



Recurso nº 1077/2020

Resolución nº 174/2021

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

En Madrid, a 19 de febrero de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por D. C. J. G. en representación de MONCOBRA, S.A., (en adelante MONCOBRA) contra resolución publicada el 24 de septiembre de 2020 por la que se deja sin efecto la resolución de clasificación de proposiciones de fecha 21 de julio de 2020 y se efectúa nueva clasificación de proposiciones respetando el orden acordado por la mesa del órgano de contratación con fecha 7 de julio de 2020, del procedimiento de licitación para la contratación del “*servicio de puesta en marcha y mantenimiento integral en el Centro de Investigaciones Interdisciplinares Alcalá de Henares*”, con expediente n.º 192/2020, convocado por la Agencia Estatal del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC); este Tribunal, en el día de la fecha, ha aprobado, por mayoría de sus miembros, la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El CSIC convocó, mediante anuncio publicado el 14 de mayo de 2020 en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea así como en el Boletín Oficial del Estado de 18 de mayo de 2020, licitación de contratación mediante procedimiento abierto para la contratación del servicio de puesta en marcha y mantenimiento integral en el Centro de Investigaciones Interdisciplinares Alcalá de Henares del CSIC

Segundo. Finalizado el plazo de ofertas, han presentado aquéllas, además del recurrente, OHL SERVICIOS INGESAN, S.A. FULTÓN SERVICIOS INTEGRALES, S.A., CLECE, S.A., TECNOCONTROL SERVICIOS S.A., SACYR FACILITIES S.A., OPTIMA TECHNICAL SERVICES S.A., UTE MASA-ELDU, ELECNOR S.A. y ATI SISTEMAS S.L.



Tercero. En acta de la reunión de la Mesa de fecha 7 de julio de 2020, consta lo siguiente:

“Una vez valoradas las proposiciones, de acuerdo a los criterios del PCAP, resulta la siguiente clasificación:

1º ELEC NOR, S.A. 27,75 13,07 48,00 1.572.850,00 88,82

2º OHL SERVICIOS INGESAN, S.A. 32,00 13,07 40,71 1.854.545,38 85,78

3º MONCOBRA, S.A. 28,75 13,00 43,79 1.724.075,16 85,54

4º FULTON SERVICIOS INTEGRALES, S.A. 34,50 13,13 37,73 2.000.878,70 85,36.

5º...”

En ese acto, la Mesa identifica que la oferta de ELEC NOR se encuentra incurso en presunción de anormalidad, por lo que acuerda requerir a dicha empresa que justifique el bajo nivel de precios de su oferta.

Cuarto. La mesa, en su sesión de 21 de julio siguiente, consideró que la oferta presentada por el licitador ELEC NOR no es aceptable, y acuerda, en consecuencia, elevar, al Órgano de Contratación, la propuesta de NO ADMITIR la oferta presentada por CIF: (...) ELEC NOR, S.A., y elevar la siguiente propuesta de clasificación:

“De acuerdo a la evaluación de las propuestas aportadas por los licitadores, la Mesa de Contratación concluye la siguiente lista, ordenada de manera decreciente de puntuación, de acuerdo a las puntuaciones obtenidas por los licitadores en las diferentes fases, elevando al Órgano de Contratación la correspondiente propuesta de clasificación, resultando CIF: (...) MONCOBRA, S.A, propuesto como mejor valorado:

1º MONCOBRA, S.A. 28,75 13,00 48,00 1.724.075,16 89,75

2º OHL SERVICIOS INGESAN, S.A. 32,00 13,07 44,62 1.854.545,38 89,69



3º FULTON SERVICIOS INTEGRALES, S.A. 34,50 13,13 41,36 2.000.878,70 88,99

4º CLECE, S.A. 29,75 13,13 42,77 1.934.675,63 85,65

5º ...”

Ese mismo día, 21 de julio de 2020, se dicta resolución por el órgano de contratación por la que, a la vista de la propuesta de la mesa, se acuerda inadmitir la oferta de ELECNOR y clasifica las proposiciones admitidas en los mismos términos de la propuesta antes reseñada, de forma que la oferta de la empresa MONCOBRA pasa de ser la tercera clasificada a ser la primera, dado que al volver a valorar las ofertas económicas admitidas, varía su puntuación. Por su parte, la empresa que inicialmente era la segunda clasificada, OHL SERVICIOS-INGESAN, S.A, queda clasificada nuevamente la segunda.

En esa misma fecha, se comunica a la empresa MONCOBRA que su oferta ha sido la mejor valorada y por ello se la requiere para que aporte la documentación que se indica con arreglo al artículo 150.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP).

Quinto. Frente a la citada resolución de 21 de julio de 2020 se interpuso ante este Tribunal recurso especial en materia de contratación por parte del licitador no admitido (ELECNOR, S.A.) desestimado mediante resolución de 18 de septiembre de 2020.

Sexto. Con fecha 24 de julio de 2020, la empresa OHL SERVICIOS-INGESAN presenta escrito ante el órgano de contratación por el que, al amparo del artículo 44.3 de la LCSP, pone de manifiesto cómo, de manera imprevista y a su juicio, en contra de las reglas del juego establecidas en la LCAP y en los Pliegos que rigen la contratación, en la sesión de 21 de julio de 2020 de la Mesa se modifica la clasificación de las ofertas realizada por la Mesa de Contratación, con fecha 7 de julio de 2020 y, considerando que la oferta de ELECNOR no es aceptable, en lugar de proponer la adjudicación en favor de OHL SERVICIOS-INGESAN, clasificada en segundo lugar, hace un salto en favor de la empresa situada en tercer lugar, que es MONCOBRA. Y solicita , por las razones que expone, *“revoque su decisión de proponer la adjudicación del contrato de referencia, en favor de la oferta clasificada en tercer lugar, según acuerdo de la Mesa de Contratación*



de 7 de julio de 2020, procediendo a subsanarlo, adoptando nuevo acuerdo por el cual se proponga la adjudicación en favor de la oferta presentada por OHL SERVICIOS INGESAN, S.A., al estar posicionada en primer lugar una vez excluida la oferta que se encontraba situada en primer lugar, al no haber justificado su oferta anormal”.

Séptimo. Con fecha 24 de septiembre de 2020 el órgano de contratación dicta resolución por la que, a la vista de lo alegado y solicitado por la empresa OHL SERVICIOS-INGESAN, acuerda:

“PRIMERO. DEJAR SIN EFECTO la resolución de CLASIFICACIÓN de fecha 21 de julio de 2020 y CLASIFICAR las proposiciones admitidas al presente procedimiento, por orden decreciente, atendiendo a los criterios de valoración establecidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y respetando el orden en que quedaron clasificadas en la mesa celebrada el día 7 de julio de 2020, atendiendo al criterio sentado por el TACRC, con el siguiente resultado:

1º OHL SERVICIOS INGESAN, S.A. 32,00 13,07 40,71 1.854.545,38 85,78

2º MONCOBRA, S.A. 28,75 13,00 43,79 1.724.075,16 85,54

3º FULTON SERVICIOS INTEGRALES, S.A. 34,50 13,13 37,73 2.000.878,70 85,36

4º CLECE, S.A. 29,75 13,13 39,02 1.934.675,63 81,90

5º...

SEGUNDO. Ordenar la cancelación de la garantía definitiva constituida por la empresa MONCOBRA, S.A.”

En dicha resolución el órgano de contratación indica que contra ella se podrá interponer recurso especial en materia d contratación.

Octavo. Contra dicha resolución interpone el 16 de octubre de 2020 recurso especial en materia de contratación la licitadora MONCOBRA, que, en primer lugar, manifiesta que *“mediante la Resolución que es objeto del presente Recurso, se ha tenido conocimiento*



por esta parte que la empresa OHL SERVICIOS INGESAN, S.A. presentó escrito, del cual el resto de licitadores no ha tenido conocimiento ni se les ha trasladado a los efectos oportunos, solicitando que se proceda a realizar una nueva clasificación de ofertas manteniendo el orden en que quedaron clasificadas en el acta de fecha 7 de julio de 2020, por considerar que una vez excluida ELECNOR, S.A. no cabe nuevamente volver a clasificar las ofertas”, y, acto seguido, alega, en síntesis, que la clasificación de las ofertas, cuando una de ellas incurre en anormalidad, se ha de efectuar después de determinar si esta se justifica o no y, en consecuencia, si se acepta o se rechaza por el órgano de contratación, de forma que si es rechazada, se valoran solo las ofertas económicas admitidas y se clasifican por orden de puntuación, por lo que una vez efectuada la clasificación de esa forma, no ha lugar a la reclasificación posterior de las ofertas, por lo que, en este caso, la primera y correcta clasificación es, en su opinión, la efectuada el 21 de julio, tras excluir la oferta de ELECNOR por no haber justificado satisfactoriamente la baja ofertada, y no la efectuada por la mesa el 7 de julio antes del trámite de justificación de su oferta en baja anormal presentada por la empresa situada en primera posición, ELECNOR, por lo que debe mantenerse la clasificación de 21 de julio de 2020. En definitiva, argumenta que la clasificación debió efectuarse una vez tramitado el procedimiento del artículo 149 de la LCSP de manera que debe estarse a la clasificación posterior a la exclusión de ELECNOR, S.A.

Noveno. Recibido en este Tribunal el expediente, el órgano de contratación acompañó el informe a que se refiere el art. 56.2 de la LCSP y 28.4 del Reglamento de los Procedimientos Especiales de Revisión de decisiones en materia contractual y de Organización del Tribunal Central de Recursos Contractuales (RPERMC). En él, se opone al recurso y sostiene, en síntesis, que procede la desestimación del recurso puesto que según resolución de este Tribunal nº 716/2019, de 27 de junio, la clasificación ha de efectuarse sin excluir las ofertas excluidas dado su carácter anormal o desproporcionado.

Décimo. Con fecha 27 de octubre de 2020, la Secretaría de este Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes interesados en el procedimiento de contratación para que pudieran, si a su derecho conviniera, hacer alegaciones al mismo, habiendo presentado OHL SERVICIOS INGESAN S.A., escrito al efecto en el que se solicita la desestimación del recurso al considerar que la nueva clasificación carece de regulación



en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que, a su entender, se ajusta íntegramente a lo previsto en la LCSP, así como ser contraria a los principios de economía procesal, mantenimiento de los actos administrativos y de las legítimas expectativas.

Undécimo. El recurso especial en materia de contratación solicita la adopción de medida cautelar consistente en la suspensión de la tramitación del procedimiento de licitación, desestimada mediante resolución de este Tribunal de 5 de noviembre de 2020.

A los anteriores Hechos le son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal que es competente para conocerlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la LCSP y el correspondiente Convenio de colaboración con la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencia de recursos contractuales publicado por Resolución de 10 de abril de 2013 en el BOE de 17 de abril de 2013 y prorrogado mediante Resolución de 20 de mayo de 2019 por la que se publica el Acuerdo de prórroga, publicada en el BOE de 22 de mayo de 2019

Segundo. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legalmente establecido al efecto en el art. 50.1 de la LCSP, habiéndose cumplido también con el resto de formalidades.

Tercero. Asimismo, se interpone por persona legitimada. Dispone al efecto el artículo 48 de la LCSP en su primer párrafo lo siguiente: *“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”*.

Cuarto. El recurso se interpone contra la resolución de 24 de septiembre de 2020 del órgano de contratación por la que, a la vista de lo alegado y solicitado por la empresa OHL SERVICIOS-INGESAN acuerda dejar sin efecto la resolución de clasificación de ofertas de fecha 21 de julio de 2020 y CLASIFICAR las proposiciones admitidas al



presente procedimiento, por orden decreciente, atendiendo a los criterios de valoración establecidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y respetando el orden en que quedaron clasificadas en la sesión de la mesa celebrada el día 7 de julio de 2020, con el resultado, en lo que aquí interesa, de quedar clasificada en primer lugar la oferta de OHL SERVICIOS INGESAN con 85,78 puntos y en segundo lugar la de MONCOBRA con 85,54 puntos.

Quinto. A pesar de que ni el órgano de contratación ni el licitador que ha presentado alegaciones ponen de manifiesto la existencia de posibles causas de inadmisibilidad del recurso, este Tribunal debe pronunciarse en primer lugar, sobre la concurrencia o no de las mismas, pues su existencia determinaría la imposibilidad de pronunciarnos sobre el fondo del asunto, pudiendo aquéllas apreciarse de oficio ex artículo 55 LCSP. En concreto, podría plantearse si concurre o no en este caso la causa de inadmisión del recurso especial prevista en el artículo 55, c):

“c) *Haberse interpuesto el recurso contra actos no susceptibles de impugnación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44*”.

Así las cosas, resulta que el objeto del presente recurso es la resolución publicada el 24 de septiembre de 2020 por la que **se revoca** la resolución de clasificación de proposiciones de fecha 21 de julio de 2020 y efectúa nueva clasificación de proposiciones respetando el orden acordado por la mesa del órgano de contratación con fecha 7 de julio de 2020, del procedimiento de licitación para la contratación del servicio de puesta en marcha y mantenimiento integral en el Centro de Investigaciones Interdisciplinares Alcalá de Henares del CSIC. Resolución de revocación adoptada en virtud de reclamación por la que se puso de manifiesto por la licitadora OHL SERVICIOS-INGESAN que dicha resolución de 21 de julio de 2020, en cuanto efectuaba una segunda valoración y clasificación tras el rechazo de la oferta de ELECNOR incurso en baja anormal no justificada, infringía el régimen de clasificación de ofertas resultante de los artículos 149 y 150 de la LCSP, de forma que alteraba la clasificación ya realizada y el orden establecido, de forma que ella, que era la segunda mejor oferta, excluida la primera, no pasó a ser la mejor clasificada a causa de la nueva valoración, infringiéndose lo determinado en dichos preceptos.



Pues bien, se plantea si en este caso, el acto recurrido está o no comprendido entre los previstos en el artículo 44.2.b), que cita como actuaciones susceptibles de recurso:

“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”.

La cuestión se plantea de forma especial en este caso, frente a los que habitualmente se vienen considerando actos de trámite no cualificados, no susceptibles, por tanto, de recurso especial, porque en este caso el acto de clasificación emana del órgano de contratación, deja sin efecto otro anterior también del órgano de contratación, no de la Mesa, y se dicta a causa de reclamación de la licitadora interesada y perjudicada que determina, sin que el órgano de contratación diera traslado a los demás interesados para alegaciones, que revoque su acto de clasificación de fecha 21 de julio de 2020.

Este Tribunal viene considerando reiteradamente que los actos de la mesa de contratación por los que valora las ofertas, las clasifica por orden decreciente de puntuaciones obtenidas y eleva propuesta de adjudicación a favor de la mejor posicionada con arreglo a las puntuaciones obtenidas son actos de trámite, puesto que no resuelven el procedimiento de adjudicación, y no son cualificados, porque todos ellos son susceptibles de variación por el órgano de contratación, pues puede rechazar la valoración y la clasificación efectuada y, por ello, la propuesta de adjudicación, motivo por el que no reúnen los requisitos determinados en la norma para serlo, esto es, que 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 consecuencia, el recuso especial contra ellos no es admisible. En ese sentido nos hemos pronunciado en múltiples resoluciones, por todas, en la Resolución 404/2016, de 20 de mayo.



No obstante, es lo cierto que en este caso concurren circunstancias diferenciadoras que impiden aplicar el criterio expuesto de inadmisión del recurso especial interpuesto contra el acuerdo del órgano de contratación de fecha 24 de septiembre de 2020, por el que revoca su resolución de 21 de julio anterior por la que clasifica las ofertas según la nueva propuesta de la mesa, que varía la suya anterior de 7 de julio tras una nueva valoración de las ofertas económicas de las restantes licitadoras que continuaban en el procedimiento tras la exclusión de la de la primera clasificada por no justificar su oferta incurso en anormalidad, y ordena este acuerdo de 24 de septiembre estar a la clasificación inicial citada de 7 de julio de 2020, efectuada por la mesa. En consecuencia, deja sin efecto el requerimiento efectuado a la recurrente para cumplimentar lo determinado en el artículo 150.2 de la LCSP, y determina que se efectúe a favor de la siguiente mejor posicionada en la clasificación acordada por la mesa en fecha 7 de julio tras rechazar el órgano de contratación la oferta incurso en baja anormal. Todo lo cual lo ha realizado el órgano de contratación en virtud de reclamación de la licitadora OHL SERVICIOS-INGESAN, que era la segunda mejor oferta en la clasificación efectuada por la mesa en su acuerdo de 7 de julio, reclamación de la que no se dio traslado ni audiencia ni a la recurrente, cuya oferta era la mejor posicionada en clasificación efectuada por el órgano de contratación en su resolución de 21 de julio, ni al resto de los interesados.

La resolución recurrida de 24 de septiembre de 2020, en primer lugar, es un acto del órgano de contratación que clasifica las ofertas, deja sin efecto su propio acto de clasificación acordada el 21 de julio y decide que se ha de aplicar la clasificación inicial efectuada por la mesa el 7 de julio. Al ser un acto de reclasificación emanado del órgano de contratación, consideramos que sí decide indirectamente sobre la adjudicación, en concreto, sobre a favor de qué licitador ha de efectuarse, previo cumplimiento de lo determinado en el artículo 150.2, determinación que se la hace a sí mismo dicho órgano, lo que excluye, en principio, la posibilidad de que el órgano de contratación se separe de su propia declaración de voluntad, que es lo que determina que esa misma clasificación realizada por la mesa no se considere acto de trámite cualificado.

En segundo lugar, la resolución de 24 de septiembre se ha dictado a causa de reclamación, formulada por una licitadora, que ha determinado que el órgano de contratación revoque su acto de 21 de julio, es decir, deja sin efecto otro acto y sus

posteriores que favorecían a la recurrente y lo ha hecho sin conferirle traslado de ese escrito para alegaciones, ni al resto de licitadores interesados, lo que implica indefensión y, por ello, un posible perjuicio irreparable a la recurrente, que es una de las circunstancias determinantes de que el acto de trámite pase a ser cualificado y por ello susceptible de recurso especial.

Y, en tercer lugar, si la propia norma, artículo 44.2,b) de la LCSP, determina que en todo caso se considerará que concurren las circunstancias que cualifican los actos de trámite en el caso, entre otros actos, de los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión de candidatos o licitadores o la admisión de ofertas, podemos considerar que sí decide indirectamente sobre la adjudicación el acto recurrido dictado por el órgano de contratación, ya que si la sola admisión de una oferta entre varias sí decide indirectamente sobre la adjudicación en el criterio legal, también decide indirectamente sobre la misma el acto recurrido por el que el órgano de contratación revoca su acto de clasificación y subsiguientes de requerimiento del artículo 150.2 de la LCSP al mejor clasificado, que lo era la recurrente, cuya oferta deja de ser la mejor valorada y, por ello, el propuesto adjudicatario por el propio órgano de contratación, a favor de otro licitador con oferta mejor valorada y mejor posicionado en acto de clasificación anterior.

Por lo expuesto, y con fundamento en el principio *pro actione*, consideramos que el acto recurrido sí es un acto de trámite cualificado, susceptible de recurso especial con arreglo al artículo 44.2, b, de la LCSP, por concurrir en él una o varias de las circunstancias determinadas en dicho precepto. En consecuencia, el recurso debe ser admitido.

Sexto. La cuestión de fondo que determina el motivo alegado por la recurrente contra la resolución recurrida, de 24 de septiembre de 2020, consiste, en esencia, en determinar, con arreglo a la regulación contenida en los artículos 149 y 150 de la LCSP, cuándo se ha de efectuar por la mesa, si existe, que es el supuesto habitual, la valoración y clasificación de las ofertas en el caso de apreciarse que una o varias de las ofertas presentadas incurre en presunción de anormalidad: con carácter general tras la valoración de las ofertas, existan o no ofertas incursas en dicha presunción, de forma que aunque alguna de ellas fuese excluida por no justificar la baja anormal, se mantendría el

orden derivado de las puntuaciones recogido en dicha clasificación, o por el contrario, si la valoración de las ofertas económicas y la clasificación han de efectuarse, cuando alguna de ellas sea excluida por no justificar la baja anormal, tras su exclusión, de forma que la valoración de las ofertas económicas y la clasificación se efectúen de las ofertas restantes que continúen el procedimiento.

La cuestión ya ha sido resuelta por este Tribunal, que se ha pronunciado sobre la misma en relación al régimen resultante de los artículos 149 y 150 de la LCSP, que varía el anterior del TRLCSP, en la Resolución nº 716/2019 (Recurso nº 625/2019, de 27 de junio, en la que expusimos nuestro criterio, que reproducimos:

“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 cohonesto 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 anormalidad 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 anormalidad 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, S.L. 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”.

En virtud de dicho criterio, consideramos que lo ajustado a la norma es que la Mesa (o, en su caso, el órgano de contratación) ha de valorar y clasificar las ofertas y después, caso de concurrir alguna incurso en presunción de anormalidad, seguir el procedimiento legalmente previsto para su justificación y aceptación o rechazo, de forma que, en caso de ser rechazada o rechazadas esas ofertas son excluidas de la clasificación, manteniéndose el mismo orden pero sin las excluidas, lo que implica que, en modo alguno, debe procederse a efectuar una nueva valoración de las ofertas económicas solo con las que quedan en el procedimiento ni a una nueva clasificación.

El criterio que mantiene este Tribunal aparece confirmado en el artículo 159.4, f, relativo al procedimiento abierto simplificado, en cuanto determina:

“En todo caso, la valoración a la que se refiere la letra anterior deberá estar efectuada con anterioridad a la apertura del sobre o archivo electrónico que contenga la oferta evaluable a través de criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas.

Tras la apertura del sobre o archivo electrónico y en la misma sesión la mesa procederá a:

- 1.º Previa exclusión, en su caso, de las ofertas que no cumplan los requerimientos del pliego, evaluar y clasificar las ofertas.*
- 2.º Realizar la propuesta de adjudicación a favor del candidato con mejor puntuación.*
- 3.º Comprobar en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas que la empresa está debidamente constituida, el firmante de la proposición tiene poder bastante para formular la oferta, ostenta la solvencia económica, financiera y técnica o, en su caso la clasificación correspondiente y no está incurso en ninguna prohibición para contratar.*

4.º Requerir a la empresa que ha obtenido la mejor puntuación mediante comunicación electrónica para que constituya la garantía definitiva, así como para que aporte el compromiso al que se refiere el artículo 75.2 y la documentación justificativa de que dispone efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 76.2; y todo ello en el plazo de siete días hábiles a contar desde el envío de la comunicación.

En el caso de que la oferta del licitador que haya obtenido la mejor puntuación se presuma que es anormalmente baja por darse los supuestos previstos en el artículo 149, la mesa, realizadas las actuaciones recogidas en los puntos 1.º y 2.º anteriores, seguirá el procedimiento previsto en el citado artículo, si bien el plazo máximo para que justifique su oferta el licitador no podrá superar los cinco días hábiles desde el envío de la correspondiente comunicación."

De dicho texto resulta claramente que en el procedimiento abierto simplificado, en primer lugar, se excluyen las ofertas que no cumplen los requerimientos de los pliegos, y acto seguido se evalúan y clasifican las ofertas no excluidas, y tras ciertas actuaciones y requerimiento a la empresa mejor valorada en su oferta y mejor clasificada, si la oferta de esta incurre en presunción de baja anormal, se sigue el procedimiento del artículo 149, lo que implica que si no justifica adecuadamente los bajos precios ofertados, será excluida de la clasificación, y el órgano de contratación acordará la adjudicación a favor de la mejor oferta de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas. De ello se deduce, que hay solo una evaluación y clasificación, seguidas, en su caso, del procedimiento de justificación de baja anormal de la oferta mejor posicionada caso de estar incurso en dicha presunción, y si el órgano de contratación la excluye, adjudicará el contrato a la siguiente mejor oferta por el orden en que estaban clasificadas.

Entendemos que el régimen determinado en ese precepto, aunque referido al procedimiento abierto simplificado, es indicativo del sentido y de la interpretación que ha de hacerse de lo determinado en el artículo 149, en especial su apartado 6, de la propia LCSP, al que se remite el artículo 159.4., f).



En definitiva, se ajusta a la legalidad la resolución del órgano de contratación de 24 de septiembre de 2020 por la que deja sin efecto su resolución de 21 de julio de 2020 por la que, a propuesta de la Mesa, se valoran nuevamente las ofertas económicas de las licitadoras restantes y clasifica nuevamente las ofertas tras excluir la de la clasificada en primer lugar, de las que resultan unas puntuaciones distintas y, en consecuencia, una ordenación de las ofertas distinta, y ordena estar a la clasificación inicial efectuada por la mesa en su sesión de 7 de julio de 2020.

En consecuencia, el recurso no debe prosperar y debe desestimarse.

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. C. J. G. en representación de MONCOBRA, S.A. contra resolución publicada el 24 de septiembre de 2020 por la que se deja sin efecto la resolución de clasificación de proposiciones de fecha 21 de julio de 2020 y se efectúa nueva clasificación de proposiciones respetando el orden acordado por la mesa del órgano de contratación con fecha 7 de julio de 2020, del procedimiento de licitación para la contratación del *“servicio de puesta en marcha y mantenimiento integral en el Centro de Investigaciones Interdisciplinares Alcalá de Henares”*, con expediente n.º 192/2020, convocado por la Agencia Estatal del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC)

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 de la Audiencia Nacional, 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 11.1.f) y



46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

**VOTO PARTICULAR DEL VOCAL D. EUGENIO ALBERO CIFUENTES, EN RELACIÓN
CON LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO 1077/2020**

En Madrid, a 17 de febrero de 2021.

El vocal que suscribe discrepa del parecer de la mayoría de este TACRC, que desestima el Recurso 1077/2020. En su opinión procedería la inadmisión del mencionado recurso, por los siguientes motivos:

Primero. La presente resolución admite a trámite el recurso presentado contra la Resolución de 24 de septiembre de 2020 del órgano de contratación del CSIC, por la que, a petición de uno de los licitadores y en base a la interpretación que este TACRC viene realizando de la LCSP desde la Resolución 716/2019, realiza una nueva clasificación de las proposiciones, anulando una anterior en la que se hacía una nueva valoración, tras la exclusión de uno de los licitadores por temeridad.

Los argumentos de la resolución de la mayoría del Tribunal se basan en que la resolución recurrida decide indirectamente sobre la adjudicación, y en que la misma puede producir perjuicios irreparables al recurrente, al no habersele concedido trámite de alegaciones (artículo 44.2.b) de la LCSP).

1.- La clasificación realizada por el órgano de contratación decide indirectamente sobre la adjudicación.

El vocal que suscribe no comparte esta apreciación.

El artículo 150,1 de la LCSP establece que la clasificación la realiza la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación. Y el artículo 150.2 dispone que una vez aceptada la propuesta de la mesa por el órgano de contratación se requerirá al licitador mejor clasificado para que presente la documentación necesaria para adjudicar el contrato a su favor.

Esta aceptación de la clasificación por el órgano de contratación (o, como sucede en el presente caso, la modificación por el órgano de contratación de una clasificación anterior) no supone, a juicio de este vocal, que se esté decidiendo indirectamente sobre la adjudicación ya que, a diferencia de lo que se indica en la presente resolución, el órgano de contratación puede cambiar su parecer respecto de la clasificación de las ofertas. Es decir, el órgano de contratación no se encuentra irreversiblemente vinculado por la aceptación de la clasificación, o por la clasificación por él realizada.

El cambio de parecer del órgano de contratación puede suceder, por ejemplo, por advertir errores en la valoración de las ofertas en fecha posterior a la aceptación de la clasificación, bien por indicación de los servicios técnicos, o por reclamación de alguno de los licitadores. O también, como ha sucedido en el presente caso en relación con la clasificación que beneficiaba a la empresa MONCOBRA (aceptada ya por el órgano de contratación), por advertirse algún posible error en el procedimiento (como la reclasificación realizada tras la exclusión por temeridad de uno de los licitadores, en contra de la interpretación que postula este Tribunal en su Resolución 416/2019).

Además de lo anterior, la clasificación aceptada o realizada por el órgano de contratación no decide indirectamente sobre la adjudicación, porque para llegar a ser adjudicataria la empresa clasificada en primer lugar aún debe superar el trámite establecido en el artículo 150.2 de la LCSP, que implica acreditar todos los requisitos exigidos de capacidad, solvencia, ausencia de prohibiciones, disposición efectiva de los medios a los que se hubiera comprometido, etc.

Puede suceder, asimismo, que una vez aceptada la clasificación la empresa clasificada en primer lugar tenga aún que superar el trámite establecido en el artículo 149 de la LCSP.

Por tanto, no se considera que la clasificación de las ofertas, aunque la realice el órgano de contratación, decida indirectamente sobre la adjudicación, y así lo ha interpretado de manera constante este Tribunal hasta la fecha.

2.- La resolución recurrida puede producir perjuicios irreparables, por no habersele concedido a la empresa recurrente un trámite de alegaciones

No se comparte esta apreciación, porque la empresa MONCOBRA siempre podrá recurrir contra la resolución de adjudicación del contrato que en su caso se dicte, alegando todo lo que a su derecho convenga.

Luego no existe indefensión alguna.

Segundo. Adicionalmente, se considera que este cambio de criterio del Tribunal tendrá consecuencias negativas para el interés público, y para el de los licitadores.

Para el interés público, porque con esta nueva interpretación de la LCSP se introduce, de facto, un nuevo trámite susceptible de recurso especial en materia de contratación: la clasificación realizada o aceptada por el órgano de contratación, que va a suponer un

incremento en el número de recursos, que conllevará en la mayoría de los casos la suspensión de los procedimientos de contratación. Y sin que ello suponga mayores garantías para los licitadores.

Como algunas de las empresas posicionadas en primer lugar no llegarán a ser adjudicatarias (por cambios de criterio del órgano de contratación, o por no superar los trámites establecidos), resulta que los recursos contra ellas, y las paralizaciones consecuentes del procedimiento, resultarían innecesarios.

Valga un ejemplo. Para impugnar en la actualidad la valoración realizada de la oferta del adjudicatario y la forma en que éste ha acreditado su solvencia, o justificado su oferta incurso en presunción de anormalidad, sólo era necesario un recurso. Con la interpretación que se postula en esta resolución serán necesarios dos recursos (en caso de no prosperar el primero), con las consiguientes ineficiencias derivadas de la paralización de los procedimientos de contratación.

Para los licitadores, por la inseguridad jurídica que se introduce en el sistema de recursos. Ya no existirá la certeza de que en un recurso contra la adjudicación se puedan ventilar todas las cuestiones relativas a la valoración de las ofertas. Habrá que ver quien realiza la clasificación, asegurándose de que la realizada por la mesa de contratación no ha recibido la posterior aceptación del órgano de contratación, ya que en este caso no se podrá recurrir contra la valoración con ocasión de la adjudicación del contrato.

Además, el incremento en el número de recursos puede suponer a los licitadores un incremento en los gastos de asesoramiento jurídico.

Por todo lo anterior, este vocal considera que el recurso debería ser inadmitido, por dirigirse contra un acto de trámite no cualificado, ya que no reúne los requisitos que establece el artículo 44.2.b) de la LCSP para ser susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Con carácter *obiter dictum*, en cuanto al fondo del asunto se comparte la decisión desestimatoria del recurso.