

TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

RECURSOS Nº.- 3 y 4/2019

RESOLUCIÓN Nº.- 4/2019

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES DEL
AYUNTAMIENTO DE SEVILLA**

En Sevilla, a 22 de febrero de 2019.

Visto los recursos especiales en materia de contratación del artículo 44 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, interpuestos por B.D.C., en nombre y representación de la entidad EULEN, S.A, y N.J.M., en nombre y representación de la entidad DOC 2001, S.L contra la resolución de adjudicación dictada por el Consejo de Gobierno del Instituto Municipal de Deportes del Ayuntamiento de Sevilla de fecha 18 de enero de 2019, en relación con el contrato de "Servicio de Actividades Deportivas en los Centros Deportivos Municipales de gestión directa del Instituto Municipal de Deportes del Ayuntamiento de Sevilla" (Expediente 2018/000647) tramitado por el Instituto Municipal de Deportes (en adelante IMD), este Tribunal adopta la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 5 de junio de 2018 se remite al DOUE anuncio de licitación del contrato de "Servicio de Actividades Deportivas en los Centros Deportivos Municipales de gestión directa del Instituto Municipal de Deportes del Ayuntamiento de Sevilla" (Expediente 2018/000647) tramitado por el IMD mediante procedimiento abierto, con un valor estimado de 17.391.425,89 €, publicándose éste en la Plataforma de Contratación del Sector Público, junto con los Pliegos y Anexos correspondientes, el día 8 de junio.

SEGUNDO.- Tras la oportuna publicación, se presentaron a los diversos lotes los licitadores que constan en la Diligencia de 12 de julio de 2018 del encargado del registro.

TERCERO.- En su sesión pública de 17 de julio de 2018, se procede a la apertura por la Mesa de los sobres nº 2, que contenían la documentación referente a criterios (cuatro) cuya valoración dependía de un juicio de valor, acordándose su remisión al Servicio para la emisión del correspondiente informe técnico.

Con fecha de 15 de octubre de 2018, se emite el informe técnico requerido en el que se puntúan las propuestas. El 22 de octubre se reúne la Mesa de Contratación,

Código Seguro De Verificación:	MJyzEvWALA07BMQS/TFjCw==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Rosa María Perez Dominguez	Firmado	22/02/2019 09:05:10
Observaciones		Página	1/13
Url De Verificación	https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/MJyzEvWALA07BMQS/TFjCw==		



dándose lectura de los resultados y puntuación del sobre 2 y procediéndose a la apertura de los Sobres nº 3, que contenían la oferta económica y demás documentos susceptibles de valoración automática, procediendo a la aplicación de las fórmulas previstas en los Pliegos, y acordando la clasificación de las ofertas, sin perjuicio de lo que resultara del trámite de identificación y requerimiento de justificación de la anormalidad a aquellos licitadores que resultaren incurso en ella, dando traslado al Servicio de la documentación presentada, a fin de que se procediera a la valoración de la anormalidad, y a los requerimientos oportunos, en su caso.

Con fecha 26 de octubre de 2018, se emite informe de valoración poniéndose de manifiesto que incurrían en valores que pudieran presumirse anormales, las siguientes ofertas:

“1. LOTE 1. Resultan con valores anormales las ofertas superiores al 7,11 %, 9,07% y 10,28% (actividades, limpieza y administración, respectivamente), por lo que incurren en tales circunstancias las siguientes:

a. CAMPUSPORT:

1. Oferta de actividades deportivas del 7,15%.
2. Oferta de limpieza y mantenimiento del 11,36%.
3. Oferta de Administración y accesos del 12,98 %.

b. SANTAGADEA:

1. Oferta de limpieza y mantenimiento del 12,00%.

c. SIMA DEPORTE:

1. Oferta de actividad deportiva del 8,00%.

2. LOTE 2. Resultan con valores anormales las ofertas superiores al 6,60 %, 8,56% y 10,64% (actividades, limpieza y administración, respectivamente), por lo que incurren en tales circunstancias las siguientes:

a. CAMPUSPORT:

1. Oferta de actividades deportivas del 6,86%.
2. Oferta de limpieza y mantenimiento del 11,28%.
3. Oferta de Administración y accesos del 13,32 %.

3. LOTE 3. Resultan con valores anormales las ofertas superiores al 2,81 %, 4,75% y 4,41% (actividades, limpieza y administración, respectivamente), por lo que incurren en tales circunstancias las siguientes:

a. DOC 2001:

1. Oferta de actividades deportivas del 2,90%.
2. Oferta de limpieza y mantenimiento del 6,43%.
3. Oferta de Administración y accesos del 5,81%.

4. LOTE 4. Resultan con valores anormales las ofertas con una desviación superior al 20% respecto a la otra, por lo que incurren en tales circunstancias las siguientes:

a. EULEN:

1. Oferta de actividades deportivas del 1,00%.

b. DOC 2001

1. Oferta de limpieza y mantenimiento del 1,51%.
2. Oferta de Administración y accesos del 5,85 %.

5. LOTE 5. Resultan con valores anormales las ofertas superiores al 7,85 %, 12,71% y 13,43% (actividades, limpieza y administración, respectivamente), por lo que incurren en tales circunstancias las siguientes:

a. DOC 2001:

1. Oferta de actividades deportivas del 8,88%.
2. Oferta de limpieza y mantenimiento del 15,46%.

Código Seguro De Verificación:	MJyzEvWALA07BMQS/TFjCw==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Rosa María Perez Dominguez	Firmado	22/02/2019 09:05:10
Observaciones		Página	2/13
Url De Verificación	https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/MJyzEvWALA07BMQS/TFjCw==		



3. Oferta de Administración y accesos del 15,31 %.
- b. CAMPUSPORT:
1. Oferta de limpieza y mantenimiento del 9,03%.
 2. Oferta de limpieza y mantenimiento del 15,71%.
 3. Oferta de Administración y accesos del 17,82%.

6. LOTE 6. Resultan con valores anormales las ofertas superiores al 15,89 %, 20,30% 20,36% (actividades, limpieza y administración, respectivamente), por lo que incurren en tales circunstancias las siguientes:

- a. CAMPUSPORT:
1. Oferta de limpieza y mantenimiento del 24,90%.
 2. Oferta de Administración y accesos del 29,96 %.

7. LOTE 7. Resultan con valores anormales las ofertas superiores al 5,58%, en actividades deportivas, por lo que incurren en tales circunstancias las siguientes:

- a. SANTAGADEA:
1. Oferta del 10,00%.
- b. HAKA PROYECTOS:
1. Oferta del 11,00%. “

El informe finaliza señalando que “Procede por tanto requerir de justificación a las empresas afectadas en los términos previstos en el artículo 149 de la Ley de Contratos del Sector Público.”

Con base en el informe referido, se efectuaron los oportunos requerimientos de justificación de ofertas.

Presentada la documentación justificativa, ésta fue informada por la Sección de Instalaciones Deportivas del IMD en fecha de 22 de noviembre de 2018, con la conclusión de que se entendían “debidamente justificados los precios ofertados por los licitadores”

CUARTO.- Convocada la Mesa de Contratación el día 29 de noviembre de 2018, esta da lectura al informe técnico referido, aceptando éste, y, en consecuencia, acuerda elevar a definitiva la clasificación efectuada en su sesión de 22 de noviembre y proponer la siguiente adjudicación:

LOTE 1:

CAMPUSPORT, S.L.

LOTE 2:

CAMPUSPORT, S.L.

LOTE 3:

DOC 2001, S.L.

LOTE 4:

DOC 2001, S.L.

LOTE 5:

CAMPUSPORT, S.L

LOTE 6:

CAMPUSPORT, S.L.

LOTE 7:

SANTAGADEA GESTIÓN AOSSA, S.A

El Consejo de Gobierno, en sesión extraordinaria de 18 de enero de 2019, acuerda la clasificación de las ofertas, y la adjudicación de los Lotes, conforme a la propuesta de la Mesa, lo que es notificado a los licitadores con fecha 22 de enero de 2019.

Código Seguro De Verificación:	MJyzEvWALA07BMQS/TFjCw==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Rosa María Perez Dominguez	Firmado	22/02/2019 09:05:10
Observaciones		Página	3/13
Url De Verificación	https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/MJyzEvWALA07BMQS/TFjCw==		



QUINTO.- Con fecha 12 de febrero de 2018, se remite al correo del Tribunal comunicación por parte de DOC 2001, S.L., relativa a la interposición de recurso especial, indicando su imposición en correos y adjuntando escrito de recurso. Consta asimismo en la documentación remitida por el IMD, copia del sobre entregado en correos y dirigido al IMD, en la misma fecha, 12 de febrero , y con tres minutos de diferencia con respecto al envío dirigido al Tribunal.

El 13 de febrero de 2019, se remite al correo de este Tribunal por parte del IMD la comunicación y el escrito de interposición de Recurso especial en materia de Contratación planteado por la empresa EULEN, S.A., contra la adjudicación del lote 4 a DOC 2001, S.L., que tuvo entrada en el registro del IMD con fecha 11 de febrero de 2019.

SEXTO.- El 18 de febrero de 2019, tiene entrada en este Tribunal la documentación remitida por parte de la unidad tramitadora sobre el expediente de referencia, acompañada de los informes previstos en el art. 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Este Tribunal es competente para resolver en virtud de lo dispuesto en el artículo 46.4 de la LCSP y de conformidad con los acuerdos del Excmo. Ayuntamiento Pleno de Sevilla de 25 de Mayo de 2012, por el que se crea el mismo, el de 28 de septiembre de 2018, por el que se efectúa el nombramiento de su titular, y sus normas de funcionamiento, aprobadas por la Junta de Gobierno el 6 de julio de 2018.

SEGUNDO.- A la vista de los recursos presentados, el expediente de contratación y los informes emitidos por el IMD, de conformidad con lo previsto en el art. 13 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de recursos contractuales aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre y art. 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, este Tribunal dispone la acumulación de los recursos números 3 y 4, al guardar entre sí identidad sustancial e íntima conexión, dado que, aunque se interponen contra el acuerdo de adjudicación, van dirigidos a la admisión de ofertas, por entender que éstas, inicialmente incursas en anormalidad, no se han justificado debidamente ni demostrado su viabilidad.

TERCERO.- Con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo planteadas, procede analizar los requisitos relacionados con la admisión de los recursos.

En relación a **la legitimidad**, de conformidad con el art. 48 de la LCSP, las recurrentes, se encuentran legitimadas, no constando en el expediente, según indica el centro gestor en su informe, la representación del firmante del recurso formulado por DOC 2001, defecto, en cualquier caso subsanable.

Código Seguro De Verificación:	MJyzEvWALA07BMQS/TFjCw==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Rosa María Perez Dominguez	Firmado	22/02/2019 09:05:10
Observaciones		Página	4/13
Url De Verificación	https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/MJyzEvWALA07BMQS/TFjCw==		



En cuanto al **plazo de interposición**, el art. 50 de la LCSP, establece que el plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación es de 15 días hábiles, considerándose presentado en plazo, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, el acto impugnado y la fecha de conocimiento por parte de los recurrentes de la información precisa para ejercer con garantías su derecho de defensa.

En relación al **ámbito objetivo del recurso**, hemos de analizar si ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la LCSP, es susceptible de recurso en esta vía.

El artículo 44.1 del TRLCSP establece que:

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

- a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y **servicios**, que tenga un valor estimado **superior a cien mil euros**.*
- b) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.*
- c) Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.(...).”*

En su apartado 2, el art. 44 determina las actuaciones recurribles, estableciendo que podrán ser objeto del recurso las siguientes:

“a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

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

*c) Los acuerdos de **adjudicación**.*

d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.

e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.

f) Los acuerdos de rescate de concesiones.

Nos encontramos ante un contrato de servicios con un valor estimado que supera los umbrales establecidos, respecto del cual, conforme al transcrito art. 44.1, y el 44.2, se concluye la posibilidad de recurrir el acuerdo por el que se adjudica el contrato.

CUARTO.- Entrando ya en el fondo del asunto, los escritos de interposición del recurso vienen a plantear la improcedencia de la adjudicación, por entender que las

Código Seguro De Verificación:	MJyzEvWALA07BMQS/TFjCw==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Rosa María Perez Dominguez	Firmado	22/02/2019 09:05:10
Observaciones		Página	5/13
Url De Verificación	https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/MJyzEvWALA07BMQS/TFjCw==		



ofertas de las adjudicatarias debieron ser excluidas, y ello básicamente por una razón: no justificación de la baja anormal e inviabilidad.

QUINTO.- Por lo que respecta a la anormalidad de las ofertas y su justificación, el informe remitido por el IMD manifiesta que *“ la Mesa de Contratación, luego de la apertura de la oferta económica, instó a los servicios del órgano de contratación a que realizara los cálculos oportunos para apreciar las ofertas presuntamente anormales, lo cual se materializó en informe de 26 de octubre de 2018 de esta Jefatura, que, en referencia al lote que nos ocupa, entendió que las proposiciones de 1,51% y 5,85% de «DOC 2001, S.L.» y la de 1,00% de «EULEN, S.A.» incurrían en temeridad a partir de los cálculos practicados directamente en los porcentajes de las ofertas, y no sobre los precios unitarios una vez multiplicados los porcentajes de descuento”,* admitiendo que *“Esta interpretación es errónea, no sólo por ser contraria al criterio prácticamente unánime de las Juntas Consultivas de Contratación y otros operadores jurídicos, sino porque incluso este mismo servicio, en respuesta a una consulta planteada en la Plataforma de Contratación, la respondió públicamente en sentido contrario. Por ello, aplicado correctamente los porcentajes ofrecidos al precio unitario en valores absolutos, resulta que ninguna de las dos ofertas incurre en presunción de anormalidad, pues las diferencias entre las dos ofertas en sus tres puntos son de 0’79%, 0’84% y 5’51%, que no superan el umbral del artículo 85.2 citado.”*

En el mismo sentido, se pronuncia el informe remitido en relación con los Lotes 1,2,5 y 6 adjudicados a CAMPUSPORT, S.L, señalando que *“aplicado correctamente los porcentajes ofrecidos al precio unitario en valores absolutos, resulta que de todas las anteriormente relacionadas solo dos incurren en presunción de anormalidad, en concreto, la de 17,82% del servicio de «Administración y accesos en piscinas» del lote 5, y la de 24,90% del servicio de «Mantenimiento y limpieza en piscinas» del lote 6.”*, entendiéndose, en consecuencia que *“ el trámite de requerimiento de justificación llevado a cabo a cuenta del incidente previsto en el artículo 149 de la LCSP fue en todo punto improcedente y así habrá de ser declarado.(...) Siendo así, todas las alegaciones del recurso, que se sustentan en presuntas incorrecciones observadas en el (innecesario) trámite del artículo 149 LCSP, han de decaer por motivos obvios, pues la premisa que las sustenta, existencia de presunción de anormalidad por aplicación del artículo 85.2 del Reglamento –por remisión del Anexo I del PCAP–, es falsa. (...) No existiendo nulidad, huelga hablar de retroacción de expediente, conservación de actos o trámites, ni otros efectos propios del instituto de la nulidad, sino que simplemente se habrá de privar de efecto alguno que se derive de ese trámite innecesario. En la práctica supone simplemente, como se ha dicho, limitar el objeto del presente recurso.”*

Como señalaba el Tribunal Central en su Resolución 373/18, para supuestos como el del contrato impugnado, con varios criterios de adjudicación, tanto el anterior TRLCSP como la aplicable al supuesto que nos ocupa LCSP establecen que para apreciar la posible anormalidad de las ofertas se han de utilizar los parámetros objetivos contemplados en los pliegos. A tal efecto, el artículo 149 de la LCSP, relativo a las ofertas anormalmente bajas, determina en su apartado 2 que:

“2. La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación deberá identificar las ofertas que se encuentran incursas en presunción de anormalidad, debiendo contemplarse en los pliegos, a estos efectos, los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal.

La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación realizará la función descrita en el párrafo anterior con sujeción a los siguientes criterios:

Código Seguro De Verificación:	MJyzEvWALA07BMQS/TFjCw==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Rosa María Perez Dominguez	Firmado	22/02/2019 09:05:10
Observaciones		Página	6/13
Url De Verificación	https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/MJyzEvWALA07BMQS/TFjCw==		



(...)

b) 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”.

Aunque la LCSP precisa con más detalle las condiciones de rechazo o aceptación de las ofertas presuntamente anormales, lo relevante para la licitación impugnada es que, la justificación de la oferta y su eventual rechazo sólo debe efectuarse en el caso de que se identifique como anormal en aplicación de los parámetros objetivos establecidos en el PCAP.

Por tanto, la primera cuestión a dilucidar es si la oferta adjudicataria resultaba presuntamente anormal de acuerdo con esos parámetros.

El artículo 69.1 Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, sobre contratación pública se refiere a las ofertas anormalmente bajas estableciendo que:

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

A tales parámetro de anormalidad, se refiere el Pliego, *lex contractus*, en su Anexo I, punto nº 5, remitiéndose al artículo 85 del RGLCAP en los siguientes términos:

“5.- PARÁMETROS OBJETIVOS PARA CONSIDERAR UNA OFERTA ANORMAL O DESPROPORCIONADA.

Se considerarán anormales o desproporcionadas, las ofertas que se encuentren en los supuestos relacionados en el artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. (Estos parámetros se aplicarán exclusivamente al criterio económico del punto 1.1. , es decir a la baja sobre los precios unitarios de los servicios y no para el incremento por gasto de reparación) . No obstante no será de aplicación, por entenderse derogado tácitamente el citado artículo 85 en su número 3 “in fine” que considera desproporcionada en cualquier caso la baja superior a 25 unidades porcentuales, por cuanto que contradice el artículo 152. 1 del TRLCSP. (Esta interpretación es la recogida por el Tribunal Administrativo de Contratación pública de la Comunidad de Madrid en la Resolución nº 70/2014 recaída en el Recurso especial en materia de contratación nº 62/2014, de fecha 23 de abril de 2014.).

Si se apreciaran valores anormales en las proposiciones se actuará conforme al procedimiento previsto en el artículo 149 de la LCSP.

Para la consideración, en su caso, de los valores de la oferta económica como anormales o desproporcionados, se deberá acreditar entre otras, la posibilidad de cumplimiento de la oferta con el Convenio Colectivo sectorial de aplicación, así como la reducción de los costes de la empresa en cualesquiera de los aspectos objeto de la contratación: recursos materiales, recursos humanos, medios técnicos, de comunicación, logísticos, organizativos, de servicios y otros derivados de su objeto, para cuya justificación deberán acreditarse de modo fehaciente las circunstancias que lo motivan.

Documentación a aportar por la entidad licitadora para justificar una oferta anormal o desproporcionada:

Código Seguro De Verificación:	MJyzEvWALA07BMQS/TFjCw==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Rosa María Perez Dominguez	Firmado	22/02/2019 09:05:10
Observaciones		Página	7/13
Url De Verificación	https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/MJyzEvWALA07BMQS/TFjCw==		



X Documentación justificativa del cálculo del coste del personal adscrito al contrato que garantice que la oferta cubre los salarios fijados en el convenio colectivo sectorial de aplicación.

X Documentación justificativa del ahorro que cubra el porcentaje de baja por el que la oferta ha incurrido en anormalidad.

X Condiciones especialmente favorables de que disponga para ejecutar las prestaciones incluidas en el contrato.

X Cualquier otra evidencia documental acreditativa de la viabilidad de la oferta.”

Efectivamente el cálculo de la media aritmética ha de efectuarse en valores absolutos no en porcentajes, como señala el centro gestor en su informe, y así viene propugnando la doctrina de órganos consultivos y tribunales. En esta línea, se manifestaba ya este Tribunal en su Resolución 6/2013, disponiendo que “La Junta Consultiva de Contratación del Estado, en informe 47/03, de 2 de febrero de 2004 ha señalado como correcta la interpretación del artículo 85 del RGLCAP consistente en referir a “*la media aritmética de las ofertas presentadas, y no la media aritmética de las bajas de las ofertas presentadas*”. Y ello, por una interpretación histórica del precepto reglamentario, al constatar que el art. 109 del antiguo Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, sobre esta cuestión consideraba desproporcionada o temeraria la baja de toda proposición cuyo porcentaje excediese en 10 unidades, precepto derogado expresamente por la disposición derogatoria única, apartado 2, letra a) del Real Decreto 1098/2001.

En el mismo sentido se ha expresado la Junta Consultiva de Contratación de Andalucía en la Recomendación 8/2002, de 4 de febrero de 2003, sobre interpretación de la literalidad de los artículos 85 y 86 del citado Reglamento, ante las dudas interpretativas que pudieran suscitarse en su aplicación.

La Recomendación 8/2002 de 4 de febrero de 2003, reproduce el literal del art. 85.2, destacando que *cuando concurren dos licitadores, se considerará desproporcionada o temeraria la oferta que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.*, utilizándose en la comparación el concepto de oferta y no el de porcentaje de baja.

Respecto a los supuestos en que concurren tres licitadores, la Recomendación aludida es tajante y establece “*que el cálculo de la media aritmética se hace sobre las ofertas en valores absolutos y no en porcentajes*” y cuando sean cuatro o más los concurrentes, “*las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas*”

El propio centro gestor reconoce en su informe que se ha producido un error en el cálculo de las anormalidades, habiéndose efectuado éste teniendo en cuenta los porcentajes ofertados y no el valor absoluto de las ofertas, en contra de lo previsto en Pliegos y de la respuesta a la consulta expresamente realizada y respondida sobre este particular.

SEXTO.- Llegados a este punto la cuestión ha de centrarse en determinar el alcance de las funciones que a este Tribunal corresponden, y concretamente en relación con las consecuencias que dicha irregularidad en el cálculo tiene.

Código Seguro De Verificación:	MJyzEvWALA07BMQS/TFjCw==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Rosa María Pérez Domínguez	Firmado	22/02/2019 09:05:10
Observaciones		Página	8/13
Url De Verificación	https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/MJyzEvWALA07BMQS/TFjCw==		



El carácter revisor de los Tribunales especiales en materia de Contratación viene sosteniéndose, tanto por éstos como por la jurisprudencia, desde sus orígenes, en este sentido y entre otras muchas, destacar las Resoluciones de este Tribunal 2/2012,6/2012, 7/2013, 8/2013,12/2017, 6/2017 o 14/2017, Tribunal Central 267/2017 Aragón 81/205, Andalucía 263/2011, 1/2012.

Como señalaba el Tribunal Central en su Resolución 267/2017, *“la función de este Tribunal es de carácter revisor. Así, como hemos indicado en reiteradas resoluciones (entre otras 58/2016, 367/2016, 24/2015,196/2014) nuestro cometido es el de revisar los actos recurridos para determinar si se hallan incursos en vicios de legalidad, y de ser así, anularlos y ordenar en su caso la reposición de actuaciones al momento anterior a aquellos, pero en ningún caso puede sustituir a los órganos intervinientes en el procedimiento de contratación.”*

La función revisora que al tribunal corresponde no puede, pues, ampliarse a la sustitución del centro tramitador en sus actuaciones, ni, obviamente a la de la Mesa y el propio Órgano de Contratación en las decisiones y acuerdos que a éstos corresponde adoptar, del mismo modo que no puede sustituir un juicio técnico, ni resolver la adjudicación en favor de uno u otro licitador, correspondiéndole, eso sí, verificar el cumplimiento de la normativa vigente y el ajuste a derecho de la actuación administrativa, adoptando si se verificara lo contrario, los acuerdos oportunos a fin de que en la sede correspondiente se depuren las actuaciones y se alcance un resultado acorde a la legalidad. En este sentido, la LCSP, en su art. 57.4, viene a disponer expresamente que *“En caso de estimación total o parcial del recurso, el órgano de contratación deberá dar conocimiento al órgano que hubiera dictado la resolución, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la misma.”*

Es, como señala el art. 149.2 de la LCSP, la mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación quien *“deberá identificar las ofertas que se encuentran incursas en presunción de anormalidad, debiendo contemplarse en los pliegos, a estos efectos, los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal”*, y en el caso que nos ocupa tanto la Mesa como el Órgano de Contratación han adoptado unos acuerdos cuyo fundamento proviene de unos informes que adolecen de error: la consideración de incursión en anormalidad de ofertas no merecedoras de tal calificación.

No puede compartirse la opinión defendida en el informe del centro gestor en orden a la consideración de un mero error aritmético que nada altera y cuya única consecuencia debiera ser privar de efecto alguno todo lo que se haya derivado del trámite innecesariamente practicado, ya que ese erróneo cálculo de anormalidades ha traído como consecuencia una serie de actuaciones y actos que de otra manera no se hubieran producido, o de hacerlo, serían distintos. A saber, ha generado:

- Una declaración de incursión en anormalidad de todos los adjudicatarios, en los siete lotes, y, en consecuencia, la puesta en marcha del mecanismo al efecto contemplado en el art. 149, esto es el requerimiento indebido de justificación de ofertas a todos ellos.
- Un informe de valoración de las justificaciones presentadas.
- Un Acuerdo de la Mesa, asumiendo los informes anteriores y efectuando una propuesta de clasificación sobre la premisa de ofertas inicialmente incursas en anormalidad, en el entendimiento de que la propia Mesa, que es a quien corresponde, las considera tales y las entiende justificadas.
- Unos acuerdos de adjudicación, que tienen como base, fundamento y motivación *“in aliunde”*, una serie de actuaciones e informes técnicos elaborados a raíz de una

Código Seguro De Verificación:	MJyzEvWALA07BMQS/TFjCw==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Rosa María Perez Dominguez	Firmado	22/02/2019 09:05:10
Observaciones		Página	9/13
Url De Verificación	https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/MJyzEvWALA07BMQS/TFjCw==		



premisa errónea. (Resol. Tribunal Central 842/17,1059/2017, 130/2018 ó 718/2018, entre otras)

- La interposición de Recursos especiales en materia de Contratación, que se amparan en alegaciones de falta de justificación de ofertas anormales, que no son tales.

Como ocurriera en el supuesto examinado en nuestra Resolución 8/2013. *“De todo lo expuesto puede concluirse que el informe de valoración emitido (...) y aceptado por la Mesa (...), no recoge, en su tenor literal, las explicaciones y justificaciones que, a posteriori, se contienen en el informe remitido a este Tribunal, (...) explicaciones que por no constar en el expediente, ni poder claramente deducirse del mismo, eran desconocidas por los interesados y particularmente por el recurrente, sin que por ello pudiera éste ejercer su derecho de defensa con todas las garantías.*

No es en sede de recurso cuando, efectivamente puede motivarse y justificarse un acto, sino con carácter previo a su adopción, por cuanto que es lo que le sirve de fundamento. El recurso es el momento procesal óptimo para explicar, defender y fundamentar, pero no para introducir nuevas motivaciones que no se deriven de las ya dadas.

La necesidad de motivación de la adjudicación, y en consecuencia la de su notificación, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha venido reiterando que la motivación de la decisión de adjudicación de un contrato, constituye un elemento esencial para evitar la arbitrariedad, al tiempo que permite a los demás interesados conocer los argumentos utilizados por el órgano de contratación que permita, en su caso, impugnar la adjudicación. La motivación de los actos administrativos es una garantía propia de los mismos, que en caso de ser contravenida generaría indefensión al administrado. Con carácter general la motivación cumple la función de asegurar, de un lado, el principio de transparencia en la actuación de las Administraciones Públicas de trascendental importancia en el ámbito de cualesquiera procedimientos de concurrencia competitiva, como es el caso de la contratación pública, y de otro, la de posibilitar el control del acto y la verificación de su contenido al fin perseguido, como es propio de la actividad del Estado de Derecho, para determinar si se ajusta o no a la normativa vigente, y de dar a conocer a sus destinatarios las razones en que aquéllos se asientan, único modo de que puedan decidir sobre la pertinencia o no de su impugnación y sobre los fundamentos de ésta.

Ello no significa que deba hacerse una motivación profunda o exhaustiva de cada fundamento del acto notificado, sino que basta con la fundamentación somera de cuáles han sido los criterios seguidos para su adopción, con el parámetro anteriormente indicado de que el contratista pueda tener conocimiento cabal de las causas por las que se ha adjudicado el contrato a un determinado licitador, las de exclusión en su caso y las de no adjudicación al resto, al objeto de permitirle ejercitar de forma fundada las acciones que en Derecho le correspondan.(en este sentido, entre otras, se pronuncian las Resoluciones nº 16/2012 y 48/2012 del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID y el Acuerdo 2/2012, de 16 enero de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón).

Por todo ello y en aras al cumplimiento de los principios de seguridad jurídica y transparencia, procedería que fuese la propia Mesa de Contratación, la que emitiera y recogiera en el acta, o amparándose, si así se precisa, en un informe técnico, aceptando éste, las explicaciones e informaciones que hoy se plantean, basando en ellas la motivación de la adjudicación y notificándolas debidamente al recurrente y a

Código Seguro De Verificación:	MJyzEvWALA07BMQS/TFjCw==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Rosa María Perez Dominguez	Firmado	22/02/2019 09:05:10
Observaciones		Página	10/13
Url De Verificación	https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/MJyzEvWALA07BMQS/TFjCw==		



todos los interesados, a fin de que éstos, puedan efectivamente y conforme a derecho ejercer su derecho de defensa”.

En sentido similar, nos pronunciábamos en las Resoluciones 6/2017, 12/2017 o 14/2017, en las que la incorrecta aplicación de fórmulas, determinó la retroacción de actuaciones. La Resolución 5/2013, ya destacaba que *“En el caso que nos ocupa, las razones determinantes de la decisión adoptada por el órgano de contratación en orden a determinar el adjudicatario del contrato, aparecen reflejadas en la documentación incorporada al expediente. Así, en los informes de valoración técnica de 26 y 28 de diciembre aparecen debidamente reflejados los criterios objeto de valoración, los aspectos de las ofertas valorados en cada uno y la puntuación atribuida a los mismos. Estos informes aceptados por la Mesa de contratación sirven para considerar suficientemente motivado el acto de adjudicación, pues el artículo 54.2 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece que “la motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva se realizará de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias, debiendo, en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte.”*

Es de destacar que en la propia Resolución citada 8/2013, este tribunal, a modo de recomendación, ponía de manifiesto la necesidad de que los informes de valoración técnica que se emitan, se ajusten a los criterios expresamente recogidos en los Pliegos de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas que rigen los contratos, expresándose la valoración efectuada y su justificación, de la forma más clara posible, al objeto de no provocar errores en su interpretación y garantizar la transparencia debida, acordando la retroacción de actuaciones al momento de la valoración del Sobre 2. El cumplimiento del deber de motivación que a la Administración corresponde exige la puesta en conocimiento de los interesados de aquella información que les permita ejercitar con garantía sus derechos de defensa, de ahí la necesidad de que si tal información no se deriva del propio acuerdo de adjudicación, se acompañe la notificación de éste de todos aquéllos informes que le sirven de fundamento, y que constituyen, como ya se ha dicho y viene siendo aceptado por la doctrina y la jurisprudencia, su motivación “in aliunde”. Esta cuestión, cobra especial relevancia a raíz de la ampliación del ámbito objetivo de los actos susceptibles de recurso especial efectuada por la LCSP de 2017, cuyo art. 44 amplía los supuestos anteriormente contemplados, estableciendo expresamente la posibilidad de impugnación de los actos de trámite por los que se admiten e inadmiten licitadores, o se admiten o excluyen ofertas.

SÉPTIMO.- La Constitución recoge en el Título IV los principios que inspiran la actuación administrativa y garantizan el sometimiento pleno de su actividad a la Ley y al Derecho. El procedimiento administrativo es la primera de las garantías de los particulares, en tanto que es un **requisito mínimo de la Administración la actuación a través de unos cauces determinados, para que su actividad pueda ser calificada de actividad legítima.** La exigencia de la observancia procedimental es la garantía de que la actuación administrativa se produce con arreglo a criterios objetivos y a la legalidad, con respeto a los derechos de los ciudadanos y pleno sometimiento al ordenamiento jurídico, elementos todos ellos ineludibles del Estado de Derecho, constituyendo una garantía, tanto para los ciudadanos como para la propia Administración.

Código Seguro De Verificación:	MJyzEvWALA07BMQS/TFjCw==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Rosa María Perez Dominguez	Firmado	22/02/2019 09:05:10
Observaciones		Página	11/13
Url De Verificación	https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/MJyzEvWALA07BMQS/TFjCw==		



El procedimiento administrativo vendría a ser el camino, **el modo de producción de los actos administrativos**, definiéndose, en palabras de García de Enterría, como un **complejo de actos del ciudadano y de la administración, todos ellos con sustantividad jurídica propia, sin perjuicio de su carácter instrumental respecto de la resolución final**.

Como es obvio, la finalidad del procedimiento no termina en garantizar los derechos de los ciudadanos sino en asegurar la pronta y eficaz satisfacción del interés general. Además, en las democracias occidentales, el procedimiento se presenta como un medio de democratización de los mecanismos de decisión administrativa.

Se trata de un instrumento específico al servicio de varios **fines**: la calidad del acto administrativo, la objetividad, la protección del ciudadano ante el poder de la Administración, etc. El procedimiento es, o tiende a ser, una garantía del buen funcionamiento de la Administración pública, lo que asegura que la decisión tomada es justa y respeta los derechos de los interesados.

El procedimiento no es sino el cauce formal, previamente regulado, al que ha de sujetarse la actuación de la Administración para el cumplimiento o realización de sus funciones o como decía la Exposición de Motivos de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 “cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la realización de un fin”, estando relacionados, en cuanto eslabones de una misma cadena, todas las actuaciones, trámites y acuerdos que forman parte del mismo.

Los informes, como parte de las actuaciones que forman parte del procedimiento, no son sino declaraciones de juicio emitidas por órganos especialmente cualificados en materias determinadas que tienen por objeto ilustrar al órgano decisor y proporcionarle los elementos de juicio necesarios para dictar su resolución, si éstos informes se elaboran sobre la base de un error, entiende este Tribunal que tal error afecta, por tanto a la decisión tomada, máxime cuando tales informes son la motivación que fundamenta la decisión, sin que tal afirmación se vea afectada, en este caso concreto por los principios de eficacia, conservación de trámites y economía procesal, en el entendimiento de los mismos han de ceder ante los elementales de legalidad, seguridad jurídica, transparencia e interdicción de la indefensión.

En efecto, en el supuesto que nos ocupa, existe un informe adoleciente de un error, unos requerimientos de justificación de anomalías y unas actuaciones posteriores basadas en tal informe, que son, de facto, a las que han tenido acceso los recurrentes, sin que conste que por parte de la Administración se haya efectuado trámite o actuación alguna tras la verificación del error cometido, en uso de los mecanismos que el Ordenamiento jurídico pone a su disposición a tales efectos, entendiéndose este Tribunal que no procede, sin más trámite, privar de efectos lo actuado y limitar el objeto del recurso a las adjudicaciones que efectivamente, y tras una nueva valoración, que no consta en el expediente, resultan en favor de ofertas incursas en anomalía.

Como señalaba el Tribunal Central, en su Resolución 373/2018, ya citada, para la determinación de la anomalía han de utilizarse los parámetros objetivos establecidos en los Pliegos, y aclarados en este caso, en cuanto a la forma de cálculo, a través de una respuesta expresa dada por la administración a una consulta planteada al efecto. Esta información es la que consta en el expediente y la que ha sido tenida en cuenta por los licitadores al formular su oferta, de modo que la declaración de anomalía, su justificación y eventual rechazo sólo debe efectuarse en el caso de que una oferta se identifique como anormal en aplicación de

Código Seguro De Verificación:	MJyzEvWALA07BMQS/TFjCw==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Rosa María Pérez Domínguez	Firmado	22/02/2019 09:05:10
Observaciones		Página	12/13
Url De Verificación	https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/MJyzEvWALA07BMQS/TFjCw==		



los parámetros establecidos en el Pliego, no considerándose aceptable la subsistencia en el expediente de informes y acuerdos basados en una improcedente declaración de anormalidad, lesiva, por supuesto para afectados, y que incluso, si así se previera en los Pliegos, puede determinar la exigencia de prestación de la garantía complementaria prevista en el art. 107.2 de la LCSP, teniendo también consecuencias jurídicas en la ejecución, exigiendo expresamente el art 149.7 de la propia LCSP que *“Cuando una empresa que hubiese estado incurso en presunción de anormalidad hubiera resultado adjudicataria del contrato, el órgano de contratación establecerá mecanismos adecuados para realizar un seguimiento pormenorizado de la ejecución del mismo, con el objetivo de garantizar la correcta ejecución del contrato sin que se produzca una merma en la calidad de los servicios, las obras o los suministros contratados”*.

Con base en los fundamentos jurídicos esgrimidos y en aras a la salvaguarda de los principios básicos que han de inspirar la contratación administrativa, fundamentalmente, y en lo que a este caso respecta, los de legalidad, transparencia y garantía, así como los de protección de los derechos de defensa de los interesados, considera este Tribunal la necesidad de depurar oportunamente el expediente, lo cual exige, en este supuesto y por aplicación de los principios referidos, la retroacción de actuaciones al momento de la valoración y cálculo de las eventuales anormalidades en que pudieran incurrir las ofertas presentadas, no procediendo entrar en la consideración del resto de las alegaciones efectuadas por las partes.

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

RESUELVE

PRIMERO.- Ordenar la retroacción de actuaciones en el procedimiento seguido para la contratación del “Servicio de Actividades Deportivas en los Centros Deportivos Municipales de gestión directa del Instituto Municipal de Deportes del Ayuntamiento de Sevilla” (Expediente 2018/000647) tramitado por el Instituto Municipal de Deportes, al momento de valoración y cálculo de las eventuales anormalidades en que pudieran incurrir las ofertas presentadas.

SEGUNDO.- Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58 de la LCSP.

TERCERO.- Levantar la suspensión del procedimiento de contratación.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo 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.

LA TITULAR DEL TRIBUNAL DE
RECURSOS CONTRACTUALES
Rosa M^a Pérez Domínguez

Código Seguro De Verificación:	MJyzEvWALA07BMQS/TFjCw==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Rosa María Perez Dominguez	Firmado	22/02/2019 09:05:10	
Observaciones		Página	13/13	
Url De Verificación	https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/MJyzEvWALA07BMQS/TFjCw==			