



Recurso nº 814/2023

Resolución nº 946/2023

Sección 2ª

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

En Madrid, a 13 de julio de 2023.

VISTO el recurso interpuesto por D. P. M. R. , en representación de IDP, INVERSIONES, DESARROLLOS Y PROYECTOS, S.L., contra la Resolución de 2 de junio pasado, del Consejo de Administración del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía —en adelante IDEA—, por la que se acepta la propuesta de clasificación de ofertas de la Mesa de Contratación y se acuerda la adjudicación condicionada del contrato correspondiente al expediente con referencia CONTR/2022/575 para la contratación del “*Servicio de Información al Ciudadano en Eficiencia Energética y Energías Renovables*”, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha 8 de marzo de 2023 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP en adelante) la convocatoria para la contratación del servicio arriba aludido. Con fecha 29 de marzo de 2023 se publicó nuevo anuncio de licitación en la PLACSP.

Finalizado el plazo de presentación de ofertas, se han recibido las siguientes: ABAI MANAGEMENT & CONSULTING S.L., BETTERGY, S.L., CLAVE 3 LICITACIONES Y PROYECTOS, S.L. INVERSIONES, DESARROLLOS Y PROYECTOS, S.L.y SM SISTEMAS MEDIOAMBIENTALES, S.L.

Segundo. Seguido el procedimiento de adjudicación por sus trámites, conforme a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), con fecha 22 de



mayo de 2023, la mesa de contratación acuerda proponer al órgano de contratación la adjudicación del contrato a la mercantil BETTERGY, S.L., oferta mejor clasificada.

Tercero. El día 2 de junio de 2023, se dictó por el Consejo de Administración del IDEA el acto aquí recurrido por la que se acepta la propuesta de clasificación de ofertas de la mesa de contratación y se acuerda la adjudicación condicionada del contrato correspondiente al expediente con referencia CONTR/2022/575 para la contratación del Servicio de Información al Ciudadano en Eficiencia Energética y Energías Renovables (SICER), objeto del presente recurso especial en materia de contratación; ordenando asimismo *“(…) a los servicios de contratación del IDAE, conforme establece el art. 150.2 de la LCSP, que requieran a la empresa BETTERGY, S.L., propuesta como adjudicataria, para que en el plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, proceda a la entrega de la documentación justificativa contemplada en los pliegos del expediente, además de la garantía definitiva que se detalla en la citada documentación. De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo improrrogable y preclusivo de diez días hábiles señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose a exigirle el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, sin perjuicio de lo establecido en la letra a) del apartado 2 del artículo 71 de la LCSP. De no aportar la empresa citada el trámite del modo establecido, requerir la presentación de la misma documentación al siguiente clasificado”*.

Cuarto. Disconforme con el citado acuerdo, que se notificó a la aquí recurrente el 6 de junio del año en curso, por medio de escrito presentado en el Registro Electrónico General de la AGE el 9 de junio de 2023, al amparo del artículo 50 LCSP, interpuso contra aquel acuerdo recurso especial en materia de contratación.

En él aducía, en síntesis, que se ha llevado a cabo una incorrecta aplicación del PCAP para la determinación de ofertas anormales en el acto de apertura del sobre N°3, dado que el apartado 11.2 del Pliego establece que para la determinación de ofertas anormalmente bajas se atenderá a lo recogido en el artículo 85 del Real Decreto 1098/2001, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Alega que se ha omitido la aplicación de la previsión, para cuando concurrieran



tres licitadores como es el caso, de que, en cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales. Entiende que esta baja se ha de computar respecto del presupuesto de licitación.

Quinto. Junto con el expediente de contratación, se remitió por el órgano de contratación, el pertinente informe, fechado en 14 de junio de 2023, en el que basándose en un informe de la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad de Madrid, el 7/2012, y en la Resolución 70/2014 del Tribunal de Contratación Pública de la misma Comunidad defendía que cabría interpretar que el umbral de las 25 unidades porcentuales se refiere a la media aritmética de las ofertas presentadas, lo que estaría también en consonancia con el artículo 152.1 del TRLCSP y con el resto de supuestos del artículo 85 del RGLCAP, por más que reproducía el informe en la parte que afirmaba que *“Este inciso, al no indicar expresamente la referencia porcentual, puede considerarse que alude al presupuesto de licitación, dado que si se estimase en relación a la media aritmética de las ofertas presentadas, resultaría de imposible aplicación, por operar previamente el umbral de las 10 unidades porcentuales”*.

Sexto. La Secretaría del Tribunal en fecha 15 de junio 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; cosa que hizo, mediante escrito presentado en el Registro Electrónico General de la AGE, el día 20 de junio de 2023, la entidad BETTERGY, S.L., que defendía se deben considerar 5 licitadores, con sus respectivas ofertas presentadas, y no 3 como considera el recurso presentado (que toma en consideración las ofertas presentadas por los tres licitadores que pasaron al acto de apertura del sobre número 3).

Séptimo. En fecha 22 de junio de 2023, la Secretaria General del Tribunal —por delegación de éste— acordó 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 su levantamiento.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) es competente, para el conocimiento y resolución del presente recurso especial en materia de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 45.1, en relación con el artículo 3.3.a), de la LCSP.

Segundo. Es objeto del presente recurso la Resolución de 2 de junio de 2023, del Consejo de Administración del IDAE, por la que se acepta la propuesta de clasificación de ofertas de la Mesa de Contratación y se acuerda la adjudicación condicionada del contrato correspondiente al expediente con referencia CONTR/2022/575 para la contratación del Servicio de Información al Ciudadano en Eficiencia Energética y Energías Renovables.

El propio acuerdo señala que se ordena “(...) a los servicios de contratación del IDAE, conforme establece el art. 150.2 de la LCSP, que requieran a la empresa BETTERGY, S.L., propuesta como adjudicataria, para que en el plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, proceda a la entrega de la documentación justificativa contemplada en los pliegos del expediente, además de la garantía definitiva que se detalla en la citada documentación. De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo improrrogable y preclusivo de diez días hábiles señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose a exigirle el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, sin perjuicio de lo establecido en la letra a) del apartado 2 del artículo 71 de la LCSP. De no aportar la empresa citada el trámite del modo establecido, requerir la presentación de la misma documentación al siguiente clasificado”.

Por tanto, no estamos, prima facie, propiamente ante un acto de adjudicación, sino ante una aceptación de la clasificación presentada por la Mesa de Contratación. Dice así, este precepto, para lo que aquí importa que (apartado 2) “ Una vez aceptada la propuesta de la mesa por el órgano de contratación, los servicios correspondientes requerirán al licitador que haya presentado la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de las



circunstancias a las que se refieren las letras a) a c) del apartado 1 del artículo 140 si no se hubiera aportado con anterioridad, tanto del licitador como de aquellas otras empresas a cuyas capacidades se recurra, sin perjuicio de lo establecido en el segundo párrafo del apartado 3 del citado artículo; de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 76.2; y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente. Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos”.

Y sólo cuando se remite esa documentación, que se requiere de resultados de la aceptación de la propuesta de la mesa, se da la adjudicación, diciendo así el apartado 3 del art. 150 que *“3. El órgano de contratación adjudicará el contrato dentro de los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la documentación. En los procedimientos negociados, de diálogo competitivo y de asociación para la innovación, la adjudicación concretará y fijará los términos definitivos del contrato”.*

En relación con la recurribilidad del acuerdo del órgano de contratación de clasificación de las ofertas, el Pleno del Tribunal, por acuerdo adoptado el 17 de marzo de 2022, concluyo que no reúne las condiciones exigidas a los actos de trámite por el artículo 44.2b) de la LCSP.

No obstante, según hemos dicho anteriormente, el acto recurrido resuelve, además,

“Adjudicar el contrato correspondiente a un servicio de Información al Ciudadano en Eficiencia Energética y Energías Renovables (SICER) a favor de la empresa BETTERGY, S.L., ascendiendo el presupuesto ofertado por dicha empresa, para un periodo de vigencia del contrato de dos años, a la cantidad de 478.012,00 € (más el I.V.A. correspondiente), sin posibilidad de prórroga, quedando expresa y formalmente condicionada la validez y eficacia de dicha adjudicación a que por el mencionado adjudicatario se cumplimente adecuadamente, y en el plazo señalado, el requerimiento a que se refiere nuestro precedente acuerdo, atendiendo a la calificación favorable que de dicha documentación realice la Mesa de Contratación”.



No hay duda de que, el órgano de contratación adjudica el contrato, sin que, a estos efectos, sea relevante la condición incorporada al acuerdo. Por lo señalado, procede concluir que el acto es recurrible, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 44.2.c) de la LCSP.

El acto recurrido se produce en el seno del procedimiento de licitación de un contrato de servicios de valor estimado superior a los 100.000 euros, por lo que es susceptible de recurso de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 44.1.a) de la LCSP.

Tercero. Respecto a si el recurso ha sido interpuesto en plazo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 50 LCSP, a la vista de las fechas reflejadas en sede de antecedentes de hecho, hay que dar respuesta positiva a dicha cuestión.

Cuarto. En cuanto a la legitimación del recurrente, a tenor del art. 48 LCSP: *“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”.*

La legitimación del recurrente, segundo clasificado en la valoración de los licitadores del contrato que nos ocupa, es indudable.

Quinto. Analizados los óbices de admisión, y habiendo obtenido la conclusión del que el recurso es admisible, procede analizar si asiste la razón al recurrente, debiendo anularse la aceptación de la propuesta de la mesa de contratación o la misma resulta adecuada a Derecho, por haberse debido seguir el procedimiento previsto en el art. 149 LCSP por deber presumirse que la oferta mejor clasificada resultaba inviable por haber sido formulada en términos que la hacían anormalmente baja.

A este respecto, el apartado 2 del art. 149 LCSP dice que:

“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”.

Por su parte, el apartado 11.2 del cuadro resumen dice que “*Para la determinación de ofertas anormales se atenderá a lo recogido en el art. 85 del RGLCAP (RD 1098/2001)*”.

El precepto reglamentario aludido, como es sabido, establece que:

“Artículo 85. Criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en las subastas.

Se considerarán, en principio, desproporcionadas o temerarias las ofertas que se encuentren en los siguientes supuestos:

1. Cuando, concurriendo un solo licitador, sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 25 unidades porcentuales.

2. Cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.



3. Cuando concurren tres licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales.

4. 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 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.

5. Excepcionalmente, y atendiendo al objeto del contrato y circunstancias del mercado, el órgano de contratación podrá motivadamente reducir en un tercio en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares los porcentajes establecidos en los apartados anteriores.

6. Para la valoración de las ofertas como desproporcionadas, la mesa de contratación podrá considerar la relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada”.

Sexto. La cuestión estriba en determinar si es aplicable o no el precepto, puesto que uno de los licitadores, el propuesto como adjudicatario, sostiene que ha de tomarse en cuenta el número total de licitadores presentados a la licitación y no sólo, como ha hecho la entidad licitadora, los que han superado el umbral en los criterios dependientes de un juicio de valor, por el que se les pasaba a valorar la oferta económica.

Ciertamente, el apartado 1 de la cláusula 11 PCAP dice que “Dada la importancia que tiene para la ejecución del contrato la cualificación técnica de las empresas licitadoras, será necesario que éstas obtengan al menos 25 puntos en la valoración de los criterios dependientes de un juicio de valor, de tal suerte que por debajo de esta puntuación no se procederá a la apertura del sobre nº 3”.



En el caso que nos ocupa, superaron los 25 puntos en la valoración de los criterios dependientes de un juicio de valor sólo 3 licitadores, por lo que se tuvo en cuenta ese número para determinar si la oferta de los licitadores estaba o no en presunción de anormalidad. Y esa fue la manera correcta de proceder, puesto que, de acuerdo con el pliego, que es Ley de contrato, la no superación del umbral en los criterios subjetivos conlleva la consecuencia de que el sobre 3, que contiene la oferta económica, ya no se abra. De modo que no puede tenerse en cuenta a los licitadores que no pasen de fase, porque no habría modo de incluir su oferta económica -al no abrirse su sobre que contienen la misma- en la fórmula matemática para calcular la media aritmética, con referencia a la cual se determina la presunción de anormalidad.

Séptimo. Sentado pues, que procede determinar si la oferta del licitador aceptado como adjudicatario está incurso en presunción de anormalidad, considerando las tres ofertas que han superado el umbral del 25 % en los criterios que dependen de un juicio de valor, la cuestión a resolver es con referencia a qué magnitud el último inciso del art. 85.3 RGLCAP presume la anormalidad o desproporción de la oferta, si como sostiene el recurrente, al presupuesto de licitación, o bien como defiende en su informe el órgano de contratación, debe tenerse referido a la media aritmética de las ofertas presentadas.

Sobre la vigencia del artículo 85.3 del RGCAP se ha pronunciado el Tribunal en su Resolución nº 1020/2017, de 3 de noviembre de 2017 (Recurso nº 1066/2017), en la que se lee

(...) “En efecto, el hecho de que el último inciso del artículo 85.3 del RGLCAP establezca, para definir el carácter desproporcionado de las ofertas, un porcentaje que debe tenerse por referido al presupuesto de licitación y no únicamente a la media aritmética de las ofertas presentadas, no permite apreciar la existencia de una efectiva contradicción con el artículo 152.1 del TRLCSP. En efecto, no cabe obviar que en el párrafo inicial de este apartado se referencia, como primera previsión, la desproporción al conjunto de ofertas válidas presentadas, considerando así las que sean inferiores en más de 10 unidades a la media aritmética de las ofertas presentadas. El que, por añadidura, se establezca un porcentaje referido al presupuesto de licitación no deja de ser sino un complemento preciso para asegurar la viabilidad de la ejecución del contrato, pero no supone que no se tenga en



cuenta el conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado para considerar el carácter anormal o desproporcionado de la oferta, tal y como establece el artículo 152.1 del TRLCSP”.

La aplicación de lo dispuesto por el artículo 85.3 del RGCAP, en los términos señalados, determina que la oferta de la adjudicataria deba ser considerada formulada en términos que la hacen anormalmente baja, en tanto la baja ofertada sobre el presupuesto base de licitación (33,81%) excede de las 25 unidades porcentuales contempladas en el último inciso del precepto referido.

De modo que procede anular el acuerdo recurrido para que, con retroacción de actuaciones, se siga el procedimiento previsto en el art. 149 LCSP, al haber sido la oferta de la adjudicataria, por aplicación de lo dispuesto en el apartado 11.2.a) del cuadro resumen del PCAP, formulada en términos que la hacen anormalmente baja.

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. P. M. R. , en representación de IDP, INVERSIONES, DESARROLLOS Y PROYECTOS, S.L., contra la Resolución de 2 de junio pasado, del Consejo de Administración del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía —en adelante IDEA—, por la que se acepta la propuesta de clasificación de ofertas de la Mesa de Contratación y se acuerda la adjudicación condicionada del contrato correspondiente al expediente con referencia CONTR/2022/575 para la contratación del “*Servicio de Información al Ciudadano en Eficiencia Energética y Energías Renovables*”, y anularlo, ordenando la retroacción del procedimiento a los efectos previstos en el Fundamento de Derecho Sexto de la presente Resolución.

Segundo De conformidad con el art. 57.3 LCSP procede levantar la suspensión.



Tercero. No se aprecia, de acuerdo con el artículo 58 LCSP, la existencia de mala fe o temeridad en el planteamiento del recurso.

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