



Recurso nº 1141/2019 C. Valenciana 239/2019

Resolución nº 1306/2019

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

En Madrid, a 18 de noviembre de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D.F.A.C.L., en nombre y representación de BCM GESTION DE SERVICIOS S.L., contra el Acuerdo nº 129 de la Junta de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Valencia, de fecha 26 de julio de 2019, por la que se acuerda adjudicar el contrato de ejecución del *“Servicio de gestión y ejecución del programa de actividades físicas en los centros municipales de actividades para personas mayores”*, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Valencia, en sesión celebrada el día 22 de marzo de 2019, aprobó contratar la realización y ejecución de las actividades previstas en el programa de actividades físicas incluido en el programa de actividades socioculturales para personas mayores a desarrollar en los centros municipales de actividades para personas mayores, según las características que se establecen en el pliego de prescripciones técnicas, mediante procedimiento abierto, al amparo de lo dispuesto en los artículos 156 a 159 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en adelante LCSP, por un importe de 634.902,27; aprobó los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares que han de regir la contratación, aprobó el gasto plurianual correspondiente y acordó proceder a la apertura del procedimiento de adjudicación.

Segundo. El anuncio de licitación fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el día 1 de abril de 2019, y en el Perfil de Contratante de la Corporación alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público, finalizando el plazo de presentación de proposiciones, a las doce horas del día 30 de abril de 2019, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 135 de la LCSP.



Tercero. Dentro del plazo de presentación de proposiciones tuvieron entrada cuatro proposiciones presentadas por las siguientes empresas:

BCM GESTIÓN DE SERVICIOS, S.L.

EBONE SERVICIOS EDUCACIÓN DEPORTE, S.L

MEDITERRÁNEA GESTIÓN SOCIAL Y CULTURAL, S.A

SERVICIOS DEPORTIVOS INTEGRALES GRUPO ANIMÁS, S.L.

Cuarto. Todas las ofertas presentadas fueron admitidas por la Mesa de Contratación en el acto interno de apertura de los sobres de Documentación, celebrado el día 7 de mayo de 2019.

El día 14 de mayo de 2019, a las 10:30 horas, tuvo lugar el acto público de apertura de los sobres relativos a los criterios dependientes de un juicio de valor (SOBRE Nº 2). La Mesa en dicho acto admite la documentación contenida en los mismos, y considera conveniente que el personal técnico municipal informe, por lo que en virtud de lo dispuesto en el artículo 157.5 de la LCSP, se solicita informe al Servicio de Personas Mayores.

Por el Servicio de Personas Mayores, el 27 de junio de 2019 se emite un informe, en el que concluye, una vez valorados los criterios dependientes de un juicio de valor referenciados en el apartado M del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que el total de las puntuaciones asignadas a cada empresa es:

EMPRESAS	PUNTUACION CRITERIOS DEPENDIENTES DE UN JUICIO DE VALOR
BCM GESTION DE SERVICIOS SL	33,5
EBONE SERVICIOS EDUCACIÓN Y DEPORTE SL	33,5
GRUPO ANIMÁS SDI	15,5
MEDITERRÁNEA GESTIÓN SA	33



Quinto. El acto de apertura de los criterios evaluables de forma automática, tuvo lugar el día 9 de julio de 2019, en el que previamente a la apertura de los sobres, se dio lectura a las puntuaciones correspondientes a la valoración de los criterios dependientes de un juicio de valor.

EMPRESAS	PUNTUACIÓN CRITERIOS VALORACIÓN AUTOMÁTICA
BCM GESTION DE SERVICIOS SL	16,70
EBONE SERVICIOS EDUCACIÓN Y DEPORTE SL	30,20
GRUPO ANIMÁS SDI	15,49
MEDITERRÁNEA GESTIÓN SA	51,12

La Mesa en dicho acto admitió las proposiciones y consideró que las mismas debían ser informadas por el Servicio Económico Presupuestario.

Por el Servicio Económico-Presupuestario el 11 de julio de 2018 se emite un informe en relación a los criterios evaluables de forma automática, establecidos en el apartado L del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en el que pone de manifiesto que la oferta presentada por la mercantil MEDITERRÁNEA DE GESTIÓN SA podría considerarse anormalmente baja en cuanto al precio ofertado.

En consecuencia, tras la aplicación del criterio de valoración relativo a las bajas ofertadas previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, se siguió el procedimiento previsto en el artículo 149 de la LCSP, y, en su consecuencia se dio audiencia a la mercantil MEDITERRÁNEA DE GESTIÓN, SA a fin de que justificara su oferta sin que por la misma se haya aportado documentación justificativa alguna.

Sexto. Se solicitó un nuevo informe al Servicio Económico Presupuestario para que procediese nuevamente a valorar las ofertas, sin incluir a la oferta que había sido considerada anormalmente baja y que no había sido aceptada, el cual es emitido en fecha 25 de julio de 2019, siendo el total de puntuaciones asignadas a cada empresa el siguiente:



ORDEN	EMPRESAS	SOBRE 2	SOBRE 3	TOTAL
1	EBONE SERVICIOS EDUCACIÓN Y DEPORTE SL	33,5	63,31	96,81
2	BCM GESTION DE SERVICIOS SL	33,5	49,68	83,18
3	GRUPO ANIMÁS SDI	15,5	50,48	65,98

Séptimo. La Mesa de Contratación en sesión celebrada el 30 de julio de 2019, acordó que la mejor oferta atendiendo a los criterios establecidos en los apartados L y M del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, conforme a los mencionados informes del Servicio de Personas Mayores y del Servicio Económico Presupuestario, era la presentada por la mercantil EBONE SERVICIOS EDUCACIÓN Y DEPORTE con NIF B73405599, quien se obligó al cumplimiento del contrato, por un precio de 631.727,76€ y un incremento de 5000 horas respecto del mínimo de horas anuales exigido en el Pliego.

La Mesa de Contratación acordó asimismo en dicha sesión requerir a la misma la aportación de la documentación correspondiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 de la LCSP, proponiendo la adjudicación del contrato a su favor tras la acreditación de los correspondientes requisitos de capacidad y solvencia.

Octavo. BCM GESTION DE SERVICIOS S.L. interpone el 13 de septiembre de 2019 recurso especial en materia de contratación contra el Acuerdo nº 129 de la Junta de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Valencia, de fecha 26 de julio de 2019, de adjudicación del contrato de ejecución del servicio de gestión y ejecución del programa de actividades físicas en los centros municipales de actividades para personas mayores a la empresa EBONE. La recurrente considera como una baja temeraria la mejora de horas presentada por EBONE por ser desproporcionada. Por ello, solicita que se aplique la tramitación legal de las ofertas anormalmente bajas, y que, en caso de no justificar EBONE debidamente la viabilidad de dicha mejora de horas, se excluya a la misma y se acuerde adjudicar el contrato a la recurrente.

Conferido trámite de audiencia, por la adjudicataria se formularon alegaciones, solicitando la desestimación del recurso. Señala que según el apartado L del Anexo I, se podrán considerar anormalmente bajas aquellas ofertas que presenten un precio inferior en 10 puntos



porcentuales respecto a la media de precios de todas las ofertas admitidas. La media de precios de las ofertas admitidas es: 621.302,09 €. Por ello, razona que, siendo el precio ofertado por EBONE de 631.727,76 € y, por tanto, superior a la media de precios de todas las ofertas admitidas, no procede considerar su oferta como anormalmente baja.

Noveno. Con fecha 24 de septiembre de 2019 se resolvió por la Secretaria General del Tribunal, actuando por delegación del mismo, denegar la solicitud de medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en artículos 49 y 56 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 46 de la LCSP y la Resolución de 10 de abril de 2013, de la Subsecretaría del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, por la que se publica el Convenio de colaboración con la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencia de recursos contractuales.

Segundo. La entidad recurrente se encuentra legitimada para interponer el recurso de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, por cuanto que se trata de un acuerdo de adjudicación y la recurrente es la segunda mejor clasificada.

Tercero. El recurso se interpone contra el acuerdo de adjudicación respecto de un contrato de servicios, cuyo valor estimado es de 846.536,36 euros, siendo por tanto superior al exigido en el artículo 44.1.a) de la LCSP para los actos recurribles.

Cuarto. El artículo 50.1.d) de la LCSP dispone que el recurso se interpondrá en el plazo de quince días hábiles computados desde el día siguiente a aquel en que se haya notificado al licitador o licitadores que hubieran sido admitidos al procedimiento, de conformidad con la disposición adicional quinta de la LCSP.

El recurso se interpuso ante el Registro del Tribunal el 13 de septiembre de 2019 y ante el Ayuntamiento de Valencia el 18 de septiembre de 2019. El acuerdo fue firmado



electrónicamente el 28 de agosto de 2019 por lo que el recurso ha sido interpuesto dentro del plazo a que se refiere el artículo 50 LCSP.

Quinto. Sostiene el recurrente que la oferta que ha resultado adjudicataria del contrato en cuestión incurre en baja temeraria, sobre la base de que la mejora de horas presentada es desproporcionada.

Sostiene que las mejoras de horas ofertadas por el resto de los licitadores, a saber, 800 horas por parte de BCM GESTION DE SERVICIOS S.L. (BCM) y 150 horas por parte de SDI GRUPO ANIMÁS (SDI) se observa cómo la mejora realizada por EBONE resulta, en su opinión, desproporcionada, ya que es un 84% superior a la de BCM y un 97% superior a la de SDI. Sin embargo, dicha mejora de horas no se ve reflejada en el precio ofertado por EBONE.

Señala que la oferta de EBONE no guarda proporcionalidad con el precio, ya que si su mejora de horas supera en 4.200 a la de BCM, es decir, un 84% superior, el precio ofertado no es superior, sino inferior al ofertado por BCM, en concreto un 0,41%.

Si se atiende a las necesidades del contrato, a saber, un mínimo de 150 horas, tal y como se hace constar en el apartado L del Anexo 1, la propuesta presentada por EBONE, resultaría incompatible con su correcta ejecución, puesto que la misma no podría hacer frente, tan siquiera, a los costes salariales que del mismo se derivan, lo que a su juicio la convertiría irremediabilmente en inviable.

Señala el recurrente que son reiteradas las resoluciones de ese Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que vienen a justificar que a la hora de valorar una oferta no solo se ha de estar al precio propuesto, es decir, a la oferta más competitiva, sino, a la propia viabilidad de la misma debiendo realizarse un análisis conjunto de precios y costes, siendo así que los costes en los que irremediabilmente EBONE debe de incurrir para hacer frente a 5000 horas de mejora hacen que la oferta propuesta sea anormalmente baja, y por consiguiente que la ejecución del contrato se vuelva inviable.

En relación a esta cuestión, ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 149 LCSP:

“Artículo 149. Ofertas anormalmente bajas.



1. En los casos en que el órgano de contratación presuma que una oferta resulta inviable por haber sido formulada en términos que la hacen anormalmente baja, solo podrá excluirla del procedimiento de licitación previa tramitación del procedimiento que establece este artículo.

2. La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación deberá identificar las ofertas que se encuentran incursas en presunción de anormalidad, debiendo contemplarse en los pliegos, a estos efectos, los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal.

La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación realizará la función descrita en el párrafo anterior con sujeción a los siguientes criterios:

a) Salvo que en los pliegos se estableciera otra cosa, cuando el único criterio de adjudicación sea el del precio, en defecto de previsión en aquellos se aplicarán los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente y que, en todo caso, determinarán el umbral de anormalidad por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado, sin perjuicio de lo establecido en el apartado siguiente.

b) Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto. (...)”

A este respecto hemos de decir que el artículo 149.2 b) LCSP es taxativo y exige que los pliegos establezcan unos parámetros objetivos de anormalidad referidos a la oferta en su conjunto. En consecuencia, la LCSP parece decantarse por la obligación de contemplar en los pliegos los parámetros objetivos que deben permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, si bien su ausencia en el PCAP debería haberse denunciado en momento procedimental anterior; esto es, al tiempo de la licitación, pues la presentación de la oferta por parte de los licitadores supone la aceptación incondicional de los pliegos, que no podrán ser impugnados excepto que concurra causa de nulidad.

El Tribunal ha declarado que la falta de inclusión en el PCAP de parámetros para apreciar el carácter anormal o desproporcionado de las ofertas, en aquellas licitaciones sujetas a la LCSP



en la que se apliquen varios criterios de adjudicación (artículo 149.2) no constituye causa de nulidad radical, sino un vicio de forma constitutivo de anulabilidad, el cual no podría ser analizado al hilo de la impugnación de la adjudicación.

En la Resolución 1187/2018, de 28 de diciembre, el Tribunal declaró, a estos efectos, lo siguiente:

“Antes de entrar en la siguiente alegación principal, hemos de examinar la que de pasada formula la recurrente de no haberse incluido en el PCAP de los parámetros objetivos que deberían permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal o desproporcionada.

El artículo 149.2 de la LCSP dispone lo siguiente: ‘La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación deberá identificar las ofertas que se encuentran incursas en presunción de anormalidad, debiendo contemplarse en los pliegos, a estos efectos, los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal. La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación realizará la función descrita en el párrafo anterior con sujeción a los siguientes criterios: a) Salvo que en los pliegos se estableciera otra cosa, cuando el único criterio de adjudicación sea el del precio, en defecto de previsión en aquellos se aplicarán los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente y que, en todo caso, determinarán el umbral de anormalidad por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado, sin perjuicio de lo establecido en el apartado siguiente. b) Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto.’ El precedente TRLCSP solo imponía como exigible la aplicación del procedimiento de apreciación de la viabilidad de la oferta cuando se hubiera formulada en términos que la hacen anormalmente baja cuando el único criterio de adjudicación fuese el del precio, dejando a la voluntad del órgano de contratación la introducción en el pliego de los parámetros objetivos que permitiesen identificar los casos en que una oferta se considerase anormal cuando de la utilización de una pluralidad de criterios de adjudicación se tratase. Sin embargo, la nueva LCSP impone, mediante el empleo del verbo deber, establecer dichos parámetros objetivos



cualquiera que sea el procedimiento de adjudicación, ya sometido a un solo al criterio del precio ya a varios, pues es obligación del órgano de contratación apreciar la viabilidad de la oferta. Coincidiendo en esto con el TRLCSP, la nueva LCSP establece en el caso de que el único criterio de adjudicación sea el del precio, en defecto de previsión en el pliego, la aplicación de los parámetros objetivos establecidos reglamentariamente, y en el caso de que los criterios sean varios, solo permite que los parámetros aplicables se fijen en el pliego, de modo que de no hacerlo el pliego, no es posible acudir a los parámetros establecidos reglamentariamente.

Así las cosas –como reconoce el propio órgano de contratación en su informe–, el PCAP incumplió la LCSP al impedir identificar las ofertas incursas en presunción de anormalidad, sin que, como parece dar a entender la recurrente en su escrito, sean aplicable las disposiciones reglamentarias para suplir la omisión, al ser el procedimiento de adjudicación por varios criterios de adjudicación y no solo por el precio. Lo cierto es que el vicio ahora denunciado no fue impugnado cuando el licitador debió hacerlo, antes de presentar su oferta, pues al presentarla aceptó incondicionadamente y sin reserva alguna el PCAP (artículo 139.1 LCSP), por eso señala el artículo 50.1.b) de la LCSP que ‘con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho’. Es por tanto preciso determinar si la vulneración del artículo 149.2 de la LCSP es o no un supuesto de nulidad de pleno derecho conforme al artículo 39 de la LCSP, que remite a su vez al artículo 47.1 de la LPACAP. Ha de señalarse que la jurisprudencia impone una interpretación restrictiva de la concurrencia de los supuestos previstos en el artículo 47.1 de la LPACAP, siendo la regla la anulabilidad frente a la nulidad. Pues bien, el incumplimiento en el PCAP de lo dispuesto por el artículo 149.2 de la LCSP no encaja en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 47.1 de la LPACAP, siendo antes bien una infracción del ordenamiento jurídico que determina un defecto de forma en el procedimiento de adjudicación que hace que el acto de adjudicación carezca de un requisito formal –la apreciación de la viabilidad de la oferta– indispensable para alcanzar el fin de dar satisfacción al interés general que con la adjudicación se pretende, siendo por tanto es un vicio de anulabilidad y no de nulidad conforme a los artículos 40 de la LCSP y 48 de la



LPACAP. No puede por tanto admitirse la pretensión extemporánea contra el PCAP por dicha causa”.

En el presente supuesto, el PCAP se remite al apartado L del Anexo I, que prevé la existencia de diversos criterios automáticos, y señala en el apartado relativo al precio ofertado que “*Se podrán considerar anormalmente bajas aquellas ofertas que presenten un precio inferior en 10 puntos porcentuales respecto a la media de precios de todas las ofertas admitidas.*”

Con respecto a la mejora consistente en el incremento del número de horas anuales a las exigidas en el pliego no se establecen los parámetros objetivos con arreglo a los que se pueda identificar la anormalidad de la oferta, pues el criterio anteriormente citado se refiere única y exclusivamente al precio, no a los restantes criterios de adjudicación automáticos.

Las resoluciones que cita la recurrente aparecen referidas al TRLCSP, no a la actual LCSP, que, como hemos visto, trata la cuestión de forma sustancialmente diferente. Por otro lado, las resoluciones no hacen referencia a la distinción entre un solo criterio y varios criterios de adjudicación, razón por la que se entiende que las mismas no resultan aplicables al supuesto planteado.

No habiendo impugnado los pliegos en este punto, y no habiéndose producido infracción alguna de los mismos, procede la desestimación del 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 D.F.A.C.L., en nombre y representación de BCM GESTION DE SERVICIOS S.L., contra el Acuerdo nº 129 de la Junta de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Valencia, de fecha 26 de julio de 2019, por la que se acuerda adjudicar el contrato de ejecución del “*Servicio de gestión y ejecución del programa de actividades físicas en los centros municipales de actividades para personas mayores*”, con confirmación del acto recurrido.



Segundo. 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 sanción 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 de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta 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.