

**Recurso 490/2023**  
**Resolución 520/2023**  
**Sección tercera**

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

Sevilla, 3 de noviembre de 2023.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **UTE D'ALEPH GLOBAL** contra la resolución de la Alcaldía de Soportújar 26/2023, de 30 de agosto, de adjudicación, en la que se contiene la exclusión de la recurrente del contrato denominado “Servicios de asistencia técnica y consultoría para el apoyo a la ejecución, control y seguimiento del Plan de Sostenibilidad Turística en Destino (PSTD)», (Expediente 10/2023), convocado por la Alcaldía del Ayuntamiento de Soportújar (Granada), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

### **RESOLUCIÓN**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 19 de mayo de 2023, se publicó anuncio de licitación en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público. El mismo día se publicó en el citado perfil el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y el pliego de prescripciones técnicas (PPT). El valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 168.000 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). 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 28 de junio de 2023 la mesa de contratación propone la exclusión de la oferta de la entidad recurrente.

El 21 de julio de 2023, tuvo entrada en el Registro Electrónico Único de la Junta de Andalucía dirigido al Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad AUREN CONSULTORES S. L. (AUREN), contra el citado acuerdo de la mesa de contratación de 28 de junio de 2023. Este recurso fue inadmitido con fecha de 4 de agosto de 2023 mediante la Resolución 388/2023 (recurso 346/2023), dado que lo recurrido por la entidad AUREN fue la propuesta de exclusión de la mesa.



**SEGUNDO.** El 11 de octubre de 2023, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la UTE recurrente contra la citada resolución 26/2023 de la Alcaldía de Soportújar, de 30 de agosto, publicada en el perfil de contratante en la plataforma de contratación del sector público el día 21 de septiembre de 2023, por la que se excluye (entre otras) la oferta de la UTE y se adjudica el contrato a la entidad RAMOS Y SERRANO CONSULTORÍA, S.L.

Mediante oficio de 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. Ha remitido parte de la documentación, remitiéndose a la existente en el otro recurso que fue inadmitido.

Por resolución de este Tribunal de 20 de octubre de 2023 se adopta medida cautelar de suspensión de los efectos de la formalización de contrato ya que aunque se ha recurrido la adjudicación no opera la suspensión automática, del artículo 53 LCSP y ha sido necesario adoptarla ya que la entidad recurrente solicitó al Tribunal la suspensión de la ejecución del contrato, pues éste se había formalizado con la entidad adjudicataria. Es decir, el Ayuntamiento de Soportújar no había respetado el plazo de 15 días hábiles para proceder a formalizar el contrato desde la notificación de la adjudicación, ex artículo 153.3 de la LCSP.

Posteriormente, 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, habiéndose recibido las de la entidad AUREN en el plazo establecido.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO. Competencia.**

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que el Ayuntamiento de Soportújar (Granada) no ha manifestado que disponga de órgano propio, por sí o a través de la Diputación Provincial, para la resolución del recurso habiendo remitido además a este Tribunal la documentación necesaria para su tramitación y 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 resolución de adjudicación en la que se contiene la exclusión de la entidad recurrente por ser su oferta anormal o desproporcionada, 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 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.c) de la LCSP. Aunque formalmente se recurre la adjudicación, igualmente se recurre la exclusión contenida en la misma.



#### **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, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP, a contar desde la publicación en el perfil. En cualquier caso, no consta la notificación en el expediente remitido, así como tampoco la notificación de la formalización.

Téngase en cuenta a su vez que la resolución de adjudicación yerra en su pie de recurso, omitiendo cualquier referencia al recurso especial ante este Tribunal.

#### **QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones o argumentos de las partes.**

##### **1. Alegaciones o argumentos de la recurrente.**

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. Señala la entidad recurrente que la adjudicación del contrato a RAMOS Y SERRANO CONSULTORÍA, S.L. viene precedida de la exclusión de las ofertas de otras entidades, de tal modo que se ha procedido a la exclusión de otras dos entidades además de la propia UTE recurrente.

Hace alusión al acta de la mesa de contratación de fecha 28 de junio de 2023, (que finalmente ha resultado asumida por el órgano de contratación), donde aquella, en aplicación de unos parámetros objetivos, identificaba ofertas con la consideración de anormal, concluyendo que una primera entidad, AUREN presentaba valores anormales, por lo que resultaba excluida.

Explica la UTE recurrente que lo que ha ido sucediendo de forma posterior y sucesiva, es que la mesa en la misma sesión, iba aplicando los referidos parámetros a las ofertas subsistentes, resultando excluidas primero la UTE D ´ALEPH GLOBAL, entidad recurrente, y luego NTT DATE EUROPE Y LATAM GREEN, S.L.

Estima que no puede reclasificarse, a resultas de la exclusión de una primera entidad, una vez abiertas las ofertas y realizada una primera clasificación. Señala que el incidente de valores anormales solo debe tramitarse respecto de la oferta que obtenga la mayor puntuación (en este caso, AUREN), sin que quepan ulteriores rondas de incidentes de valores anormales.

Sostiene de forma expresa que: *“Podemos observar que el incidente de valores anormales solo debe tramitarse respecto de la oferta que obtenga la mayor puntuación (en este caso, fue AUREN CONSULTORES, S.L.), sin que quepa ulteriores rondas de incidentes de valores anormales”*.

Denuncia como nulas la exclusión de las ofertas no de AUREN, sino las de NTT DATE EUROPE Y LATAM GREEN, S.L. y de la propia UTE, de tal modo que ello supone la nulidad de la adjudicación del contrato a RAMOS Y SERRANO CONSULTORÍA, S.L..

Alega además que la UTE recurrente presentó escrito ante el órgano de contratación poniendo de manifiesto que la aplicación de manera sucesiva de los parámetros de valores anormales es contraria a Derecho. Se ha adjuntado como documento nº5 el referido escrito, señalando que el Ayuntamiento no dio respuesta.



Indica que *“la primera aplicación de los parámetros de valores anormales y la identificación de una oferta con valores anormales impide aplicar nuevamente dichos parámetros a las ofertas subsistentes en sucesivas rondas de (que es lo que ha sucedido en este caso)”*.

Estima que ello es contrario al artículo 159.4.f) de la LCSP, y que se incurre en un vicio de nulidad de pleno Derecho del artículo 47.1.e de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, al haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Vicio de nulidad que contamina asimismo la adjudicación del contrato (lo que a su vez acarreará la nulidad del contrato ya formalizado ex artículo 42.1 de la LCSP).

## **2. Alegaciones o argumentos del órgano de contratación contenidos en su informe al recurso.**

El órgano de contratación, en primer lugar, señala en relación a que el Ayuntamiento no ha respetado el plazo de 15 hábiles para la formalización del contrato desde la fecha de la notificación de la adjudicación, que se ha hecho no porque quisiera ocasionar algún perjuicio en la tramitación, sino porque el Ayuntamiento es muy pequeño y el personal laboral y funcionario es escaso y existe una gran carga de trabajo. Alega que la persona que ocupa el puesto de administrativa, desde el día al 1 al 25 de septiembre se encontraba de vacaciones, quedándose la Secretaria sola para llevar a cabo todas las gestiones y labores administrativas. Estima que solo es un error administrativo, *“no pararse a contar el plazo correspondiente”*.

En cuanto a la exclusión de la entidad recurrente, señala que ya se envió *“a ese Tribunal”* el informe técnico municipal y notificación a los licitadores *“donde se puede comprobar que la entidad recurrente quedo excluida del procedimiento de licitación por presentar una oferta calificada por la mesa de contratación y del informe técnico como que incurre en “oferta anormalmente baja” y porqué se valoró que la posibilidad de materialización del contrato resulta dudosa a los efectos de dar cumplimiento adecuado al objeto del contrato”*.

Asimismo, el informe al recurso indica que suspender la ejecución del contrato formalizado supondría un *“dolo o perjuicio al órgano de contratación (Ayuntamiento de Soportújar) al municipio de Soportújar, ya se paralizaría toda la tramitación de la ejecución del contrato el cual se lleva ejecutando desde hace más de un mes y a su vez paralizaría la tramitación de las demás actuaciones de la subvención concedida PSTD con el correspondiente retraso y perjuicio económico para todo el municipio, ya que van unidas a este contrato para poder llevarlas a cabo. Así como lo mismo a la Empresa adjudicataria que está ejecutando dicho contrato”*.

## **3. Alegaciones de la interesada.**

La entidad AUREN, cuya oferta resultó ser la primera de todas las formuladas que presentaba valores anormales, presenta alegaciones, donde pone de manifiesto la falta de motivación de su exclusión. Se opone al recurso por las razones que constan en su escrito de alegaciones que resultan incorporadas al procedimiento.

## **SEXTO. Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal.**

**Primera. Sobre la reclasificación de las ofertas, tras las sucesivas exclusiones por aplicación de los parámetros de anormalidad establecidos en el artículo 85 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).**



Este Tribunal, entre otras, en su Resolución 390/2021, de 15 de octubre, así como el Informe 16/2020, de 29 de julio de 2020, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado que, en las que se abordan la concreta cuestión de si procede una nueva valoración de las ofertas y su reclasificación tras la exclusión de una oferta, incurra inicialmente en baja anormal, por falta de viabilidad mediante un nuevo cálculo de las puntuaciones resultantes de la aplicación de los criterios de adjudicación, señalan que *«la valoración de las proposiciones de los licitadores es un acto ya realizado y completo en el momento en que se finaliza el análisis de todos los criterios de adjudicación que obran en los pliegos. Se trata de un trámite ya terminado y que, como tal, forma parte de la cadena de actos que constituye el procedimiento. Por esta razón no cabe su modificación, alteración o sustitución sin que sea previamente anulado, y cualquier acto posterior que lo deje sin efecto sobrevenidamente implicaría de facto una retroacción injustificada del procedimiento de selección del contratista»*.

Y la Circular, de 1 de octubre de 2021, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, relativa en lo que aquí interesa a los trámites de valoración y clasificación de las proposiciones de las empresas licitadoras, en los casos en que concurren ofertas anormalmente bajas, indica que *«En caso de considerarse que una oferta no puede ser cumplida por incluir valores anormales o desproporcionados, se la tiene que excluir de la clasificación y proceder a adjudicar el contrato a la oferta que haya obtenido la mejor puntuación –previa aportación de la documentación acreditativa correspondiente de conformidad con los artículos 140 y 150 de la LCSP–, sin volver a efectuar una nueva valoración y clasificación de las ofertas.»*

Por lo que debe concluirse que tras la primera clasificación, en su caso, tras la aplicación si procedía de los parámetros de anormalidad previstos en los pliegos, debería, tras las exclusiones que en su caso hubieran procedido, haberse clasificado definitivamente entre las restantes que no resultaban en valores de anormalidad, hecho que no sucedió, pues como observamos, el día 28 de junio de 2023 se celebra sesión de la mesa de contratación en donde proceden a aplicar los parámetros de anormalidad incluidos en el artículo 85.4 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, de forma sucesiva, hasta que queda un solo licitador. De este modo se excluye sucesivamente a las entidades AUREN, a la UTE recurrente, y a NTT DATE EUROPE Y LATAM GREEN SLU.

La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su Informe 16/20 señalaba:

*“[...] la valoración de las proposiciones, en lo que se refiere a su conjunto (incluyendo los criterios dependientes de juicio de valor), que ya haya sido realizada en el seno del procedimiento de selección del contratista no puede volver a ser realizada aunque posteriormente se proceda a excluir a alguna de las ofertas de los licitadores por causa de su calificación como anormal o desproporcionada.*

*[...] Este modo de proceder excluye la necesidad de volver a realizar un trámite para la identificación de las proposiciones que incurran en anormalidad o desproporción. En cualquier caso, incluso en el caso de los procedimientos en que no se haya seguido el orden correcto, no parece que tenga sentido tal repetición sucesiva de trámites, puesto que en su seno podrían ir surgiendo nuevas ofertas temerarias donde anteriormente no las había. Se trata de una solución ilógica desde el punto de vista procedimental y que atenta contra el principio de concurrencia en la medida en que se puede producir una reducción sucesiva y desproporcionada del número de licitadores concurrentes.”*

Es decir, antes de dar la puntuación hay que detectar las ofertas anormales, no cabe hablar de reclasificación ni de clasificación respecto de la oferta económica. Detectadas las ofertas que presentan valores anormales, solicitarles que justifiquen la viabilidad (cuestión que no aparece en el expediente, pero no ha sido alegada por la recurrente) y una vez conocidas las que son consideradas viables por la mesa de contratación, se debe puntuar



solo entonces. No procede, pues, ni reclasificar las ofertas anormales ni reaplicar los parámetros dado que es un trámite único, ni tampoco volver a puntuar porque no ha habido puntuación.

Por lo que en este punto debe darse la razón a la recurrente, no debió nunca reclasificarse respecto de la exclusión, por lo que resolviendo esta primera cuestión debe estimarse que la misma fue indebidamente excluida por este motivo, debiéndose anular la resolución de adjudicación retrotrayéndose las actuaciones.

No obstante, y en orden a la válida resolución del recurso, es necesario entrar a resolver sobre la forma en la que el órgano de contratación debe proceder a efectos de retrotraer el procedimiento a la vista de los pliegos y lo actuado en el procedimiento conforme a la legalidad, lo cual se resuelve en la siguiente consideración del presente fundamento de derecho.

**Segunda. Sobre la nulidad de la adjudicación por aplicación de los parámetros de anormalidad del artículo 85 RGLCAP, existiendo más de un criterio de adjudicación, no previendo el PCAP la remisión a dicho precepto.**

**1. Sobre la pretensión de quedar primer clasificado por la aplicación del artículo 85 del RGLCAP, no existiendo previsión en el PCAP, ni remisión al mismo.**

En cuanto a la legalidad de la aplicación del artículo 85 del RGLCAP, cuando no existe previsión en el pliego de cláusulas administrativas particulares, hace alusión al mismo la UTE recurrente, reivindicando su aplicación. Así, señala que el incidente de valores anormales solo debe tramitarse respecto de la oferta que obtenga la mayor puntuación “sin que quepa ulteriores rondas de incidentes de valores anormales”, si bien una vez excluida AUREN. En este sentido, indica de forma expresa que serían nulas las exclusiones de las ofertas, pero no la exclusión de AUREN, sino la de NTT DATE EUROPE Y LATAM GREEN, S.L. y la de la propia UTE. Ello supondría la nulidad de la adjudicación del contrato a RAMOS Y SERRANO CONSULTORÍA, S.L.

Sin expresarlo, está solicitando que este Tribunal respecto del acto de la adjudicación, que supone la asunción de la propuesta de adjudicación de 28 de junio de 2023, acepte como ajustado a derecho, la legalidad de la aplicación del precepto del RGLCAP. Señala que “la primera aplicación de los parámetros de valores anormales y la identificación de una oferta con valores anormales impide aplicar nuevamente dichos parámetros a las ofertas subsistentes en sucesivas rondas de (que es lo que ha sucedido en este caso)”.

Ello hace necesario que nos planteemos si deben aplicarse dichos parámetros, cuando el PCAP en su cláusula decimosegunda no hace una remisión expresa. El artículo 149 LCSP señala que debe contemplarse en los pliegos, a estos efectos, los parámetros objetivos. Ello debe permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, diferenciándose, no obstante, dos situaciones.

Una primera situación es la que tiene lugar cuando el único criterio de adjudicación es el del precio y, salvo que en los pliegos se establezca otra cosa, en defecto de previsión en aquellos, se aplicarán los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente y que, en todo caso, determinarán el umbral de anormalidad por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado. Esta situación es la que ha venido recogiendo en el artículo 85 del RGLCAP. No es este nuestro supuesto.

La segunda situación es la que ocurre cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, de tal modo que se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los



parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto. En nuestro supuesto, con más de un criterio de adjudicación el pliego no determina los parámetros objetivos que puedan apreciarse para que una oferta no pueda ser cumplida, por lo que, en principio, cabría suponer que a la mesa de contratación le resultaría imposible determinar si una o varias ofertas están afectadas inicialmente en anormalidad dado que el caso que nos ocupa coexisten más de un criterio de valoración y no se han determinado en el pliego los parámetros en base a los cuales una oferta, en su conjunto, pueda ser considerada como anormal.

Es decir, la cuestión es si se pueden aplicar los parámetros del artículo 85 RGLCAP y, en consecuencia, determinar una oferta como anormalmente baja, y a estos efectos solicitar la justificación que se prevé en el artículo 149 de la LCSP.

La previsión que establece el artículo 149 de la LCSP es que cuando se apliquen diversos criterios de valoración para la adjudicación, se estará a lo establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares por lo que, si no se han recogido esos parámetros objetivos en el pliego, no podrá apreciarse que una proposición pueda ser considerada como oferta anormalmente baja o desproporcionada. En consecuencia, no puede acudirse a la previsión reglamentaria establecida en el artículo 85 del RGLCAP, situación prevista, como indicamos anteriormente, cuando el único criterio de adjudicación a considerar para la adjudicación del contrato sea el de su precio.

El artículo 149 de la LCSP no hace distinción alguna, en el caso de que haya una pluralidad de criterios, entre los mismos y si uno de ellos se determina mediante un máximo de puntuación y otro criterio consiste en la oferta económica, no cabe interpretar la opción de acudir al artículo 85 del RGLCAP como correcta por cuanto no se dan las circunstancias requeridas para actuar de tal forma, es decir, que hubiese un único criterio de valoración, el del precio, y no se hubiesen establecido en el pliego los parámetros objetivos para identificar los casos en que una oferta debe considerarse anormal.

En este caso los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciaría, en su caso, que la proposición no podría ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados debieron fijarse en los pliegos y al no establecerse, no podrá apreciarse que una proposición pueda ser considerada como oferta anormalmente baja o desproporcionada y no por ello debe calificarse como vicio de anulabilidad, sino que simplemente no podrá calificarse una oferta como anormalmente baja y, en consecuencia, no podrá excluirse del procedimiento de licitación.

El artículo 152 del TRLCSP sí establecía el carácter facultativo de los parámetros de anormalidad, de tal modo que la ausencia de parámetros objetivos en los pliegos para considerar, en su caso, una oferta anormal o desproporcionada, no podía considerarse una infracción del procedimiento de contratación. No obstante, el actual art. 149 LCSP establece en términos imperativos el establecimiento de los parámetros en los pliegos cuando haya varios criterios de adjudicación. Por tanto, la ausencia de parámetros en la vigente ley sí es una infracción del artículo 149 LCSP. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que conforme al artículo 139 LCSP los pliegos son ley entre las partes y están consentidos.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 149.1.a) de la LCSP, salvo que en los pliegos se establezca otra cosa, cuando el único criterio de adjudicación sea el del precio, en defecto de previsión en aquellos se aplicarán los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente y que, en todo caso, determinarán el umbral de anormalidad por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado, sin perjuicio de lo



establecido en el apartado siguiente, de tal modo que esta previsión reglamentaria se encuentra regulada en el artículo 85 del RGLCAP. No es este nuestro supuesto, ya que existen dos criterios en el PCAP.

Por otro lado, sucede en nuestro caso que, de conformidad con lo recogido en el artículo 149.2.b) LCSP cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto.

Es doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que debe figurar en estos casos necesariamente en los pliegos. Entre otras resoluciones se hace referencia expresa, a la reciente 295/2023, de 9 de marzo la cual hace referencia a la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Quinta), de fecha 1 de diciembre de 2021, Asunto T-546/20, que dice lo siguiente:

*“42 En este contexto, el punto 23.1 del anexo I del Reglamento financiero (Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión) establece que, “si, para un contrato determinado, el precio o costes propuestos en la oferta [parecen] anormalmente bajo[s], el órgano de contratación solicitará por escrito los pormenores de los elementos constitutivos del precio o el coste que considere oportunos y concederá al licitador la oportunidad de presentar sus observaciones”.*

*43 De conformidad con el punto 23.2 del anexo I del Reglamento financiero, el órgano de contratación “solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos”. Además, “rechazará la oferta si se ha comprobado que la oferta es anormalmente baja porque no cumple las obligaciones aplicables en los ámbitos del Derecho medioambiental, social y laboral”.*

*44 El concepto de “oferta anormalmente baja” no está definido en las disposiciones del Reglamento financiero. No obstante, se ha declarado que el carácter anormalmente bajo de una oferta debe apreciarse con relación a la composición de la oferta y con relación a la prestación de que se trata (véase la sentencia de 4 de julio de 2017, European Dynamics Luxembourg y otros/Agencia Ferroviaria de la Unión Europea, T-392/15, EU: T:2017:462, apartado 83 y jurisprudencia citada).*

*45 La obligación de un órgano de contratación de comprobar la formalidad de una oferta implica la existencia previa de dudas sobre su fiabilidad, habida cuenta de que el objetivo principal del punto 23.1 del anexo I del Reglamento financiero es evitar que un licitador quede excluido de un procedimiento de licitación sin haber tenido la posibilidad de justificar el contenido de una oferta que parecía anormalmente baja. Por tanto, el comité de evaluación únicamente está obligado a solicitar las precisiones oportunas sobre la composición de una oferta antes de rechazarla, en su caso, cuando existan tales dudas, de conformidad con el punto 23.2 de dicho anexo. Por el contrario, el citado punto 23.1 no se aplica a menos que una oferta parezca anormalmente baja [véanse, en este sentido y por analogía, las sentencias de 6 de julio de 2005, TQ3 Travel Solutions Belgium/Comisión, T-148/04, EU:T:2005:274, apartados 49 y 50; de 5 de noviembre de 2014, Computer Resources International (Luxembourg)/Comisión, T-422/11, EU:T:2014:927, apartado 57, y de 4 de julio de 2017, European Dynamics Luxembourg y otros/Agencia Ferroviaria de la Unión Europea, T-392/15, EU:T:2017:462, apartado 85].*

*46 De la jurisprudencia se desprende que tales dudas pueden existir, en particular, sí parece incierto, por una parte, que una oferta respete la normativa del país en el que los servicios deberían ejecutarse, en materia de remuneración del personal, de aportaciones al régimen de seguridad social y de respeto de las normas de seguridad y salud en el trabajo, así como de ventas a pérdida, y, por otra parte, que el precio propuesto integre todos los costes inducidos por los aspectos técnicos de la oferta (véase la sentencia de 4*



*de julio de 2017, European Dynamics Luxembourg y otros/Agencia Ferroviaria de la Unión Europea, T-392/15, EU:T:2017:462, apartado 86 y jurisprudencia citada).*

*47 De cuanto precede se desprende que la apreciación, por el órgano de contratación, de la existencia de ofertas anormalmente bajas se realiza en dos tiempos.*

*48 En un primer momento, el órgano de contratación aprecia si “el precio o costes propuestos en la oferta [parecen] anormalmente bajo[s]”. El uso del verbo “parecer” en el punto 23.1 del anexo I del Reglamento financiero implica que el órgano de contratación procede a una apreciación prima facie del carácter anormalmente bajo de una oferta, y no que procede de oficio a un análisis detallado de la composición de cada oferta para determinar que no constituye una oferta anormalmente baja. Así, en esta primera fase, el órgano de contratación debe determinar únicamente si las ofertas presentadas contienen un indicio que pueda suscitar la sospecha de que podrían ser anormalmente bajas. Ese es el caso, en particular, cuando el precio propuesto en una oferta presentada es considerablemente inferior al de las demás ofertas presentadas o al precio de mercado usual. Si las ofertas presentadas no contienen dicho indicio y, por tanto, no parecen anormalmente bajas, el órgano de contratación puede continuar su evaluación y el procedimiento de adjudicación del contrato (véase, en este sentido y por analogía, la sentencia de 4 de julio de 2017, European Dynamics Luxembourg y otros/Agencia Ferroviaria de la Unión Europea, T-392/15, EU:T:2017:462, apartado 88).*

*49 En un segundo tiempo, si existen indicios que puedan suscitar la sospecha de que una oferta pudiera ser anormalmente baja, el órgano de contratación debe proceder, por el contrario, a verificar la composición de la oferta para cerciorarse de que no es anormalmente baja. Al llevar a cabo esta verificación, aquel tiene la obligación de dar al licitador en cuestión la posibilidad de exponer por qué razones considera que su oferta no es anormalmente baja. Debe seguidamente examinar las explicaciones aportadas y determinar si la oferta de que se trata presenta un carácter anormalmente bajo, en cuyo caso tiene la obligación de rechazarla (sentencia de 4 de julio de 2017, European Dynamics Luxembourg y otros/Agencia Ferroviaria de la Unión Europea, T-392/15, EU: T:2017:462, apartado 89)”*

*En el mismo sentido se expresaba la Sentencia del TJUE (Sala Quinta), de fecha 19 de octubre de 2017, Asunto C-198/16 P:*

*“51 De este modo, esa disposición (el artículo 139, apartado 1, del Reglamento nº 2342/2002) supone la obligación del poder adjudicador de, en primer lugar, identificar las ofertas sospechosas; en segundo lugar, dar a los licitadores afectados la posibilidad de demostrar la seriedad de tales ofertas, exigiéndoles las precisiones que considere oportunas”*

Por tanto, es una obligación del órgano de contratación identificar las ofertas que pueden ser sospechosas de haber ofertado precios anormalmente bajos, que pueden hacer inviable la prestación objeto del contrato. El sistema que establece la LCSP para determinar las ofertas sospechosas de inviabilidad se basa en parámetros objetivos, pero no en la apreciación discrecional del órgano de contratación. Por ello, es necesario que se fijen en el PCAP dichos parámetros, ya que, de otro modo, ante ofertas por precios considerablemente inferiores a los del resto de licitadores, o al precio usual del mercado, no se podría verificar su composición, para cerciorarse de que no son anormalmente bajas.

Así, cuando se apliquen diversos criterios de valoración para la adjudicación, si en el pliego de cláusulas administrativas particulares no se han recogido esos parámetros objetivos no podrá apreciarse que una proposición pueda ser considerada como oferta anormalmente baja o desproporcionada. Dicho de otro modo, la ausencia de parámetros objetivos en los pliegos para considerar, en su caso, una oferta anormal o desproporcionada, no puede considerarse una infracción del procedimiento de contratación, sin prejuzgar la



validez del PCAP en este extremo al ser ya un acto firme y consentido. La ausencia de parámetros no permite a la mesa decidir cuáles deben establecerse, pues supondría un ejercicio de discrecionalidad excesivo que ni le otorga el legislador, ni puede realizarse en el curso de la licitación, pues deben conocerse los parámetros por los licitadores antes de la presentación de sus ofertas.

En consecuencia, la retroacción debe realizarse al momento del acuerdo de la mesa de contratación de 28 de junio de 2023, debiendo admitirse todas las ofertas y ser clasificadas, sin la posibilidad de aplicar el artículo 85 del RGLCAP, puesto que la cláusula decimosegunda del PCAP, relativa a las ofertas anormalmente bajas omite cualquier remisión expresa, siendo el PCAP la ley del contrato, el cual quedó consentido, ex artículo 139 de la LCSP.

2. Sobre la congruencia de la solución adoptada. Inexistencia de criterios en el PCAP: los parámetros de anormalidad aplicados en la resolución no están firmes ni consentidos. Inexistencia de incongruencia y de reformatio in peius.

Por último, y en cuanto al alcance de nuestra resolución, este Tribunal es consciente del contenido del artículo 57.2 de la LCSP que señala: *“La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. En todo caso, la resolución será congruente con la petición y, de ser procedente, se pronunciará sobre la anulación de las decisiones no conformes a derecho adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones. En todo caso la estimación del recurso que conlleve anulación de cláusulas o condiciones de los pliegos o documentación contractual de naturaleza análoga, determinará la anulación de los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación”.*

Las resoluciones pueden únicamente entrar a conocer de aquellas pretensiones o peticiones planteadas por las recurrentes, pero no respecto de otras no planteadas, sin perjuicio de que la resolución sobre dichas pretensiones pueda fundamentarse en argumentos jurídicos distintos de los planteados por las recurrentes.

Debe tenerse en cuenta no obstante que, en el expediente remitido, la resolución de adjudicación (y la formalización del contrato) no aparecen notificadas a las partes, sino solo publicadas, por lo que, ello, añadido al error en el pie de recurso, hace que se debe ser especialmente, en este caso concreto, prudente a la hora de acoger posiciones extremadamente formalistas. Es decir, AUREN si bien no ocupa la posición de recurrente, lo cierto es que no resulta claro que a la misma se le haya dado la oportunidad de recurrir a través de la debida notificación de su exclusión.

De hecho, en el escrito de recurso especial, la UTE recurrente expresa que la resolución de adjudicación ha sido únicamente publicada, no notificada. Por ello, a pesar de conocer la situación de la entidad AUREN en este procedimiento, como interesada, no podemos concluir que el procedimiento pueda ser resuelto con todas las garantías teniendo en cuenta que las partes han dado por bueno el expediente remitido.

Partiendo de estas dos premisas, cumple recordar que, en este sentido, y a título de ejemplo, es frecuente la situación en la que habiéndose planteado un recurso contra un acto de adjudicación o de valoración del procedimiento de contratación, se aprecie que el defecto aducido respecto del acto impugnado proviene de un



acto anterior, fundamentalmente de los pliegos. En tales casos, en virtud del principio de congruencia que estamos examinando, el Tribunal aun apreciando la no adecuación a derecho de un acto no impugnado no se pronuncia sobre la misma. Por ejemplo, el caso de los pliegos que no habiendo sido impugnados resultan ser la causa de la anulabilidad de un acto. En este caso además de la indicada incongruencia nos encontraríamos ante un acto consentido, para el supuesto de que se intentaran hacer valer cuestiones relativas a los pliegos en un momento en que hubiera pasado el plazo para la interposición del recurso contra los mismos.

En nuestro supuesto ocurre justamente al contrario, dado que la mesa de contratación aplica un precepto sin motivo alguno, en el acto de adjudicación, no firme, que no figura en el PCAP, por lo que en ningún caso puede estimarse como un extremo consentido, y sobre el que no pueda pronunciarse el órgano de contratación, pues en el momento de la interposición del recurso, la exclusión no se encuentra firme para ninguno de los interesados, dado que de la adjudicación no consta su notificación, únicamente su publicación, afectando a todos los que fueron licitadores por igual, no siendo una situación firme a la hora de interponerse el recurso especial.

Asimismo, téngase en cuenta que es una cuestión, la de la aplicación del artículo 85 del RGLAP, que si bien no es tratada de forma directa, si se pasa sobre ella por parte de la UTE recurrente, es decir, solicita que la misma sea considerada como adjudicataria, y ello pasa por la aplicación en este momento del artículo 85 del RGLCAP. Es decir, implícitamente indica que el Tribunal considere que el artículo 85 RGLCAP es aplicable a efectos de considerarlo adjudicatario.

A dicho precepto no se remite el pliego, es decir, no es una cuestión que pueda estimarse como consentida en los pliegos. Supone que el Tribunal deba dar por buena su aplicación en el acto que resuelve la adjudicación y que no se encuentra firme, como tampoco lo están las exclusiones de otras entidades, como ocurre en el caso de AUREN.

Pues bien, una cosa es la congruencia con lo solicitado por las partes, y otra distinta que la entidad recurrente de entre varios vicios que concurren en la resolución de adjudicación solo trate de hacer valer los que le benefician, y deba resolverse no aplicando los que le perjudican, cuando sobre estos vicios, no alegados de forma directa, y que se contienen en la resolución de adjudicación, su procedencia no deriva de la aplicación de las cláusulas de un PCAP consentido.

Es decir, en nuestro caso, la recurrente pretende solo la nulidad de la reclasificación sucesiva operada, pero sería incongruente que este Tribunal, por el solo hecho de omitirlo, o por darlo por bueno, no entrase a valorar la correcta determinación precisamente de la clasificación operada conforme a los criterios o parámetros válidos del PCAP, precisamente consentidos por las partes, siendo ésta una cuestión íntimamente ligada con el fondo del asunto.

Sobre la congruencia, y sus límites, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 enero 1999 expresa:

*«La congruencia es un concepto jurídico procesal por el que el juzgador queda obligado a decidir todas las pretensiones deducidas en el pleito. La jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo precisa, con insistencia, que el principio de congruencia en la jurisdicción contencioso-administrativa es más riguroso que en la jurisdicción civil, porque en ésta la congruencia debe ceñirse a la demanda y demás pretensiones deducidas en el pleito (art. 359 LECiv) y en aquélla hay que tener en cuenta los motivos que sirven de fundamento a la pretensión a la oposición del demandado (SSTS, Sala Tercera, entre otra de 9 de abril de*



*1987, 22 de diciembre de 1989 y 15 de noviembre de 1990. Por ello, en la Sentencia de fecha 13 de julio de 1998, se hicieron las siguientes consideraciones: el art. 43.1 de la Ley Jurisdiccional dispone que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa juzgará dentro de las pretensiones de las partes y de las alegaciones deducidas para fundamentar el recurso y la oposición: por ello, el artículo 80 de la Ley Jurisdiccional manda que la sentencia decida todas las cuestiones controvertidas en el proceso. Es evidente que dichos preceptos legales exigen que las sentencias que se dicten sean respetuosas con el principio de congruencia, que es principio ligado al derecho de defensa. El principio de congruencia mira directamente a que entre las pretensiones de las partes y el fallo de la sentencia exista el debido ajuste o adecuación por lo que el juzgador debe resolver dentro de los límites de las pretensiones de las partes, sin alterar el marco general de las cuestiones planteadas”.*

En virtud de este principio debe adecuarse la resolución al petitum, a lo solicitado por el particular, si bien la resolución debe ajustarse a derecho pero siempre que no empeore la situación del particular, es decir, la conocida como reformatio in peius, que engarza con el principio de congruencia, dado que el Tribunal no puede resolver en contra de lo pedido. El Tribunal Constitucional en la Sentencia 45/1993, de 8 febrero, establecía en su FJ 2.º: «(...) la violación de la prohibición de reformatio in peius adquiere relevancia constitucional y es susceptible de amparo cuando sea encuadrable en la prohibición de indefensión del art. 24.1 CE. En otros términos, la reformatio in peius es una modalidad de incongruencia procesal, cuya prohibición, aparte de un principio general del Derecho Procesal tradicionalmente expresado en el brocardo tantum devolutum quantum appellatum, conecta con el art. 24.1 de la CE a través de la prohibición de indefensión».

Si bien el Tribunal, sólo conoce de lo alegado por la recurrente y no de lo no alegado, este principio procesal de congruencia tiene vigencia en el ámbito judicial, si bien en el estrictamente administrativo el principio de congruencia debe ser oportunamente matizado, ya que tiene que garantizar la satisfacción de los intereses públicos, que no pueden quedar únicamente, en este caso, al arbitrio de la UTE interesada, teniendo en cuenta las circunstancias ya citadas.

La reformatio in peius no es referible al mero cambio de los motivos determinantes de un resultado, dado que entonces no se reforma nada a peor, sino a igual; así lo señala la STS de 22 de noviembre de 1990 que recuerda (FD 2.º) que «la incongruencia, para que procediera apreciarla, preciso sería se diera entre las partes dispositivas de las resoluciones y no por razón de sus fundamentos».

Es decir, cambia el fundamento de la exclusión, pero no el resultado. De esta forma, el hecho de que la retroacción de las actuaciones no provoque beneficio inmediato en la UTE recurrente, no debe determinar que dichas actuaciones procedimentales le provoquen perjuicios, puesto que no agravaría su situación inicial, que es la de excluida. Es decir, no conlleva, en principio, reformatio in peius, derivado de que se carece del carácter definitivo de aplicar los criterios del artículo 85 RGLCAP, puesto que los mismos no están en los propios pliegos.

### **Tercera. Sobre los efectos de la resolución sobre la formalización del contrato.**

La nulidad del acuerdo de 28 de junio de 2023 de la mesa de contratación, así como de la resolución de 30 de agosto de 2023 del órgano de contratación, y la retroacción de las actuaciones, abarca obviamente a la posterior formalización obviando la suspensión automática del artículo 53 LCSP, prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido, impone la anulación de cualquier actuación posterior a dicho acuerdo de la mesa de contratación. El art. 153 LCSP señala:



*“Si el contrato es susceptible de recurso especial en materia de contratación conforme al artículo 44, la formalización no podrá efectuarse antes de que transcurran quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos”.*

Dicho precepto debe ser objeto de interpretación de forma conjunta con el art. 39.2.d) cuando recoge las causas de nulidad de derecho administrativo:

*“d) La inobservancia por parte del órgano de contratación del plazo para la formalización del contrato siempre que concurren los dos siguientes requisitos:*

*1.º Que por esta causa el licitador se hubiese visto privado de la posibilidad de interponer recurso contra alguno de los actos del procedimiento de adjudicación y,*

*2.º Que, además, concorra alguna infracción de los preceptos que regulan el procedimiento de adjudicación de los contratos que le hubiera impedido obtener esta”.*

El recurso especial pudo interponerse contra la adjudicación en plazo, y por tanto si bien no concurre la causa de nulidad del artículo 39 de la LCSP, la nulidad del acuerdo de 28 de junio de 2023 conlleva la retroacción, y con ello la nulidad de la formalización.

A estos efectos, debe recordarse la Disposición Final 28ª de la LCSP señala que:

*“1. La responsabilidad patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas derivada de sus actuaciones en materia de contratación pública, tanto por daños causados a particulares como a la propia Administración, se exigirá con arreglo a lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, así como en la normativa reglamentaria de desarrollo de la misma.*

*2. La infracción o aplicación indebida de los preceptos contenidos en la presente Ley por parte del personal al servicio de las Administraciones Públicas dará lugar a responsabilidad disciplinaria, que se exigirá conforme a la normativa específica en la materia”.*

Ello supone trasladar al ámbito de la contratación pública, las consecuencias de la responsabilidad extracontractual recogida en el artículo 36. 2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público cuando señala que:

*“La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento.*

*Para la exigencia de dicha responsabilidad y, en su caso, para su cuantificación, se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso.”*

#### **Cuarta. Efectos de la estimación del recurso.**

**A.** Debe darse la razón a la entidad recurrente, en el sentido de que no debe reclasificarse, una vez aplicados los parámetros de anormalidad, conforme a los fundamentos de fondo anteriormente argüidos, es decir, la misma



fue indebidamente excluida por este motivo, por lo que debe anularse la propuesta de 28 de junio de 2023, retro trayéndose las actuaciones a dicho momento.

**B.** Por tanto, la retroacción debe realizarse al momento del acuerdo de la mesa de contratación de 28 de junio de 2023, y resolverse conforme al artículo 139 de la LCSP, siendo los pliegos vinculantes para las partes, ya que los mismos se encuentran consentidos. Ello supone que, en este caso, no se pueda aplicar el artículo 85 del RGLCAP, tal y como hizo la mesa y confirmó el órgano de contratación, puesto que la cláusula decimosegunda del PCAP, relativa a las ofertas anormalmente bajas omite cualquier remisión expresa, siendo el PCAP la ley del contrato, el cual quedó consentido, ex artículo 139 LCSP. No solo fue indebidamente excluida la UTE recurrente, sino todas a las que se les aplicó el parámetro de anomalía del artículo 85 del RGLCAP.

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 **UTE D'ALEPH GLOBAL** contra la resolución de la Alcaldía de Soportújar 26/2023, de 30 de agosto, de adjudicación, en la que se contiene la exclusión de la recurrente, del contrato denominado “Servicios de asistencia técnica y consultoría para el apoyo a la ejecución, control y seguimiento del Plan de Sostenibilidad Turística en Destino (PSTD)», (Expediente 10/2023), convocado por convocado por la Alcaldía del Ayuntamiento de Soportújar (Granada), anulándose la misma, y ordenando la retroacción al momento del acuerdo de la mesa de contratación del 28 de junio de 2023, anulándose igualmente el mismo, y las exclusiones que en él se contienen, a los efectos de resolver conforme lo establecido en el fundamento de derecho sexto apartado 4.

**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de licitación, adoptada por este Tribunal en Resolución de 23 de octubre de 2023.

**TERCERO.** 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.

**CUARTO.** Remitir por el órgano de contratación al órgano competente en materia de personal de dicha entidad contratante, la presente resolución a los efectos previstos en la disposición adicional vigésimo octava de la LCSP, dada la formalización del contrato sin la espera debida del plazo de formalización de 15 días.

**QUINTO.** 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.

