



Recurso nº 756/2022 C.A. Región Murcia 95/2022

Resolución nº 947/2022

Sección 1ª

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

En Madrid, a 28 de julio de 2022.

VISTO el recurso interpuesto por D. G.H.O., en representación de INCLUYE EMPLEO SOCIAL, S.L., contra su exclusión de los lotes 1, 2 y 3 de la licitación convocada por el Ayuntamiento de Torre Pacheco para contratar el *“Servicio de conserjería y control de accesos de centros cívicos y locales sociales y culturales municipales, así como actividades de las concejalías de participación ciudadana, cultura y juventud del Ayuntamiento de Torre Pacheco”*, expediente SE23/21; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 26 de diciembre de 2021 se insertó anuncio en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP) de la licitación del *“Servicio de conserjería y control de accesos de centros cívicos y locales sociales y culturales municipales, así como actividades de las concejalías de participación ciudadana, cultura y juventud del Ayuntamiento de Torre Pacheco”*, expediente SE23/21, con un valor estimado de 371.820,26 euros, por procedimiento abierto, tramitación ordinaria y dividido en 3 lotes.

Segundo. Se han presentado proposiciones para cada uno de los lotes, según resulta del certificado de licitadores obrante en el expediente.

Tercero. Tras la apertura del sobre con la documentación administrativa, en sesión de 12 de febrero de 2022, la Mesa de contratación procede a la apertura y valoración de los criterios evaluables automáticamente, siendo el único criterio el precio, resultando que 5 licitadores habían presentado ofertas, para los 3 lotes, que incurrirían en valores anormales o desproporcionados.



Tras dar cumplimiento al procedimiento del artículo 149 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), la Mesa no considera justificadas tales ofertas, procediéndose a la exclusión de las 5 licitadoras cuyas ofertas económicas incurrirían en valores anormales o desproporcionados.

Cuarto. Seguidamente se vuelve a analizar si alguna de las ofertas restantes incurre en valores anormales o desproporcionados resultando, en sesión de 6 de mayo de 2022 que las ofertas presentadas por INCLUYE EMPLEO SOCIAL, S.L. respecto de los lotes 1, 2 y 3, así como las presentadas para los lotes 1 y 2 por EKIPO MEDIOS, S.L. y por JERA AVANZA, S.L.U.

Nuevamente se sigue el cauce del artículo 149 de la LCSP y se procede a requerir a las licitadoras mencionadas la justificación de las ofertas que incurrirían en valores anormales o desproporcionados. Este trámite fue cumplimentado en tiempo y forma por la recurrente.

Quinto. En sesión posterior la Mesa de contratación acuerda la exclusión de INCLUYE EMPLEO SOCIAL, S.L. de la licitación de los 3 lotes del servicio referenciando, considerando con apoyo en el informe técnico previamente recabado, que no había justificado adecuadamente la oferta presentada.

El acta de la sesión es publicada en la PLACSP el 23 del mismo mes, junto con el acta de las distintas sesiones de la Mesa de contratación (2 de febrero a 6 de mayo) en un mismo archivo electrónico.

No consta en el expediente la notificación personal de tal acta a INCLUYE EMPLEO SOCIAL, S.L.

Sexto. El día 13 de junio de 2022 tiene entrada en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por INCLUYE EMPLEO SOCIAL, S.L. contra su exclusión en la licitación de los lotes 1, 2 y 3 del *“Servicio de conserjería y control de accesos de centros cívicos y locales sociales y culturales municipales, así como actividades de las concejalías de participación ciudadana, cultura y juventud del Ayuntamiento de Torre Pacheco”*, expediente SE23/21.



La entidad recurrente expone en su narración de los hechos, cómo su representada no estaba incurso en presunción de anormalidad en un primer momento, cuando se abre por primera vez el procedimiento contradictorio establecido en el artículo 149 de la LCSP, estimándose que la misma incurre en esta presunción una vez que son excluidas cinco empresas y se vuelve a realizar nueva valoración por parte de la Mesa.

Considera asimismo que su baja es mínima en los tres lotes, presentando unas diferencias en el importe ofertado despreciables con las adjudicatarias de los lotes. Igualmente aduce el cumplimiento de justificación de baja anormal o desproporcionada con la “*Memoria de Justificación*” presentada y la existencia en el informe técnico sobre su justificación de errores evidentes sobre el cálculo del coste de personal, habiéndose acreditado que, aun acogiendo a los parámetros del convenio establecidos por el técnico, su oferta es viable.

El recurso concluye solicitando que:

“(...) se acuerde estimar el recurso dictando resolución por la que declare la nulidad del acuerdo impugnado dejan sin efecto el acuerdo de exclusión de mi representada, por considerarla inviable económicamente, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a la exclusión de la misma, para que, con la admisión de la oferta de mi representada, continúe con la tramitación del procedimiento de contratación y, una vez realizado, se proponga adjudicación del contrato a la mercantil mejor clasificada INCLUYE EMPLEO, S.L.”.

Solicita igualmente la adopción de medida cautelar de suspensión de la licitación.

Séptimo. El Órgano de Contratación ha remitido el expediente de contratación y ha emitido informe en el que sostiene que la exclusión de la recurrente ha sido debidamente justificada, con base a informe técnico recabado al efecto y que obra en el expediente.

Octavo. La Secretaría del Tribunal en fecha 5 de julio de 2022 dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones; sin haber hecho uso de su derecho.

Noveno. Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 22 de junio de 2022 acordando la concesión de la medida cautelar



consistente en suspender los lotes 1, 2 y 3 del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El 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 el Convenio entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia sobre atribución de competencias de recursos contractuales de fecha 13 de noviembre de 2020 (BOE de fecha 21/11/2020).

Segundo. El recurso se formula contra la exclusión de la recurrente, acto de trámite cualificado, en tanto determina la imposibilidad del aquel de continuar en el procedimiento de licitación (artículo 44.2 b) de la LCSP), acto dictado en el seno del procedimiento de licitación de un contrato de servicio de valor estimado superior a 100.000,00 euros (artículo 44.1 a) de la LCSP).

Tercero. No constando la notificación del acuerdo de exclusión a la recurrente por ninguno de los medios previstos en el apartado primero de la Disposición Adicional Décimo Quinta de la LCSP (*“Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica”*) ni que el acuerdo de exclusión contuviera una indicación de los recursos procedentes, se considera que el recurso presentado el 13 de junio de 2022 se ha interpuesto en tiempo y forma.

Cuarto. Antes de entrar en el fondo del asunto, ha de sopesarse la legitimación de la recurrente para impugnar el acuerdo que le excluye de una licitación. El artículo 48 de la LCSP establece que:

“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”.



Dicha norma remite a la doctrina jurisprudencial del concepto interés legítimo en el ámbito administrativo.

En reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada entre otras sentencias las de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de 1999 y 2 de octubre de 2001, se declara que por interés debe entenderse toda situación jurídica individualizada, dicha situación que supone una específica relación con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, se extiende a lo que, con más precisión, se titula interés legítimo, que es el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio. El interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga.

La recurrente ha sido licitadora en el procedimiento, siendo excluida por haber concluido la Mesa de contratación que su oferta resultaba inviable tras seguir el procedimiento contemplado en el artículo 149.5 de la LCSP, por lo que, de estimarse su recurso, podría continuar en el procedimiento. Tiene pues interés legítimo en la interposición del recurso y en consecuencia legitimación.

Quinto. Descendiendo ya al fondo del asunto, debemos abordar si resulta ajustada a Derecho la exclusión de la recurrente, por en primer lugar, hallarse la misma en presunción de anormalidad y no haber justificado la viabilidad de su oferta.

De acuerdo con cláusula 20 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP), se considerarán incursas en presunción de anormalidad las ofertas que cumplan los parámetros objetivos que contempla el cuadro de características del contrato, tramitándose en este caso el procedimiento previsto en el artículo 149 de la LCSP.



Según el cuadro de características del PCAP, se considerarán en principio desproporcionadas, cuando concurren como en este caso, cuatro o más licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía.

Examinada la documentación obrante en el expediente, y en particular la relación por lotes de ofertas presentadas, con su importe, a efectos de cálculo del umbral de temeridad (documentos 16, 17 y 18) le asiste la razón a la recurrente cuando afirma que su oferta no se encontraba incurso en presunción de temeridad cuando la Mesa, en sesión de 2 de febrero de 2022, concede un plazo de audiencia de cinco días hábiles para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios o de costes para los 3 lotes a las siguientes cinco licitadoras OSGA MURCIA, S.L., INTEGRA MANTENIMIENTO GESTIÓN Y SERVICIOS INTEGRADOS CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO - MURCIA, S.L., UTE ANDANZA - ANDANZA EMPLEA MURCIA CONSERJ TORRE PACHECO, SERVINTO GESTIÓN Y SERVICIOS, S.L.U. y GESTIÓN Y CONTROL DE LORCA, S.L., cuyas ofertas incurrirían en valores anormales o desproporcionados. Así, la oferta presentada por la recurrente por importe de 69.913, 84€ en el lote 1, de 33.515,34 € en el lote 2 y de 19.173,00 € en el lote 3, no resultaba inferior al umbral de temeridad, situado respectivamente, aplicando los parámetros del pliego en 57.656,93 €, 30.842,63 € y 17.028,53 €.

Llegados a este punto, la actuación de la Mesa resulta contraria a Derecho, infringiendo el procedimiento previsto en los artículos 149 y 150 de la LCSP, según tiene declarado este Tribunal, en reiterada doctrina en interpretación de tales preceptos. Así en la Resolución nº 385/2022, de 24 de marzo, manifestamos:

“Al respecto debemos coincidir con el recurrente en que el proceder del órgano de contratación ha infringido la doctrina consolidada de este Tribunal y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa-JCCA- (Expediente 16/20) sobre el modo de proceder cuando se excluye una oferta por anormalmente baja, dando lugar,



además, a una de las situaciones absurdas que expresamente identificamos en nuestra resolución nº 174/2021, de 19 de febrero cuando indicamos:

«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 nº 237/2021 de 5 de marzo».

Por ello, la correcta interpretación de los artículos 149 y 150 de la LCSP es, tal cual se confirmó en nuestra resolución nº 237/2021 de 5 de marzo en la que indicamos que procede fijar como doctrina la contenida dentro de la resolución nº 716/2019, de 27 de junio, que se reitera dentro de la resolución nº 174/2021, de 19 de febrero, la establecida en el informe 16/20 de la JCCA que concluye:

«1. Conforme a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público la clasificación de las proposiciones de los licitadores se ha de realizar después de haber decidido si existe alguna oferta que incurra en anormalidad y, en caso de que así sea, después de haber excluido tales ofertas.

2. La valoración de las proposiciones, incluyendo la de los criterios dependientes de juicio de valor, que ya haya sido realizada en el seno del procedimiento de selección del contratista no puede modificarse, alterarse o repetirse a pesar de que



posteriormente se proceda a excluir a alguna de las ofertas de los licitadores por causa de su calificación como anormal o desproporcionada.

3. Resulta procedente que la clasificación no contemple las ofertas que hayan sido excluidas por ser anormales o desproporcionadas.

4. Este modo de proceder excluye la necesidad de volver a realizar un trámite para la identificación de las proposiciones que incurran en anormalidad o desproporción, solución que no tendría sentido conforme al texto legal y que atentaría contra el principio de concurrencia».

En este caso, la Mesa, tras rechazar las ofertas presentadas por las cinco licitadoras, procede a un nuevo cálculo de puntuaciones, en sesión de 6 de mayo de 2022 y a una nueva comprobación de ofertas incursas en presunción de temeridad, resultando entonces en tal situación, respecto de los lotes 1, 2 y 3 la presentada por la recurrente y en los lotes 1 y 2 la presentada por la licitadora EKIPO MEDIOS, S.L., y la presentada por JERA AVANZA, S.L.U. en los lotes 1 y 2.

Pues bien, tal proceder como hemos indicado anteriormente, es contrario a la normativa de contratación y en modo alguno además se derivaba de lo dispuesto en los pliegos rectores del procedimiento, cuyas cláusulas se han transcrito más arriba. Se impone, por tanto, la estimación del recurso, con anulación de la resolución de exclusión de la recurrente en los 3 lotes impugnados y retroacción de actuaciones para que, con admisión de su oferta, continúe el procedimiento por sus trámites, sin que los términos de este fallo afecten a la admisión de aquellas licitadoras cuya exclusión acordada en sesión de 6 de mayo de 2022 ha devenido firme por no haber sido impugnada ante este Tribunal.

Sexto. Resuelto el recurso planteado, el principio de congruencia (artículo 57.2 de la LCSP) nos obliga a dejar, en este punto, el análisis del acto impugnado. Sin embargo, *obiter dicta*, debemos señalar que la competencia para la exclusión de un licitador en los supuestos en que su oferta, una vez ultimado el procedimiento contemplado en el artículo 149 de la LCSP, corresponde al órgano de contratación (artículo 149.5 de la LCSP). En estos casos, la exclusión acordada por la Mesa de contratación ha sido considerada por este Tribunal como un acto anulable (Resolución nº 1761/2021, de 2 de diciembre).



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. G.H.O., en representación de INCLUYE EMPLEO SOCIAL, S.L., contra su exclusión de los lotes 1, 2 y 3 de la licitación convocada por el Ayuntamiento de Torre Pacheco para contratar el *“Servicio de conserjería y control de accesos de centros cívicos y locales sociales y culturales municipales, así como actividades de las concejalías de participación ciudadana, cultura y juventud del Ayuntamiento de Torre Pacheco”*, expediente SE23/21, en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Quinto de esta Resolución.

Segundo. Levantar la suspensión de los lotes 1, 2 y 3 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 Región de Murcia, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.