

Recursos 343/2019

Resolución 141/2020

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA
JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla 1 de junio de 2020.

VISTOS el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **GRUPO RMD SEGURIDAD S.L.** contra el acuerdo de la mesa de contratación de 22 de agosto de 2019, sobre propuesta de adjudicación, dictado en el procedimiento de licitación del contrato “Servicio de vigilancia y seguridad, medios técnicos conexión a CRA y servicio de respuesta ante situaciones de alarma, de la sede del Juzgado de Primera Instrucción n.º 5 de Ayamonte (Huelva)” (Expte. CONTR 2019/188833), convocado por la Delegación Territorial de Turismo, Regeneración, Justicia y Administración Local en Huelva, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 8 de julio de 2019, se publicó en el perfil de contratante el anuncio de licitación, mediante procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del contrato asciende a 210.974,74 euros.

SEGUNDO. La presente licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Igualmente, es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la nueva LCSP.

Entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la recurrente.

TERCERO. La mesa de contratación el 22 de agosto de 2019 acordó elevar al órgano de contratación la propuesta de adjudicación del contrato.

CUARTO. El 28 de agosto de 2019 tuvo entrada en el registro electrónico de la Administración General del Estado escrito de recurso interpuesto por la entidad recurrente contra dicho acuerdo, que se recibió el 2 de septiembre en el Registro de este Tribunal.

QUINTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, de fecha 3 de septiembre de 2019, se requiere al órgano de contratación para que aporte el expediente de contratación, informe sobre el recurso, así como el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones, y las alegaciones sobre la medida cautelar solicitada. La documentación requerida se recibió en el Registro del Tribunal el 4 de septiembre de 2019.

SEXTO. Mediante acuerdo de este Tribunal de 2 de septiembre se deniega la medida cautelar solicitada.

SÉPTIMO. La Secretaría del Tribunal, mediante escritos de 25 de septiembre de 2019, dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento concediéndoles un plazo de 5 días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas realizado en plazo la entidad GRUPO CONTROL, EMPRESA DE SEGURIDAD S.A.

OCTAVO. La disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, suspendió desde dicho día la tramitación del presente recurso. El artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de



22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 ha levantando con efectos desde el día 1 de junio la citada suspensión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Procede ahora determinar si el recurso presentado se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

En el presente supuesto, el recurso se interpone en el procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios, cuyo valor estimado supera los 100.000 euros y ha sido convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública.

Procede analizar ahora si el acto impugnado, el acuerdo de la mesa de contratación de 22 de agosto de 2019 sobre propuesta de adjudicación, es susceptible de recurso especial conforme a lo previsto en el artículo 44.2 de la LCSP.

Al respecto, el apartado b) del citado artículo 44.2 de la LCSP dispone que podrán ser objeto del recurso *«Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o*



indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.».

Así pues, los actos de trámite dictados durante la tramitación del procedimiento de adjudicación solo podrán ser impugnados de manera autónoma e independiente cuando concurren los requisitos previstos en el citado artículo 44.2 b) de la LCSP, por lo que se ha de determinar si la propuesta de adjudicación acordada por la mesa de contratación, puesta en relación con la pretensión que se ejercita, es susceptible de recurso especial conforme al precepto señalado o hay que esperar a la adjudicación del contrato para impugnar este acto.

En este sentido, aun cuando el recurso formalmente se dirige contra el acuerdo de la mesa de contratación sobre la propuesta de adjudicación, sustantivamente está impugnando, en la medida en que alega que la oferta está incurso en presunción de anormalidad, la admisión de la oferta presentada por GRUPO CONTROL EMPRESA DE SEGURIDAD S.A. (en adelante GRUPO CONTROL), acto que tácita o implícitamente se desprende del contenido del citado acuerdo de la mesa de contratación.

En efecto, la admisión de la proposición de GRUPO CONTROL, aun cuando no constituye un acto expreso dictado en el procedimiento de adjudicación, supone un acto tácito o implícito derivado del acuerdo expreso adoptado por la mesa de contratación, toda vez que la declaración de voluntad de dicho órgano en cuanto a la decisión de admitir aquella oferta sin tramitar el procedimiento previsto para las ofertas incursas en presunción de anormalidad se manifiesta de modo inequívoco a través del contenido del acuerdo formalmente impugnado en el que se afirma que la citada licitadora ha sido incluida en la propuesta de adjudicación. En este sentido, se ha manifestado este Tribunal, entre otras, en sus Resoluciones 280/2018, de 10 de octubre y 298/2018, de 23 de octubre.

Así las cosas, ha de puntualizarse que la procedencia del recurso especial contra el acto de admisión que se viene examinando, habrá de analizarse necesariamente a la luz de la concurrencia de los restantes



requisitos de accesibilidad al recurso y especialmente de la legitimación, lo que exigirá un análisis caso a caso, pues una ausencia clara de legitimación tendría que abocar a la inadmisión del recurso. En el mismo sentido expuesto, se vienen pronunciando otros Tribunales de Recursos Contractuales como el de la Comunidad de Madrid en sus Resoluciones 131/2018, de 25 de abril y 157/2018, de 22 de mayo, así como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta), que en su Sentencia, de 5 de abril de 2017, asunto C-391/15 (Marina del Mediterráneo SL y otros contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía), dictada en la petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, señala que *«(...) incumbe al Tribunal remitente determinar si concurren las restantes condiciones relativas a la accesibilidad de los procedimientos de recurso previstas en la Directiva 89/665. A este respecto, procede observar que, según lo dispuesto en el artículo 1, apartados 1, párrafo tercero, y 3, de dicha Directiva, para poder considerar que los recursos interpuestos contra las decisiones adoptadas por un poder adjudicador son eficaces, deben ser accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una supuesta infracción del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos o de las normas de transposición de dicho Derecho (...)»*.

En el supuesto aquí enjuiciado, conforme a lo expuesto, el interés legítimo que ostenta la recurrente resulta de la impugnación de la oferta de la otra empresa que ha concurrido al procedimiento de licitación ya que la eventual estimación del recurso determinaría de forma directa -ex artículo 48 de la LCSP-, que la misma pudiera acceder a la adjudicación si finalmente la proposición de la actual propuesta como adjudicataria resultase excluida si no pudiera justificar la viabilidad de su oferta.

A la vista de lo expuesto, en el caso ahora examinado procede concluir que la propuesta de adjudicación, al contener en esta fase del procedimiento, un acto tácito o implícito de admisión de la oferta de la entidad propuesta como adjudicataria, en tanto acto de trámite cualificado es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartado 2.b) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso 278/2019, el artículo 50.1 d) de la LCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*



c) Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.

El acuerdo impugnado de 22 de agosto fue publicado el mismo día en el perfil de contratante, por lo que el recurso presentado el 28 de agosto de 2019 en el registro electrónico de la Administración General del Estado y que se recibió el 2 de septiembre en el Registro de este Tribunal se presentó dentro de plazo.

QUINTO. Entrando en los motivos del recurso la entidad recurrente, que ha quedado clasificada en segundo lugar, considera en primer lugar que la oferta de GRUPO CONTROL es contraria al principio de libre competencia, al estar muy por debajo de los márgenes de costo y beneficio marcados por el PCAP. Y en segundo lugar, sostiene que nos encontramos ante una oferta que estaba incurso en presunción de anormalidad, no habiéndose tramitado el procedimiento previsto en los pliegos. En el suplico se limita a pedir que la oferta sea considerada anormalmente baja y que se excluya de la licitación.

El órgano de contratación en su informe al recurso se opone al mismo en los términos que figuran en el expediente.

Ha presentado alegaciones GRUPO CONTROL, oponiéndose al recurso, y cuyas consideraciones constan en el expediente.

SEXTO. Pasando al análisis del recurso, abordaremos en primer lugar la pretensión relativa a que la oferta está incurso en presunción de anormalidad, que es la que figura en el suplico del recurso.

Sostiene la entidad recurrente que según el acta, el criterio establecido en el Anexo XII del pliego de cláusulas administrativas particulares para apreciar si una oferta estaba incurso en la citada presunción es que la proposición sea inferior en 10 puntos porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas (102.315,83 €). Considera que si se tuviera en cuenta lo que señala el acta y se definiera “punto porcentual” como la “unidad para la diferencia aritmética de dos porcentajes” podría aceptarse que la oferta no está incurso en presunción de anormalidad. Sin embargo, el pliego indica que se considerará incurso en baja desproporcionada toda aquella oferta económica que sea inferior en más de 10 unidades



porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas, debiéndose aplicar la fórmula “media aritmética x 0.90”. Así, según sus cálculos, la operación sería:

$$[\text{media aritmética} \times 0,90] = 102.315,83 \text{ €} \times 0,90 = 92.084,24 \text{ €}$$

En consecuencia, la oferta de GRUPO CONTROL de 86.640,00 € estaría en presunción de anormalidad.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso explica como ha aplicado el pliego para calcular el umbral:

*“La media aritmética de las ofertas presentadas resulta de la media de la oferta de RMD y Grupo Control:
(122.534,12+104.834,40)/2 = 113.684,26.*

El 10 % de la media aritmética: 11.368,43

Umbral para considerar la oferta como anormal: 113.684,26-11.368,43=102.315,83”.

Alega igualmente que la mesa se ha limitado a aplicar el pliego, que no fue recurrido en su día por la entidad recurrente.

Pasando al análisis del motivo de impugnación, el PCAP en su Anexo XII establece:

“ANEXO XII

PARÁMETROS OBJETIVOS PARA CONSIDERAR UNA OFERTA ANORMALMENTE BAJA

Los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que las proposiciones no pueden ser cumplidas como consecuencia de la inclusión de valores anormalmente bajos serán los siguientes:

- Se considerará incurso en baja desproporcionada toda aquella oferta económica que sea inferior en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas.*

(...)

En estos supuestos se estará a lo previsto en la LCSP y en el RGLCAP”.



Pues bien, a los efectos de calcular el porcentaje resulta indiferente que se emplee la expresión “unidades porcentuales”, como establece el Anexo XII del PCAP, que “puntos porcentuales” como se recoge en el acta de la mesa, sin que de la diferente expresión quepa extraer, como pretende la entidad recurrente, consecuencia alguna. En este sentido debe señalarse que en el cálculo que se hace en el recurso se aplica una doble multiplicación por 0,90, lo que implicaría una doble disminución aplicable a la media aritmética de ambas ofertas. La mesa se ha limitado a aplicar la fórmula prevista en el Anexo XII del PCAP, por lo que su actuación ha sido la debida.

En consecuencia, procede desestimar este motivo del recurso.

SÉPTIMO. En el segundo motivo del recurso se denuncia que la oferta de GRUPO CONTROL incumple el principio de libre competencia, al ser anticompetitiva de conformidad con el artículo 1 de la Ley 15/2017, de 13 de julio, de Defensa de la Competencia, porque está muy por debajo de los márgenes de costos y beneficios establecidos en el PCAP. En este sentido se alega que, según el Anexo I del PCAP, en el importe desglosado del presupuesto se indica que:

A) Se han considerado los importes medios recogidos en el convenio colectivo estatal de empresas de seguridad 2017-2020, incrementados en un 5% para absorber eventuales subidas o ausencias. Total: 76.502,16 €.

B). Otros costes de ejecución material. Total: 14.435,23 €

C) Gastos generales. Total: 9.093,74 €

D) Gastos beneficio industrial. Total: 5.456,24€

Señala la entidad recurrente que el propio órgano de contratación desglosa el precio del contrato ofreciendo un costo total (A+B) de 90.934,16 €, y un margen de beneficio de un 6% sobre la oferta (5.456,24€). En consecuencia, considera que todas las ofertas que estén por debajo de la cantidad de 90.934,16 € no reportarán ningún margen de beneficio, sino que será negativo o de pérdidas. Por ello la oferta de GRUPO CONTROL, de 86.640,00€ está muy por debajo de los propios costes del contrato.

El órgano de contratación en su informe afirma que el recurrente no lleva razón ya que en el presupuesto base de licitación se ha tenido en cuenta un pequeño incremento de los costes laborales para así evitar que



el contrato quedara desierto. Por lo tanto, el importe de 86.640 € nunca estaría por debajo de los costes del propio contrato.

Pues bien, debe tenerse en cuenta que esta pretensión no tiene reflejo en el suplico del recurso, que se limita a la primera de las pretensiones que hemos analizado, a saber, considerar que la oferta de GRUPO CONTROL debe ser considerada anormalmente baja.

De esta manera, habiendo sido desestimada la primera pretensión, no procedería entrar en su análisis.

No obstante, a mayor abundamiento, aún en el supuesto de que hubiera de ser abordada, solo podría serlo con carácter instrumental de la pretensión del suplico, es decir, incidiendo en la consideración de la oferta como incurso en presunción de anormalidad. Ahora bien, ya hemos señalado en el anterior fundamento de derecho que la oferta no se encuentra en dicha situación, y partiendo de este dato no procede entrar a valorar, al amparo de este nuevo motivo, la viabilidad de la oferta. Como es reiterada doctrina de este Tribunal la justificación de la oferta y su eventual rechazo solo debe efectuarse en el caso de que se identifique como anormal en aplicación de los parámetros objetivos establecidos en el PCAP.

Así lo hemos sostenido en nuestra Resolución 339/2019, de 18 de octubre, con cita de otras anteriores:

“Al respecto, ya se ha pronunciado este Tribunal en su Resolución 241/2018, de 16 de agosto al disponer que “(...) no es posible determinar la inviabilidad de una oferta o si está inicialmente incurso en baja anormal o desproporcionada, si no se acredita que incumple con los parámetros objetivos para su apreciación previstos en los pliegos o en la documentación que rige el procedimiento de licitación, como acontece en el recurso examinado.”

En este sentido, este Tribunal en su Resolución 139/2019, de 3 de mayo, dispone que *“(...) no debe olvidarse que, en el actual marco legal, el eventual rechazo de una oferta económica durante la licitación debe responder a alguna de las causas previstas en el artículo 84 del RGLCAP, (...) o ser consecuencia de una falta de viabilidad tras su previa identificación como anormal en aplicación de los parámetros objetivos establecidos en el PCAP (véase el artículo 149 de la LCSP). En este último sentido, cabe citar también la Resolución 241/2018, de 16 de agosto, de este Tribunal.*



Asimismo, como señala la Resolución 373/2018, de 13 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), «la justificación de la oferta y su eventual rechazo solo debe efectuarse en el caso de que se identifique como anormal en aplicación de los parámetros objetivos establecidos en el PCAP. Por tanto, la primera cuestión a dilucidar es si la oferta adjudicataria resultaba presuntamente anormal de acuerdo con esos parámetros. Solo en caso afirmativo resultarían relevantes las restantes cuestiones planteadas en el recurso: si la oferta de CLECE está por debajo del convenio colectivo sectorial y si la norma de aplicación sobre el acto de adjudicación impugnado debe ser la LCSP».

Y en parecidos términos se pronuncia la reciente Resolución del mismo Tribunal 353/2019, de 15 de marzo, al abordar si la organización del personal propuesto por la adjudicataria se ajustaba a la realidad y esta podía cumplir con la obligación de mantenimiento de condiciones laborales durante la vigencia del contrato, extremos negados por la entidad recurrente. La citada resolución señala que «En el presente caso, el órgano de contratación ha efectuado la propuesta de adjudicación a favor de AKA ESTUDIO CREATIVO S.L., por ser la oferta económica con la mejor relación calidad-precio (de acuerdo con la puntuación obtenida), y no estar incurso en baja anormal o desproporcionada, de acuerdo con el criterio fijado en el PCAP.

(...) los datos ofrecidos por la recurrente no son suficientes per se para deducir que la empresa adjudicataria incumple la normativa laboral y de Seguridad Social, sin perjuicio, claro está, de las medidas que pueda adoptar el órgano de contratación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 201 LCSP, para garantizar el respeto de tal normativa por parte del adjudicatario »”

En el presente caso, tal como hemos concluido en el anterior fundamento de derecho, la oferta de GRUPO CONTROL no está incurso en presunción de anormalidad. En consecuencia no procede excluir su oferta por el motivo que estamos analizando .

A todo ello habría que añadir que es consustancial a los procedimientos de concurrencia competitiva, como es el procedimiento de licitación, que se presenten ofertas por debajo del presupuesto de licitación, sin que dicha circunstancia sea constitutiva de práctica anticompetitiva en los términos del artículo 1 d) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, como denuncia la entidad recurrente, precepto que, por otro lado, se refiere a acuerdos entre empresas.

En consecuencia, procede desestimar este motivo del recurso.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal



ACUERDA

PRIMERO. Desestimar recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **GRUPO RMD SEGURIDAD S.L.** contra el acuerdo de la mesa de contratación de 22 de agosto de 2019, sobre propuesta de adjudicación dictado en el procedimiento de licitación del contrato “Servicio de vigilancia y seguridad, medios técnicos conexión a CRA y servicio de respuesta ante situaciones de alarma, de la sede del Juzgado de Primera Instrucción n.º 5 de Ayamonte (Huelva)” (Expte. CONTR 2019/188833), convocado por la Delegación Territorial de Turismo, Regeneración, Justicia y Administración Local en Huelva.

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

TERCERO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su 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.

