

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA  
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 27 de noviembre de 2020

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación del Grupo Manserco, S.L. (en adelante Manserco) contra el acuerdo adoptado por la Junta Local de Gobierno del Ayuntamiento de Navacerrada con fecha 9 de octubre de 2020, por la que adjudica el contrato Servicio de limpieza de edificios municipales, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fechas 9 y 11 de marzo de 2020 se publicó, respectivamente en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE, el anuncio de licitación del contrato de referencia.

El valor estimado del contrato asciende a 327.537,60 euros y un plazo de ejecución de 1 año.

**Segundo.-** En la sesión celebrada el 30 de julio de 2020, la Mesa de contratación observó que la oferta presentada por Manserco contenía valores anormales o

desproporcionados conforme a la cláusula duodécima del Pliego de Cláusulas Administrativas, por lo que acordó concederle un plazo de cinco días hábiles para que pudieran presentar una justificación adecuada de las circunstancias que les permitían ejecutar su oferta en esas condiciones, según los criterios regulados en el art. 149.4 de la Ley 9/2017 de contratos del sector público.

En la sesión celebrada el 1 de septiembre de 2020, la Mesa de contratación, en base a la documentación presentada por Manserco, acordó no aceptar tal justificación por los siguientes motivos:

La prestación es de 208 horas semanales de limpieza, cuando en el pliego son aproximadamente de unos servicios de limpieza de 300 horas semanales.

Los gastos en material de limpieza que calcula la empresa son de 3.400 € anuales, frente a los 14.520 € que se calculan en los pliegos.

La Junta Local de Gobierno del Ayuntamiento, con fecha 9 de octubre de 2020, acuerda adjudicar el contrato y excluir a la recurrente del procedimiento de contratación. El acuerdo fue notificado el 23 de octubre de 2020.

**Tercero.-** Con fecha 13 de noviembre de 2019, se presentó recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación del contrato de referencia, en el que se excluía a la recurrente por no considerar justificada la viabilidad de su oferta.

**Cuarto.-** El 17 de noviembre del 2020, el Órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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).

**Quinto.-** El procedimiento de licitación se encuentra suspendido en base a lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP.

**Sexto.-** El 18 de noviembre de 2020, por la Secretaría de este Tribunal se da traslado del recurso al adjudicatario del contrato, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 56.3 de la LCSP y 29.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), por un plazo de cinco días hábiles, para que formule las alegaciones y aporte los documentos que considere oportunos, sin que se haya presentado alegaciones.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

**Segundo.-** El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida de la licitación *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP). Empresa que de estimarse su recurso y admitirse su oferta resultaría adjudicataria.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.-** El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo de adjudicación tuvo lugar el 9 de octubre de 2020, publicándose el día 22 del mismo mes, interponiéndose el recurso el 13 de noviembre, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1. c) de la LCSP.

**Cuarto.-** El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 44. 2.c) de la LCSP.

**Quinto.-** Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el acuerdo de adjudicación del contrato y la exclusión del recurrente por considerar que no ha quedado justificada la viabilidad de su oferta.

Los motivos de impugnación son los siguientes:

**Primero.-** Nulidad del acto administrativo por vulneración del artículo 149 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Ausencia de la obligación de motivación y concreción de los parámetros que justifican la calificación de oferta anormalmente baja.

**Segundo.-** Nulidad del acto administrativo por vulneración del procedimiento legalmente establecido.

**Tercero.-** Sostenibilidad de la propuesta realizada acreditada en la justificación de su oferta.

Como ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones la apreciación de la viabilidad de las ofertas incursas en presunción de temeridad responde al concepto de discrecionalidad técnica que corresponde al órgano de contratación. Según lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP corresponde al órgano de contratación *“considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuarto”* estimar si la oferta puede ser o no cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. De acuerdo con ello, es imprescindible que el informe de los servicios técnicos esté suficientemente motivado, a los efectos de que la Mesa de contratación primero, en su propuesta, y el Órgano de contratación después, puedan razonar o fundar su decisión.

Sólo es posible, de acuerdo con el indicado artículo, rechazar una oferta que contenga valores anormales cuando, a la vista de la justificación aportada y los informes sobre la misma, se estime que *“la oferta resulta inviable”*.

No resulta posible la aplicación automática de los criterios de temeridad rechazando la oferta incurra en dicho umbral, pues la ley requiere solicitar explicaciones sobre la composición de la oferta y una valoración de los diferentes elementos puestos de manifiesto en la justificación y de las características de la propia empresa para poder apreciar de forma motivada, si es posible o no el cumplimiento de la proposición en términos satisfactorios que ponga de manifiesto que esa anomalía no afectará a la ejecución del contrato. Para ello la LCSP, en su artículo 149, establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad. Y ello exige, en un primer momento, otorgar al licitador la posibilidad de que explique los elementos que ha tenido en cuenta a la hora de formular su oferta de manera que no se produzca un rechazo automático y que el órgano de contratación pueda llegar a la convicción de que la oferta se puede cumplir garantizando la correcta ejecución del contrato. Estos trámites tienen por objeto evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y garantizar la sana competencia entre las empresas (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 29 de marzo de 2012, dictada en el asunto C-99/10, SAG EV Slovensko a.s.).

La información justificativa, tal como está diseñado el procedimiento contradictorio de verificación de la oferta anormal o desproporcionada, va dirigida a convencer al órgano de contratación de que con la oferta formulada, anormalmente más baja en comparación con las demás del mismo procedimiento competitivo, y con la justificación de su desglose, se pueden cumplir las prestaciones objeto del contrato, de manera que si la justificación es insuficiente o motivadamente no garantiza adecuadamente la ejecución del contrato, atendiendo a la inicial presunción y para preservar el interés público de la licitación, la oferta ha de ser rechazada.

Es conveniente señalar además el criterio mantenido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en numerosas Resoluciones y que este Tribunal comparte, en cuanto a que *“en aquellos casos en los que el informe técnico no comparta la justificación dada por el licitador para justificar la anormalidad de su oferta, resulta evidente que debe motivarse el informe pues éste tendrá que salir al paso de lo alegado por el interesado rebatiendo su argumentación –resolución reforzada”*, como se ha dicho por este Tribunal en otras resoluciones, siendo la más reciente la nº 294/2018 de fecha 26 de septiembre (Resolución 559/2014 de fecha 22 de julio; 685/2016, de 9 de septiembre, entre otras).

En esa misma Resolución, el TACRC señala que *“hemos de analizar, tal y como señala la doctrina anteriormente sentada, la justificación presentada. Pese a tratarse de cuestiones no jurídicas sino eminentemente técnicas, sí puede este Tribunal analizar la suficiencia de tales explicaciones a los efectos de valorar en este caso los argumentos suficientes a la entidad contratante, como también puede analizar este Tribunal si la mencionada entidad ha realizado el esfuerzo de argumentación que venimos exigiendo (la llamada resolución reforzada) para poder excluir de la contratación a la empresa que ofertó el precio más bajo, que a la postre hubiese podido resultar adjudicataria del contrato ya que se trata de un contrato a adjudicar teniendo en cuenta únicamente el precio más bajo ofertado”*.

En este momento, la función del Tribunal sería meramente de control del cumplimiento de los principios y de los trámites legales, no siendo posible la sustitución del juicio técnico del informe ni de la decisión sobre la posibilidad de cumplimiento que como ya se ha dicho corresponde exclusivamente al órgano de contratación. Los elementos de control serían, además del cumplimiento de las formalidades jurídicas, que exista motivación y que la misma resulte racional y razonable, así como la comprobación de que el informe correspondiente efectuado por el órgano de contratación contiene la suficiente motivación, que ha de ser *“reforzada”*, para excluir a la recurrente por falta de justificación de la viabilidad.

La decisión final sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde, según dispone el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP, al Órgano de contratación, que la adoptará a la vista de las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y teniendo en cuenta los informes emitidos por los servicios técnicos, sin que las alegaciones ni los informes tengan carácter vinculante pudiendo por tanto de manera motivada, separarse de la propuesta.

El recurrente expone como primer y segundo motivos del recurso, que se ha producido un incumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 149 de la LCSP.

Por un lado, considera que no se han concretado los términos de la justificación, conforme al artículo 149.4 de la LCSP. El requerimiento se ha realizado sin especificar ni motivar qué términos de la oferta son los que considera anormales, desproporcionados o temerarios.

El requerimiento realizado por el órgano de contratación era del siguiente tenor: *“.....Por medio del presente le participo que observado que la oferta presentada por esa Sociedad contienen valores anormales o desproporcionados, todo ello conforme a la cláusula duodécima, se le concede un plazo de TRES DIAS contados a partir del día siguiente al recibo de la presente comunicación, para que pueda presentar una justificación adecuada de las circunstancias que les permita ejecutar dicha oferta en esas condiciones, con los criterios que se señalan al respecto en el artículo 149.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/E y 2014/24/UE, de 26 de febrero”.*

A este respecto, hay que señalar que el artículo 149.4 de la LCSP señala que: *“La petición de información que la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación dirija al licitador deberá formularse con claridad de manera que estos estén en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta.*

*Concretamente, la mesa de contratación o en su defecto el órgano de contratación podrá pedir justificación a estos licitadores 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: (...)*”.

Este artículo no obliga a la Administración a concretar en su petición de justificación aquellas condiciones que la harían viable, sino en términos potestativos, porque de otro modo limitaría las posibilidades de justificación de los mismos. Simplemente señala elementos sobre los que puede girar la justificación. El órgano de contratación carece de los elementos de juicio necesarios para fundamentar su solicitud en esos términos, pues es el licitador el único que conoce los elementos sobre los que ha desarrollado su oferta. De hecho, en su informe justificativo, el recurrente ha analizado todos los elementos de su oferta, desglosando nueve apartados diferentes, en los términos que ha considerado más adecuado a sus intereses. En este sentido, la Resolución del TACRC10/2019 de 11 de enero de 2019: *“En el caso que nos ocupa, tal y como ya hemos adelantado, la crítica del recurrente se centra en primer lugar en el contenido del requerimiento que le fue dirigido por la mesa de contratación, al estimar que, conforme a las actuales previsiones del art. 149.4 LCSP, el mismo resultaba insuficiente, al no precisar los concretos aspectos de su oferta que debían ser objeto de justificación. A tal respecto, hemos de apuntar por nuestra parte que resulta evidente que es el propio licitador que ha efectuado la oferta incurso en situación de presunción de anormalidad quien mejor puede conocer cuáles sean aquellas condiciones de su oferta que sean susceptibles de justificar el bajo importe de la misma, en concreto en referencia a alguno o algunos de los aspectos a los que en particular se alude en el art. 149.4 LCSP.*

*No se comparte por ello la alegación de la recurrente relativa a la necesidad de que hubiese sido el órgano de contratación quien precisase los concretos particulares sobre los que se requería aclaración.*

*Adviértase, en este sentido, que el art. 149.4 LCSP que invoca el recurrente no contiene una exigencia de tal naturaleza, puesto que se limita a establecer que el requerimiento “deberá formularse con claridad”, de manera que el concreto licitador esté en condiciones “de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta”. Esta exigencia de claridad supone la necesidad de que el licitador tenga conocimiento suficiente de lo requerido a fin de poder realizar la pertinente justificación, pero no supone de por sí que el requerimiento haya de indicar qué aspectos concretos de la oferta han de ser justificados, como se evidencia con la lectura del siguiente párrafo del precepto, cuando señala que la mesa de contratación o en su defecto el órgano de contratación “podrá pedir” 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 valores que se detallan”.*

Respecto al resto del procedimiento previsto en el citado artículo 149 de la LCSP, hay que destacar lo dispuesto en su apartado 4 donde se establece: *“En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.”*

Pues bien, examinado el expediente de contratación no consta la existencia del referido asesoramiento técnico, no figurando informe alguno del servicio correspondiente, lo que supone una vulneración del citado artículo 149.4 de la LCSP. Por tanto, debe entenderse que la Mesa de contratación, sin haber requerido el correspondiente informe técnico, analizó la justificación presentada por el recurrente, acordando proponer al Órgano de contratación la exclusión del licitador al no considerar justificada la viabilidad de su oferta.

En este sentido, la Resolución TACRC 1014/2020, 28 de septiembre 2020. *“Por otro lado, examinado el expediente, no queda acreditado se haya seguido el procedimiento del artículo 149 LCSP, ya que, no se ha solicitado el asesoramiento de los técnicos, siendo el Presidente de la mesa de contratación quien, mediante escrito de 3 de marzo, valora la suficiencia de la documentación presentada”.*

En términos semejantes nuestra Resolución 311/20, de 19 de noviembre *“Por ello, para poder apreciar la viabilidad de las ofertas presentadas a la licitación la Mesa cuenta con el asesoramiento técnico del Servicio correspondiente, al objeto de analizar las justificaciones que en su caso hayan presentado los licitadores incursos en baja anormal o desproporcionada, informe técnico cuya solicitud es preceptiva en este supuesto para la Mesa de contratación a tenor del término “deberá” empleado en la redacción del citado párrafo del artículo 149.4 de la LCSP, pero que como hemos mencionado no tiene por qué consistir en un único informe”*.

Por todo lo anterior, procede la estimación del recurso por este motivo, anulándose el acuerdo por el que adjudica el contrato, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento previo del acuerdo de la Mesa de contratación que propuso la exclusión de la recurrente, solicitando el informe a los servicios correspondientes y continuando posteriormente el procedimiento en los términos que legalmente procedan.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

## **ACUERDA**

**Primero.-** Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por del Grupo Manserco, S.L. contra el acuerdo adoptado por la Junta Local de Gobierno del Ayuntamiento de Navacerrada con fecha 9 de octubre de 2020, por la que adjudica el contrato Servicio de limpieza de edificios municipales, acordando su nulidad, con retroacción de actuaciones en los términos señalados en el Fundamento de Derecho Quinto.

**Segundo.-** Levantar la suspensión automática del procedimiento de licitación prevista en el artículo 53 de la LCSP.

**Tercero.-** Declarar que no se aprecia la concurrencia de temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

**Tercero.-** Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en los términos de la Ley 29/1998 de 13 de diciembre reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.