Recursos 499/2021
Resolución 22/2022

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

Sevilla, 14 de enero de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SALINERO Y BAUTISTA, S.L.** contra la exclusión de su oferta inicialmente incursa en baja anormal o desproporcionada en el procedimiento de licitación del contrato denominado "Servicio de dirección técnico jurídica y defensa de los derechos e intereses del Ayuntamiento de Alcalá de Guadaíra ante la jurisdicción contencioso administrativa", con número de expediente 2854/2021, ref. C-2021/003, promovido por el Ayuntamiento de Alcalá de Guadaíra, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 30 de abril de 2021, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 154.000 euros.

A la presente licitación le es de aplicación 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), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Durante la tramitación del procedimiento de contratación la mesa acordó el 8 de octubre de 2021 la exclusión de la licitación a la entidad SALINERO Y BAUTISTA S.L.P. y a otra entidad por inviabilidad económica de sus ofertas, así como proponer la adjudicación del contrato.

SEGUNDO. El 4 de noviembre de 2021 tuvo entrada en el registro del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad recurrente. El citado fue remitido a este Tribunal con fecha 15 de noviembre de 2021.

Por la Secretaría de este Tribunal se solicitó al órgano de contratación, el informe al recurso así como determinada documentación necesaria para su tramitación y resolución. El expediente junto a alguna de la documentación necesaria para su tramitación y resolución, fue remitido por el órgano de contratación.

La Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndose recibido las presentadas por C.J.G.V.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal es competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y 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.

Conforme a la documentación remitida a este Tribunal, el acto impugnado se adoptó en el procedimiento de adjudicación de una entidad local andaluza. En este sentido, el Ayuntamiento de Alcalá de Guadaíra (Sevilla), aun cuando no ha puesto de manifiesto que no dispone de órgano propio especializado, por sí o a través de la Diputación Provincial, ha remitido a este Órgano la documentación preceptiva a efectos de la resolución del recurso especial en materia de contratación, por lo que de conformidad con el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, resulta competente para su conocimiento el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación activa de la recurrente.

En este sentido, el primer párrafo del artículo 48 de la LCSP establece que *«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.»*.

En el supuesto examinado, la recurrente, excluida del procedimiento, ostenta la misma, pues la exclusión como trámite cualificado le provoca un perjuicio que pretenden remediar con la interposición de los recursos y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

TERCERO. Objeto del recurso.

El recurso se interpone contra el acuerdo de exclusión, y propuesta de adjudicación de 8 de octubre de 2021 de un procedimiento de contratación de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición de los recursos.

El recurso presentado el 4 de noviembre de 2021 se interpuso dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP., dado que el acta de la sesión de 8 de octubre no fue publicada hasta el 14 de octubre en la plataforma de contratación, fecha en la que la entidad ahora recurrente tuvo conocimiento del contenido y alcance de su exclusión.

QUINTO. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente

Sobre los errores en el informe técnico de valoración de justificaciones de bajas en presunción de anormalidad y propuesta de adjudicación, fundamenta el precio ofertado con la existencia de liberalización de honorarios, en contra de lo dispuesto por el informe de viabilidad de la oferta.

Alega además que respecto a la no aportación de medios materiales y la no necesidad de subcontratación, pese a lo dispuesto por el Ayuntamiento de Alcalá de Guadaira, dichas características son esenciales a la hora de determinar si existe o no anormalidad en la oferta presentada.. Entiende que no se le ha estimado que por parte de la entidad recurrente no le era preciso ni aportar medios materiales ni subcontratar personal alguno, debido a la amplia capacidad del despacho de solventar picos de trabajo o situaciones de emergencia con el personal del que ya dispone y con aquel que, además del responsable del contrato, propone adscribir. Motiva que no se ha tenido en cuenta su amplia experiencia y conocimiento sobre la materia, junto al apoyo del equipo que le respalda, encontrándose dos de sus miembros adscritos a la presente oferta, lo que le permitía solventar las complicaciones y retos propios de esta profesión de manera rápida y efectiva, lo que ayuda a economizar su trabajo y tiempo.

Asimismo, muestra su disconformidad con lo dispuesto en el informe sobre la experiencia que se le ha valorado. Estima que la experiencia que ostenta con el Ayuntamiento de Espartinas demuestra la capacidad de prestar estos servicios y, a su vez, la satisfacción del cliente en cuestión. Asimismo señala que fue adjudicataria en 2018, del contrato de Servicio de Defensa Jurídica Externa para la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía (NET373496) al cual ofertó un descuento del 71.01% respecto del baremo, habiéndose ejecutado dicho contrato hasta la fecha a plena satisfacción de la Agencia.

Llama asimismo la atención que se ha excluido a las dos licitadoras que han realizado mayor descuento en la oferta económica, dejando como adjudicataria a aquella que licita a título individual y que, tan seguro y confiado participa en la licitación que no realiza descuento alguno al presupuesto del contrato, como si conociera de antemano su futura adjudicación.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Por un lado, de forma previa, hace especial hincapié de la obligación esencial del adjudicatario según los pliegos del señalamiento de un letrado responsable o colegiado principal, a quien se le atribuyen unas obligaciones de tipo personalísimas en el pliego de prescripciones técnicas particulares (PPT), que regulan la ejecución del contrato. En especial realiza una reproducción literal del apartado II, relativo a las obligaciones y derechos específicos del contratista. En este sentido, en el apartado II.1 sobre "*Lugar, tiempo y forma de ejecución del contrato. Responsable municipal del contrato", se señala que el contratista deberá haber designado en su oferta el nombre del colegiado principal con el que invariablemente se entenderán las actuaciones por parte del Ayuntamiento. En especial, las reuniones periódicas y no periódicas se celebrarán con dicho colegiado, y que será el mismo quien deberá asumir personalmente con carácter general las actuaciones ante los órganos jurisdiccionales, en especial la asistencia a las vistas que eventualmente puedan celebrarse*". Asimismo, señala que *"la citada obligación tiene carácter de esencial a los efectos previstos en el art. 211.1 f) LCSP."*

Alega igualmente que esa misma cláusula del PPT establece el número de reuniones presenciales, cuando se determina que el letrado responsable debe "el mismo personarse en la sede" del Ayuntamiento, *"con periodicidad al menos quincenal, además de cuando sea requerido al efecto, al objeto de obtener la información y documentación que precise para el desempeño de sus servicios."*

Señala que la figura del letrado responsable tiene su especial importancia, y se refleja, consecuentemente, en el propio procedimiento de adjudicación, tal es así, que los criterios de adjudicación establecidos en el Anexo II del PCAP vienen referidos en buena medida a dicho letrado responsable o colegiado principal, y no a los demás miembros de su eventual equipo.

Así apela a la discrecionalidad que tiene como órgano de contratación para diseñar la prestación, ya que es quien mejor conoce sus necesidades, lo que determina la conveniencia de que el servicio se realice de un modo u otro.

Alega que los pliegos no han sido impugnados, siendo firmes. Ello supone como consecuencia que, en el contenido de la oferta económica presentada por los licitadores, no podrá justificarse una oferta que se considere anormalmente baja, cuando se exige del letrado responsable del contrato una dedicación muy especial, con criterios tradicionales como el apoyo de los letrados ayudantes.

Señala el órgano de contratación que de una simple lectura del recurso se desprende que la recurrente da mayor argumentación ahora para justificar la baja que cuando se le requirió para que conforme al artículo 149 de la LCSP la realizase. Señala que no realizó argumentación que justificase la baja contenida en su oferta, o de las razones o motivaciones que contenía el informe de valoración.

Respecto de lo que considera en relación a que el órgano de contratación ha aplicado automáticamente lo manifestado por el informe técnico, sin adoptar una “decisión propia”, entiende muy desafortunada esta alegación, ya que, por un lado, confunde la entidad recurrente a la mesa de contratación con el órgano de contratación, (Junta de Gobierno Local). Por otro lado, el informe técnico es acertado, por los motivos en el mismo expuestos, de tal modo que no se considera justificada la baja presuntamente desproporcionada presentada.

Respecto de la designación por la licitadora del responsable del contrato, manifiesta que es conocedor de que se ha designado, y que en los pliegos aprobados se denomina letrado responsable, ya que si no lo hubiera hecho no se habría tenido en cuenta su oferta.

Lo que no es ajustado a los pliegos, según señala, es que se hace referencia a que se han designado otros dos letrados, para dar apoyo al letrado responsable, estimando que ello es clarificador del olvido que se hace en la justificación de su baja anormal. Olvida que el informe de valoración de la justificación de la baja ya señala que es parte esencial de la prestación de estos servicios de dirección técnico jurídica y defensa de los derechos e intereses del Ayuntamiento de Alcalá de Guadaíra que, ante la jurisdicción contencioso administrativa, la ejecución de la prestación del servicio haya de asumirla el letrado responsable propuesto, y por lo tanto, también es el elemento decisivo para determinar el presupuesto de licitación, y así queda acreditado en la memoria que fue el origen de este contrato.

Es decir, señala que la justificación de la baja ofertada, y presuntamente anormal, debía hacer referencia, de alguna manera, a la prestación del servicio por este letrado responsable, cómo va a desarrollarla para que se genere un ahorro que haga viable económicamente esta prestación, y por tanto, cualquier referencia a otros aspectos, como los medios materiales de que se dispone.

Señala que la existencia de otros letrados colaboradores, no puede sino ser accesoria, y en ningún caso, si no viene acompañada de alguna referencia, parámetro o medida, que module la actuación de este letrado responsable, no se puede considerar justificada una baja superior al 30% sobre el presupuesto base de licitación.

Estima que la baja desproporcionada que ha realizado la entidad recurrente no ha hecho mención de ningún tipo al letrado principal, y ello le impide justificar mínimamente la viabilidad económica de su oferta, ya que no hace referencia a este contenido esencial de su prestación, y sobre el que debería girar la justificación económica del licitador cuya baja consideramos anormal, por lo que para nada se ha provisto al órgano de contratación de "argumentos que le permitan explicar su viabilidad".

Concluye al respecto que se admite que la recurrente en su oferta ha designado un letrado principal y dos letrados ayudantes, no se ha negado nunca. Lo que se rechaza es que los letrados ayudantes puedan suplir la especial dedicación que el diseño del pliego va a exigir al letrado principal conforme a lo indicado.

Por otro lado, respecto a lo que considera graves errores en el informe técnico de valoración de las justificaciones de bajas en presunción de anormalidad, y propuesta de adjudicación su postura se puede resumir en que en cuanto a la libertad de honorarios, no significa que el licitador no tenga que hacer un análisis detallado de la concreta prestación de servicios a la que va a quedar obligado, *"y, en relación a su contenido y cuantía, realizar una oferta, que en todo caso debe ser viable económicamente, ya que si no lo es, y exclusivamente se realiza una baja para intentar ser el adjudicatario del contrato, la ley prevé su exclusión dado la deficiente prestación que sin duda recibiría la Administración contratante".*

En cuanto a que considera que su oferta incurre en presunción de anormalidad por la distorsión creada por uno de los licitadores que no realizó baja en su oferta económica, manifiesta que precisamente el no incurrir en anormalidad, debe considerarse normal.

Parece apuntar a la doctrina de los actos propios cuando señala que la recurrente, si bien es libre para presentar la oferta que estime oportuna, proceda a cuestionar la que presenta otro licitador.

A más señala que "*el art. 85 RLCAP establece que una baja de más del 25 % cuando se trata de 3 licitadores ya es presuntamente desproporcionada, de manera que la oferta de C. G. V. (adjudicatario) no es la que ha hecho desproporcionada a la del recurrente*"…

La recurrente respecto a la experiencia que considera acreditada con los certificados expedidos por el Ayuntamiento de Espartinas, y el contrato que le fue adjudicado por la Agencia de Medio Ambiente y Agua se remite al informe de valoración de las justificaciones aportadas, manifestando que "*existen claras diferencias, entre los servicios alegados y los que se pretenden contratar, sin que el licitador haya realizado esfuerzo alguno en homologarlos, en acreditar su similitud, más allá de la aportación de dos escuetos documentos, y ello lo demuestra la propia entidad del Ayuntamiento de Espartinas, frente a la del de Alcalá de Guadaíra, el simple hecho de que las poblaciones de sus respectivos municipios no son comparables, y, en el caso de la Agencia de Medio Ambiente, ni siquiera tratarse de una Administración Local, sin olvidar que en el caso del presente contrato*".

Señala que no ha quedado acreditado cual es el contenido de la prestación en el caso de los contratos con las entidades mencionadas. En cualquier caso entiende que se obvia la obligación esencial de la prestación que se pretende contratar, que no es otra que la asunción personal por el letrado responsable de la mayor parte de los servicios a prestar, de tal modo que los contratos que se aportan como referencia, si no se hace mención alguna a si contienen, o no, esta obligación, los descartan como parámetro comparativo Apunta a su vez que los dos documentos a los que se refiere la recurrente, con un contenido tan escueto, y que únicamente acreditan haber realizado algunos servicios a esas dos Administraciones, para nada se pueden equiparar a los servicios que pretende contratar el Ayuntamiento.

Asimismo, achaca a la justificación requerida de su oferta que no se ha realizado ni un solo cálculo que, conforme a la baja ofertada, recibiría por cada pleito en este Ayuntamiento, pues la asistencia personal a vistas y reuniones le exigiría una dedicación que seguramente no se vería recompensada por dicho precio.

Concluye finalmente señalando que "*la dedicación personal, presencialidad, relación y protagonismo que se exige a este letrado responsable, hace que no sean tan determinantes para justificar la viabilidad de la oferta, ni la existencia de otros letrados que coadyuven en los servicios a prestar, que son importantes, pero no tan decisivos como para justificar la viabilidad económica de la oferta, como si lo pueden ser en otros contratos de este tipo, y que esta diferencia esencial, esta obligación que se exige el contratista, hace que tampoco la prestación de este tipo de servicios a otras Administraciones, pero que no contienen esta obligación, sean por ello determinantes"*. De hecho, manifiesta que "*cuando se determina el presupuesto de este contrato, por tanto, se ha tenido en cuenta esta peculiaridad esencial de los servicios a prestar, y que no parten de que, para la mismos, sea determinante ni la subcontratación, ni otros letrados colaboradores, sin perjuicio de que coadyuven a la misma, pero de una manera mucho menos preponderante, y por lo tanto, en ningún caso, pueden explicar cómo se pretende ejecutar el contrato por la cuantía ofertada".*

3. Alegaciones de las demás partes.

La entidad adjudicataria alega falta de legitimación activa de la recurrente, estimando que aún si se le estimaren los puntos otorgados no resultaría ser adjudicataria. Estima que lo sería la otra entidad que ha sido excluida y que por ello debe inadmitirse el recurso.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

En primer lugar, y con carácter previo, respecto de la falta de legitimación denunciada de la recurrente alegada por la entidad adjudicataria en el trámite de alegaciones, debe rechazarse, pues plantea el hipotético caso en que la otra entidad excluida, cuya exclusión no ha sido recurrida, obtuviera como la entidad recurrente los puntos correspondientes si su oferta no se considerase que incurre en valores anormales. La exclusión de esta tercera entidad, que incurría su oferta en valores anormales (no habiendo sido recurrida su exclusión) en este momento ya es definitiva, de tal modo que la pretensión de la entidad recurrente ha de valorarse con respecto a la otra entidad admitida, la adjudicataria, respecto de la cual sí podría considerarse la legitimación pues con relación a ella sí podría resultar adjudicataria de prosperar el recurso.

Respecto al fondo del recurso planteado, cumple partir de la consideración de que ni la justificación realizada, ni la argumentación ahora realizada en vía de recurso se atiene al contenido del art.149 de la LCSP. Así, de acuerdo con el artículo señalado es obligación de la licitadora explicar de forma suficientemente satisfactoria ese bajo nivel de precios ofertado, porque de no hacerlo así el órgano de contratación rechazará su oferta.

Se trata de una vez incursa en valores anormales, según la aplicación del apartado III del Anexo III del PCAP, de determinar si la oferta era o no susceptible de normal cumplimiento, y consiste la justificación en destruir la presunción de baja anormal, siendo evidente que el criterio o parámetro fundamental es el precio o costes.

Así ya se ponía de relieve en el artículo 69 de la Directiva 2014/24, que expresa:

"Ofertas anormalmente bajas.

Los poderes adjudicadores exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando las ofertas parezcan anormalmente bajas para las obras, los suministros o los servicios de que se trate".

Aplicando la doctrina de referencia a este caso puede observarse que el órgano de contratación, una vez apreciada la presunción de baja desproporcionada, ha seguido los trámites legales previstos en el artículo 149 LCSP, dando trámite de audiencia a la empresa incursa en temeridad, y siendo sus alegaciones evaluadas por los técnicos con el fin de comprobar si justifica o no de forma suficientemente satisfactoria el bajo nivel de precios o de costes propuesto y que, por ello, si es susceptible de cumplimiento en sus propios términos.

Debía la recurrente explicar de forma suficientemente razonable la suficiencia de esa partida, pero no explica en qué medida afectaría la existencia de los ayudantes ni su experiencia a la consideración de la oferta como anormalmente baja aportando meras hipótesis. Existe además una total falta de concreción y especificación en la respuesta al requerimiento de justificación al no indicar al órgano de contratación cual es el contenido de las explicaciones suficientemente razonables del bajo nivel de precios, o de costes, ofertados, o como determina el artículo 149.4 de la LCSP cuando señala que el requerimiento se ha de hacer "…*para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta",* mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos. La falta de suficiente explicación de las razones de la recurrente no justifica de forma suficientemente razonable y motivada el bajo nivel de precios ofertado o de costes propuesto.

Debe recordarse que el artículo 149 de la LCSP expresa que "*se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador cuando esta sea incompleta o se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico".*

Los términos del requerimiento constan en el folio 3133, reproduciendo el tenor del art. 149 de la LCSP, que señala, entre otras determinaciones, que ante la desproporcionalidad de la oferta se requiere para que se aporte justificación "*sobre aquellas condiciones de la oferta que sean susceptibles de determinar el bajo nivel del precio o costes de la misma y, en particular, en lo que se refiere a los siguientes valores:*

a) El ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción.
b) Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras, c) La innovación y originalidad de las soluciones propuestas, para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.
d) El respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral, y de subcontratación, no siendo justificables precios por debajo de mercado o que incumplan lo establecido en el artículo 201.
e) O la posible obtención de una ayuda de Estado."

Asimismo, se le advertía de que "*de no atender en plazo el presente requerimiento, o resultar insuficiente la justificación aportada, la oferta quedará excluida".*

La respuesta dada al requerimiento consta en los folios 3142 y ss, siendo más escueta la justificación entonces dada que la que ahora se da en el recurso. La misma señalaba que existe una absoluta liberalización de los honorarios, por un lado. En segundo lugar, que no está prevista (por no ser necesario para la prestación del

servicio objeto de la presente licitación) la aportación de medios materiales u otros elementos, por lo que no es necesario efectuar compras que condicionen y aumenten los costes, determinando así gran parte del precio. Señala sorprendentemente que *"no se incurre en costes de personal".* Y por último con extrema vaguedad en los términos viene a sostener que *"para la concreción de la oferta se ha tomado como referencia la experiencia expuesta, donde en similares condiciones se ha prestado el servicio a plena satisfacción. Ello permite a NERTIS conocer la tipología y normativa exigida por los asuntos litigiosos que se presentan, lo cual supone un decisivo ahorro de tiempo*", sin hacer mención a las posibles controversias de un modo concreto, y sin analizar la complejidad media de los asuntos jurídicos tratados, es decir, no existe justificación precisa.

A la vista de dichas alegaciones formuladas por la entidad recurrente parece que algunos de los elementos del contrato serían aportados casi sin costes, si bien no los cuantifica de ningún modo. Cumple señalar que no es posible considerar a coste cero o sin coste la aportación de la asistencia a las vistas por ejemplo, o el tiempo que debe prestar el letrado principal, pues los mismos suponen en todo caso un gasto para la contratista por lo que para ello tiene que dedicar sus propias horas (en detrimento de otros trabajos), o bien personal propio de un servicio para adscribirlo total o parcialmente o otro diferente, o contratar personal ex profeso para ello, o desembolsar determinada cantidad originada a través de una relación mercantil, por lo que deben preverse o estimarse unos costes que han de imputarse al contrato, circunstancia que no concurre en la justificación de la oferta de la persona ahora recurrente en los términos expuestos.

En definitiva, no es posible admitir el argumento de que la aportación de esos medios estuviera carente de costes de tal suerte que dicha actividad bien se realice con el letrado principal o bien con personal de plantilla o de nueva incorporación, ya sea de forma parcial o en exclusividad, toda actuación a realizar en la ejecución de un contrato tiene un coste, bien directo por la dedicación a esta actividad de determinado personal, bien indirecto por pérdida de oportunidad al dedicarse dicho personal a esta actividad en lugar de otra. De igual forma, de realizarse dicha actuación a través de una relación mercantil, la misma necesariamente supone un coste que es preciso prever o estimar.

En este mismo sentido se han manifestado, este Tribunal, entre otras, en sus Resoluciones 159/2020, 160/2020, 161/2020, de 1 de junio y 320/2021, de 10 de septiembre, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, entre otras, en sus Resoluciones 25/2018, de 17 de enero y 403/2018, 19 de diciembre, así como el Tribunal Administrativo del Cabildo de Gran Canaria sobre Contratos Públicos en su Acuerdo 8/2018, de 15 de mayo.

Asimismo, en sentido similar, se pronuncia la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su Sentencia 101/2017, de 8 de marzo de 2017, recurso 87/2016, interpuesto contra la Resolución 220/2015, de 23 de diciembre, del citado Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid. En este sentido, dispone la sentencia en el párrafo segundo de su fundamento cuarto, lo siguiente: «*Pues bien, es lo cierto que aunque se aceptara que la razón de no incluir las actuaciones complementarias en el Estudio Económico fuera que eran ofertadas de forma gratuita, sin coste para la Administración, ello no significa que no tuvieran un coste para la recurrente y para el servicio, siendo un coste que ha de soportar la oferta al implicar mayores prestaciones de las definidas en el objeto del contrato.».*

Por último, es preciso indicar que este Tribunal, así como el resto de los órganos administrativos de revisión de decisiones en materia contractual, vienen aceptando que determinadas actuaciones a realizar en la ejecución del contrato pueden ser ofertadas a coste cero, sin gasto para la Administración, entre otras, aquellas que puedan implicar mayores prestaciones de las definidas en el objeto del contrato, las más accesorias dentro de las

prestaciones exigidas, determinados costes y algún precio unitario, siempre y cuando su coste se contenga subsumido dentro de la oferta global o de los gastos generales o del beneficio industrial, circunstancias que no concurren en el supuesto examinado, dado que ni siquiera indiciariamente queda esto explicado (v.g. Resoluciones, entre otras, 131/2017, de 27 de junio, de este Tribunal, 1187/2018, de 28 de diciembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, 349/2018, de 8 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y 98/2015, de 15 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León).

El art. 149.6 párr. 2º de la LCSP establece: *"si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuatro, estimase que la información recabada no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador y que, por lo tanto, la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la mejor oferta, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo 150. En general se rechazarán las ofertas incursas en presunción de anormalidad si están basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde una perspectiva técnica, económica o jurídica".*

Al respecto cumple señalar que en relación a la presunción de incurrir en anormalidad derivaba del apartado III del Anexo III del Pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) que establecía:

III. Bajas anormales o desproporcionadas. Respecto de la oferta económica, serán de aplicación los criterios establecidos en los arts. 85 y 86 RLCAP para determinar que una oferta es anormalmente baja o desproporcional.[1]"

El citado artículo 85 establece que se "*considerarán, en principio, desproporcionadas o temerarias las ofertas que se encuentren en los siguientes supuestos: (…).*

"Cuando concurran 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".

Siendo firme el PCAP, y siendo requerido por el órgano de contratación a efectos de justificar la baja con expresa referencia a los términos del art. 149 LCSP, estimamos más que convincente la motivación de la inadmisión de la oferta, dada la falta de concreción de la justificación. Cumple recordar que debemos partir de una constatación fundamental, cual es la discrecionalidad técnica con que cuenta la mesa de contratación (y, en última instancia, el órgano de contratación) a la hora de valorar la suficiencia de la justificación aportada por las empresas cuyas ofertas se encuentran incursas en "*valores anormales o desproporcionados*". En efecto, la valoración acerca de la posibilidad de cumplimiento del contrato por parte de la entidad que se encuentra en "baja temeraria", con base en la justificación presentada por la empresa y en los informes técnicos recabados al efecto, constituye una manifestación particular de la denominada "*discrecionalidad técnica*" de la Administración, debiendo aplicarse la doctrina jurisprudencial elaborada, con carácter general, en relación con la posibilidad de revisión jurisdiccional de los actos administrativos dictados en ejercicio de las potestades discrecionales y, en particular, en relación con

1 En ausencia de determinación en el pliego de dichos parámetros, no procede aplicar supletoriamente los que señala el art. 85 RGLCAP, así lo expresa la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 58/08, de 31 de marzo de 2009; Resolución 274/2011, de 26 de noviembre del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales; y Acuerdos, 8/2012, y 15/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón. No obstante, en este caso existe una remisión expresa de los pliegos, que sin embargo no permite conforme al art. 149.2 b) identificar la anormalidad con parámetros objetivos considerados en el conjunto de la oferta.

la actuación de la mesa de contratación en un expediente concreto al formar su criterio acerca de la viabilidad de una proposición que incluye valores desproporcionados o anormales, lo que necesariamente se encuentra vinculado a la formulación de un juicio de valor al respecto.[2]

En este sentido debe apuntarse que, sólo en aquéllos casos en que la valoración efectuada por la mesa de contratación deriva del error, la arbitrariedad o el defecto procedimental, cabría entrar en su revisión, sin que se trate, a la hora de apreciar la posible existencia de error en la valoración, de realizar un análisis profundo de las argumentaciones técnicas aducidas por las partes, sino más exactamente y tal como la jurisprudencia ha puesto de manifiesto, de valorar si en la aplicación del criterio de adjudicación se ha producido un error material o de hecho que resulte patente de tal forma que pueda ser apreciado sin necesidad de efectuar razonamientos complejos.

De tal modo se concluye que el recurso se ha de desestimar dada la imprecisión de la atención de la justificación de la oferta que incurría en valores anormales, así como la imprecisión de las alegaciones del recurso.

SÉPTIMO. Sobre la temeridad en la interposición del recurso.

Sobre el particular, el artículo 58.2 de la LCSP establece: «*En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma*», en este sentido señala la Sentencia de 5 de febrero de 2020 de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional:

<<Es criterio de esta Sala que «La finalidad de esta potestad sancionadora no es otra que la de evitar que ese derecho al recurso especial no se utilice de manera abusiva con el fin de dilatar el procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que la mera interposición del recurso contra el acto de adjudicación suspende la tramitación del expediente de contratación hasta su resolución» (sentencias, Sección Cuarta, de 14 de julio de 2013 (recurso 3595/12) y 14 de mayo de 2014 (recurso 278/13). En relación con el origen de esta norma, el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 2010 a la Ley indicaba que parecía oportuno articular «algún mecanismo que permita contrarrestar un eventual ejercicio abusivo del recurso especial»; en esta línea se apuntaba al establecimiento de un mecanismo de inadmisión en supuestos tasados legalmente o en la atribución de la «facultad de sancionar al recurrente en casos de temeridad y mala fe», pues «en la contratación pública también está presente el interés general, igualmente digno de tutela y que podría verse perjudicado ante la falta de previsión de alguna medida como las apuntadas» (sentencia, Sección Cuarta, de 4 de marzo de 2015 (recurso 26/2014). Interpretando esta potestad sancionadora se ha considerado ajustado a derecho la sanción cuando se reiteraban argumentos que ya habían sido desestimados, calificando la conducta de abusiva y con la única finalidad de suspender el procedimiento de adjudicación, con perjuicio cierto y efectivo para los adjudicatarios, para la entidad contratante y el propio interés público por llevar aparejada una suspensión automática (sentencia, Sección Tercera, de 6 de febrero de 2014 (recurso 456/12). Se trata de garantizar lo que podríamos denominar seriedad en el recurso, evitando abusivas e injustificadas maniobras dilatorias que, bajo el paraguas del legítimo derecho a la impugnación de la adjudicación de los concursos en el sector público, pongan de manifiesto la mala fe y o temeridad en su ejercicio (sentencia, Sección Cuarta, de 7 de octubre de 2015 (recurso 226/2014)>>.

En este supuesto, el Tribunal tras el análisis del contenido del presente recurso aprecia que el mismo adolece de una falta clara de viabilidad jurídica en los términos analizados, desde el momento en el que, partiendo de la

2 Resolución nº 393/2015, de 17 de noviembre.

especial cualificación de la entidad recurrente, la diligencia media exigible deja que desear en cuanto a los términos de la impugnación realizada donde se refleja un claro desconocimiento del artículo 149 de la LCSP.

Dada la capacitación que se le presupone esto supone un ejemplo de ejercicio abusivo del recurso especial en materia de contratación. A lo anterior se une que el recurso ha dado origen a un procedimiento en sede de este Tribunal que ha obligado legalmente a realizar ciertos trámites y actuaciones para su resolución incrementando de modo abusivo la carga adicional de asuntos que ya soporta este Órgano.
Pues bien, este Tribunal considera que deben ser sancionadas las actuaciones de aquellas recurrentes que usan esta vía de impugnación actuando con una manifiesta temeridad, si bien, no podemos presumir la mala fe en este caso, pues no puede serle atribuida una finalidad torticera en el recurso, a pesar de que, de antemano, la diligencia media de una licitadora razonablemente informada y normalmente diligente, le debió hacer conocedora de que su escrito sería desestimado, a la vista de la justificación de la oferta en los términos presentados.

Sobre lo anterior, la jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo número 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse «cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita», o cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, «*La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación».*

En cuanto al importe de la multa, el citado artículo 58.2 de la LCSP dispone que *«(…) será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos*».

Este Órgano carece de datos y elementos objetivos para cuantificar el perjuicio originado con la interposición del recurso al órgano de contratación en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP, pero por las circunstancias expuestas de temeridad agravada determinan que se aprecie que la multa a imponer deba ser superior en cuantía al mínimo legal.

Por ello, y sobre la base de los anteriores fundamentos de esta resolución, se impone multa en la cuantía máxima de 1.500 euros –cuantía encuadrable en un hipotético tramo inferior dentro de la horquilla legal expresada en el citado artículo 58.2 LCSP- dada la temeridad manifiesta.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SALINERO Y BAUTISTA, S.L.** contra la exclusión de su oferta inicialmente incursa en baja anormal o desproporcionada en el procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicio de dirección técnico-jurídica y defensa de los derechos e intereses del Ayuntamiento de Alcalá de Guadaíra ante la jurisdicción contencioso administrativa”, con número de expediente 2854/2021, ref. C-2021/003 promovido por el Ayuntamiento de Alcalá de Guadaíra.

SEGUNDO. Imponer a la recurrente una multa en cuantía máxima de 1.500 euros, en atención a la temeridad apreciada en la interposición del recurso de conformidad con lo estipulado en el artículo 58.2 de la LCSP.

TERCERO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada automáticamente con ocasión del recurso interpuesto por esta entidad contra la resolución de adjudicación.

NOTIFÍQUESE 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.