



Recurso nº 832/2022 C.A. Región de Murcia 104/2022

Resolución nº 985/2022

Sección 2ª

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

En Madrid, a 2 de septiembre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. S. T. M., en representación de EUREST COLECTIVIDADES, S.L., contra su exclusión notificada con la adjudicación de la licitación convocada por el Servicio Murciano de Salud para contratar el “*Servicio de alimentación de pacientes del Hospital Universitario Rafael Méndez de Lorca*”, expediente CSE/9999/1101023932/21/PA; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha 17 de diciembre de 2021, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP) y con la misma fecha en el Diario Oficial de la Unión europea (DOUE), la convocatoria de la licitación mencionada. Se trata de un contrato de servicios cuyo valor estimado es de 4.261.343,18 euros que se tramita por procedimiento abierto y tramitación ordinaria.

Segundo. Con fecha 27 de junio de 2022, EUREST COLECTIVIDADES, S.L. interpuso recurso especial en materia de contratación contra su exclusión notificada con la adjudicación del procedimiento, acordada por el órgano de contratación el 3 de junio de 2022. En relación al objeto de este recurso, el órgano de contratación, recogiendo la propuesta de la Mesa declaró como empresa no admitida a la recurrente, por “*considerar que la oferta no es viable y por tanto no puede ser cumplida de acuerdo con los requisitos, condiciones y obligaciones que debe asumir el adjudicatario*”. La motivación de la exclusión por la Mesa proponente se refiere al informe realizado por los servicios del órgano de contratación -documento número 10.2 del expediente-, con fecha 12 de mayo de 2022.



Tercero. El órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el correspondiente informe, conforme a lo dispuesto en el artículo 56.2 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).

Cuarto. La Secretaría del Tribunal en fecha 4 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.

Quinto. Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 5 de julio 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 recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 46.2 de la LCSP, 22.1. 1º del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC) y en 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. En aplicación del artículo 48 de la LCSP, ha de entenderse que la recurrente ostenta legitimación activa para la interposición del recurso por haber participado en la licitación y haber sido excluida del procedimiento de adjudicación de este contrato.

Tercero. El acto objeto del recurso es apto para su impugnación en cuanto se refiere a la exclusión de la oferta y la adjudicación de un contrato de servicios con un valor estimado superior a 100.000,00 euros, conforme al artículo 44.1 a) y 44.2 letras b) y c) de la LCSP.



Cuarto. Por último, el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

Quinto. La empresa EUREST COLECTIVIDADES, S.L. (en lo sucesivo, EUREST) solicita la anulación de la exclusión de su proposición y la resolución de adjudicación del contrato, con retrotracción del procedimiento al momento de valoración de las ofertas, con fundamento, esencialmente, en los siguientes motivos principales:

- La resolución de adjudicación no justifica que la oferta de EUREST esté incurso en oferta anormalmente baja.
- La resolución de adjudicación no está motivada.
- EUREST expone en el recurso los argumentos que a su entender justificarían la viabilidad económica de su oferta

Sexto. Antes de entrar a analizar cada uno de los motivos de impugnación resulta conveniente exponer la doctrina del Tribunal sobre el tratamiento de las ofertas anormalmente bajas, sintetizada en la Resolución nº 1255/2021, de 23 de septiembre:

«Este Tribunal ha establecido una doctrina consolidada en torno a las consecuencias derivadas de la calificación de una oferta como incurso en “valores anormales o desproporcionados”, debiendo destacarse las siguientes consideraciones:

-En primer lugar, la mera existencia de una oferta con valores anormales o desproporcionados no implica su exclusión automática del procedimiento de licitación, sino que se ha de tramitar un procedimiento contradictorio, con audiencia al licitador afectado para que pueda justificar adecuadamente el bajo nivel de los precios ofertados o de costes propuestos, y, por tanto, que es susceptible de ser cumplida en sus propios términos;

-La concurrencia de valores anormales o desproporcionados en una oferta supone una presunción iuris tantum de que la oferta no puede ser cumplida, la cual puede



ser destruida mediante prueba en contrario por parte del licitador de la justificación anteriormente citada;

-La justificación del licitador debe concretar detalladamente los términos económicos y técnicos de su oferta, con la finalidad de demostrar de modo satisfactorio que, a pesar del ahorro que supone su oferta, la misma no pone en peligro la futura ejecución del contrato; no es precisa una justificación exhaustiva de la oferta desproporcionada, sino que se ha de ofrecer explicaciones suficientes que justifiquen satisfactoriamente el bajo nivel de precios o de costes propuestos, y por tanto, despejen la presunción inicial de anormalidad de la baja ofertada, permitiendo llegar al convencimiento de que se puede cumplir normalmente con la oferta en sus propios términos;

-La justificación de los argumentos en que se base han ser más profundos, sólidos, detallados o extensos cuanto mayor sea la anormalidad de la baja;

-La decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no corresponde al órgano de contratación, que debe sopesar la justificación ofrecida por la empresa licitadora y el informe o informes emitidos por los servicios técnicos;

-El control jurídico de dicha decisión es limitado, en la medida en que se trate de una decisión discrecional, debiendo tenerse en cuenta la aplicación de la doctrina de los límites de la discrecionalidad técnica de la Administración;

-El rechazo de la oferta exige una resolución debidamente motivada que indique el motivo por el cual las justificaciones ofrecidas por el licitador no explican satisfactoriamente el bajo nivel de precios ofertados. En consecuencia, la competencia del Tribunal se extiende al análisis de la justificación del licitador cuya oferta es considerada anormal, y determinar si es suficiente o no, análisis que procede realizar en este momento».

La discrecionalidad técnica se erige, por tanto, en un límite para este Tribunal en el análisis de la justificación sobre la anormalidad de la oferta realizada por el órgano de contratación. Nuestra función debe por tanto limitarse a comprobar la existencia de errores, la existencia



de la debida motivación, la ausencia de arbitrariedad y, fundamentalmente, al análisis jurídico, que no técnico, de la actuación del órgano de contratación. Así lo afirmamos en nuestra Resolución nº 1438/2021, de 21 de octubre, cuando señalamos que:

«(...) Se debe respetar en todo caso, y en aras a garantizar el adecuado equilibrio entre el principio de competencia, la seguridad jurídica, y el derecho a la defensa, un cierto grado de discrecionalidad en la actuación del órgano de contratación, de suerte que no puede valorar este Tribunal valorar el fondo de las decisiones técnicas adoptadas por los órganos competentes, sino tan sólo apreciar si aquellos cumplen con los requisitos mínimos de motivación y proporcionalidad, sin incurrir en ningún caso en arbitrariedad, impidiendo decisiones manifiestamente erróneas o contrarias a derecho».

Le está vedado, pues, a este Tribunal entrar a conocer sobre el núcleo material de la decisión técnica (STC 215/1991 de 14 de noviembre), aunque no sobre sus aledaños, que conforman un ámbito estrictamente jurídico. Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2007 (STS R.J. 4206/2007):

«(...) como es sabido, dicha discrecionalidad técnica significa, por un lado, respetar las valoraciones de esa índole que hayan sido realizadas por los órganos cualificados por la posesión del correspondiente saber especializado y, por otro, admitir el margen de polémica o discrepancia que sobre determinadas cuestiones venga siendo tolerado en el concreto sector de conocimientos técnicos de que se trate (...). Pero una cosa es el núcleo del juicio técnico sobre el que opera esa clase de discrecionalidad y otra diferente la obligación de explicar las razones de ese juicio técnico (...)».

La motivación de la decisión del órgano de contratación es, por tanto, un aspecto enjuiciable por este Tribunal, juicio en el que debe tenerse en consideración nuestra doctrina, que exige una motivación especialmente cuidadosa cuando la mesa de contratación o, en su caso, el órgano de contratación estime que la oferta no puede ser cumplida (Resolución nº 1120/2020, de 16 de octubre; nº 380/2020, de 12 de marzo; nº 364/2020, de 12 de marzo o nº 903/2018, de 5 de octubre).



Esta motivación debe ser proporcional al detalle con el que el licitador haya desarrollado la justificación de su oferta. Una justificación basada en afirmaciones genéricas sobre la operativa de la oferente, pero que no se traslada a las circunstancias concretas de las prestaciones objeto del contrato y sus costes no requerirá, por lo general, una motivación exhaustiva, sencillamente, porque el licitador no ha ofrecido un fundamento fáctico que permita el desarrollo del procedimiento contradictorio que pretende el artículo 149 de la LCSP. Ahora bien, cuando el licitador realiza un esfuerzo de concreción, ofreciendo al órgano de contratación las hipótesis sobre las que se fundamenta su oferta, corresponde a aquel explicitar (como corresponde a la motivación particularmente cuidadosa que, según hemos señalado antes, nuestra doctrina exige) las razones por las que entienda que tales hipótesis resultan tan sumamente ajenas a la legislación vigente, a la realidad o a la lógica del mercado que permiten concluir la imposibilidad de llevar a buen fin las prestaciones que conforman el objeto del contrato en tales condiciones.

Séptimo. Expuesto el resumen de la doctrina del Tribunal sobre la materia, procede ya el análisis del primer argumento desarrollado por la empresa recurrente que se concreta en que la resolución impugnada ha de ser anulada en la medida en que no justifica que la oferta de EUREST esté incurso en anormalidad.

Pues bien, según establece el apartado 10.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP), bajo la rúbrica “*Ofertas anormalmente bajas*”:

“10.2.1. El objeto de licitación se ha valorado con unos precios que se pueden considerar dentro de los intervalos existentes en el mercado teniendo en consideración las condiciones específicas del objeto contractual.

La valoración admite unos márgenes de variación en función de las circunstancias de cada uno de los licitadores (gastos generales, beneficio industrial esperado, consumos, amortizaciones, etc.) que podemos considerar normales para ser cumplida de forma satisfactoria, estimándose que una oferta que realice una baja que supere los mismos corre el riesgo de no ser cumplida adecuadamente.

A estos efectos, se indica como parámetro para determinar si una oferta es anormalmente baja el supuesto de aquellas empresas que presenten una baja



superior al 16% del presupuesto base de licitación (IVA no incluido) y, a su vez, sean superiores en más de un 25% a la media de las bajas de las ofertas presentadas por los licitadores admitidos.

10.2.2. En caso de que la oferta de algún licitador se considere incurso en esta situación, por la Mesa de Contratación se le requerirá para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta a que se refiere la presente Cláusula, actuando conforme a los requisitos, condiciones y trámites descritos en el artículo 149 LCSP.”

Pues bien, en el informe de asesoramiento técnico (en el que se fundamenta el acta de propuesta de adjudicación de la Mesa y a su vez la resolución impugnada), se afirma que:

“(...) la oferta económica presentada por EUREST COLECTIVIDADES, SL asciende a 1.847.922,34€ IVA excluido, representando una bajada del 19,05% respecto al presupuesto base de licitación, y una bajada del 11,07% respecto a la media de las ofertas presentadas (2.078.057,29€)”. Así, no sólo la oferta de EUREST COLECTIVIDADES, SL presenta una oferta con una baja superior al 16% del presupuesto base de licitación (1.917.604,43 €), IVA no incluido, sino que su oferta igualmente es superior en más de un 25% a la media de las bajas de las ofertas presentadas por los licitadores admitidos (204.805,13€), pues dicho importe ascendería a una oferta económica con un importe mínimo de 2.026.856,01€”.

La empresa recurrente afirma que en el informe no se procede al desglose de las distintas partidas de las ofertas de los licitadores para poder de este modo justificar que la oferta de EUREST sea anormalmente baja “es decir, el 25% de la media de las bajas de las ofertas de los licitadores admitidos habría de calcularse considerando cada una de las partidas. Sin embargo, al no constar este desglose, no cabe afirmar que la oferta de EUREST esté incurso en baja temeraria”.

Pues bien, debe aceptarse el criterio del informe técnico, reproducido en el informe del órgano de contratación, en consonancia con lo que dispone la cláusula 10.2.1, antes



transcrita “presupuesto base de licitación- IVA, no incluido”, de que la anormalidad de las ofertas no debe computarse por las diferentes partidas de la oferta, sino en su conjunto.

En efecto, del artículo 149 de la LCSP, apartados 1 y 2 y del propio pliego del contrato antes transcrito, se deduce que la consideración como anormalmente baja de una oferta debe hacerse en su conjunto y no en relación con cada una de las partidas de la misma.

Por tanto, este motivo del recurso ha de ser desestimado.

Octavo. Continúa afirmando el recurso en su segunda alegación que:

“(...) si bien lo expuesto con anterioridad ha de determinar per se la anulación de la resolución Impugnada, debe asimismo ponerse de manifiesto que, incluso si pudiera considerarse que la oferta de EUREST incurre en baja temeraria -quod non-, la resolución habría de ser igualmente anulada, toda vez que carece de la debida motivación”. Sigue afirmando que “la inviabilidad que se predica en el Informe de Asesoramiento Técnico carece de la adecuada y suficiente motivación, pues se proclama en referencia a precios unitarios (concretamente, al coste de las materias primas) y no al global de la oferta de EUREST, careciendo de este modo de la debida motivación”.

Pues bien, respecto de este motivo de impugnación, debe afirmarse que es cierto que el informe del órgano de contratación analiza fundamentalmente el coste de las materias primas que se considera insuficiente, pero no puede omitirse que dicho coste afecta al 44% de las prestaciones del contrato. Pero, por otra parte, en el citado informe se han considerado las otras partidas de la oferta cuando afirma:

“Como queda de manifiesto, pueden ser tenida en consideración parte de la justificación formulada por EUREST COLECTIVIDADES, SL, sobre todo las correspondientes a coste de personal e inversiones; sin embargo, el importe que la licitadora plantea para las compras de materias primas parece muy inferior a las previsiones económicas del contrato, y aunque el porcentaje entre el presupuesto base de licitación y la oferta presentada son bastante similares, existen serias dudas



sobre la posibilidad de cumplir con las necesidades alimenticias de los pacientes objeto del expediente”.

Es decir, en el informe del órgano de contratación se ha tenido en cuenta la oferta en su conjunto, valorando por un lado el coste de las materias primas, pero teniendo en cuenta también el resto de los elementos de la oferta, algunos de los cuales, como se describe en el informe técnico, son considerados justificados. El órgano de contratación ha acreditado por lo tanto las razones de la anormalidad de la baja, que justifica principalmente en la baja estimación del coste de las materias primas.

En consecuencia, este motivo del recurso, también, se desestima.

Noveno. En cuanto al siguiente de los motivos de impugnación, que se solapa con el anterior, refiere la empresa recurrente la falta de motivación de la decisión del órgano de contratación. Frente a ello cabe afirmar que la motivación en este caso se realiza en la propuesta de la mesa en relación con el reiteradamente mencionado informe técnico. El informe en sí debe considerarse motivado, conforme a la doctrina del Tribunal antes expuesta, como se deduce de su redacción, al disponer:

“Por lo tanto, la justificación presentada por EUREST COLECTIVIDADES, S.L. sobre la viabilidad económica de su oferta incurso en baja temeraria o desproporcionada, puede concretarse en que realizan una gestión eficiente sobre las adquisiciones de materias primas, pudiendo con tal motivo diferenciarse de otros licitadores y manteniendo los derechos y garantías salariales de los trabajadores”.

Y más adelante, afirma:

“Como queda de manifiesto, pueden ser tenida en consideración parte de la justificación formulada por EUREST COLECTIVIDADES, SL, sobre todo las correspondientes a coste de personal e inversiones; sin embargo, el importe que la licitadora plantea para las compras de materias primas parece muy inferior a las previsiones económicas del contrato, y aunque el porcentaje entre el presupuesto base de licitación y la oferta presentada son bastante similares, existen serias dudas

sobre la posibilidad de cumplir con las necesidades alimenticias de los pacientes objeto del expediente”.

También se expone en el informe técnico que, frente a las alegaciones de la empresa de que por su entidad y las condiciones ventajosas de compra de materias primas asociada a su tamaño y capacidad puede conseguir mejores precios, las dimensiones de la empresa pueden afectar a su solvencia técnica, pero cada oferta debe ser considerada abstracción hecha de esa capacidad y dimensiones, para no incurrir en discriminación. Sin dudar de la entidad de la empresa, lo cierto es que la oferta se realiza respecto de un determinado contrato, careciendo de relevancia en esta fase su mayor o menor dimensión, en este caso, el hecho, que no se discute, de la fortaleza de la empresa.

Se afirma también la trascendencia de la baja en este caso, 69.682,09 que, corresponderían a 7.100 menús basales completos (9.814 euros) al precio de licitación:

“Debemos tener en cuenta que la empresa Eurest ha realizado una baja muy importante de los precios. Es decir, que al precio de 9,814 e, habría que aplicarle dicha bajada. Con lo cual serían muchos de 7.100 menús basales completos los que dejaríamos de servir”

El informe, aunque sucinto, motiva la decisión de exclusión, puesto que la baja, aunque sea de una cantidad pequeña en relación con la totalidad del contrato, puede poner en peligro su debida ejecución, por lo que, asimismo, se desestima este motivo.

Décimo. De acuerdo también con la antes expuesta doctrina del Tribunal, corresponde al licitador la carga de justificar que su oferta es viable. Pues bien, en este extremo, como se apuntó anteriormente, la empresa solo alude para respaldar la viabilidad de su oferta, tanto a la hora de presentar alegaciones, como en el recurso, su capacidad, dimensión eficiencia, contratos suscritos, etc., la pertenencia al grupo Compass Group, con sede en Londres, que opera en más de 50 países y que permite realizar acuerdos muy beneficiosos con proveedores que la cualifican para ser adjudicataria del contrato. Como también se ha expuesto, la oferta no puede verse condicionada a la entidad de la empresa licitadora, por mucho que pueda ser cierta su capacidad para asumir el contrato. Lo contrario sería discriminar a aquellas empresas de menor tamaño en relación con empresas de mayor

entidad. En la licitación de un contrato y en la apreciación de las ofertas como anormalmente bajas en especial, por lo que se refiere a la justificación del precio ofertado, debe contemplarse exclusiva y singularmente la oferta presentada. La recurrente no ha hecho un esfuerzo probatorio suficiente para contradecir lo expuesto por los servicios técnicos que evaluaron la justificación sobre la anormalidad de la oferta y la decisión del órgano de contratación que ratificó dicho informe.

En este sentido, como antes expusimos y se destaca en el informe sobre justificación de la anormalidad de la oferta, tanto el órgano de contratación como la recurrente están de acuerdo en que las materias primas suponen en torno al 44 % del coste total del contrato y es un hecho objetivo, también, que entre los costes previstos para este concepto en el presupuesto base de licitación (PBL) y los que detalla la recurrente en su recurso, existe una disparidad notable:

- Para el año 1 del contrato, el PBL propone 330.000 € frente a los 265.000 € que propone EUREST.
- Para el año 2 del contrato, el PBL propone 336.000 € frente a los 273.415 € que propone EUREST.
- Para el año 3 del contrato, el PBL propone 341.986,60 € frente a los 278.884 € que propone EUREST.

Lo que arroja un importe total por este concepto en el PBL para los tres años primeros del contrato de 1.008.673,20 €, frente a los 817.751 € que calcula EUREST y que supone una diferencia de 190.922,20 € entre ambas cantidades que, como expone el órgano de contratación en su informe, a razón de 9.814 € por menú basal completo, supondría aproximadamente unos 7.100 menús que no se justifican y que es previsible que habría que servir.

Es ahí donde surge la principal crítica a la oferta de la recurrente por parte, tanto del Técnico que examinó la justificación de la oferta, como del órgano de contratación en su informe, pues la justificación en este aspecto que argumenta la recurrente se centra en que *“como consecuencia de negociaciones globales del grupo suman competitividad a nuestros*

costes" y que como se gestiona a nivel nacional un volumen de compra superior a 120 millones de euros, *"posibilita tener precios negociados fijos por largos períodos de tiempo y, por lo tanto, no sometidos a las fluctuaciones del mercado en el corto plazo. Esto, lógicamente, revierte en una posibilidad de mejora de precios de nuestros clientes y en nuestras ofertas en licitaciones"*, pero, sin embargo, y está este Tribunal en ese aspecto de acuerdo, no existe un soporte documental o una prueba aportada que acredite, tan siquiera, la línea argumentativa de la empresa antes expuesta.

Undécimo. Finalmente, y, como se expuso anteriormente al sintetizar la doctrina del Tribunal y el ámbito de discrecionalidad técnica del que dispone el órgano de contratación, este Tribunal no puede entrar a valorar si el precio asignado a cada prestación con destino a los pacientes ingresados en los hospitales de la Comunidad es o no adecuado, si el precio de las materias primas ofrecido por la recurrente cumple con los niveles de exigencia de calidad que impone el órgano de contratación. El enjuiciamiento del Tribunal termina con la comprobación de que la resolución por la que se declara la insuficiente justificación de la viabilidad de la oferta, soportada exclusivamente en la fortaleza de la empresa, está suficientemente motivada *"sin incurrir en ningún caso en arbitrariedad, impidiendo decisiones manifiestamente erróneas o contrarias a derecho"*.

No es el caso en este supuesto, por lo que a la vista de este y los fundamentos anteriores, el recurso debe ser desestimado.

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 especial en materia de contratación interpuesto por D. S. T. M., en representación de EUREST COLECTIVIDADES, S.L., contra su exclusión notificada con la adjudicación de la licitación convocada por el Servicio Murciano de Salud para contratar el *"Servicio de alimentación de pacientes del Hospital Universitario Rafael Méndez de Lorca"*, expediente CSE/9999/1101023932/21/PA.



Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. 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 multa 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 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.