



Recurso nº 168/2024 C. Valenciana 42/2024

Resolución nº 362/2024

Sección 1ª

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 07 de marzo de 2024.

VISTO el recurso interpuesto D. M.G.V., en representación de NCF&MGO INVEST, S.L., contra su exclusión del procedimiento “*Contrato de concesión de servicios de explotación del Hotel de 4 estrellas Vila de Biar*”, con expediente 206/2023, convocado por el Ayuntamiento de Biar, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 3 de marzo de 2023 se publicó el anuncio por el que se convoca licitación para adjudicar el contrato de “*Contrato de concesión de servicios de explotación del Hotel de 4 estrellas Vila de Biar*”, con expediente 206/2023, convocado por el Ayuntamiento de Biar. El contrato se califica como contrato de concesión de servicios, con un valor estimado de 4.971.804,78 euros.

El procedimiento de contratación es un procedimiento abierto de tramitación ordinaria.

Segundo. Conforme a la cláusula 13 del PCAP:

“**CLAUSULA 13ª.** *Ofertas anormalmente bajas.*

1. Cuando por aplicación de los parámetros establecidos en los criterios de valoración de las ofertas, alguna de ellas se encuentre incurso en presunción de anormalidad, se concederá a los licitadores afectados un plazo de cinco (5) días para que puedan presentar una justificación adecuada a las circunstancias que les permitan ejecutar su oferta en dichas condiciones, según los criterios del art. 149.4 LCSP.



El carácter de anormalidad de las ofertas se aplicará al criterio del canon ofertado. Se considerarán, en principio, desproporcionadas cuando se encuentren entre los supuestos previstos en el art. 85 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba RGLCAP:

- 1. Cuando, concurriendo un solo licitador, sea superior al presupuesto base de licitación en más de 25 unidades porcentuales*
 - 2. Cuando concurren dos licitadores, las que sean superiores en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.*
 - 3. Cuando concurren tres licitadores, las que sean superiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior de 25 unidades porcentuales.*
 - 4. Cuando concurren cuatro o más licitadores, las que sean superiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía.*
- 2. La Mesa de Contratación evaluará toda la información y documentación proporcionada por el licitador en plazo y solicitará informe al vocal técnico de la Mesa, en base al cual elevará de forma motivada la correspondiente propuesta de aceptación o rechazo al órgano de contratación. En ningún caso se acordará la aceptación de una oferta sin que esté debidamente motivada.*
- 3. Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes oportunos, estimase que la información recabada no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador y que, por lo tanto, la oferta no*



puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, la excluirá y acordará la adjudicación del contrato en favor de la siguiente mejor oferta.

Se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador cuando ésta sea incompleta o se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico.”

Tercero. En fecha 8 de junio de 2023, la mesa de contratación, procede a la valoración de las ofertas económicas, identificándose como ofertas anormalmente bajas las de los licitadores NCF&MGO INVEST, SL (39,03% de baja) y UTE - SOCCER INTER-ACTION, SL CENTROS ASISTENCIALES LAGLORIA, SL (43,88%), requiriéndoles para que en el plazo de 5 días procedieran a presentar una justificación adecuada de las circunstancias que les permitan ejecutar su oferta en las condiciones ofertadas, tanto por lo que respecta a la oferta económica del canon como a las mejoras.

Cuarto. El 21 de junio de 2023 la mesa de contratación procede a la apertura de la documentación justificativa de las ofertas consideradas anormales solicitando asesoramiento técnico del Ingeniero Técnico Municipal, el cual emite un informe el 11 de julio que, en relación a la documentación de NCF&MGO INVEST, S.L., no considera justificada la anormalidad de la oferta porque:

“PRIMERO.- No se contemplan cifras concretas y justificadas de los ingresos y gastos de la gestión del presente Hotel, por la que se pueda justificar de forma clara y con los suficientes datos, la oferta que se propone.

SEGUNDO.- Además de lo indicado en el punto anterior, y a excepción de las mejoras que se proponen en el Pliego de Clausulas Administrativas (Clausula 11ª) de la presente licitación; no se aportan otras soluciones técnicas más favorables para poder realizar la prestación, medidas de innovación y originalidad en cuanto a materias medioambientales, sociales o laborales, o la posibilidad de obtención de ayudas.”

En base a dicho informe, la mesa de contratación acuerda el 11 de julio de 2023 *“Excluir del procedimiento a los licitadores UTE “SOCCER INTER-ACTION, SL” – “CENTROS ASISTENCIALES LAGLORIA, SL” y “NCF&MGO INVEST, SL”, al no estar suficientemente*



justificada el carácter anormal de sus ofertas, ya que no justifican documentalmente y de forma precisa, exacta y completa los supuestos de hecho sobre los que basan su oferta”.

Quinto. En fecha 7 de agosto de 2023 NCF&MGO INVEST, SL interpone recurso contra el acuerdo de exclusión de su oferta solicitando la suspensión del procedimiento de adjudicación. Dicho recurso es estimado parcialmente por Resolución de este Tribunal 1236/2023 de 28 de septiembre que acuerda:

“Estimar el recurso interpuesto por NCF&MGO INVEST S.L., contra su exclusión del procedimiento “Contrato de concesión de servicios de explotación del Hotel de 4 estrellas Vila de Biar”, con expediente número 206/2023, convocado por el Ayuntamiento de Biar, anulando dicho acuerdo y acordando retrotraer el procedimiento al momento anterior a su dictado.”

Sexto En fecha 26 de octubre de 2023, el Pleno del Ayuntamiento de Biar acuerda retrotraer el procedimiento al momento anterior a la valoración de las ofertas incursas en presunción de anormalidad, emitiéndose informe el 11 de enero de 2024 en el que se indica que:

“Conclusiones

...

Del mismo modo, NCF&MGO no aporta la cuantificación del impacto del ahorro de las dieciséis medidas expuestas. Amplía el abanico de soluciones técnicas para el ahorro en materia de suministros, como cambio de leds y uso de instalación fotovoltaica del aparcamiento.

No obstante, al igual que la UTE SOCCER, no traduce las medidas expuestas en datos previstos para la economía del contrato de su oferta, no pudiendo saber su magnitud en la estructura de costes de éste.

Ambas empresas no aportan datos respecto a las cuestiones relativas a las soluciones innovadoras, justificación con datos del respeto de las disposiciones relativas en materia medioambiental, social y laboral, o la obtención de una ayuda pública vinculada al contrato.

...



La oferta de los licitadores, y por tanto su justificación, se realiza en base a los pliegos técnicos y administrativos que rigen la licitación.

En concreto, la cláusula 10 de inversiones en obras y equipamientos del PPT que rige el procedimiento de adjudicación, prevé que:

“El adjudicatario está obligado a realizar una inversión en los bienes y equipos que se necesiten para la correcta explotación de las instalaciones, detalladas en el anexo II, sin que el importe sea inferior a 44.607,55 € (IVA exc.)”

Ello supone un incremento considerable respecto de la inversión prevista en el estudio de viabilidad, de 11.500,00 € IVA exc. (página 56 y siguientes del estudio de viabilidad sobre costes mínimos para mantener el Hotel categoría 4 estrellas en funcionamiento con garantías de servicio y de calidad).

...

De acuerdo con las mejoras ofertadas, y los 60.000,00 € de inversión adicional previsto en el estudio de viabilidad para la cobertura de las eventuales pérdidas durante los cinco primeros ejercicios, se prevé que la UTE SOCCER debe hacer frente a unas inversiones obligatorias por importe de 189.237,49 euros (IVA exc.); mientras que NCF&MGO, 189.542,27 euros (IVA exc.).

...

En todo caso, el plan de viabilidad del Hotel se plantea con límites de rentabilidad mínima próxima al punto muerto. A partir del sexto ejercicio se estima un beneficio anual de 17.000 euros...

La falta de documentación justificativa del ahorro que permite la ejecución del contrato en los términos de la oferta, junto con un mínimo desglose de los costes, para que el órgano de contratación conozca los elementos cualitativos y cuantitativos; los datos y factores concretos tenidos en cuenta para preparar la oferta de forma transparente, ya sea en valores absolutos o porcentajes, que justifiquen el aumento de los ingresos, o la optimización de los costes en términos de eficiencia y eficacia en la ejecución del contrato, impiden despejar las dudas sobre



la viabilidad de las ofertas presentadas por la UTE SOCCER y por la mercantil NCF&MGO las cuales proponen un canon superior respecto a la media en un 43,88 %, y del 39,03 %, respectivamente.”

Séptimo. En fecha 15 de enero de 2024, la mesa de contratación acuerda validar el informe técnico-jurídico, y de acuerdo con los motivos expresados en el mismo, rechazar las justificaciones presentadas, procediendo declarar la exclusión de las ofertas incursas en presunción de anormalidad de la clasificación, de acuerdo con el artículo 149 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).

Octavo. En fecha 6 de febrero de 2024 NCF&MGO INVEST, S.L. interpone recurso contra el acuerdo de exclusión de su oferta solicitando la suspensión del procedimiento de contratación.

Noveno. De acuerdo con lo previsto en el artículo 56.2 de la LCSP, se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido éste acompañado del correspondiente informe.

Décimo. En fecha 9 de febrero de 2024 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones; no habiéndose presentado por ninguno de ellos.

Decimoprimer. Interpuesto el recurso la Secretaria General del Tribunal, por delegación de este, dictó resolución de 14 de febrero de 2024 acordando la concesión de la medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso ha sido debidamente interpuesto ante este Tribunal, que es competente para su resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 de la LCSP y en el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 25 de mayo de 2021 (BOE de fecha 02/06/2021).

Segundo. El recurso ha sido interpuesto en plazo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LCSP.

Tercero. La legitimación se regula en el artículo 48 de la LCSP, que señala que *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.

En el presente caso el recurso se ha interpuesto por un licitador cuya oferta ha sido excluida, por lo que puede considerarse que tiene un interés legítimo.

Cuarto. El recurso, en relación a la exclusión, se ha interpuesto frente un acto susceptible de recurso.

Así, conforme al art. 44 de la LCSP:

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

(...)

c) Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.

2. Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones:



...

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.”

En el presente caso, el recurso se ha interpuesto contra un acuerdo de exclusión de un contrato de concesión de servicios cuyo valor estimado es superior a 3.000.000 euros, por lo que debe admitirse el recurso.

Quinto. El recurso se basa en entender que el órgano de contratación trata de no cumplir la Resolución de este Tribunal nº 1236/2023 de 28 de septiembre y que debería haberse publicado la clasificación de ofertas tras la apertura de las ofertas económicas; por lo ya reiterado en su recurso interpuesto en agosto de 2023 y lo resuelto por el Tribunal.

El órgano de contratación considera que a consecuencia de la Resolución nº 1236/2023 se insta al órgano de contratación a anular el acuerdo de la Mesa de contratación de 21 de julio de 2023 y a retrotraer el procedimiento al momento anterior del dictado, es decir, al trámite de valoración de la justificación de la oferta anormal. En cumplimiento de esta Resolución, se anularon los acuerdos recurridos, y tras el informe de valoración de las ofertas presentadas y consideradas como anormales la mesa de contratación, en sesión de 15 de enero de 2024, valoró, clasificó las ofertas, excluyó a los licitadores en base al informe de valoración y propuso la adjudicación al licitador mejor valorado.

Refiere que ha aplicado correctamente los pliegos, que fijaban una fórmula para determinar la temeridad en relación a la media de las ofertas de canon de los licitadores, cumpliendo la oferta del recurrente dicho parámetro para ser considerada temeraria, no siendo bastante con que justifique que el canon ofertado no es superior al fijado como mínimo en el estudio de viabilidad, pues este sólo vincula al órgano de contratación para determinar que el servicio



objeto de concesión puede ser viable desde el punto de vista económico. Así, entiende el órgano de contratación que la oferta del recurrente no se acomoda al estudio de viabilidad pues, haciendo uso de la facultad que le otorgaban los pliegos, ha contemplado unos gastos mayores que los contemplados en aquél, por lo que debió justificar que, con dichos costes reales asumidos en su oferta, la misma es viable.

Sexto. La resolución del presente recurso debe partir del criterio que fijamos en nuestra resolución 1236/2023 de 28 de septiembre en la que estimamos un recurso del mismo recurrente contra el acuerdo de exclusión por temeridad de su oferta.

Decíamos en dicha resolución que *“El recurso debe ser estimado pues, aunque resulta correcta la apreciación de la oferta como temeraria conforme a la cláusula 13 del PCAP, la apreciación de dicha temeridad tiene un carácter instrumental (identificar ofertas que pueden no ser viables), por lo que no implica la exclusión automática de la oferta, sino que debe permitir la justificación de la viabilidad de la misma, lo cual concurre necesariamente en este caso al ajustarse a las condiciones del estudio de viabilidad económico-financiera del Ayuntamiento.*

...

Dada la particular naturaleza del contrato de concesión de servicios, que requiere la transmisión al concesionario del riesgo operacional (art. 15.2 LCSP), la propia LCSP exige que el expediente de contratación incluya un estudio de viabilidad, de modo que, si no es viable la ejecución de la concesión en las condiciones previstas, no podrá licitarse el contrato. Ello implica que, si la oferta de un licitador se ajusta a dichas condiciones, su viabilidad está amparada por el propio estudio de viabilidad pues, en otro caso, no podría haberse licitado la concesión bajo dichas condiciones.”

En el presente caso, el órgano de contratación vuelve a acordar la exclusión de la oferta del recurrente, motivando de forma detallada, como consta en los antecedentes de hecho de la presente resolución, que la oferta del recurrente no se ajusta al plan de viabilidad pues, aunque el canon ofertado se encuentra dentro de los límites de este, la oferta del recurrente contempla una mayor inversión y costes operativos, al ofertar como mejora una inversión de hasta 84.934,72 euros, cantidad muy superior a la ofertada por el resto de los licitadores a



excepción de la otra mercantil que ha resultado excluida, UTE SOCCER INTER-ACTION SL - CENTROS ASISTENCIALES LAGLORIA SL, que oferta una cuantía muy similar frente a los 11.500 euros de inversión mínima obligatoria que tiene en cuenta el plan de viabilidad.

Frente a dicha motivación, el recurrente no pone de manifiesto que la misma sea errónea, no se ajuste al procedimiento legal o resulte discriminatoria, limitándose a indicar que al estar el canon comprendido dentro del previsto en el estudio de viabilidad debe considerarse que su oferta es viable, por lo que resulta de aplicación la doctrina de este Tribunal sobre la aplicación del principio de discrecionalidad técnica a la valoración de la justificación de las ofertas incursas en presunción de anormalidad, de la que es fiel exponente nuestra Resolución nº 1247/2023 de 17 de abril en la que afirmamos que:

“A este respecto, y como es doctrina reiterada de este Tribunal, las valoraciones de los informes técnicos están amparada por la discrecionalidad administrativa siempre y cuando se advierta una correcta y debida motivación de los mismos, pues ante una escasa o insuficiente justificación aquélla se transforma en pura y simple arbitrariedad, y ahí reside la función de este Tribunal, con la recta finalidad de enjuiciar si dichos informes se encauzan debidamente, y si satisfacen las exigencias de motivación previstas en el artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. A este respecto cabe afirmar la existencia de motivación suficiente en los informes obrantes en este expediente de los que resulta la conclusión de falta de adecuada justificación de la anormalidad de la oferta. En esta línea, hemos de recordar que de acuerdo con la doctrina reiteradamente establecida por este Tribunal y por los Tribunales de Justicia, sirva de ejemplo por todas, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª, número 450/2017, de 24 de noviembre, cuando se trate de criterios de valoración estrictamente técnicos, éstos no pueden ser corregidos aplicando criterios jurídicos. Por lo que, a la vista de las razones contenidas en los dos informes técnicos obrantes en este expediente (de fechas de 30 de enero de 2019 y 5 de marzo de 2019 respectivamente) nos encontramos ante un supuesto de discrecionalidad técnica que goza de presunción de certeza, la cual puede ser desvirtuada, por tratarse de una presunción iuris tantum y no iures et de iure, siempre que concurran razones que revelen la ausencia de toda justificación en los criterios empleados, lo que no ocurre en el expediente que estamos analizando.”



Aplicados dichos criterios al presente recurso, podemos observar que en la Resolución nº 1236/2023, de 28 de septiembre, dijimos en el Fundamento de Derecho Sexto, con cita de la doctrina sobre la necesidad de motivación de los acuerdos de exclusión de ofertas por anormalidad, que el órgano de contratación no había motivado suficientemente la exclusión, pues se limitaba a señalar la falta de justificación del recurrente de la viabilidad de su oferta, la cual debe presumirse si se ajusta al estudio de viabilidad económico-financiera aprobado por el propio Ayuntamiento, pues en caso contrario lo improcedente sería la licitación misma de la concesión de servicios, al resultar vinculante el estudio de viabilidad cuando determina la inviabilidad del proyecto. En el presente caso, el órgano de contratación, a diferencia del anterior acuerdo de exclusión anulado por nuestra Resolución 1236/2023 de 28 de septiembre, no se ha limitado a excluir la oferta por una genérica falta de justificación de su viabilidad, sino que ha motivado suficientemente la exclusión, justificando los extremos en los que la oferta del recurrente se separa del plan de viabilidad, sin que dicha motivación aparezca como irracional o arbitraria y sin que el recurrente acredite que sea errónea.

Así, debe recordarse que el estudio de viabilidad parte de una serie de costes e inversiones por lo que, habiéndose separado el recurrente de los mismos e incurriendo su oferta en presunción de temeridad, debió justificar que, aún con una mayor inversión que la contemplada en el plan de viabilidad, su oferta de canon seguía haciendo económicamente viable la explotación del servicio objeto de concesión.

En consecuencia, debe desestimarse el recurso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. M.G.V., en representación de NCF&MGO INVEST, S.L., contra su exclusión del procedimiento “*Contrato de concesión de servicios de explotación del Hotel de 4 estrellas Vila de Biar*”, con expediente 206/2023, convocado por el Ayuntamiento de Biar.



Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

LA PRESIDENTA

LAS VOCALES