



Recurso nº 573/2022 C.A. La Rioja 18/2022

Resolución nº 854/2022

Sección 1ª

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

En Madrid, a 13 de julio de 2022.

VISTO el recurso interpuesto por D. J. O. J., en representación de SEDENA, S.L., contra su exclusión y la adjudicación de los lotes 1, 2 y 3 de la licitación convocada por el Ayuntamiento de Logroño para contratar el “*servicio integral de ludotecas 2022*”, con expediente referencia CON21-2021/0182, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El día 7 de septiembre de 2021 fue objeto de publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de la licitación convocada por el Ayuntamiento de Logroño para la contratación del “*servicio integral de ludotecas 2022*” cuyo valor estimado es de 2.787.950,65 euros.

El referido contrato estaba dividido en tres lotes, siendo 2 el número máximo de lotes a que puede optar un mismo licitador.

Segundo. En sesión de 6 de octubre de 2021 la mesa de contratación acordó admitir a todas las empresas proponentes (un total de 5), concurriendo todas ellas a los tres lotes, a excepción de la mercantil CALLE ACTIVA, S.L., que concurrió únicamente al lote 1.

Tercero. En sesión de 26 de enero de 2022 la mesa de contratación procede a tomar razón de la valoración emitida por el comité de expertos en relación con los criterios no cuantificables automáticamente, así como a la apertura de los sobre C, que contenía los criterios objetivos.

En lo que interesa a este recurso especial, el acta de la mesa se hace constar lo siguiente:



“Se aprecia, en principio, como oferta en el coste para desarrollar una nueva ludoteca que contiene valores anormales la formulada por la empresa SEDENA, S.L.; ya que, de acuerdo con lo dispuesto en el punto 17 del Anexo I al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen el presente contrato, es inferior en más de 10 unidades porcentuales a las medias aritméticas de las ofertas presentadas (4.234,02 € —Lote I—, 4.204,55 € —Lote II— y 4.204,55 € —Lote III—); por lo que se requiere la previa audiencia al licitador referenciado y el asesoramiento técnico del Servicio correspondiente”.

En todo caso, se efectúa una evaluación cautelar de las ofertas (prescindiendo de la presunta anormalidad), de la que resulta que:

- En el lote 1, la recurrente quedaría clasificada en segundo lugar, tras PLAN B SERVICIOS SOCIOCULTURALES, S.L.N.E.
- En el lote 2, la recurrente quedaría clasificada en tercer lugar, tras la anterior sociedad y otra denominada ALTERNATIVA 4, S.L.
- En el lote 3, la recurrente quedaría clasificada en segundo lugar, tras PLAN B SERVICIOS SOCIOCULTURALES, S.L.N.E.

Cuarto. SEDENA, S.L. atendió al requerimiento efectuado presentando un escrito justificativo de su oferta. En él hizo constar, sintéticamente, lo siguiente:

- La parte de la oferta que se considera anómala se refiere a uno de los “*precios unitarios para posibles ampliaciones*” (nueva ludoteca), no la “*oferta económica*” de los servicios ordinarios (punto 19 del Anexo I al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares).
- Este precio ofertado solo entra en juego en caso de apertura de una nueva ludoteca. Y, si se diese el caso, parece improbable que se produjese desde el inicio del contrato y durante toda la duración del mismo.
- Los gastos generales y beneficio industrial por cada lote son superiores a los costes que se derivarían de la eventual apertura de la ludoteca (que reconoce son superiores en 6.577,99 euros al año a los ofertados).



Quinto. En fecha 7 de marzo de 2022 se emite el informe del comité técnico sobre la anterior justificación, que concluye, en síntesis, lo siguiente:

- La propia empresa asume que no cumpliría con los costes salariales derivados del convenio colectivo de aplicación, aun cuando a continuación justifica que dado que la cantidad es pequeña es perfectamente asumible por el beneficio que obtiene en cada uno de los lotes sin que se comprometa la viabilidad de la prestación total del servicio.
- Los artículos 149 y 201 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) exigen velar por el cumplimiento de las obligaciones aplicables en materia laboral.

Sexto. Haciendo suyo el anterior informe, la mesa de contratación, en la sesión celebrada el día 16 de marzo de 2022, propone la exclusión de la recurrente (y la de PLAN B SERVICIOS SOCIOCULTURALES, S.L.N.E —objeto del recurso especial nº576/2022—) y la adjudicación en favor de la licitadora mejor clasificada de entre las restantes.

Tal propuesta es asumida por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 20 de abril de 2022, que constituye el objeto del presente recurso especial. El anuncio de adjudicación fue objeto de publicación en la plataforma el 21 de abril de 2022.

Séptimo. El día 10 de mayo de 2022 tuvo entrada en el registro electrónico de este Ministerio el presente recurso especial. En él se reiteran las tesis esgrimidas en relación con la viabilidad de la oferta en su conjunto.

Expresa que el artículo 201 de la LCSP, en cuanto a la adopción de medidas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones laborales, se enmarca en el ámbito de la ejecución de los contratos.

Además, razona que el artículo 149.4 de la LCSP ha sido erróneamente interpretado por el órgano de contratación pues *«aun cuando es cierto que la oferta para la apertura de una nueva ludoteca es, en sí misma, de modo aislado, inferior a los costes laborales, no lo es menos, y he aquí lo relevante, que esto no significa en absoluto que la oferta no sea viable o que SEDENA no cumplirá el convenio. Bien al contrario, por supuesto que lo hará, y ello,*



sin ir más lejos, porque como se explicó oportunamente en el informe de justificación, el margen global y conjunto de su oferta en el mismo contrato (hablamos del mismo contrato, que no de otro distinto) le permite cubrir tales costes y, no solo eso, sino seguir obteniendo un margen de beneficio».

Octavo. En fecha 17 de mayo de 2022 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.

En fecha 24 de mayo de 2022 se presentan alegaciones por la entidad ALTERNATIVA 4, S.L. en las que interesa la desestimación del recurso. Como único argumento novedoso mantiene que consignar precios por debajo de convenio produce una desnaturalización de la libre concurrencia situándose la licitadora que así procede en una posición de privilegio frente a todas aquellas empresas que, por cumplir los convenios colectivos, ofertaron un precio superior.

En la misma fecha se presentan alegaciones por la entidad CALLE ACTIVA, S.L. En las mismas reitera los argumentos que sustentan la decisión de exclusión. Hace referencia a la insuficiencia del plazo para presentar alegaciones.

Sobre esta última queja procede indicar que plazo concedido es el previsto legalmente en el artículo 56.3 de la LCSP y este Tribunal no accede a su ampliación. Las razones son varias:

- El artículo 32.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, condiciona la concesión de la ampliación a la ausencia de perjuicio para tercero. En este caso, se trata de un recurso especial interpuesto por una licitadora distinta y cuyo objeto es su exclusión del proceso, por lo que la concesión de mayor plazo para alegar a las restantes licitadoras, lógicamente, le perjudica.
- El referido precepto condiciona específicamente el otorgamiento de la ampliación a que “*las circunstancias lo aconsejen*”. Pues bien, no lo aconsejan. Y no lo hacen por dos motivos:



· De un lado, porque el procedimiento de recurso especial, que es potestativo, tiene por principal misión dar una respuesta rápida y fundada en Derecho a las controversias que surjan en materia de contratación, siendo que la concesión de ampliaciones de plazos perjudicaría notablemente esa finalidad, máxime cuando el acto recurrido es la adjudicación y el procedimiento de licitación se encuentra suspendido.

· De otro lado, porque 5 días hábiles es tiempo más que suficiente para efectuar alegaciones. La problemática que suscita el recurso no es compleja y menos aún lo es para una de las licitadoras concurrentes, pues tienen conocimiento previo al recurso de los pliegos y de la marcha del proceso de licitación.

También ha presentado informe el órgano de contratación, en el que interesa la desestimación del recurso, incidiendo en los mismos argumentos que motivaron la exclusión.

Noveno. Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal, por delegación de este, dictó resolución de 18 de mayo de 2022 acordando mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales es competente para conocer del recurso especial interpuesto, de conformidad con el artículo 46.2 de la LCSP, en relación con el convenio celebrado entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de La Rioja sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 23 de septiembre de 2020 (BOE de fecha 3/10/2020).

Segundo. El acto recurrido es susceptible de recurso especial, al tratarse de la exclusión de la recurrente en un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros (artículos 44.1.a) y 44.2.b) de la LCSP).



Tercero. La reclamación se interpone en el plazo de quince días hábiles a contar desde el día siguiente a la notificación del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 20 de abril de 2022, relativa a la adjudicación y exclusión de la oferta de SEDENA, según lo establecido por el artículo 50.1 apartado d) de la LCSP.

La presentación se efectúa en el registro electrónico de este Ministerio y reúne los demás requisitos formales para su admisión.

Cuarto. La recurrente se encuentra legitimada para recurrir, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 LCSP pues ha sido excluida del procedimiento de licitación.

Quinto. El artículo 149 de la LCSP, al regular las ofertas anormalmente bajas, dispone:

El apartado 1 comienza indicando que *«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 (...)»*

El apartado 2 establece lo siguiente:

«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».

De su lectura resulta que se otorga un amplio margen a los pliegos. Además, se establece la exigencia de que éstos determinen los parámetros objetivos que permitan identificar los casos en que una oferta se considera anormal. Para los casos de pluralidad de criterios (como el que nos ocupa) se exige que los pliegos determinen el umbral de anormalidad por referencia *“a la oferta considerada en su conjunto”*. En el presente caso, el Anexo I del PCAP se refiere en su apartado 17 a los criterios para la apreciación de ofertas con valores anormales o desproporcionados, limitándose a una mera remisión al artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1098/2001, de 12 de octubre. La recurrente en su escrito no impugna la consideración de su oferta como incurso en presunción de anormalidad y ha expuesto con meridiana claridad (ya lo hizo en la respuesta al requerimiento de justificación) como la oferta en su conjunto es viable respetando el convenio colectivo de aplicación. Ni la mesa, ni el informe técnico, ni el órgano de contratación cuestionan esta postura.

Pues bien, aunque no se impugna por la recurrente la consideración de su oferta como incurso en presunción de anormalidad, cabría cuestionarse si la forma de proceder ha sido la correcta y efectivamente la oferta de la licitadora incurre en presunción de anormalidad, pues la mesa de contratación aplicó las fórmulas para la determinación de tal extremo sobre cada uno de los elementos de la oferta económica y no sobre el conjunto de la misma.

En algunas de nuestras Resoluciones hemos llegado a una conclusión contraria a este modo de proceder. Así, en nuestra Resolución nº 669/2017, de 21 de julio de 2017 (recurso 602/2017) hemos razonado que:

“Pues bien, como hemos puesto de relieve en diversas resoluciones —como referencia en la resolución 824/2014, de 31 de octubre—, la determinación del ‘umbral de temeridad’ con referencia a cada uno de los precios de los artículos o servicios que integran el contrato y no al conjunto de los mismos, no es congruente con la finalidad de la figura de las ‘ofertas con valores anormales o desproporcionados’. Si se trata de establecer un mecanismo para



contrastar la viabilidad de las ofertas con valores muy bajos —las ‘ofertas temerarias’— no resulta procedente, en buena lógica, la posibilidad de extender el régimen establecido en el artículo 152 del TRLCSP a las proposiciones que se presenten con un margen de baja que, de acuerdo con las reglas de la práctica comercial en el sector de que se trate, no debieran ser tachadas como ‘anormalmente bajas’.

En efecto, no carece de lógica ni sería temerario, en principio, hacer una oferta más baja en uno de los servicios a considerar (servicio de ampliación y refuerzo, en este caso), que se compensara con otra más ajustadas en el servicio ordinario (...)

La cláusula del PCAP, transcrita en el antecedente tercero, establece que la apreciación sobre la posible temeridad de una oferta se ha de referir a las proposiciones económicas en las que su porcentaje de baja exceda en 10 puntos porcentuales, cuando menos, al promedio aritmético de los porcentajes de baja de todas las proposiciones admitidas”. Tales parámetros se establecen en un único apartado, a continuación de las fórmulas de valoración de las ofertas económicas para el servicio ordinario y para el de ampliación y refuerzo.

(...)

Si el órgano de contratación consideraba que, para mayor garantía de las prestaciones, era necesario establecer los umbrales de temeridad para cada servicio, para que tal interpretación fuera admisible debió expresarse así en el pliego”.

Cabe añadir que esta interpretación resulta igualmente de la reciente Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, de 17 de diciembre de 2019 (casación 682/2017) que, aunque se refiere a la legislación anterior, establece que

“Tal como hemos anticipado, la respuesta que ha de darse a la cuestión planteada por el auto de admisión ha de ser que, en las circunstancias del caso, en los contratos del sector público con precios referidos a componentes de la prestación, la determinación de si una oferta incluye valores anormales o desproporcionados, a efectos de la aplicación de los artículos 152 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y 85 del



Reglamento de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ha de efectuarse en relación con la oferta global y completa presentada por el licitador”.

Sin embargo, en este caso, que presenta diferencias con los anteriormente expuestos, entendemos que la forma de actuar para la aplicación del umbral de anormalidad es válida: partiendo de los pliegos, el PCAP, establece que en el sobre C se habrá de incluir la proposición económica, con arreglo al modelo previsto en el Anexo III. Dicho modelo contiene los conceptos que integran la oferta económica:

b) precio del servicio principal, que se corresponde con la totalidad de las anualidades del contrato (precio a tanto alzado), e) precio/hora del monitor especialista del servicio variable, g) precios unitarios para posibles ampliaciones (precio/hora monitor/ludotecario; precio/día ludoteca vacacional; precio/hora ludoteca abierta; coste anual para desarrollar una nueva ludoteca, no podrá superar los 5.400 euros/mes).

El PPT, en relación con la oferta económica y en similares términos establece que se adjuntará la proposición económica para la prestación del servicio principal, el precio unitario para el servicio variable (bolsa de horas), de las que sólo se facturarán las efectivamente realizadas para atender a los usuarios con necesidades educativas especiales. Se incluirán además lo siguientes precios unitarios: monitor ludotecario para posibles ampliaciones; precio/día ludoteca vacacional; precio/hora ludoteca abierta; precio de referencia sobre el coste anual del servicio para desarrollar una nueva ludoteca, que no podrá superar los 5.400 euros/mes IVA incluido.

Tales pliegos no fueron impugnados en su momento. De acuerdo con los mismos, la oferta económica se integra por diferentes conceptos que habrán de expresarse tanto en términos de precio a tanto alzado como en términos de precios unitarios.

Partiendo de esta configuración de las prestaciones y de la proposición económica en los pliegos rectores del contrato y dados los términos genéricos de la remisión que realiza el apartado 17 del anexo I del PCAP, puede admitirse como válida la interpretación del órgano de contratación, en el sentido de aplicar el umbral fijado a cada uno de los componentes de la oferta. Ello porque cuando se oferten precios unitarios podría obtenerse un precio final único si hubiera una previsión de horas de servicio a prestar, o de bienes a suministrar



(aunque el número de servicios a prestar o de bienes a suministrar se determine en función de las necesidades de la Administración, y finalmente no sea coincidente con las previsiones).

Pero en nuestro caso, no hay una previsión determinada y cerrada de servicios a prestar. Algunos son hipotéticos (si hubiera personas con necesidades especiales, si se procediera a la ampliación del servicio a nueva ludoteca). Por tanto, a partir de los precios unitarios no podemos obtener un precio global total, en euros, que se pudiera adicionar al precio principal del contrato también en euros. Por tanto, la aplicación del umbral fijado en el artículo 85 del RGLCAP a cada precio ofertado, se considera procedente.

Así, sucede que en uno de los conceptos *“coste anual para desarrollar una nueva ludoteca. Base___, IVA___€ (no podrá superar los 5.400 euros/mes IVA incluido 10%)”* en caso de posibles ampliaciones del servicio, (que, por tanto, pueden no tener lugar o hacerlo solo durante un periodo breve de la vida del contrato), valorada con 1 punto sobre los 100 totales, la recurrente ofrece un precio Base: 4.090,74 €, IVA: 409,07 €, cantidad que supone unos ingresos de 49.088,88 €/año (IVA excluido), incurriendo en presunción de temeridad en este concepto.

Según la justificación de la oferta presentada por SEDENA, el resultado anual de la gestión del servicio de apertura de una nueva ludoteca, valorándose de forma independiente, sería negativo (- 6.577,99 €/año). Pero en el cómputo total del contrato, el resultado obtenido resultaría positivo, agregando el margen promedio obtenido de la gestión del servicio ordinario para cualquiera de los tres lotes, de modo que *“Aun llevando el estudio a la situación más desfavorable, que sería en el Lote 1, y prestando servicio de apertura de una nueva ludoteca desde el primer día y durante toda la duración del contrato, el margen obtenido sería positivo para la empresa (4.937,33 €/año)”*.

Esta cantidad se considera inferior al umbral fijado en el convenio colectivo de aplicación y por tanto se excluye la oferta. Sin embargo, no puede presumirse que vaya a incumplirlo, ni queda acreditado tal incumplimiento, pues cuenta con margen suficiente para ejecutar la prestación por el precio ofertado. No resulta admisible pues en modo alguno se deriva del PCAP y su Anexo I, ni de lo dispuesto a estos efectos en el artículo 149.2 LCSP conforme



al cual ha de apreciarse la temeridad de las ofertas, la no consideración de la justificación aportada en base a la globalidad de la oferta a efectos de determinar su viabilidad y el cumplimiento de los convenios colectivos vigentes.

Lo aquí afirmado no supone contradicción alguna con lo dispuesto en la resolución nº 621/2020, de 14 de mayo de 2020 (Recurso nº 321/2020), pues en ella se producía un incumplimiento generalizado del convenio colectivo (con excepción de las horas relativas a los festivos), y la recurrente exponía que “la oferta”, que efectivamente infringía el convenio, obedecía a una estrategia comercial. En nuestro caso el presunto incumplimiento se refiere únicamente a una parte menor de la oferta (posible ampliación a una nueva ludoteca) y la recurrente acredita (nada se dice en contrario) que la oferta en su conjunto sí es viable de conformidad con el convenio.

Resta añadir, en relación con la alegación efectuada por ALTERNATIVA 4 S.L. que en nada se desnaturaliza la libre concurrencia, precisamente porque no existe situación de privilegio cuando la oferta en su conjunto es susceptible de ser ejecutada con pleno respeto a la legislación laboral vigente.

Lo hasta aquí resuelto se entiende sin perjuicio de la verificación del cumplimiento del convenio que incumbe al órgano de contratación conforme al artículo 201 de la LCSP, cuyo ámbito de aplicación es, efectivamente, la ejecución del contrato.

Así se ha establecido por este mismo Tribunal en otras Resoluciones, como es la Resolución nº 960/2018, de 19 de octubre de 2018, donde se establece lo siguiente:

“El artículo 201 establece que los órganos de contratación tomarán las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones derivadas de los convenios colectivos de aplicación. Es, por tanto, en la fase de ejecución del contrato y no en este momento de la adjudicación cuando la ley impone al órgano de contratación la exigencia de garantizar que se cumplen las obligaciones establecidas en los convenios colectivos, respecto de los trabajadores que ejecuten la prestación”.



Por tanto, debe estimarse el recurso y anular los acuerdos de exclusión y adjudicación de en los tres lotes impugnados, para que, con admisión de la oferta de la recurrente, continúe el procedimiento por sus trámites.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. J. O. J., en representación de SEDENA, S.L., contra los acuerdos de exclusión y adjudicación de los lotes 1, 2 y 3 de la licitación convocada por el Ayuntamiento de Logroño para contratar el “*servicio integral de ludotecas 2022*”, con expediente referencia CON21-2021/0182, debiendo anularse ambos, retrotrayendo el procedimiento para que, con admisión de la oferta de la recurrente, continúe éste por sus trámites.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 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 Autónoma de La Rioja 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 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.