunal administrativo, a través del Registro Electrónico del Gobierno de Aragón, un nuevo escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña O.M.S.C., en nombre y representación de la mercantil "MANTELNOR LIMPIEZAS, S.L.", en el que manifiesta su oposición al acuerdo adoptado en el antecedente anterior.

Su disconformidad trae causa –al igual que en su anterior recurso- de la valoración efectuada a dos de las proposiciones presentadas, entre ellas, la adjudicataria, sosteniendo que dichas propuestas han sido efectuadas en fraude de ley, por cuanto los precios ofertados son próximos a cero euros.

Interesa de este Tribunal, que con la estimación de su recurso sea anulado el acto de adjudicación del contrato.

Sexto.- El día 2 de mayo de 2023, este Tribunal dio traslado del recurso recibido al órgano de contratación, requiriendo del mismo el expediente de contratación e informe al que alude el artículo 56.2 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). La documentación requerida se recibió el día 4 de mayo siguiente.

Séptimo.- El día 5 de mayo de 2023 se dio traslado del recurso al resto de licitadores del procedimiento otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que presentaran las alegaciones que estimara oportunas, tal y como se prevé en el artículo 56.3 de la LCSP. Se han recibido alegaciones de la mercantil adjudicataria, oponiéndose al recurso.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PREVIO.- El día 17 de abril de 2023, se publicó en el Boletín Oficial de Aragón, la Ley 11/2023, de 30 de marzo, de Uso Estratégico de la Contratación Pública de Aragón, por lo que de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Final Quinta apartado 1 de la citada norma, la misma ha entrado en vigor con fecha 17 de mayo del ejercicio corriente, sin embargo debe tenerse en cuenta el régimen transitorio establecido en su Disposición Transitoria primera que establece lo siguiente:

«Expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley. Los expedientes de contratación cuya convocatoria de licitación haya sido publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público antes de la entrada en vigor de esta ley se regirán por la normativa anterior en todas sus fases. En el caso de procedimientos con negociación sin publicidad, se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.»

Así, dado que en el presente caso el anuncio de licitación fue publicado en la PCSP el día 20 de noviembre de 2022, tal y como se ha señalado en el

Antecedente de Hecho Primero del presente Acuerdo, resulta de aplicación la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón (en adelante, LMMCSPA).

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de "MANTELNOR LIMPIEZAS, S.L." para interponer el recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

También queda acreditado que el recurso se ha interpuesto frente a la licitación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100 000 euros, por lo que este Tribunal administrativo es competente para su resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2.a) de la LMMCSPA, y se dirige contra el acto de adjudicación de un contrato, actuación específicamente contemplada entre las susceptibles de impugnación *ex* artículo 44.2.c de la LCSP.

El acto es recurrible de acuerdo con los aludidos preceptos y el recurso se ha interpuesto en tiempo y forma.

SEGUNDO.- Una vez verificada la concurrencia de los requisitos para la admisión del recurso, procede entrar a analizar los motivos que se aducen en el mismo en cuanto al fondo. En el escrito de recurso combate la adjudicación acordada por el órgano de contratación y a tal efecto aduce los siguientes argumentos:

«PRIMERO.- DE LA VALORACIÓN DE LA OFERTA ECONÓMICA.

Siguiendo con lo establecido en el apartado 7.2 "Oferta económica" del PPT, los licitadores adjudicarán- en realidad es adjuntarán- *, entre otras:*

- *"Oferta de precios unitarios sin I.V.A. para la prestación de servicios*

extraordinarios según lo previsto en las bases de licitación:

- *euros/hora de Auxiliar de limpieza o limpiador/a en día laborable horario diurno.*
- *euros/hora de Auxiliar de limpieza o limpiador/a en día laborable horario nocturno.*
- *euros/hora de Auxiliar de limpieza o limpiador/a en domingos o festivos horario diurno.*
- *euros/hora de Auxiliar de limpieza o limpiador/a en domingos o festivos horario nocturno.*
- *euros/hora de Especialista en día laborable horario diurno.*
- *euros/hora de Especialista en día laborable horario nocturno.*
- *euros/hora de Especialista en domingos o festivos horario diurno.*
- *euros/hora de Especialista en domingos o festivos horario nocturno.*
- *euros/hora de Auxiliar especializado en día laborable horario diurno.*
- *euros/hora de Auxiliar especializado en día laborable horario nocturno.*
- *euros/hora de Auxiliar especializado en domingos o festivos horario diurno.*
- *euros/hora de Auxiliar especializado en domingos o festivos horario nocturno.*

- *Oferta de n.º de horas/año de bolsa de horas de servicios extraordinarios sin coste para el Ayuntamiento, a detraer de las previstas en las bases de licitación."*

Así, se establece como Criterios de adjudicación, en el apartado 10 del PCAP:

- *Criterios de adjudicación objetivos que dependen de la aplicación de fórmulas o cifras sobre la Oferta económica: (80 puntos).*

2.- Oferta de precios unitarios hora, hasta un máximo de 12 puntos (hasta un máximo de 1 punto para cada precio unitario):

$$V = \frac{1\ punto\ x\ oferta\ precio\ unitario\ hora\ más\ económica}{Oferta\ precio\ unitario\ hora\ que\ se\ valora}$$

Teniendo en cuenta lo anterior, las ofertas presentadas por las empresas Ingesan y Sacyr son las siguientes:

HORAS EXTRAORDINARIAS	*INGESAN*		*SACYR*	
Precio unitario según tipo de hora	*€*	*Ptos*	*€*	*ptos*
- euros/hora de Auxiliar de limpieza o limpiador/a en día laborable horario diurno.	*0,01*	*1,00*	*21,50*	*0,001*
- euros/hora de Auxiliar de limpieza o limpiador/a en día laborable horario nocturno.	*0,01*	*1,000*	*0,01*	*1,000*
- euros/hora de Auxiliar de limpieza o limpiador/a en día laborable horario nocturno.	*0,01*	*1,000*	*0,01*	*1,000*
- euros/hora de Auxiliar de limpieza o limpiador/a en domingos o festivos horario nocturno.	*0,01*	*1,000*	*0,01*	*1,000*
- euros/hora de Especialista en día laborable horario diurno.	*0,01*	*1,000*	*0,01*	*1,000*
- euros/hora de Especialista en día laborable horario nocturno.	*0,01*	*1,000*	*0,01*	*1,000*
- euros/hora de Especialista en domingos o festivos horario diurno.	*0,01*	*1,000*	*0,01*	*1,000*
- euros/hora de Especialista en domingos o festivos horario nocturno.	*0,01*	*1,000*	*0,01*	*1,000*
- euros/hora de Auxiliar especializado en día laborable horario diurno.	*0,01*	*1,000*	*0,01*	*1,000*
- euros/hora de Auxiliar especializado en día laborable horario nocturno.	*0,01*	*1,000*	*0,01*	*1,000*
- euros/hora de Auxiliar especializado en domingos o festivos horario diurno.	*0,01*	*1,000*	*0,01*	*1,000*

HORAS EXTRAORDINARIAS	*INGESAN*		*SACYR*	
- euros/hora de Auxiliar especializado en domingos o festivos horario nocturno.	*0,01*	*1,000*	*0,01*	*1,000*
PUNTUACIÓN FINAL	*12,00*		*11,00*	

El resultado de la suma de la puntuación obtenida por cada licitadora sobre todos los criterios de valoración, incluida la oferta técnica es la que acompañamos:

CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN	*ARALIA*	*EULEN*	*INGESAN*	*SACYR*	*ACCIONA*	*MANTELN*
OFERTA TÉCNICA *1.- Programación general de los trabajos, hasta 25 puntos.*	*3,00*	*13,25*	*9,20*	*12,05*	*18,30*	*21,75*
OFERTA ECONÓMICA *1.- Sobre la oferta económica global, hasta 58 puntos.* *2.- Oferta de precios unitarios hora, hasta 12 puntos.* *3.- Bolsa de horas para servicios extraordinarios, hasta 5 puntos.*	*54,53* *0,01* *4,99*	*51,78* *0,01* *4,99*	*54,12* *12,00* *5,00*	*55,99* *11,00* *4,99*	*58,00* *0,01* *4,99*	*55,05* *0,01* *4,99*
PUNTUACIÓN FINAL	*62,53* 62,52	*70,03* 70,02	*80,32* 68,32	*84,03* 73,03	*81,30* 81,29	*81,80* 81,79

SEGUNDO.- DE LA INCORRECTA VALORACIÓN DE LA OFERTA ECONÓMICA

Tomando como referencia las tablas adjuntas, es claro que hay 2 empresas licitadoras que presentan oferta de precios unitarios hora que están muy alejadas del resto. Esto se debe a que, INGESAN y SACYR ofertan 0,01€ como precio

unitario de hora extraordinaria, acaparado por completo la puntuación de este criterio (12 puntos).»

En apoyo de su tesis cita las resoluciones números 827/2021, de 8 de julio, la 113/2020, de 30 de enero, y la 386/2019, de 17 de abril, dictadas por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC)

A continuación, la recurrente en su alegato refiere lo siguiente:

«Indica el Tribunal que "de la simple apreciación de la oferta realizada por la recurrente -SACYR- en los referidos criterios de adjudicación, -0,01 -, y sin necesidad de hacer enjuiciamiento técnico alguno, € se evidencia que dicho importe está necesaria y absolutamente fuera de convenio. En consecuencia, el precio hora extraordinaria ofertado por la recurrente para su valoración conforme a los citados criterios de adjudicación automática, no cumple la exigencia prevista en el pliego para que pueda ser tenida en cuenta en aras a su valoración mediante la aplicación de la fórmula prevista para ello. Por otra parte, si se hubiese valorado la oferta presentada en los referidos criterios se habría vulnerado el principio "lex contractus", eximiendo a la recurrente de cumplir las condiciones previstas en un criterio para su valoración, con clara vulneración del principio de igualdad respecto al resto de empresas participantes. En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas en la presente resolución, procede desestimar el recurso interpuesto."»

Y sigue defendiendo su tesis esta vez invocando de nuevo resoluciones del TACRC, que son las siguientes: Resolución 386/2019, de 17 de abril, la número 513/2020, de 2 de abril y la número 1180/2021, de 15 de septiembre.

Y termina el escrito de recurso concluyendo del siguiente modo:

«En base a todo lo anterior, ha quedado suficientemente probado que el Tribunal al que nos dirigimos ha resuelto de forma clara en cuanto a que no está ajustado ni conforme a derecho la presentación de ofertas por precio de 0,01€. Aplicable a este caso que nos ocupa, entiende esta parte que no debe valorarse este criterio de adjudicación, siguiendo con las Resoluciones aportadas, la oferta de SACYR de 0,01€ como precio unitario de hora extraordinaria. Pues, con esta oferta, consigue la adjudicataria eliminar la competencia del resto de licitadores que sí han presentado ofertas acordes a los precios reales de mercado, acaparando SACYR la puntuación máxima en ese apartado, muy alejada del resto de ofertas.»

El órgano de contratación, en el informe elaborado con motivo de la interposición del recurso se opone al mismo alegando que:

«El recurso tiene como la baremación de la oferta de precios unitarios sin IVA para la prestación de servicios extraordinarios conformado con 12 precios en atención a la categoría y el trabajo a desempeñar, de la manera que a continuación se trascribe:

(…)

Dos de las empresas licitadoras en este apartado concreto hacen ofertas con precios cercanos a cero en los 12 apartados en el caso de INGESAN, mientras que la mercantil SACYR oferta 21,50 en el primero de los precios Auxiliar de limpieza o limpiador/a en día laborable horario diurno, y 0,01 euros en los restantes puntos. Esta cuestión es preciso se ponga de manifiesto porque incide sobre la baremación, especialmente porque quien obtiene la máxima puntuación es la empresa Ingesan y no la empresa Sacyr como indica el recurso, que además sólo pide que no se valore la oferta de esta última empresa y no la de quién ofertó todo a 0,01 €.

El objeto del contrato, que se licita en un único lote, es la "limpieza de las dependencias e instalaciones municipales", cuestión que no carece de importancia porque la oferta a presentar lo es a la totalidad del contrato, que según se establece en los Pliegos comprende una serie de edificios e instalaciones se han calculado un número determinado de horas al año que son las necesarias para el buen desarrollo del contrato. Junto con eso, se han previsto una bolsa de horas, que se podrían ofertar o no por los licitadores y que recibía un total de 5 puntos, y que se incluyen en el concepto de Bolsa de horas, calculadas en unas 900 y que tendrán carácter anual, y serán sin coste para el Ayuntamiento pero que los licitadores deberían tenerlas en cuenta si las ofertaban para el cálculo de costes de todo tipo, como se pone de manifiesto en las Memorias Económicas, salvo de dos empresas (Ingesan y Eulen).

Junto con todo ello, se incluía un criterio de valoración que eran los precios unitarios por prestación de horas extraordinarias, más allá de las horas de prestación ordinaria y la bolsa de horas extraordinarias anuales. El pliego no indicaba ni cuantas serían precisas, ni su valoración ni otras circunstancias ya que lo que se pretendía era que los licitadores ofertasen y el Ayuntamiento lícitamente busca la mejor relación calidad precio posible. La opción de ofertar a 0,01 euros/hora, no está prohibida en los Pliegos, por lo tanto los licitadores podrán ofertarla y no cabe hacer un juicio previo de valor sobre si dicha cuantía permite o no el cumplimiento de la prestación concreta. Hay que recordar que las horas a las que se oferta no están incluidas en el cómputo total del contrato ni siquiera como bolsas extraordinarias. (Resoluciones del OARCE n.º 050/2019 y 06/2019)

Por otro lado, la admisión de precios cercanos a cero como es el caso presente (aunque debemos insistir que no todos los precios unitarios ofertados SACYR cumplía este condicionante) plantearían la posibilidad de entender que la

mercantil se guíe por otros motivos lícitos como el mantenimiento del servicio, la publicidad o la entrada en un territorio para ofertar precios tan bajos, incluso considerados como irreales si a los que se oferta ya queda cubierto por la totalidad del precio del contrato y se trata de horas de previsible prestación pero no de carácter cierto, todo ello sin olvidar que tras las sentencias de los tribunales europeos en los asuntos C-451/2018 y C451/2020 se ha establecido un posicionamiento jurisprudencial a favor de un concepto amplio de onerosidad, de esta forma algunas resoluciones de tribunales de contratación que admite que el licitador preste gratuitamente algunos de los servicios incluidos en el contrato ya que su admisión no anula la nota de onerosidad, la Resolución 38/2018 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid y Resolución 1187/2018 TACRC.

TERCERO.- Se considera por el licitador recurrente la existencia de un fraude de ley de conformidad con lo que se establece en el art. 6.4 del Código Civil español, pero además de hacer referencia a diferentes Resoluciones que apoyan su criterio no hace alegaciones o concreciones precisas para trasladar la posible existencia del fraude de ley al caso que nos ocupa.

El concepto jurídico que implica el fraude de ley no cabe se aprecie en abstracto y con carácter general sino como se ha pronunciado en varias resoluciones con precios cero o cercanos a cero el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, (en adelante, TACRC), en resoluciones como la 827/ 2021, de 8 de julio, se ha enfocado a través de la figura del fraude de ley, argumentando lo siguiente:

(…)

"Como dijimos en nuestra Resolución 1060/2020, «la aplicación de la figura del fraude de ley debe efectuarse caso por caso, en función de las circunstancias

concurrentes en cada supuesto y que, por lo tanto, "la apreciación de su concurrencia en un caso concreto, no depende de que las circunstancias específicas de ese caso concreto deban concurrir necesariamente en otro en que se plantee la concurrencia de esa figura para determinar si existe o no fraude de ley, de forma que si no concurriesen las mismas circunstancias no cabría apreciar la existencia de fraude, o al contrario, solo se apreciaría si existiera igualdad de circunstancias en uno y en otro caso."”

Las circunstancias concretas de este caso son las antes expuestas y que ahora reiteramos. Tampoco podemos olvidar que el órgano de contratación tiene, de conformidad con los pliegos y la legislación de aplicación, la capacidad de decidir sobre las ofertas presentadas, y su viabilidad real en relación a la ejecución del contrato, y pedir y entender justificados a la vista de lo presentado los precios propuestos.

El objeto de la licitación es el contrato de limpieza de edificios e instalaciones municipales en el que para su adjudicación se utilizan tanto criterios sujetos a juicio de valor como criterios matemáticos. Con la Memoria en el primer caso se pretende el conocimiento de cómo se va a prestar el servicio y con qué medios materiales y humanos cuenta cada empresa, y esos elementos y la disposición de los mismos determinarán la ejecución del contrato.

Los criterios a aplicar mediante fórmula matemática son la oferta económica global, la bolsa de horas extraordinarias sin coste para el Ayuntamiento y el precio unitario que se ofrece por las horas extraordinarias en hasta 12 diferentes posibilidades de horario y categoría profesional.

Se debe entender que la bolsa de horas extraordinarias, inicialmente calculadas como 900 se prestarán en acontecimientos o circunstancias ajenas a la prestación del servicio ordinario. Cuando esa bolsa de horas haya sido en su

totalidad consumida a lo largo del año, dado su carácter anual, se solicitará a la empresa la prestación de horas extraordinarias en atención a las 12 categorías y al precio que se haya oferta en la licitación, siempre que fuese necesario. Y es aquí donde se encuentra el conflicto planteado por la empresa Mantelnor Limpiezas.

Ante las ofertas presentadas la Mesa de contratación decidió la admisión de todas ellas, al entender que se ajustaban a lo contenido en los Pliegos (tanto PCAP y PTT) de igual forma que con carácter previo y tras estudiar la Memoria inicial una empresa fue excluida. Se tuvo en cuenta la totalidad de lo presentado y se analizaron en su conjunto las ofertas, cuestión de la que queda constancia en los informes que se incluyen en la licitación.

Entrando en la admisión de las ofertas presentadas y la baremación de las mismas, debemos tener en cuenta lo establecido por el RTACRC en Resolución 407/2020 y Resolución 348/2020 en atención a ofertas económicas efectuadas a cero o a valores cercanos a cero, en relación con algunas prestaciones o unidades. Se entienden que son válidas siempre y cuando cumplan los siguientes requisitos:

i) que en su conjunto la oferta tenga un precio positivo
ii) que la formula no quede desvirtuada dando lugar a resultados que no permitan una ordenación proporcional de las ofertas.
iii) que el resultado final no suponga otorga mayor puntuación en el criterio precio a quien en su conjunto ha realizado una oferta más cara.

A la luz de lo expuesto y teniendo en cuenta el caso concreto que nos afecta analizamos los requisitos exigidos:

i) que en su conjunto la oferta tenga un precio positivo

La oferta presentada por todos los licitadores en su conjunto tiene precio positivo, para lo que se exigió y presentó justificación de los números, costes y obligaciones económicas en las Memorias Técnicas y el Anexo justificativo de la oferta económica. En relación con la prestación principal y única del contrato que nos ocupa (limpieza de dependencias e instalaciones municipales por un determinado número de horas según los pliegos y por los cuatro años de duración) todos los licitadores oferta precios/hora acorde a mercado, ajustado a sus capacidades y necesidades empresariales y como ya he dicho la mayoría de las empresas valoran el coste de la bolsa de horas (salvo los dos supuestos ya indicados). El ofertar precios unitarios por horas extras no altera su planificación económica, máxime cuando es un futurible su realización. Pero en cualquier caso los precios unitarios en su conjunto también tienen carácter positivo.

La empresa adjudicataria recibirá un precio, que será el que haya ofertado, por la prestación del contrato en su totalidad. En este punto ponemos de manifiesto la Resolución del Tribunal de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía n.º 91/2021 "Este Tribunal, así como el resto de los órganos administrativos de revisión de decisiones en materia contractual, vienen aceptando que determinadas actuaciones a realizar en la ejecución del contrato pueden ser ofertadas a coste cero, sin gasto para la Administración, entre otras, aquellas que puedan implicar mayores prestaciones de las definidas en el objeto del contrato, las más accesorias dentro de las prestaciones exigidas, determinados costes y algún precio unitario, siempre y cuando su coste se contenga subsumido dentro de la oferta global o de los gastos generales o del beneficio industrial."

ii) que la formula no quede desvirtuada dando lugar a resultados que no permitan una ordenación proporcional de las ofertas.

Con respecto a la fórmula, Resoluciones como la número 96/2020 del AORCE, señala que a falta de criterios de la LCSP sobre los requisitos que deben cumplir

las fórmulas de valoración del precio para que su empleo como criterio de adjudicación sea legalmente admisible. A falta de esta regulación, los tribunales y órganos de recursos contractuales han venido considerando que, en síntesis, es aceptable cualquier fórmula que sea coherente con los principios generales de la LCSP, en especial, con el de la oferta económicamente más ventajosa (artículo 1.1 de la LCSP), siempre que la fórmula (i) conceda la puntuación máxima a la oferta más baja, (ii) no atribuya puntuación a la oferta que no mejora el tipo de licitación y (iii) valore el resto de las ofertas guardando una cierta proporcionalidad entre ellas, de forma que las ofertas más baratas obtengan más puntuación que otras más caras.

La fórmula utilizada en la determinación de la puntuación de cada uno de los precios unitarios hora cumple con dichos requisitos y no queda desvirtuada ya que los valores introducidos permiten la asignación de puntuación a todas y cada uno de las empresas concurrentes. Es verdad que la oferta de un licitador de un valor cercano a cero para un determinado precio, aparte de obtener la máxima puntuación para ese concepto determina para el resto de licitadores la obtención de una puntuación cercana a cero tras la aplicación de la fórmula. Pero no convierte en inaplicable la fórmula y la puntuación es proporcional en todos los casos.

Además y como principio básico de la contratación, tanto las condiciones como las fórmulas contenidas en los Pliegos no fueron impugnadas.

Si bien es cierto que una de las empresas Ingesan, oferta todos los precios unitarios con valor 0,01 euros/ hora y no se pide su exclusión con menor motivo cabe excluir a Sacyr que oferta uno de los precios unitarios a 21.50 euros en una de las categorías.

Todas las ofertas presentadas reciben una puntuación consecuencia de la aplicación de una fórmula y otorga un resultado que permite la clasificación de las ofertas.

iii) que el resultado final no suponga otorgar mayor puntuación en el criterio precio a quien en su conjunto ha realizado una oferta más cara.

En cuanto a este requisito, y del estudio de todos los criterios de adjudicación, la oferta económica referida a la totalidad del servicio ofertado por los cuatros años de contrato SACYR no es la propuesta más cara ni las más económica sino que recibe la puntuación que proporcionalmente y por la aplicación de la fórmula le corresponde.

De esta forma el interés de contratar bajo criterios de mejor precio y calidad a los que se refiere la LCSP quedan cumplidos. La Memoria presentada por la empresa, tanto en la vertiente técnica como la económica y los anexos permiten justificar la puntuación final más ventajosa para el ayuntamiento.

CUARTO.- Otra de las cuestiones sería entender que los precios ofertados son irreales y no ajustados a mercado, por lo tanto entrarían en el concepto de baja temeraria y exigir su justificación siempre en base al principio de contrariedad e igualdad de los licitadores, sin embargo tal posibilidad y de conformidad con las Resolución del OARCE 22/2020 la viabilidad de la oferta debe comprobarse en relación con la oferta global, y no cabe hablar de precios unitarios anormales individualmente considerados.

CONCLUSIONES:

1º.- Con respecto a la exclusión de la valoración de la oferta presentada en el criterio concreto entendemos que es una medida desproporcionada a la vista de

lo contenido en la Resolución 827/2021 del Tribunal de Recursos Contractuales de Valencia (en realidad se refiere al TACRC) *y sin entrar a mencionar otras de Tribunales contractuales diferentes.*

2º.- Tampoco parece entendible que se solicite la exclusión de la la oferta presentada en el criterio concreto por SACYR alegando fraude de ley y este criterio no sea utilizado para pedir la exclusión de la valoración de la oferta INGESAN. Si el argumento fuese válido, lo debería ser para ambos supuestos o en cualquier caso con más razón para Ingesan ya que Sacyr en alguno de los apartados incluye precio diferente de 0,01.

3º.- A la vista de lo expuesto, y siendo el recurso contra la adjudicación del contrato, se solicita la desestimación del recurso presentado por Mantelnor Limpiezas, S.L.»

La alegante a su vez se opone al recurso interpuesto considerando que la actuación del órgano de contratación es conforme a Derecho y a tal efecto invoca el Acuerdo 21/2022, de 4 de marzo de este Tribunal administrativo, así como la Resolución 103/2023, de 15 de febrero del Tribunal Catalán de Contratos del sector Público. Además, transcribe las consultas y las respuestas formuladas al amparo de lo dispuesto en el artículo 138 de la LCSP, aduciendo que el PCAP es la ley del contrato y su vinculación respecto de las partes.

Por último, la adjudicataria del contrato, rebate que sean de aplicación al presente caso- todas y cada una de las resoluciones de los órganos encargados de resolver recursos especiales en materia de contratación, que a su favor arguye la actora y todo ello con apoyo en la Sentencia número 178/2023, de 8 de marzo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

Una vez expuestos los términos del debate, y antes de comenzar con el análisis del caso que nos ocupa, procede aclarar que la recurrente en su escrito de recurso atribuye por error a este Tribunal administrativo haber dictado distintas resoluciones sobre ofertas de cero euros o cercanas a cero, cuando en realidad las resoluciones que cita provienen del TACRC.

Hecha esta aclaración, para resolver el recurso interpuesto procede atender a lo dispuesto en el PCAP que rige la licitación, en concreto, a las siguientes cláusulas:

«4.- PRECIO DE LICITACIÓN, EXISTENCIA DE CRÉDITO, VALOR ESTIMADO Y REVISIÓN DE PRECIOS

4.1. El precio de licitación asciende a la cuantía de 3.178.985,27 euros y 667.586,91 euros de IVA, para los cuatro años de vigencia del contrato, desglosado en las siguientes cuantías y anualidades:

- *Año 2023.- 778.934,31 € y 163.576,21 € de IVA*
- *Año 2024.- 780.602,72 € y 163.926,57 € de IVA*
- *Año 2025.- 799.856,54 € y 167.969,87 € de IVA*
- *Año 2026.- 819.591,70 € y 172.114,26 € de IVA*

4.3 Valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 3.496.883,80 euros calculado de conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la LCSP, y responde a la suma de los cuatro años posibles de duración del contrato y la posibilidad de modificación del contrato hasta el límite del 10%, IVA excluido.

Importe de las modificaciones previstas: 317.898,53 euros

Importe de la licitación (IVA excluído) para los cuatro años: 3.178.985,27 euros

10.- CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN.-

Para la valoración de las ofertas al procedimiento de contratación de los servicios de limpieza de dependencias municipales, se proponen criterios de valoración cuantificables mediante la aplicación de fórmulas y otros mediante juicio de valor, estableciéndose su ponderación de la forma que se indica:

a) Criterios de adjudicación objetivos que dependen de la aplicación de fórmulas o cifras sobre la Oferta económica: (75 puntos)

1.- Oferta económica global, hasta un máximo de 58 puntos.

La puntuación se repartirá mediante la aplicación de los puntos a las ofertas económicas con la siguiente fórmula:

$$V = \frac{58\ puntos\ x\ Oferta\ más\ económica}{Oferta\ que\ se\ valora}$$

2.- Oferta de precios unitarios hora, hasta un máximo de 12 puntos (hasta un máximo de 1 punto para cada precio unitario):

$$V = \frac{1\ punto\ x\ oferta\ precio\ unitario\ hora\ más\ económica}{Oferta\ precio\ unitario\ hora\ que\ se\ valora}$$

3.- Bolsa de horas para servicios extraordinarios ofertadas, hasta un máximo de 5 puntos.

$$V = \frac{5\ puntos\ x\ Nº\ de\ horas\ de\ la\ oferta\ que\ se\ valora}{Nº\ de\ horas\ de\ la\ oferta\ que\ más\ horas\ ofrece}$$

También es necesario atender a la cláusula 8.2 del PCAP dedicada a las «ofertas anormalmente bajas» que establece lo siguiente: *«En el caso de que se*

presenten ofertas anormalmente bajas, será de aplicación lo contenido en el artículo 149 de la LCSP», disponiendo el meritado precepto la obligatoriedad de que en los pliegos se contemplen los parámetros objetivos que deban permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal.

Pues bien, respecto del criterio que ahora se combate, en el PCAP no se encuentran definidos dichos parámetros, sin que sea de aplicación supletoria lo establecido en el artículo 85 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, tal y como ya puso de manifiesto este Tribunal administrativo, por todos en el Acuerdo 93/2018, de 28 de septiembre.

Así mismo examinado el expediente administrativo, constan las consultas de las licitadoras y las respuestas emitidas al respecto por el órgano de contratación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 138 de la LCSP, de acuerdo con el siguiente detalle:

«CONSULTA DEL DÍA 16-12-2022

P: Buenos días, dentro de la oferta económica donde se debe ofertar precios unitarios para servicios extraordinarios, ¿Se debe ofertar un precio por el cual se facturan las horas de servicios extraordinarios contempladas en el pliego o para ampliaciones de servicio no contemplados? ¿Existe un número máximo de horas por las que se facturarán esos precios unitarios? De ser así, ¿Cuál es el número máximo? ¿Se puede licitar precios unitarios por debajo de convenio?

R: Buenos días:

Se debe indicar el precio unitario para la hora extraordinario, según tipo y modelo establecido en el Pliego. Ese precio se tendrá en cuenta para la prestación de

los servicios extraordinarios, las horas extraordinarias a prestar se detraen de la bolsa de horas si se hubiese ofertado y hasta el límite de la bolsa ofertada. El precio se utiliza para horas fuera de esa bolsa

CONSULTA DEL DIA 20-12-2022

P: Buenos días, creemos que hay una pregunta sin contestar.

Respecto a los precios unitarios que hay que indicar en el anexo económico,

¿Se pueden licitar por debajo de Convenio? R: Buenos días,

El convenio es una norma de general aplicación que obliga a las empresas del sector. Los precios unitarios deberán ser congruentes con la totalidad de la oferta, la organización de servicios y la prestación del contrato. Por lo tanto, usted es como empresa la que debe determinar su oferta.

CONSULTA DEL DIA 20-12-2022

P: ¿Con cuántos decimales se han de presentar los precios unitarios? R: Buenos días,

Dos decimales. Un saludo.»

También figura la oferta de la adjudicataria en los siguientes términos:

«1º) Que me comprometo a ejecutar la prestación con estricta sujeción a los requisitos exigidos, por el precio de DOS MILLONES OCHOCIENTOS DIECISIETE MIL QUINIENTOS TREINTA Y OCHO EUROS CON VEINTE CÉNTIMOS - 2.817.538,20 €, y QUINIENTOS NOVENTA Y UN MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES CON DOS CÉNTIMOS - 591.683,02 € de IVA, correspondiente a los CUATRO AÑOS del contrato, desglosado en las

siguientes anualidades:

- Año 2023.- 690.434,00 € (sin IVA)

- Año 2024.- 691.852,70 € (sin IVA)

- Año 2025.- 708.877,10 € (sin IVA)

- Año 2026.- 726.374,40 € (sin IVA)

2º) Que oferta los precios unitarios hora (IVA excluido)

(…)

Nos remitimos aquí a la transcripción efectuada anteriormente con ocasión de la exposición de las alegaciones de la recurrente en orden a la brevedad y a efectos de evitar reiteraciones inútiles.

Pues bien, efectivamente, el PCAP es firme y consentido por lo que es la ley del contrato y en el mismo ni se impedía la posibilidad de confeccionar ofertas de cero euros o cercanas a dicha cantidad, ni se fijaron los parámetros para determinar la anormalidad de una oferta concretamente para el criterio que aquí se debate, amén de figurar en la PCSP las respuestas a las consultas formuladas a este respecto.

Así las cosas, la recurrente considera que no debe valorarse la oferta de la adjudicataria respecto del criterio de adjudicación relativo al precio unitario, al considerar dicha oferta contraria a Derecho, argumento al que se oponen tanto el órgano gestor, como la adjudicataria del contrato en los términos apuntados anteriormente.

Esta última razona por qué no son trasladables al presente caso las resoluciones del TACRC que invoca la actora en favor de su tesis y por el contrario considera la alegante que resulta extrapolable el Acuerdo 21/2022, de 4 de marzo, de este Tribunal administrativo en el que se expuso la doctrina concerniente a las ofertas cercanas a precio cero euros o precios irrisorios y se analizaba si las mismas habían sido realizadas o no en fraude de ley, concluyendo en ese caso en concreto que la oferta no fue confeccionada en fraude de ley.

Se puede adelantar que este Tribunal administrativo comparte el parecer tanto del órgano de contratación, como de la alegante por las razones que a continuación se pasan a exponer.

En el meritado Acuerdo 21/22, fue dictado de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea asunto C- 367/19, de 10 de septiembre, así como la Resolución 407/2020, de 19 de marzo del TACRC, consideran que: *«…las ofertas económicas efectuadas a 0, o a valores cercanos a 0, en relación con algunas prestaciones o unidades son válidas, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:*

- *Que en su conjunto la oferta tenga un precio positivo;*
- *Que la fórmula no quede desvirtuada, dando lugar a resultados que no permitan una ordenación proporcional de las ofertas y*
- *Que el resultado final no suponga otorgar mayor puntuación en el criterio precio a quien, en su conjunto, ha realizado una oferta más cara.»*

Y estas pautas son las que van a ser objeto de examen en el supuesto que nos ocupa.

Pues bien, aquí como se ha constatado la oferta de la adjudicataria tiene un valor positivo superior a cero.

Por otra parte, atendiendo a la redacción de los criterios de adjudicación sujetos a evaluación posterior – según ha quedado expuesto- la puntuación máxima era de 75 puntos, de los cuales se podían obtener hasta 12 puntos por el criterio relativo a la *«oferta de precios unitarios hora por servicios extraordinarios»*, alcanzando la adjudicataria un total de 11 puntos- ya que en uno de los apartados ofreció 21,50 euros y en el resto 0, 01 euros.- Por tanto, con la oferta formulada respecto al mencionado criterio, las licitadoras no podían obtener la totalidad de los puntos para alzarse con la adjudicación, ni tampoco el hecho de alcanzar en este criterio la máxima puntuación, derivaba en la obtención de una ventaja que desnaturalizara la competencia entre las competidoras.

Y por último en el criterio del precio no se obtiene mayor puntuación a la oferta más cara. Es decir que la aplicación de la fórmula no queda desvirtuada.

También procede traer a colación la reciente Sentencia antedicha del Tribunal Superior de Justicia de Valencia 178/2023, de 8 de marzo de 2023, que ha confirmado la resolución del TACRC 470/2021, de 30 de junio se pronuncia en los siguientes términos:

«*Efectivamente la exigencia de onerosidad de las Directivas de contratación no habilita para rechazar, sin más, la oferta de un licitador por el hecho de que el importe económico de su oferta sea de cero euros. En este sentido la Sentencia del TJUE de 10 de septiembre de 2020, dictada en el asunto C- 367/19 (STJUE 10/09/2020, Tax-FinLex, C-367/19. ECLI: EU:C:2020:685) indica "(...) En primer término, que la onerosidad a la que se refiere la Directiva de contratos públicos no determina la necesidad de rechazar la oferta que presente un licitador por el simple hecho de que el importe económico de su oferta sea de "cero" euros. Esto es, por el hecho de que plantee realizar el objeto del contrato a cambio de nada. Lo que procede en tal supuesto es analizar la oferta desde la óptica de las ofertas anormalmente bajas (OAB)".*

En principio sería admisible que los licitadores voluntariamente puedan ofertan realizar alguna de las prestaciones o asumir alguno de los elementos a cuyo coste se refieren los precios definidos en los pliegos a coste o a cambio de un valor simbólico. siempre que, en el global del contrato, en la suma de todos los precios unitarios ofertados el ente contratante pague un precio real. Puede entenderse que responde a la estrategia empresarial la forma en que el licitador distribuya entre las distintas unidades los precios, compensando unos con otros, sin que ello afecte a la onerosidad del contrato.

Salvo que los pliegos impidan esta posibilidad, esta opción es admisible, pues que conste algún precio a cero euros no convierte al contrato en gratuito. Únicamente seria inadmisible cuando se hace en fraude de ley, cuanto lo que se busca proponiendo un precio cero o simbólico para esa prestación es desvirtuar la aplicación de la fórmula prevista en el pliego para evaluar las ofertas, en cuanto afectaría a la aplicación progresiva de la fórmula establecida para evaluar las ofertas, pues quien oferta un precio cero o simbólico por esa prestación obtiene la puntuación máxima en ese epígrafe y consigue que los demás licitadores obtengan cero puntos o valores próximos a cero puntos. Su verdadera finalidad es impedir que el resto de los licitadores obtengan la puntuación proporcional de su oferta al hacer inoperante la fórmula de valoración para el resto de las ofertas.

La jurisprudencia y la doctrina han considerado que las ofertas con precio cero en algún apartado son admisibles y no determinan la falta de onerosidad del contrato, si la retribución del contratista por aquel apartado se compensa con cargo al precio general del contrato (en este Resoluciones 1187/2017 o 184/2020 del TACRC, la Resolución 38/2018 del TACPM, la Resolución 166/2019 del TARCJA, o la Resolución 98/2015 del TARCCyL, entre otros). Los Tribunales, sobre la base de la jurisprudencia del TJUE dictada en los asuntos C-451/08 y

451/2020, también admiten un concepto amplio de onerosidad, que se centra más en el beneficio directo que obtiene el poder adjudicador (la STSJC de 27 de septiembre de 2019 o la STSJM de 4 de julio de 2019).

Se admite que las ofertas con valor cero se equiparen a ofertas de 0,01 euros o equivalentes, para la aplicación de la fórmula y su valoración (Resoluciones 482 / 2016 y 686/2015 del TACRC).

La admisibilidad de las ofertas con valor cero se exceptúa cuando los Pliegos prevén expresamente su exclusión, o la exclusión de ofertas que no incluyan determinados costes obligatorios (STSJPV de 28 de noviembre de 2018).

Se ha admitido la oferta cero en relación con un tipo determinado de horas de limpieza en un contrato de servicios de limpieza (Acuerdo 61/2014 del TACPA), o con un determinado precio unitario de un mismo servicio (Resoluciones 1187/2018 y 661/2014 del TACRC), así como también en el precio/hora de algún integrante del equipo (Resolución 38/2018 del TACPM). Si los pliegos no prohíben realizar ofertas de precio "0" por la ejecución de alguna prestación evaluable autónomamente en los criterios de adjudicación, en principio no habría que excluirla oferta de quien la presenta en estos términos, debiendo analizarse en los términos de una "oferta anormalmente baja" como refiere la citada STSJUE 10/9/2020, asunto C367/19."»

Por tanto se debe estar al PCAP que rige la licitación que es firme y consentido y que no impedía formular ofertas como la de la adjudicataria, comprobándose como se cumplen los requisitos exigidos para entender que la oferta de la adjudicataria es válida, de modo que no son admisibles los argumentos que aduce la actora en cuanto que dicha oferta ha sido formulada en fraude de ley, pues además las resoluciones que invoca en apoyo de su tesis no guardan identidad con el supuesto aquí analizado, por lo que no son trasladables.

Así a la vista de cuanto se ha expuesto, este Tribunal administrativo concluye que procede desestimar el motivo de recurso y con él, el recurso interpuesto.

En virtud de cuanto precede, y al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP, así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la LMMCSPA, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial interpuesto por la mercantil "MANTELNOR LIMPIEZAS, S.L.", frente a la adjudicación del procedimiento de contratación denominado «Servicio de limpieza de dependencias municipales», promovido por el Ayuntamiento de Jaca

SEGUNDO.- Levantar la suspensión automática derivada del artículo 53 de la LCSP.

TERCERO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Este Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos en virtud del artículo 59 de la LCSP, y contra el mismo sólo cabe la

interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.