



Recurso nº 6/2023

Resolución nº 295/2023

Sección 2ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 9 de marzo de 2023.

VISTO el recurso interpuesto por D. B. C. V., en representación de la entidad URBIA INTERMEDIACIÓN INGENIERIA Y SERVICIOS S.A., (en adelante, URBIA), contra la exclusión de su proposición y la adjudicación del contrato del “*servicio de mantenimiento integral y a todo riesgo de todos los centros y Oficinas Integrales (INSS-TGSS) dependientes de la Dirección Provincial de Barcelona de la Tesorería General de la Seguridad Social para el período de tiempo 1-12-2022 a 30-11-2023*”, con expediente PA-2021/270-M, convocado por la Dirección Provincial de Barcelona de la Tesorería General de la Seguridad Social-, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 3 de julio de 2022, se publica respectivamente en el DOUE y en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el anuncio de la licitación del contrato de servicio de mantenimiento integral y a todo riesgo de todos los centros y Oficinas Integrales (INSS-TGSS) dependientes de la Dirección Provincial de Barcelona de la Tesorería General de la Seguridad Social para el período de tiempo 1 de diciembre de 2022 a 30 de enero de 2023.

El contrato tiene un valor estimado de 4.571.831,21 euros, adjudicándose mediante tramitación ordinaria y procedimiento abierto.

En la Plataforma de Contratación del Sector Público junto al anuncio se incorporan para su descarga los pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT) que rigen la licitación.



Del PCAP conviene destacar las siguientes cláusulas:

«7.2 Los pliegos particulares de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas que rigen esta contratación, así como cualquier otra documentación que sea necesaria para la presentación de la oferta, serán publicados en el perfil de contratante el mismo día de la publicación del anuncio de licitación; pudiendo acceder a ellos mediante consulta en la página web de la Seguridad Social: <http://www.seg-social.es>; así como por medio de la Plataforma de Contratación del Estado: <http://www.contrataciondelestado.es>.

El órgano de contratación proporcionará a todos los interesados en el procedimiento de licitación aquella información adicional sobre los pliegos y demás documentación complementaria que éstos soliciten, a más tardar 6 días antes de que finalice el plazo fijado para la presentación de ofertas, siempre que, conforme a lo estipulado en el artículo 138.3 de la LCSP, la hubieran pedido al menos 12 días antes del transcurso del plazo de presentación de las proposiciones.

13.4 “Cuando se identifique que existen proposiciones económicas que, conforme a los parámetros objetivos previstos en la cláusula 14.3 de este pliego, se encuentran incursas en presunción de anormalidad, la mesa de contratación notificará esta circunstancia a los interesados mediante comunicación por medios electrónicos, en la forma prevista en la cláusula vigesimoséptima del presente pliego. En este caso, se solicitará a los licitadores comprendidos en tales supuestos que remitan la pertinente información en la que justifiquen la valoración de la oferta formulada y las condiciones de cumplimiento de la misma. Asimismo, se solicitará el asesoramiento técnico del Servicio correspondiente, conforme a la exigencia establecida en el artículo 149.4 de la LCSP.

La mesa de contratación, evaluada la información y documentación presentada por el licitador en plazo y considerando la justificación efectuada por éste y el informe técnico del servicio correspondiente mencionado en el párrafo anterior, elevará de forma motivada al órgano de contratación la aceptación o rechazo de la oferta.

Conforme a lo expresado en el artículo 149.4 de la LCSP, no serán justificables precios por debajo de mercado o que incumplan lo establecido en el artículo 201 de la LCSP; y en todo caso el órgano de contratación rechazará la oferta si comprueba que es anormalmente baja



porque vulnera la normativa sobre subcontratación o no cumple las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201 de dicha Ley.

Se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador cuando ésta sea incompleta o se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico”.

(...)

14.4 Se considerará, en principio, como anormalmente baja, de conformidad con lo establecido en el art. 149.2.b de la LCSP, toda oferta considerada en su conjunto en la que concurren las circunstancias siguientes:

14.4.1 Lote 1. Se interpretará como oferta considerada en su conjunto, el resultado de restar al importe ofertado sin inclusión de IVA en la cláusula 14.2.1 (criterio económico), las siguientes cuantías en caso de ofrecerse:

- Criterio cualitativo – Bolsa de trabajo y materiales (cláusula 14.2.2.A), se descontará, en caso de ofrecerse la bolsa de horas de operario con la bolsa de materiales un 3% del importe de la oferta económica presentada, sin incluir el IVA.*
- Criterio cualitativo – Cursos de formación (cláusula 14.2.2.B), se descontará, en caso de ofrecerse, 15 horas de formación un 3 % del importe de la oferta económica presentada, sin incluir el IVA, 20 horas de formación un 3,50 % del importe de la oferta económica presentada, sin incluir el IVA y, 25 horas de formación un 4 % del importe de la oferta económica presentada, sin incluir el IVA.*
- Criterio cualitativo. Formación en materia de igualdad (cláusula 14.2.2.C), se descontará un 0,60 % del importe de la oferta económica presentada, sin incluir el IVA.*



14.4.2 Lote 2. Se interpretará como oferta considerada en su conjunto, el resultado de restar al importe ofertado sin inclusión de IVA en la cláusula 14.3.1 (criterio económico), las siguientes cuantías en caso de ofrecerse:

- Criterio cualitativo – Bolsa de trabajo y materiales (cláusula 14.2.2.A), se descontará, en caso de ofrecerse la bolsa de horas de operario con la bolsa de materiales un 3% del importe de la oferta económica presentada, sin incluir el IVA.
- Criterio cualitativo – Cursos de formación (cláusula 14.3.2.B), se descontará, en caso de ofrecerse, 15 horas de formación un 3 % del importe de la oferta económica presentada, sin incluir el IVA, 20 horas de formación un 3,50 % del importe de la oferta económica presentada, sin incluir el IVA y, 25 horas de formación un 4 % del importe de la oferta económica presentada, sin incluir el IVA.
- Criterio cualitativo. Formación en materia de igualdad (cláusula 14.3.2.C), se descontará un 0,60 % del importe de la oferta económica presentada, sin incluir el IVA».

Segundo. Durante el plazo de presentación de ofertas URBIA realizó las siguientes consultas, que fueron respondidas por el órgano de contratación de la manera que se expone a continuación:

«1ª) Consulta: Buenos días, ¿podrían aclarar cuál es el criterio para considerar una oferta anormalmente baja? En la pág. 45 del PCAP se indican las circunstancias de oferta en su conjunto, pero no el criterio de anormalidad. Gracias.

Respuesta: Buenos días,

A partir de la Ley de Contratos del Sector Público, las ofertas se tienen que calcular en su conjunto, o sea, teniendo en cuenta el criterio económico más los criterios cualitativos que no se reflejan económicamente. Para conseguir esto, a los únicos efectos de calcular las ofertas desproporcionadas y no a la clasificación de las ofertas, se aplica la cláusula 14.4 del PCAP que consiste en disminuir el precio de la oferta económica en un porcentaje según los criterios cualitativos ofrecidos por cada empresa y lote, en caso que se hubiese ofrecido algún criterio cualitativo.



Saludos.

2ª) Consulta: Buenos días, en referencia a la respuesta del día 19-07-2022 14:46 sobre el criterio para considerar una oferta anormalmente baja: el cálculo de la oferta en su conjunto teniendo en cuenta los criterios cualitativos queda claro, pero la cláusula 14.4 del PCAP no indica el criterio de oferta anormalmente baja. ¿Es el artículo 85 de la LCSP, o es distinta según el número de licitadores presentados? En el expediente anterior, por ejemplo, en la cláusula 14.3 del PCAP se indicaba: "Se considerará, en principio, como anormalmente baja toda oferta considerada en su conjunto, cuyo porcentaje de baja exceda de los siguientes límites: a. Cuando, concurriendo un solo licitador, sea inferior al PBL en más de 25 unidades porcentuales. b. (...), c.(...), d. Cuando concurren cuatro o más licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas (...)". ¿Podrían aclararlo, por favor? Gracias.

Respuesta:

Buenos días,

Los porcentajes de baja para que una oferta sea considerada anormalmente baja son los descritos en el art. 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001 (BOE 26-10-01) según el número de ofertas presentadas. En el caso que se prevé de más de cuatro licitadores, el porcentaje de baja es del 10 % sobre la primera o, en su caso, la segunda media aritmética. Los importes para calcular las medias aritméticas son los que se calculan según la cláusula 14.4 del PCAP, o sea, descontar a la oferta económica unos porcentajes según los criterios cualitativos ofrecidos. En caso de no ofrecerse, no se descontaría ningún porcentaje.

Saludos».

Tercero. En la sesión de 7 de octubre de 2022, la mesa de contratación, tras la apertura de la documentación económica, procedió a la valoración de los criterios evaluables automáticamente e identificó que las ofertas económicas presentadas por la empresa URBIA, tanto para el lote 1 como para el lote 2, incurrían en presunción de anormalidad,



confiriéndole un plazo de 5 días hábiles para que justificar y desglosara razonada y detalladamente el bajo nivel del precio o de los costes, mediante la presentación de la información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos.

Presentada la documentación justificativa dentro del plazo, el Servicio Técnico de la Dirección Provincial emitió informes técnicos de fecha 28 de octubre de 2022, en el que señala para el LOTE 1:

«Resultando que la oferta valorada en su conjunto y a los efectos del cálculo de las ofertas desproporcionadas asciende a 800.958,83 euros.

Por otra parte, en aplicación del artículo 149 de la Ley de Contratos del Sector Público y el artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas por el que se establecen los criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas, aplicable en su apartado cuarto, al haberse presentado y sido admitidas nueve ofertas, es el siguiente:

Cuando concurren 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 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.

El cálculo de la primera media aritmética asciende a la cuantía de 928.707,25 euros, siendo dos ofertas, superiores en más de 10 unidades porcentuales, procediendo al cálculo de una nueva media aritmética cuya cuantía ascendió a 895.232,33 euros, considerándose las ofertas desproporcionadas las inferiores al 10 % de la última media aritmética, siendo dicha cuantía de 805.790,10 euros».

Para el lote 2 razona lo mismo, pero varían las cuantías y señala que *«El cálculo de la primera media aritmética asciende a la cuantía de 683.964,93 euros, siendo dos ofertas, superiores en más de 10 unidades porcentuales, procediendo al cálculo de una nueva media aritmética cuya cuantía ascendió a 654.694,50 euros, considerándose las ofertas*



desproporcionadas, las inferiores al 10 % de la última media aritmética, siendo dicha cuantía de 589.225,05 euros».

Y concluye en ambos lotes *«que la justificación presentada no cumple con el objetivo de demostrar la viabilidad de la oferta y de poder realizar los servicios señalados en el Pliego de Prescripciones Técnicas con unas condiciones que garanticen un mínimo de calidad para la Tesorería General de la Seguridad Social, por lo que debería ser rechazada».*

Tras examinar la documentación justificativa aportada por la empresa declarada confidencial y los informes técnicos de ambos lotes, la Mesa de Contratación, en la sesión del 9 de noviembre de 2022, comparte el criterio del asesor técnico y acuerda proponer al órgano de contratación, el rechazo de la oferta de URBIA y la adjudicación del contrato del lote nº 1 y 2 a la empresa siguiente en el orden SACYR FACILITIES, S.A (en adelante, SACYR) por ser su oferta, la siguiente mejor valorada. Así lo acuerda el órgano de contratación en su resolución publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 12 de diciembre de 2022.

Cuarto. Con fecha de 2 de enero de 2023, la entidad recurrente presentó en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra su exclusión en el procedimiento y la subsiguiente adjudicación del contrato. En su recurso, solicita que el Tribunal anule tal acuerdo de exclusión y se le adjudique el contrato.

Quinto. Previo requerimiento y traslado del recurso de la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, se recibió el expediente administrativo y el correspondiente informe de aquél, quien solicitó la desestimación del recurso.

Sexto. La Secretaría del Tribunal, en fecha 9 de enero de 2023, 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 16 de enero de 2023, se presentan alegaciones por la entidad SACYR, que ha solicitado la inadmisión del recurso y subsidiariamente su desestimación.

Séptimo. Conforme a lo dispuesto en el artículo 53 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), cuando el acto recurrido sea el de adjudicación, una vez interpuesto el recurso quedará en suspenso la tramitación del procedimiento. En este sentido, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, acordó con fecha 19 de enero de 2023, el mantenimiento de la suspensión, 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 el artículo 45.1 de la LCSP, siendo así mismo de aplicación el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Segundo. La recurrente se encuentra legitimada, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, al ser una de las licitadoras concurrentes que ha sido excluida del procedimiento de contratación, por lo que, de estimarse el recurso, se reintegraría a dicho procedimiento y tendría opciones de ser adjudicataria del contrato.

Tercero. El objeto del recurso es el acuerdo de exclusión y el de adjudicación en un contrato de servicios cuyo valor es superior a cien mil euros, susceptibles, por tanto, de recurso especial de conformidad con lo establecido en el artículo 44.1.a) y 44.2.b) y c) de la LCSP.

Cuarto. En relación con el plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación, debe indicarse que la recurrente lo interpuso el 2 de enero de 2023, no habiendo transcurrido más de 15 días hábiles desde el día siguiente a la notificación del acuerdo. Por consiguiente, de conformidad con el artículo 50 de la LCSP, el recurso se ha presentado dentro de plazo.

Quinto. En lo que se refiere al fondo del asunto, la recurrente alega que el órgano de contratación en sus informes técnicos ha procedido a calcular el límite de temeridad basándose en los parámetros incluidos en el artículo 85 del Reglamento General de la Ley



de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP) , los cuales en ningún momento se recogen en el PCAP, y aunque los haya invocado en respuesta a una consulta, ésta carece totalmente de carácter vinculante en tanto que los pliegos tampoco lo prevén. De manera subsidiaria, defiende que justificó el contenido de su oferta de manera suficiente, argumentada y precisa, sobre la base de que la desviación de la baja es muy poco significativa, dado que la diferencia con el límite de temeridad es de apenas 0,59% para el lote 1 y de 3,64 % para el lote 2, y que esta proporción puede considerarse inapreciable con la justificación exhaustiva facilitada y con el know-how que avala a URBIA en este tipo de contratos y la histórica experiencia en el sector que le precede, por lo que solicita debe procederse a su admisión y a adjudicársele el contrato.

Sexto. El órgano de contratación en el informe emitido al efecto opone en primer lugar que sí resulta aplicable el art 85 del RGLCAP, ya que las menciones que se realizan en el PCAP al artículo 149 de la LCSP, conllevan necesariamente a su desarrollo mediante el artículo 85 del citado Reglamento, al no haberse desarrollado expresamente en el PCAP los límites en los cuales una oferta en su conjunto debe considerarse como anormalmente baja, ya que en el PCAP se establece la manera en que la mesa de contratación debe calcular el importe para valorar las ofertas en su conjunto, a fin de aplicar posteriormente los porcentajes establecidos en el mencionado artículo 85 del Reglamento. Opone, además, que la recurrente formuló consulta en cuanto a la aplicación del Reglamento a este respecto y que el órgano de contratación contestó expresamente que sí que era aplicable, por lo que la empresa no puede alegar que no tuviera conocimiento de tal aplicación. Señala además que la Asociación Catalana de Empresas de Instalaciones y Mantenimiento interpuso previamente recurso contra los mismos pliegos, sin que se adujera nada de esto al respecto, y que el mismo fue desestimado. Insiste, por otro lado, en que, de acuerdo con el informe técnico, la recurrente no ha justificado la viabilidad de la oferta, habiéndose detectado, tal y como se recoge en el mismo varias deficiencias. Así, mantiene que hay diferencia en el concepto de salarios entre los trabajadores solicitados en el Pliego de Prescripciones Técnicas centros de la TGSS, ya que URBIA calcula 546.486,83 euros y la TGSS, en base al convenio colectivo de aplicación, 549.672,95 euros; también en cuanto al coste del mantenimiento preventivo, ya que no se han tenido en cuenta los costes de las reparaciones o modificaciones resultantes de las revisiones obligatorias establecidas por



la legislación, no se contemplan todos los apartados de mantenimiento que se indican en el PPT y la documentación no incluye todas las operaciones que deben llevarse a cabo en el mantenimiento preventivo, no pudiéndose realizar una comparativa; tampoco se estiman suficientes el material fungible y el coste del todo riesgo, el mantenimiento de los SAIS con la sustitución de las baterías, la actualización y mantenimiento del sistema domótico de los edificios, las reparaciones de los sistemas de clima, etc., cuyos importes señalados son insuficientes para cumplir las obligaciones del Pliego de Prescripciones Técnicas sin rebajar la calidad del servicio de mantenimiento en otros apartados dada la antigüedad de algunas de las instalaciones. Entiende que no se ha tenido en cuenta el coste salarial del gestor/a del contrato, incluido en los cálculos de la TGSS como costes administrativos por determinado importe. Por ello solicita la desestimación del recurso

Séptimo. SACYR, por su parte, defiende que el recurso es inamisible al entender que se están impugnando los pliegos de manera indirecta, habiendo transcurrido ya el plazo para ello. En cualquier caso, considera que es correcta la aplicación del artículo 85 del RGLCAP, tal y como contestó el órgano de contratación a la consulta formulada por la recurrente y que la oferta de URBIA ha sido debidamente excluida la no haber justificado la viabilidad de su oferta, anormalmente baja.

Octavo. Con carácter previo, debe plantearse este Tribunal la admisión del recurso, toda vez que la adjudicataria opone en primer lugar que no lo es al impugnarse en definitiva los pliegos, y haber transcurrido ya el plazo para ello. Pues bien, la recurrente, aunque en parte también critica los pliegos, está, sin embargo, impugnando el acuerdo de exclusión por una supuesta interpretación o aplicación incorrecta de los mismos, y en particular la aplicación del artículo 85 del RGLCAP, además de la apreciación de que su oferta no es viable, por lo que no puede entenderse que se están impugnando los pliegos, sino el acto de exclusión, acto susceptible de recurso especial de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.2.b) LCSP y que ha sido impugnado dentro del plazo legalmente establecido, por lo que el recurso debe admitirse.

Noveno. En cuanto al fondo del asunto, la primera cuestión a resolver consiste en determinar si a la hora de apreciar la mesa y el órgano de contratación si alguna de las ofertas incurre en presunción de anomalía, procede o no aplicar el art 85 del RGLCAP,



pues la recurrente opone que el órgano de contratación sí lo ha aplicado y que no es legalmente correcto, ya que no se recogen en el PCAP ni el mismo se remite a este artículo, y la consulta en la que los invocó en respuesta a una consulta, carece totalmente de carácter vinculante al no preverlo expresamente así los pliegos.

Debemos partir de lo que la LCSP señala al respecto en su artículo 149 sobre las “Ofertas anormalmente bajas”:

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

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

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

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

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

En cuanto a la obligación del órgano de contratación de establecer en los pliegos los criterios para determinar las ofertas incursas en presunción de anormalidad, en la



resolución de este Tribunal 1768/2021, de 2 de diciembre de 2021 (recurso nº1550/2021), señalamos:

«En la Resolución nº 1187/2018 de este Tribunal, ya citada e invocada por la parte actora, se ha analizado la obligación de establecer en los pliegos criterios para determinar las ofertas incursas en presunción de anormalidad. En dicha Resolución se afirma lo siguiente (énfasis añadido):

“La nueva LCSP impone, mediante el empleo del verbo deber, establecer dichos parámetros objetivos cualquiera que sea el procedimiento de adjudicación, ya sometido a un solo al criterio del precio ya a varios, pues es obligación del órgano de contratación apreciar la viabilidad de la oferta.

Coincidiendo en esto con el TRLCSP, la nueva LCSP establece en el caso de que el único criterio de adjudicación sea el del precio, en defecto de previsión en el pliego, la aplicación de los parámetros objetivos establecidos reglamentariamente, y en el caso de que los criterios sean varios, solo permite que los parámetros aplicables se fijen en el pliego, de modo que, de no hacerlo el pliego, no es posible acudir a los parámetros establecidos reglamentariamente.

Así las cosas –como reconoce el propio órgano de contratación en su informe–, el PCAP incumplió la LCSP al impedir identificar las ofertas incursas en presunción de anormalidad, sin que, como parece dar a entender la recurrente en su escrito, sean aplicable las disposiciones reglamentarias para suplir la omisión, al ser el procedimiento de adjudicación por varios criterios de adjudicación y no solo por el precio”».

Este Tribunal ha fijado su doctrina en relación con la obligatoriedad de que se incluyan en los pliegos los criterios objetivos que permiten apreciar la anormalidad de una oferta, en su reciente resolución 130/2023, de 9 de febrero de 2023, con la siguiente argumentación:

«Séptimo. Por último, la reclamación alega como motivo de impugnación, no solo la ausencia en el PCAP de parámetros objetivos para identificar ofertas presuntamente anormales, sino incluso la previsión expresa en el apartado 9 del cuadro de características del PCAP de no considerar ninguna de las ofertas incursas en presunción de temeridad, lo



que a su juicio vulnera lo dispuesto en el artículo 69.2 del RD Ley 3/2020: “2. La entidad contratante deberá identificar las ofertas que se encuentran incursas en presunción de anormalidad, debiendo contemplarse en los pliegos de condiciones, a estos efectos, los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal”.

El Tribunal ha venido considerando, tanto en el ámbito de la LCSP como en el de la LCSE, que el hecho de que estas leyes establezcan que “En los casos en que la entidad contratante presuma que una oferta resulta inviable por haber sido formulada en términos que la hacen anormalmente baja, solo podrá excluirla del procedimiento de licitación previa tramitación del procedimiento que establece este artículo”, permitía interpretar que era posible que el órgano de contratación no estableciese parámetro alguno para apreciar la presunción de anormalidad de las ofertas en los pliegos, si no tenía intención de excluir a ninguna de las empresas licitadoras por este motivo.

No obstante, esta doctrina debe ser revisada a la luz de la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Quinta), de fecha 1 de diciembre de 2021, Asunto T-546/20, que dice lo siguiente:

42 En este contexto, el punto 23.1 del anexo I del Reglamento financiero (Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión) establece que, “si, para un contrato determinado, el precio o costes propuestos en la oferta [parecen] anormalmente bajo[s], el órgano de contratación solicitará por escrito los pormenores de los elementos constitutivos del precio o el coste que considere oportunos y concederá al licitador la oportunidad de presentar sus observaciones”.

43 De conformidad con el punto 23.2 del anexo I del Reglamento financiero, el órgano de contratación “solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos”. Además, “rechazará la oferta si se ha comprobado que la oferta es anormalmente baja porque no cumple las obligaciones aplicables en los ámbitos del Derecho medioambiental, social y laboral”.



44 El concepto de “oferta anormalmente baja” no está definido en las disposiciones del Reglamento financiero. No obstante, se ha declarado que el carácter anormalmente bajo de una oferta debe apreciarse con relación a la composición de la oferta y con relación a la prestación de que se trata (véase la sentencia de 4 de julio de 2017, *European Dynamics Luxembourg y otros/Agencia Ferroviaria de la Unión Europea*, T-392/15, EU: T:2017:462, apartado 83 y jurisprudencia citada).

45 La obligación de un órgano de contratación de comprobar la formalidad de una oferta implica la existencia previa de dudas sobre su fiabilidad, habida cuenta de que el objetivo principal del punto 23.1 del anexo I del Reglamento financiero es evitar que un licitador quede excluido de un procedimiento de licitación sin haber tenido la posibilidad de justificar el contenido de una oferta que parecía anormalmente baja. Por tanto, el comité de evaluación únicamente está obligado a solicitar las precisiones oportunas sobre la composición de una oferta antes de rechazarla, en su caso, cuando existan tales dudas, de conformidad con el punto 23.2 de dicho anexo. Por el contrario, el citado punto 23.1 no se aplica a menos que una oferta parezca anormalmente baja [véanse, en este sentido y por analogía, las sentencias de 6 de julio de 2005, *TQ3 Travel Solutions Belgium/Comisión*, T-148/04, EU:T:2005:274, apartados 49 y 50; de 5 de noviembre de 2014, *Computer Resources International (Luxembourg)/Comisión*, T-422/11, EU:T:2014:927, apartado 57, y de 4 de julio de 2017, *European Dynamics Luxembourg y otros/Agencia Ferroviaria de la Unión Europea*, T-392/15, EU:T:2017:462, apartado 85].

46 De la jurisprudencia se desprende que tales dudas pueden existir, en particular, si parece incierto, por una parte, que una oferta respete la normativa del país en el que los servicios deberían ejecutarse, en materia de remuneración del personal, de aportaciones al régimen de seguridad social y de respeto de las normas de seguridad y salud en el trabajo, así como de ventas a pérdida, y, por otra parte, que el precio propuesto integre todos los costes inducidos por los aspectos técnicos de la oferta (véase la sentencia de 4 de julio de 2017, *European Dynamics Luxembourg y otros/Agencia Ferroviaria de la Unión Europea*, T-392/15, EU:T:2017:462, apartado 86 y jurisprudencia citada).

47 De cuanto precede se desprende que la apreciación, por el órgano de contratación, de la existencia de ofertas anormalmente bajas se realiza en dos tiempos.



48 En un primer momento, el órgano de contratación aprecia si “el precio o costes propuestos en la oferta [parecen] anormalmente bajo[s]”. El uso del verbo “parecer” en el punto 23.1 del anexo I del Reglamento financiero implica que el órgano de contratación procede a una apreciación prima facie del carácter anormalmente bajo de una oferta, y no que procede de oficio a un análisis detallado de la composición de cada oferta para determinar que no constituye una oferta anormalmente baja. Así, en esta primera fase, el órgano de contratación debe determinar únicamente si las ofertas presentadas contienen un indicio que pueda suscitar la sospecha de que podrían ser anormalmente bajas. Ese es el caso, en particular, cuando el precio propuesto en una oferta presentada es considerablemente inferior al de las demás ofertas presentadas o al precio de mercado usual. Si las ofertas presentadas no contienen dicho indicio y, por tanto, no parecen anormalmente bajas, el órgano de contratación puede continuar su evaluación y el procedimiento de adjudicación del contrato (véase, en este sentido y por analogía, la sentencia de 4 de julio de 2017, *European Dynamics Luxembourg* y otros/Agencia Ferroviaria de la Unión Europea, T-392/15, EU:T:2017:462, apartado 88).

49 En un segundo tiempo, si existen indicios que puedan suscitar la sospecha de que una oferta pudiera ser anormalmente baja, el órgano de contratación debe proceder, por el contrario, a verificar la composición de la oferta para cerciorarse de que no es anormalmente baja. Al llevar a cabo esta verificación, aquel tiene la obligación de dar al licitador en cuestión la posibilidad de exponer por qué razones considera que su oferta no es anormalmente baja. Debe seguidamente examinar las explicaciones aportadas y determinar si la oferta de que se trata presenta un carácter anormalmente bajo, en cuyo caso tiene la obligación de rechazarla (sentencia de 4 de julio de 2017, *European Dynamics Luxembourg* y otros/Agencia Ferroviaria de la Unión Europea, T-392/15, EU: T:2017:462, apartado 89).

En el mismo sentido se expresaba la Sentencia del TJUE (Sala Quinta), de fecha 19 de octubre de 2017, Asunto C-198/16 P:

51 De este modo, esa disposición (el artículo 139, apartado 1, del Reglamento nº 2342/2002) supone la obligación del poder adjudicador de, en primer lugar, identificar las ofertas sospechosas; en segundo lugar, dar a los licitadores afectados la posibilidad de



demostrar la seriedad de tales ofertas, exigiéndoles las precisiones que considere oportunas”.

Por tanto, es una obligación del órgano de contratación identificar las ofertas que pueden ser sospechosas de haber ofertado precios anormalmente bajos, que pueden hacer inviable la prestación objeto del contrato.

El sistema que establecen la LCSP y el Real Decreto Ley 3/2020 para determinar las ofertas sospechosas de inviabilidad se basa en parámetros objetivos, y no en la apreciación discrecional del órgano de contratación. Por ello, es necesario que se fijen en el PCAP dichos parámetros, ya que, de otro modo, ante ofertas por precios considerablemente inferiores a los del resto de licitadores, o al precio usual del mercado, no se podría verificar su composición, para cerciorarse de que no son anormalmente bajas.

Procede, en consecuencia, estimar también este motivo de la reclamación, y anular el párrafo del apartado 9 del Cuadro de Características del PCAP que indica que “En atención al objeto de este expediente, Aena no considera ninguna de las ofertas presentadas incurso en presunción de anormalidad”, debiendo establecerse en el PCAP los parámetros para identificar las ofertas inicialmente incursas en presunción de anormalidad».

Precisamente, en base a la doctrina antes expuesta, en cuanto a la aplicación supletoria del 85 RGLCAP, en ausencia de determinación en los Pliegos de los parámetros objetivos para identificar los casos en que una oferta se considere anormal, no procede aplicar supletoriamente los que señala el artículo 85 RGLCAP, no pudiendo así considerarse a ninguna oferta como incurso en baja anormal o desproporcionada.

En el caso que nos ocupa, el Pliego de Condiciones Administrativas hace referencia a las ofertas con valores anormales o desproporcionados, en la cláusula 14.4 PCAP de la manera siguiente pero no concreta los criterios objetivos para su apreciación:

«Se considerará, en principio, como anormalmente baja, de conformidad con lo establecido en el art. 149.2.b de la LCSP, toda oferta considerada en su conjunto en la que concurren las circunstancias siguientes:



14.4.1 Lote 1. Se interpretará como oferta considerada en su conjunto, el resultado de restar al importe ofertado sin inclusión de IVA en la cláusula 14.2.1 (criterio económico), las siguientes cuantías en caso de ofrecerse:

- Criterio cualitativo – Bolsa de trabajo y materiales (cláusula 14.2.2.A), se descontará, en caso de ofrecerse la bolsa de horas de operario con la bolsa de materiales un 3% del importe de la oferta económica presentada, sin incluir el IVA.
- Criterio cualitativo – Cursos de formación (cláusula 14.2.2.B), se descontará, en caso de ofrecerse, 15 horas de formación un 3 % del importe de la oferta económica presentada, sin incluir el IVA, 20 horas de formación un 3,50 % del importe de la oferta económica presentada, sin incluir el IVA y, 25 horas de formación un 4 % del importe de la oferta económica presentada, sin incluir el IVA.
- Criterio cualitativo. Formación en materia de igualdad (cláusula 14.2.2.C), se descontará un 0,60 % del importe de la oferta económica presentada, sin incluir el IVA.

14.4.2 Lote 2. Se interpretará como oferta considerada en su conjunto, el resultado de restar al importe ofertado sin inclusión de IVA en la cláusula 14.3.1 (criterio económico), las siguientes cuantías en caso de ofrecerse:

- Criterio cualitativo – Bolsa de trabajo y materiales (cláusula 14.2.2.A), se descontará, en caso de ofrecerse la bolsa de horas de operario con la bolsa de materiales un 3% del importe de la oferta económica presentada, sin incluir el IVA.
- Criterio cualitativo – Cursos de formación (cláusula 14.3.2.B), se descontará, en caso de ofrecerse, 15 horas de formación un 3 % del importe de la oferta económica presentada, sin incluir el IVA, 20 horas de formación un 3,50 % del importe de la oferta económica presentada, sin incluir el IVA y, 25 horas de formación un 4 % del importe de la oferta económica presentada, sin incluir el IVA.
- Criterio cualitativo. Formación en materia de igualdad (cláusula 14.3.2.C), se descontará un 0,60 % del importe de la oferta económica presentada, sin incluir el IVA”



Así el Pliego indica las circunstancias que ha de tener una oferta en su conjunto, pero no el criterio o los porcentajes de baja para que una oferta sea considerada anormalmente baja. De esta forma, de acuerdo con la doctrina anteriormente expuesta, el órgano de contratación no puede aplicar supletoriamente los parámetros que señala el artículo 85 RGLCAP, sino que debe ceñirse a lo señalado en los Pliegos. En este caso, dado que no se han fijado expresamente en el PCAP, de manera precisa, los criterios para considerar una oferta anormalmente baja, pese a su obligatoriedad legal, no resulta ajustado a Derecho excluir a la recurrente por una situación de anormalidad de su oferta que no ha sido regulada previamente en los pliegos.

Décimo. Sentado lo anterior, cabe ahora plantearse si la respuesta del órgano de contratación a la consulta formulada por la propia recurrente, en la que señala que procede aplicar el artículo 85 del RGLCAP, resulta o no vinculante a la hora de apreciar la presunción de anormalidad. En la cita respuesta se indicaba:

«Los porcentajes de baja para que una oferta sea considerada anormalmente baja son los descritos en el art. 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001 (BOE 26-10-01) según el número de ofertas presentadas. En el caso que se prevé de más de cuatro licitadores, el porcentaje de baja es del 10 % sobre la primera o, en su caso, la segunda media aritmética. Los importes para calcular las medias aritméticas son los que se calculan según la cláusula 14.4 del PCAP, o sea, descontar a la oferta económica unos porcentajes según los criterios cualitativos ofrecidos. En caso de no ofrecerse, no se descontaría ningún porcentaje».

En cuanto al carácter o no vinculante de las respuestas a consultas o aclaraciones, debemos partir de lo dispuesto en el art 138.3 LCSP:

«3. Los órganos de contratación proporcionarán a todos los interesados en el procedimiento de licitación, a más tardar 6 días antes de que finalice el plazo fijado para la presentación de ofertas, aquella información adicional sobre los pliegos y demás documentación complementaria que estos soliciten, a condición de que la hubieren pedido al menos 12 días antes del transcurso del plazo de presentación de las proposiciones o de



las solicitudes de participación, salvo que en los pliegos que rigen la licitación se estableciera otro plazo distinto. En los expedientes que hayan sido calificados de urgentes, el plazo de seis días a más tardar antes de que finalice el plazo fijado para la presentación de ofertas será de 4 días a más tardar antes de que finalice el citado plazo en los contratos de obras, suministros y servicios sujetos a regulación armonizada siempre que se adjudiquen por procedimientos abierto y restringido.

En los casos en que lo solicitado sean aclaraciones a lo establecido en los pliegos o resto de documentación y así lo establezca el pliego de cláusulas administrativas particulares, las respuestas tendrán carácter vinculante y, en este caso, deberán hacerse públicas en el correspondiente perfil de contratante en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el procedimiento de licitación».

Al respecto en la resolución nº 643/2021, de 28 de mayo (recurso nº 289/2021 C.A. de Illes Balears 17/2021) señalamos:

«Séptimo. Dados los términos en que se plantea la controversia hemos de comenzar analizando la obligatoriedad de las respuestas dadas por el órgano de contratación a las consultas planteadas por los interesados, cuestión abordada por el artículo 138.3 de la LCSP según el cual:

“En los casos en que lo solicitado sean aclaraciones a lo establecido en los pliegos o resto de documentación y así lo establezca el pliego de cláusulas administrativas particulares, las respuestas tendrán carácter vinculante y, en este caso, deberán hacerse públicas en el correspondiente perfil de contratante en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el procedimiento de licitación”.

Del tenor literal del citado precepto resulta que las respuestas dadas por el órgano de contratación no son automáticamente vinculantes, sino que para que tal eficacia se produzca es preciso la simultánea concurrencia de dos requisitos: (i) que los pliegos expresamente atribuyan a tales respuestas carácter vinculante y (ii) que las respuestas se hayan publicado en el perfil del contratante de modo que sean accesibles por todos los interesados en condiciones de igualdad. Dicha ausencia de inmediata vinculación viene



siendo afirmada por este Tribunal mediante resoluciones como la reciente Resolución nº 108/2021, de 5 de febrero, en que dijimos:

“En principio, por tanto, las respuestas dadas no son vinculantes, salvo que los pliegos de cláusulas administrativas particulares indiquen lo contrario”.

Pues bien, en el presente caso puesto que ni el PCAP establece que las respuestas dadas a las consultas sean vinculantes ni se nos ha acreditado la publicación de la respuesta en el perfil del contratante de la EMT-PALMA no concurren los requisitos previstos en el artículo 138.3 de la LCSP para considerar aquella respuesta como vinculante. En tal sentido es de reseñar que BRILLOSA se limita a indicar que su consulta fue realizada a través de la Plataforma de Contratación Electrónica pero no afirma, ni acredita, que la respuesta recibida se publicara en dicho portal».

En el caso que nos ocupa, el PCAP no establece que las respuestas dadas a las consultas sean vinculantes ni tampoco ha resultado acreditada la publicación de la respuesta en el perfil del contratante, por lo que no se puede considerar que la citada respuesta sea vinculante, y por consiguiente no procede aplicar el artículo 85 del Reglamento a la hora de determinar si las ofertas presentadas incurrían en presunción de anormalidad. Al haberlo hecho el órgano de contratación (y el asesor técnico) no ha actuado conforme a Derecho.

Y ello a pesar de haber formulado la consulta la propia recurrente, haber preguntado expresamente si procedía aplicar el artículo 85 del RGLCAP y tener conocimiento de la respuesta dada por el órgano de contratación, toda vez que el órgano de contratación se ha apartado de lo señalado en los Pliegos al aplicar tal artículo del citado Reglamento.

Además, constatado que el PCAP no establece los criterios para apreciar la anormalidad de las ofertas, si se permitiera establecerlos vía consulta en la fase de licitación, se estarían modificando los pliegos, circunstancia que este Tribunal ha rechazado, como dijimos en la resolución 256/2021, de 12 de marzo de 2021:

«Hay un aspecto de la reclamación que de entrada resulta equivocado sin necesidad de valoración; se trata del carácter vinculante de la respuesta dada por el órgano de



contratación: en este caso la respuesta no tenía carácter vinculante. Las respuestas solo son vinculantes cuando los pliegos así lo prevén. El carácter vinculante de la respuesta, no obstante, debería siempre respetar el principio por el que la respuesta no pueda alterar el pliego, sino interpretar su contenido entre los varios posibles que admita su dicción literal. n. El carácter vinculante de la respuesta, no obstante, debería siempre respetar el principio por el que la respuesta no pueda alterar el pliego, sino interpretar su contenido entre los varios posibles que admita su dicción literal (...). También en este sentido la Resolución nº 153/2020. Esto es, incluso las respuestas vinculantes no pueden ser un medio de modificación de los pliegos, contradiciéndolos, como adelantamos».

De esta forma procede estimar el recurso y por consiguiente anular el acuerdo de exclusión y de la adjudicación, con retroacción del procedimiento al momento anterior a la aprobación del expediente de contratación, a fin de que se fijen en el PCAP y los correspondientes documentos contractuales, los criterios objetivos que permitan apreciar una oferta en situación de anormalidad.

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. B. C. V., en representación de la entidad URBIA INTERMEDIACIÓN INGENIERIA Y SERVICIOS S.A., (en adelante, URBIA), contra la exclusión de su proposición y la adjudicación del contrato del “*servicio de mantenimiento integral y a todo riesgo de todos los centros y Oficinas Integrales (INSS-TGSS) dependientes de la Dirección Provincial de Barcelona de la Tesorería General de la Seguridad Social para el período de tiempo 1-12-2022 a 30-11-2023*”, con expediente PA-2021/270-M, convocado por la Dirección Provincial de Barcelona de la Tesorería General de la Seguridad Social, y en consecuencia anular los acuerdos impugnados, con retroacción del procedimiento al momento señalado en último párrafo del fundamento jurídico décimo de esta resolución.



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 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.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES