



Recurso nº 625/2019

Resolución nº 716/2019

## RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid a 27 de junio de 2019.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. F. J. M. M., en representación de KPMG AUDITORES, SL, contra el acuerdo de adjudicación dictado por la Junta de Contratación del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social en el procedimiento de licitación del contrato de “*Servicio de asistencia técnica para la realización de las verificaciones de las operaciones/proyectos en el período de programación 2014-2020 (Expediente 70000090/2018)*”, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.** Mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea con fecha 28 de diciembre de 2018 y en el BOE con fecha 2 de enero de 2019, el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social convocó licitación para adjudicar, por el procedimiento abierto, el contrato de “*Servicio de asistencia técnica para la realización de las verificaciones de las operaciones/proyectos en el período de programación 2014-2020 (Expediente 70000090/2018)*”.

**Segundo.** El procedimiento se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (la “LCSP”) y su normativa de desarrollo.

**Tercero.** Tras la tramitación del procedimiento, la oferta presentada por CROWE SERVICIOS DE AUDITORIA, SLP obtuvo la mejor puntuación, seguida por la de PricewaterhouseCoopers Auditores, SL, y tras esta por la de KPMG AUDITORES, SL.

En consecuencia, con fecha 4 de marzo de 2019, se notifica a CROWE SERVICIOS DE AUDITORIA, SLP el requerimiento del art. 150.2 LCSP.



**Cuarto.** Con posterioridad, la Junta de Contratación se percató de que la fórmula establecida en los pliegos para determinar las ofertas incursas en presunción de anormalidad se había aplicado erróneamente respecto de la oferta de CROWE SERVICIOS DE AUDITORIA, SLP, y que aplicada correctamente señalaba que su oferta quedaba incursa en presunción de anormalidad por lo bajo del precio ofertado. En consecuencia, acuerda iniciar respecto del mismo el procedimiento del art. 149 LCSP.

**Quinto.** Tramitado el procedimiento del art. 149 LCSP, la Junta acuerda excluir a CROWE SERVICIOS DE AUDITORIA, SLP. Tras esto, con fecha 7 de mayo de 2019, acuerda adjudicar el contrato al siguiente clasificado, PricewaterhouseCoopers Auditores, SL.

**Sexto.** Contra la referida resolución de adjudicación se alza la recurrente mediante el presente recurso especial, en el que ha presentado informe el órgano de contratación y alegaciones el adjudicatario. Tratándose de un recurso contra el acuerdo de adjudicación, la suspensión se produce de manera automática ex art. 53 de la LCSP, habiendo resuelto la Secretaria del Tribunal mantenerla de acuerdo con el art. 56.3 de la LCSP.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.1 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público.

**Segundo.** El contrato al que se refiere el acto impugnado es un contrato de servicios que supera el umbral cuantitativo previsto en el art. 44.1.a de la LCSP. El acto es recurrible al tratarse de la adjudicación, de acuerdo con el art. 44.2.c de la LCSP.

**Tercero.** El recurrente está legitimado a tenor del art. 48 de la LCSP, al ser uno de los licitadores participantes en el procedimiento, que podría eventualmente resultar adjudicatario en caso de estimación.

**Cuarto.** La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal del artículo 50 de la LCSP, al no haber transcurrido más de quince días hábiles entre la fecha de notificación del acto impugnado y la de presentación del recurso.



En particular, debe rechazarse la alegación de extemporaneidad que formula PricewaterhouseCoopers Auditores, SL. Según dicha mercantil, KPMG debió recurrir ya contra el acto de exclusión de CROWE, pues en él se evidenciaba que no se iba a proceder a una nueva clasificación, al ordenar retrotraer las actuaciones al momento anterior a la propuesta de adjudicación. Si bien es cierto que en dicho acto no se decía que fuese a haber una nueva clasificación, como no la hubo, no lo es menos que tampoco se decía expresamente que *no* la fuera a haber. Es decir, nada en tal acto permitía concluir con claridad que se iba a producir aquello que ahora la recurrente denuncia como infracción.

Por tanto, sería manifiestamente excesivo imponer al recurrente la carga de una impugnación prácticamente *ad cautelam*, en previsión de algo que podría producirse o no, y en caso contrario inadmitir su recurso por extemporáneo; pues ello supondría una limitación injustificada del acceso al recurso especial. Lo cual, sin entrar en otras consideraciones como la de su legitimación para impugnar la exclusión de otro licitador, basta para rechazar esta alegación.

**Quinto.** En cuanto al fondo, los motivos de impugnación se reducen en esencia a uno, y es que, según el recurrente, tras la exclusión de la oferta de CROWE, debió procederse a clasificar de nuevo las ofertas no excluidas, en lugar de adjudicar a la siguiente oferta con más puntuación según la clasificación anterior, que se había hecho sin excluir la de CROWE. Porque, según el recurrente, de procederse a esa nueva clasificación sería la suya la oferta con mejor puntuación, y por tanto la que habría de resultar adjudicataria.

A esto se suman las clásicas alegaciones de estilo de falta de motivación, vulneración de los principios de la contratación pública e incluso arbitrariedad, acusación esta última que se menciona, pero no se fundamenta en absoluto. Sin embargo, la supuesta vulneración de los principios de la contratación pública la deduce el recurrente de la falta de reclasificación, de manera que es una alegación totalmente dependiente de aquella, que carece de sustantividad propia. Y la alegación de falta de motivación esconde, como es habitual, una discrepancia en la motivación: si se examina el acuerdo de adjudicación, puede verse que da las razones de su decisión, sin perjuicio de que pueda el recurrente discrepar de ella. Que no se mencione lo ocurrido con la oferta de CROWE no supone que no haya motivación; y en todo caso ningún perjuicio causa al recurrente porque lo conoce perfectamente porque se le notificó, como queda patente en su recurso y consta en el expediente –y como demuestra el hecho de que



no extraiga consecuencia alguna de ello–, de manera que, aunque supusiera infracción formal, esta sería irrelevante ex art. 48.2 de la Ley 39/2015.

Despejadas estas cuestiones, debe examinarse el verdadero motivo de impugnación: que, según el recurrente, tras la exclusión de la oferta de CROWE por anormal o desproporcionada debió procederse a una nueva valoración y clasificación de las ofertas (en la que la suya habría obtenido la mayor puntuación) en lugar de adjudicar al siguiente licitador con más puntuación según la misma clasificación.

Se basa el recurrente, en esencia, en una interpretación del PCAP, concretamente de su cláusula 2.3.1 último párrafo (aunque por error la numera en el recurso como 2.3.2), que es casi idéntica al art. 149.6 párr. 2º LCSP:

*Si el órgano de contratación estimase que la información recabada no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador cuando esta sea incompleta o se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico y que, por lo tanto, la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la mejor oferta, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el 150.1 de la LCSP.*

Es obligado admitir que, pese a los esfuerzos argumentativos del recurrente en sentido contrario, el PCAP dista mucho de ser claro en el sentido de ordenar una nueva clasificación cuando se haya excluido una oferta por desproporcionada o anormal. Antes bien lo contrario, si se cohonesta con la LCSP, especialmente el mentado art. 149.6 párr. 2º del que es casi transcripción y el 150.1 al que se refiere. Ley que, por otro lado, prevalecerá siempre sobre los pliegos.

El art. 149.6 párr. 2º de la LCSP establece:

*Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuatro, 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 de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la mejor oferta,*



*de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo 150. En general se rechazarán las ofertas incursas en presunción de anormalidad si están basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde una perspectiva técnica, económica o jurídica.*

El art. 150.1 LCSP, por su parte, establece:

*1. La mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas para posteriormente elevar la correspondiente propuesta al órgano de contratación, en el caso de que la clasificación se realice por la mesa de contratación.*

*Para realizar la citada clasificación, se atenderá a los criterios de adjudicación señalados en el pliego, pudiéndose solicitar para ello cuantos informes técnicos se estime pertinentes. Cuando el único criterio a considerar sea el precio, se entenderá que la mejor oferta es la que incorpora el precio más bajo.*

[...]

Aplicando un criterio de interpretación literal, que es el primero que recoge el art. 3.1 del Código Civil, ha de concluirse en sentido contrario al propugnado por el recurrente. El art. 149.6 párr. 2º LCSP usa un verbo en pasado (“hayan sido clasificadas”), por lo que es más conforme con su sentido gramatical entender que la oferta anormal o desproporcionada será excluida de una clasificación *que ya ha tenido lugar* (y ese sería el sentido de la frase “la excluirá de la clasificación”) y se adjudicará a la siguiente mejor puntuada dentro de esa misma clasificación; sin realizar otra nueva puesto que el artículo no dice nada a este respecto y donde la ley calla no puede hablar su intérprete.

Además, -y esto ya supone combinar el criterio literal con el sistemático- esa clasificación realizada en pasado sería según el art. 150.1 LCSP, que habla de clasificar en orden decreciente según los criterios de adjudicación “las proposiciones presentadas”. Lo que abona la tesis de que la clasificación ha de realizarse primero, sin excluir las proposiciones anormales o desproporcionadas; y solo después proceder a su exclusión. De forma que una vez excluidas se sigue usando esa misma clasificación, pero omitiendo las ofertas anormales, no se vuelve a clasificar.



Esto es aún más claro si se acude a un criterio histórico, pues el derogado TRLCSP recogía una dicción distinta. Su art. 151.1, equivalente del actual 150.1, establecía:

*1. El órgano de contratación clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas y que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales conforme a lo señalado en el artículo siguiente. Para realizar dicha clasificación, atenderá a los criterios de adjudicación señalados en el pliego o en el anuncio pudiendo solicitar para ello cuantos informes técnicos estime pertinentes. Cuando el único criterio a considerar sea el precio, se entenderá que la oferta económicamente más ventajosa es la que incorpora el precio más bajo (resaltado nuestro).*

La diferencia entre el precepto vigente y el derogado es elocuente: sin perjuicio de cuál sea la interpretación correcta del derogado TRLCSP en este punto, en lo cual no entramos, lo que está claro es que, si el inciso subrayado desaparece en la nueva LCSP manteniéndose lo demás, ha de concluirse que bajo la LCSP la clasificación ha de hacerse sin excluir las ofertas anormales o desproporcionadas. Siendo la exclusión, por tanto, posterior a la clasificación. Y puesto que el art. 149.6 párr. 2º habla de “clasificar” en pasado y nada ordena proceder a una nueva clasificación, ha de entenderse que se continúa usando la misma clasificación, pero omitiendo las ofertas anormales.

Precisamente por eso no es aplicable lo que decía la Resolución de este Tribunal nº 333/2011, citada por el recurrente, porque dicha Resolución aplicaba la normativa anterior, que presenta una diferencia crucial con la vigente. Además de que lo que cita el recurrente es un mero *obiter dictum*, pues la Resolución termina desestimando el recurso y señala que la cuestión es neutra de cara a ello.

Por otro lado, y a mayor abundamiento, ha de tenerse en cuenta que acoger la tesis del recurrente podría llevar en muchos casos a resultados absurdos. Puesto que la anomalía de una oferta se determina en la mayoría de casos por referencia al conjunto de las ofertas, de procederse a una nueva clasificación tras excluir la oferta anormal podría haber otra oferta que según esa nueva clasificación fuera ahora anormal, no siéndolo antes. Lo cual podría llevar a una sucesión de reclasificaciones y exclusiones, reduciendo cada vez más el número de ofertas, en un efecto anticompetitivo que es contrario a la interpretación restrictiva de la anomalía de la oferta que deriva de la jurisprudencia del TJUE y que recoge la LCSP. Se podría objetar que solo habría que excluir una vez y luego reclasificar sin volver a excluir, pero



esto supondría que, habiendo ofertas incursas en presunción de anormalidad según la nueva clasificación, no se les aplica el procedimiento del art. 149, sin causa aparente para esa excepción. Salvo que se negase a la segunda clasificación uno de los efectos de la primera (determinar qué ofertas están incursas en presunción de anormalidad), pero esto de nuevo sería muy poco coherente. Y todo ello sin ningún apoyo legal mínimamente claro.

Otra posible consecuencia absurda sería que, de realizar una nueva valoración, nada indica (y nada dice al respecto el recurrente) que no haya de valorarse también la parte de la oferta evaluable mediante criterios sujetos a un juicio de valor. Los pliegos pueden fijar también la valoración de esta parte de la oferta por referencia al conjunto de todas o a la mejor de ellas, y en ese supuesto está claro que sería necesaria una nueva valoración también de esta parte –además de que, en todo caso, no está claro el fundamento de hacer una (nueva) valoración de las ofertas solo referida a alguno de sus aspectos, pues tal cosa no se prevé ni encuentra amparo ni en la LCSP ni en los pliegos.

Lo cual, a su vez, lleva al problema, apuntado por PricewaterhouseCoopers Auditores, SL. en sus alegaciones, de que se estaría valorando (de nuevo) la parte de las ofertas sujeta a juicios de valor conociendo ya la parte evaluable mediante fórmulas, en flagrante contradicción con el art. 146.2 LCSP.

En suma, debe concluirse que, en contra de lo afirmado por el recurrente, no procedía realizar una nueva valoración de las ofertas después de excluir la de CROWE por anormal o desproporcionada, sino acudir a la siguiente oferta según el orden de la clasificación ya realizada; lo que ha de llevar a desestimar 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. F. J. M. M., en representación de KPMG AUDITORES, SL, contra el acuerdo de adjudicación dictado por la Junta de Contratación del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social en el procedimiento de licitación del contrato de *“Servicio de asistencia técnica para la realización de las verificaciones de las*



*operaciones/proyectos en el período de programación 2014-2020 (Expediente 70000090/2018)”.*

**Segundo.** Levantar la medida cautelar acordada, en aplicación del art. 57.3 LCSP.

**Tercero.** No apreciar mala fe o temeridad a tenor del art. 58.2 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 de Audiencia Nacional, 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 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.