Recurso 550/2021
Resolución 159/2022

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

Sevilla, 4 de marzo de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FACTUDATA XXI, S.L.** contra el acuerdo, de 2 de noviembre de 2021, de la mesa de contratación por el que se excluye su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicio externalizado de atención telefónica» (Expte. 13/2019), convocado por el Patronato de Recaudación Provincial, ente adscrito a la Diputación de Málaga, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 27 de mayo de 2021 se publicó, en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PCSP) y el 28 de mayo de 2021 en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución con un valor estimado de o 1.963.421,90 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). Igualmente, se rige por 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 por 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 citada LCSP.

Mediante acuerdo, de 2 de noviembre de 2021, de la mesa de contratación se resuelve excluir la proposición de la entidad FACTUDATA XXI, S.L. del procedimiento de licitación del contrato citado en el encabezamiento, al no justificar la viabilidad de su oferta, inicialmente, incursa en baja anormal o desproporcionada.

SEGUNDO. El 7 de diciembre de 2021 tuvo entrada en el registro de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad FACTUDATA XXI, S.L. (en adelante la recurrente) contra el citado acuerdo de exclusión de su oferta.

Por la Secretaría del Tribunal se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el 29 de diciembre de 2022.

Mediante Resolución de este Tribunal de 10 de enero de 2022 se adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación, solicitada por la entidad recurrente.

Por último, el 21 de febrero de 2022, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo establecido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 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, toda vez que el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato promovido por un poder adjudicador dependiente de la Diputación de Málaga, que no ha manifestado que disponga de órgano propio para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

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

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la exclusión de una oferta en un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, 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.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, el acta de la mesa de contratación que contiene el acuerdo de exclusión de la oferta de la ahora recurrente, consta publicada en el perfil de contratante el 29 de noviembre de 2021, sin que en el expediente remitido se contenga notificación alguna de dicha exclusión, y ello a pesar de que la recurrente afirma en el recurso que ese día recibió la citada acta de la mesa de contratación. No obstante, aun computando desde dicha fecha, el recurso presentado el 7 de diciembre de 2021 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del recurso. Sobre la denuncia de que el requerimiento para justificar la viabilidad de su oferta es genérico.

1. Alegaciones de la recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. Al respecto, la recurrente interpone el presente recurso contra el acuerdo de 2 de noviembre de 2021 de la mesa de

contratación, en el que se contiene la exclusión de su oferta por no justificar su viabilidad, solicitando a este Tribunal que con estimación del mismo se acuerde *«la nulidad de la exclusión impugnada, dejándola sin efecto, retrotrayendo las actuaciones hasta el momento de la valoración de las ofertas económicas de las empresas licitadoras en el procedimiento abierto, con la inclusión en el mismo de (…) [la entidad ahora recurrente], de acuerdo con lo establecido en el artículo 150 de la LCSP.»*.

Denuncia la recurrente en el presente motivo que se examina que el 24 de septiembre de 2021, el órgano de contratación le requiere para que justifique su oferta por estar incursa en presunción de anormalidad. Sin embargo, únicamente se publica el anuncio del requerimiento de la justificación, sin que se haya añadido posteriormente ninguna resolución en la que acote los términos sobre los cuales se debe justificar la oferta, de tal forma que ante un requerimiento tan genérico (por ser del todo inexistente) considera que, previamente a su exclusión, el órgano de contratación le debería haber pedido aclaración para dilucidar los términos que considerase insuficientemente justificados.

Para reforzar su alegato trae a colación parte de la Resolución 213/2020, de 18 de junio, de este Tribunal y de la 663/2020 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, concluyendo que a la vista del requerimiento de justificación de baja anormal llevado a cabo por el órgano de contratación de forma genérica, sin detalle ni precisión de los aspectos sobre los que considera necesaria una justificación, y de las resoluciones transcritas, considera que, precisamente por la generalidad del requerimiento, debería haberse procedido a solicitar aclaración sobre los extremos que dicho órgano de contratación estimase oportuno, en lugar de excluirla directamente, habiéndose visto obligada a presentar su justificación totalmente a ciegas, con la indefensión que ello supone.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Afirma que cuando fue requerida para justificar la viabilidad de su oferta, es cuando la entidad ahora recurrente podía aportar las alegaciones y documentación que considerase oportunas para justificar que su oferta no era anormal o desproporcionada, sin ningún tipo de restricción en cuanto que el requerimiento era abierto en aras a una mejor defensa de su oferta, tras lo cual dicha entidad aportó su justificación esgrimiendo los argumentos que consideró oportunos y los mismos se analizaron llegándose a las conclusiones que quedan recogidas en el informe del servicio correspondiente de 16 de noviembre de 2021 (en adelante informe técnico de viabilidad), que se incluye en el acta de la mesa de contratación de 2 de noviembre de 2021, donde se recoge la exclusión de la mencionada entidad ahora recurrente.

En este sentido, indica el órgano de contratación que ha actuado acorde a la normativa vigente y como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha acordado en la Resolución 877/2017, de 3 de octubre, que reproduce parcialmente. Acto seguido, señala que aplicando la referida doctrina en el presente supuesto, el control de este Tribunal ha de centrarse en determinar si el informe técnico del órgano de contratación fundamenta de forma suficiente y adecuada la exclusión de la oferta, por considerarla incursa en baja anormal.

Concluye el informe al recurso afirmando que el informe técnico de viabilidad por el que se excluye a la ahora recurrente queda debidamente motivado, se encuentra dentro de lo razonable y proporcionado, y no adolece de errores materiales, arbitrariedad o discriminación que justifique su revisión, únicos extremos que, fuera de las normas de competencia y procedimiento, debe controlar este Tribunal por mor del respeto al principio de discrecionalidad técnica.

3. Consideraciones del Tribunal.

Según consta en la documentación remitida a este Tribunal por el órgano de contratación, el requerimiento para que la entidad ahora recurrente justificase la baja anormal de su oferta fue realizado a través de la PCSP, que en lo que aquí concierne contenía la siguiente información:

«Texto de la Comunicación
Justificación oferta anormalmente baja
Fecha final de respuesta
29/09/2021 20:00
Justificación de Oferta Anormalmente Baja».

Al respecto, como se ha expuesto, en síntesis alega la recurrente que el requerimiento es genérico y el órgano de contratación en su defensa afirma que en el presente motivo ha de aplicarse la doctrina de la discrecionalidad técnica, cuyos límites no han sido superados.

Pues bien, ciertamente de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, por todas la Resolución 90/2019, de 21 de marzo, y de los restantes Órganos de resolución de recursos contractuales en la determinación de si una oferta, incursa inicialmente en baja anormal o desproporcionada, está o no justificada rige el principio de discrecionalidad técnica, según el cual la actuación administrativa esta revestida de una presunción de certeza o de razonabilidad apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación, y que sólo puede ser desvirtuada si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega.

Sin embargo, en el presente motivo del recurso no se discute el informe técnico de viabilidad, sino el contenido del requerimiento que el órgano de contratación realizó a la entidad ahora recurrente para que aportara la justificación de su oferta, no estamos por tanto en presencia del parecer técnico de un órgano especializado de la Administración, sino ante un acto puramente administrativo. Así las cosas, no es posible en este caso compartir los argumentos del órgano de contratación basados en la doctrina de la discrecionalidad técnica.

En cuanto al contenido del requerimiento para la justificación de la anormalidad de una oferta, este Tribunal tiene una consolidada doctrina, valga por todas la Resolución 213/2020, de 18 de junio, que en su fundamento séptimo indicaba que:

> «Para dar respuesta al motivo del recurso hemos de partir de lo dispuesto en el artículo 149 de la LCSP, que regula las ofertas anormalmente bajas. En atención al objeto y el motivo alegado del recurso, interesa reproducir lo dispuesto en su apartado 4:
> (…).
> La recurrente alega que el requerimiento transcribía literalmente los valores a los que se refiere el artículo 149.4 de la LCSP, y que no se le pidió que desglosara económicamente su oferta,
>
> Pues bien, en este apartado el artículo 149 de la nueva LCSP ha introducido, en lo que ahora interesa, tres novedades frente a la redacción del artículo 152 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. La primera es que el requerimiento tiene por objetivo que el licitador

justifique y desglose razonada y detalladamente el bajo nivel de 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 segunda es la necesidad de que la petición de información se formule con claridad de manera que estos estén en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta. Y la tercera novedad es 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, entre otros supuestos, sea incompleta.

El requerimiento de justificación de fecha 10 de octubre de 2019 dirigido a la entidad recurrente, tras señalar que se ha identificado que su oferta se encuentra incursa en presunción de anormalidad, se formuló en los siguientes términos:
(…).
Pues bien, la primera consideración que cabe hacer es que el requerimiento fue formulado en términos prácticamente similares a los que estable el precepto. Esto se observa al menos en dos aspectos. En primer lugar, salvo el valor relativo a la letra a), Documentación justificativa de la proximidad de la sede y estructura operativa, los otros valores del requerimiento reproducen los recogidos en la norma en iguales términos, haciendo referencia además a contratos de suministros y de obras, cuando estamos ante un contrato de servicios. Y en segundo lugar, cuando el requerimiento señala que "*justifique y desglose 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".* Esta frase, que reproduce lo dispuesto en este apartado 4 del artículo 149, debería haberse adaptado a las circunstancias concretas del presente contrato. Es decir, no cabe hablar de cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, ya que conforme al pliego que rige la presente licitación, de conformidad con lo dispuesto en el Anexo IX del PCAP, "Parámetros objetivos para considerar una oferta anormalmente baja" las reglas para determinar cuando una proposición se considera incursa en presunción de anormalidad se refieren, en función del número de licitadores que concurren en el presente caso, a parámetros de unidades porcentuales por referencia a la media de las ofertas presentadas, es decir, que el punto de partida es el precio ofertado.

La recurrente sostiene que en ningún momento se le solicitó que se desglosara económicamente la oferta, considerando que la expresión *"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"* no implicaba necesariamente que se desglosara económicamente la oferta.

Si bien en principio podría entenderse incluido en el enunciado de la solicitud de información la necesidad de desglosar la oferta, pues es lo que permitiría apreciar su viabilidad, no obstante, hubiera sido deseable que, en aras a la debida claridad que establece el artículo 149.4, se hubiera exigido de forma expresa.
(…).
Llegados pues a este punto habremos de dar respuesta a la pretensión de la recurrente de que se le debería haber solicitado aclaración con carácter previo a la exclusión.

(…) debiera haberse concedido a la recurrente la oportunidad de completar la información, al considerarla el órgano de contratación tan determinante y no haberla solicitado expresamente en el requerimiento, por lo que procede estimar el recurso.».

Asimismo, y en lo que aquí interesa, este Tribunal en su Resolución 409/2021, de 21 de octubre, indicaba en su fundamento sexto lo siguiente:

> «En este sentido, en el requerimiento se debería de haber expresado el concreto nivel de detalle que entendía necesario el órgano de contratación para justificar la viabilidad de la oferta, es decir, la necesidad de aportar los datos económicos con la precisión deseada que permitiese justificar suficientemente los precios ofertados; por el contrario, el efectuado es genérico e impreciso pues se limita a reproducir en esencia parte de los apartados 4 y 5 del artículo 149 de la LCSP, sin más precisión. Al respecto, el informe de viabilidad se basa fundamentalmente en un elemento formal, la falta de datos económicos y desglose de los mismos para considerar no aceptable la justificación, es decir, se basa en un elemento formal, y en definitiva, en una ausencia, señalando por tanto que la justificación no es completa.
>
> En definitiva, teniendo en cuenta lo alegado en el recurso, los términos genéricos del requerimiento de justificación de la viabilidad, el principio de proporcionalidad y que se trataba de la oferta que pudiera ser la económicamente más ventajosa, con carácter previo a su rechazo se le debería haber concedido a la ahora recurrente la oportunidad de completar la información, al considerarla el órgano de contratación tan determinante y no haberla solicitado expresamente en el requerimiento.».

Pues bien, en el supuesto que se examina, el requerimiento debería de haber expresado los distintos aspectos a tratar con el concreto nivel de detalle que entendía necesario el órgano de contratación para justificar la viabilidad de la oferta, es decir, la forma de determinar el número de llamadas que requiere la prestación del servicio y el concreto desglose de los gastos generales; por el contrario, el efectuado es genérico e impreciso pues se limita a manifestar como texto de la comunicación la expresión *«Justificación oferta anormalmente baja»*, sin más precisión.

En definitiva, teniendo en cuenta lo alegado en el recurso, los términos genéricos del requerimiento de justificación de la viabilidad, el principio de proporcionalidad y que se trataba de la oferta que pudiera ser la económicamente más ventajosa, con carácter previo a su rechazo se le debería haber concedido a la ahora recurrente la oportunidad de completar la información, al considerarla el órgano de contratación tan determinante y no haberla solicitado expresamente en el requerimiento.

Procede, pues, estimar en los términos expuestos el presente motivo del recurso.

SEXTO. Fondo del recurso. Sobre determinadas consideraciones puestas de manifiesto en el informe técnico de viabilidad.

En el presente motivo de recurso, afirma la recurrente que su oferta es viable, para lo que cuestiona el informe técnico de viabilidad de su oferta, centrándose en los siguientes aspectos: i) la percepción por su parte de las subvenciones a las que se hace referencia; ii) la forma de determinar el personal que se requiere para la prestación del servicio; iii) la previsión por parte del órgano de contratación de 16,2 personas para la prestación del servicio, y su incongruencia con la duración y el número de llamadas que se establecen en el pliego; iv) la distribución de forma uniforme de las llamadas; v) las horas de formación o reciclaje, que no aparecen recogidas en el pliego; y vi) la insuficiencia de la partida de gastos generales.

Pues bien, la estimación del anterior alegato, y con ello la anulación del acuerdo de exclusión de la oferta de la entidad ahora adjudicataria, para que se proceda por el órgano de contratación a dar cumplimiento a lo establecido en el fundamento anterior, formulando un nuevo requerimiento para que dicha entidad aporte la documentación que considere necesaria, tras lo cual el órgano de contratación deberá aceptar o rechazar la oferta, previo asesoramiento del servicio correspondiente, hace innecesario abordar las cuestiones planteadas en el presente motivo de recurso, dado que las mismas pueden no coincidir con las actuales.

SÉPTIMO. Efectos de la estimación del primer motivo del recurso.

La corrección de la infracción legal cometida, y que ha sido analizada y determinada en el fundamento de derecho quinto de la presente resolución, debe llevarse a cabo anulando el acuerdo de la mesa de contratación de 2 de noviembre de 2021, de exclusión de la oferta de la entidad ahora recurrente, con retroacción de las actuaciones al momento anterior a su dictado, para que se proceda a efectuarle un nuevo requerimiento para que justifique la viabilidad de su oferta inicialmente incursa en baja anormal o desproporcionada, en los términos establecidos en el citado fundamento, con continuación del procedimiento hasta la adjudicación en su caso, sin perjuicio de conservar aquellas partes del mismo, así como los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FACTUDATA XXI, S.L.** contra el acuerdo, de 2 de noviembre de 2021, de la mesa de contratación por el que se excluye su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicio externalizado de atención telefónica» (Expte. 13/2019), convocado por el Patronato de Recaudación Provincial, ente adscrito a la Diputación de Málaga y, en consecuencia, anular el acto impugnado para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho séptimo de esta resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 10 de enero de 2022.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas 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.