

**Recurso 273/2024**  
**Resolución 318/2024**  
**Sección Segunda**

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

Sevilla, 6 de agosto de 2024

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **COMERTEL S.A.** contra el acuerdo de exclusión de su oferta respecto de los **lotes 1, 3, 12 y 13** del procedimiento de adjudicación del contrato denominado «Servicio público de comedor escolar y programa de refuerzo en alimentación infantil (PRAI) en los centros docentes públicos dependientes de la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional» (Expediente CONTR 2024 0000191525 ) promovido por la Agencia Pública Andaluza de Educación, adscrita a la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación profesional, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

### **RESOLUCIÓN**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 3 de mayo de 2024 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. Ese mismo día los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil, siendo el valor estimado del contrato de 231.345.991,21 €.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

**SEGUNDO.** Con fecha 12 de junio de 2024 se celebra sesión de la mesa de contratación en la que se procede a la identificación de las ofertas que puedan encontrarse en anomalía de conformidad con lo establecido en el artículo 149 de la LCSP señalándose, por lo que aquí nos interesa como oferta incurso en anomalía la oferta de la entidad COMERTEL SA (en adelante, COMERTEL o la entidad recurrente) respecto de los **lotes 1, 3, 6, 10, 11, 12 y 13**. Dicha acta se publica en el perfil de contratante el mismo día de su celebración.

**TERCERO.** Con fecha 5 de julio de 2024 se dicta Resolución de la Dirección Gerencia de la Agencia Pública Andaluza de Educación (en adelante, APAE) por la que se excluye la oferta de la recurrente respecto de los **lotes 1, 3, 12 y 13** al estimar que las mismas no pueden ser cumplidas a satisfacción como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. Dicha resolución figura publicada en el perfil de contratante con fecha 5 de julio de 2024, notificándose a la recurrente con idéntica fecha.



**CUARTO.** El 24 de julio de 2024, la recurrente presentó en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de exclusión de su oferta, respecto de los lotes 1, 3, 12 y 13 adoptado por la Dirección Gerencia de la APAE.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, de fecha 24 de julio de 2024, que tuvo que ser reiterado el 29 de julio, se dio traslado del recurso al órgano de contratación, requiriéndole la documentación necesaria para la tramitación y resolución del recurso que ha tenido entrada en esta sede con fecha 30 de julio de 2024.

Habiéndose conferido trámite de alegaciones a los interesados con traslado del escrito de recurso por plazo de cinco días hábiles, consta que se han presentado en plazo las formuladas por las entidades ALESSA CATERING SERVICES S.A.U. (en adelante, ALESSA) y AUSOLAN RCS S.L. (en adelante, AUSOLAN).

No se ha pronunciado este Tribunal sobre la medida cautelar solicitada ante la pronta resolución del presente recurso; resultando, además, que, de haberse adoptado aquella, la presente resolución hubiese determinado por disposición legal el levantamiento de la medida instada.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO. Competencia.**

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

### **SEGUNDO. Legitimación.**

La recurrente ostenta legitimación para la interposición del recurso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 48 de la LCSP, en su condición de licitadora que ha sido excluida del procedimiento de adjudicación respecto de los lotes indicados.

### **TERCERO. Acto recurrible.**

El recurso se interpone contra el acuerdo de exclusión adoptado por el órgano de contratación en el procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y va a resultar formalizado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por tanto, el recurso es procedente de conformidad con lo establecido en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 b) de la LCSP.

### **CUARTO. Plazo de interposición.**

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, el acuerdo de exclusión es notificado a la recurrente con fecha 5 de julio de 2024 por lo que el recurso presentado el 24 de julio de 2024 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

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

#### 1. Alegaciones de la recurrente.



La recurrente solicita de este Tribunal «Que se anule el Acuerdo de la Dirección General de la Agencia Pública Andaluza de Educación por el que se nos excluye de los lotes 1,3, 12 y 13 del contrato de SERVICIO PÚBLICO DE COMEDOR ESCOLAR Y PROGRAMA DE REFUERZO EN ALIMENTACIÓN INFANTIL (PRAI) EN LOS CENTROS DOCENTES PÚBLICOS DEPENDIENTES DE LA CONSEJERÍA DE DESARROLLO EDUCATIVO Y FORMACIÓN PROFESIONAL. Expediente: CONTR 2024 0000191525 retrotrayendo las actuaciones al momento de requerimiento de justificación de la oferta anormal».

En síntesis, la recurrente alega que existe una palpable arbitrariedad y desproporción al excluir su oferta con fundamento en parámetros construidos *ex novo* en el momento de valoración de las ofertas anormales por el comité de expertos en su informe sobre valoración de las justificaciones de anormalidad, con afección clara a los derechos legítimos, resultando injustamente excluida.

En su exposición parte de señalar el objetivo del requerimiento de justificación de la baja anormal que no es otro sino el de asegurar la viabilidad económica de la oferta y verificar los argumentos de la empresa incurso en presunta anormalidad respecto de su capacidad para ejecutar el contrato. Invoca, al respecto, las Resoluciones 52/2012, de 9 de febrero o la 188/2018, de 23 de febrero del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, así como la Resolución 78/2022 de 4 de febrero de este Tribunal conforme a la cual no es posible la aplicación automática de los criterios de anormalidad rechazando la oferta incurso en presunción de temeridad, pues la ley requiere solicitar explicaciones sobre la composición de la oferta, y una valoración de los diferentes elementos puestos de manifiesto en la justificación y características de la propia empresa para poder apreciar de forma motivada si es posible o no el cumplimiento de la proposición en términos satisfactorios.

Partiendo de la doctrina de este Tribunal, denuncia que el comité de expertos no ha procedido a valorar la oferta conforme al artículo 149 de la LCSP, sino que se ha limitado a utilizar unos parámetros que no se conocían desde un inicio para motivar la exclusión del procedimiento, resultando de ello que la exclusión es contraria a derecho, y debe por ello anularse.

Manifiesta que el citado comité ha pretendido alterar las reglas de forma arbitraria, indicando que frente al grupo ARAMARK al que pertenece COMERTEL –que ha presentado las mejores ofertas en el 72,2 % de la totalidad de los lotes del contrato- aquel pretende llevar a cabo un reparto “*sui generis*” de los lotes con una clara arbitrariedad, y desviación de poder, apartándose de la finalidad y espíritu del trámite del artículo 149 de la LCSP. Invoca, en apoyo de su tesis, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de enero de 2016; la Sentencia 444/2016 de 26 de octubre de la Audiencia Nacional así como las Resoluciones 615/2019, de 29 de julio y la 60/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales para incidir en que la exclusión de una oferta por este motivo constituye una excepción al principio de adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa, por lo que solo se podrá rechazar la oferta en el caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos.

En concreto, fundamenta su recurso sobre la base de las siguientes alegaciones:

Primera. - Falta de concreción de los extremos que debieron ser objeto de justificación de la anormalidad.

Esgrime que en el requerimiento de justificación de la anormalidad de 12 de junio de 2024 no se especificaban los extremos que debían ser objeto de justificación ya que contenía tan solo una remisión genérica al artículo 149 de la LCSP. Asimismo, transcribe el contenido de la previsión del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) respecto de la anormalidad de la oferta, incidiendo en que dicho clausulado se remitía al artículo citado y únicamente señalaba que deberían aportar: “**la documentación donde se justifique y desglose**



**razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta”.**

Sostiene que si en los pliegos se especifica claramente cuáles son los motivos por los que una oferta sería rechazada, deben ser únicamente estos motivos y no otros los que den lugar al rechazo. En ese sentido, defiende que procedió a justificar y desglosar esos precios con fundamento en el artículo 149 de la LCSP, remitiéndose un desglose en fecha 17 de junio de 2024 comprensiva de una exposición de motivos y una serie de consideraciones respecto a la viabilidad de la empresa para la ejecución del contrato en la que se incluía el ahorro de costes de materia prima, de personal, gastos generales y costes de estructura, así como las soluciones técnicas y condiciones favorables para la prestación del servicio ( mejora de costes de producción; eficiencia; reducción; amortizaciones; facturaciones; acuerdos con proveedores; soporte; el beneficio industrial) en aras a garantizar la prestación de forma adecuada y viable, y por tanto, la remisión de la justificación fue exhaustiva, a pesar de que únicamente requirieron para la justificación de manera genérica.

Critica que el comité de expertos emitiese un informe de fecha 4 de julio de 2024 en el que, de manera sorpresiva, refiere unos parámetros, creados de forma arbitraria y ex novo, que pone en comparativa con el desglose de precios efectuado para dar conformidad o no a la justificación de anormalidad, negando que a las empresas se les solicitara lo que de manera expresa refiere el comité de expertos, esto es, “ (...)un desglose y justificación de todas las **partidas de gasto de explotación** estimadas durante la vigencia del contrato necesarias para la facturación global de cada lote al que concurre en el que ha incurrido en baja, que justifique el **suficiente margen de beneficio que haga viable económica y financieramente la ejecución del mismo**, incluyendo el **impacto económico de todas las mejoras en la cuenta de resultados**”. (la negrita no es nuestra)

Alega que el artículo 149 de la LCSP no incluye un *númerus clausus* de obligado cumplimiento, sino que incluye la posibilidad de que la mesa o el órgano de contratación requiera esa justificación sobre aquellas condiciones de la oferta que sean susceptibles de determinar el bajo nivel de precio o costes de esta. Sin embargo, la mesa de contratación no le requirió los aspectos o condiciones a justificar para entender la viabilidad económica de la empresa. En este sentido, invoca la doctrina consolidada de los órganos y tribunales de resolución de recursos contractuales sobre la necesidad de concreción y detalle por parte del órgano de contratación en su requerimiento de los aspectos sobre los que deberá justificar su oferta el licitador que esté incurrido en presunción de anormalidad. Así, menciona la Resolución 23/2022 de 23 de febrero del Tribunal Catalán de Contratos Públicos o la Resolución 188/2022 de 1 de diciembre del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, o la Resolución 289/2023, de 2 de junio, de este Tribunal, conforme a la cual en caso de que el órgano de contratación no concrete los aspectos a justificar, aludiendo únicamente al artículo 149 de la LCSP, si tras la justificación de la anormalidad, el órgano resuelve excluirlo, podrá el licitador recurrir esa exclusión por falta de concreción de los aspectos a justificar.

Con fundamento en la doctrina que expone, considera que, no habiéndose aceptado la justificación, y teniendo en cuenta la falta de concreción de los extremos que debieron ser objeto de justificación, la exclusión de su oferta es desproporcionada, debiendo anularse para la retroacción de actuaciones al momento de requerimiento de la justificación de la anormalidad.

Segunda. – Viabilidad para llevar a cabo la ejecución del contrato.

Esgrime que la viabilidad y garantía de la capacidad que tiene para llevar a cabo la ejecución del contrato sin riesgos obedece a la dilatada experiencia que tiene en la ejecución de estos contratos, enumerando a continuación el número de colegios gestionados por el grupo en este mismo expediente respecto de los lotes 1, 4, 5, 25, 26 y 27, de donde infiere que resulta extraño que en años anteriores haya podido ejecutar a conformidad tales contratos



sin penalización alguna, y, en el momento presente, en las mismas condiciones se cuestione su viabilidad por motivos espurios y ficticios y sin objetividad alguna. Indica que de los lotes 3, 12 y 13 no se hace mención alguna porque actualmente no caen bajo el paraguas de la ejecución del Grupo Aramark al que pertenece la recurrente.

Critica que haya una interpretación subjetiva en la justificación de las ofertas incursas en anormalidad, y mucho menos que puedan usarse *ratios* no indicados ni en el pliego ni en la Ley para alterar las reglas del juego.

Tercera. – Arbitrariedad en la valoración de la justificación realizada.

Alega que la exclusión de su oferta se basa en unas premisas absolutamente erróneas de las que, de manera injusta, se concluye la inviabilidad de la oferta, y así considera que, pese a la evidente discrecionalidad técnica del órgano de contratación, la regla general debe ser la admisión de la oferta y solo procede la exclusión si hay motivos válidos, coherentes y suficientes.

Respecto del **lote 1** critica que la unidad técnica considere que *“no ha podido evaluar determinados costes operacionales en tanto que el licitador se limita a hacer meras declaraciones, o aportar documentación incompleta que impiden una evaluación económica fiable”*.

Niega que esto haya sido así, indicando, en síntesis, lo siguiente respecto de cada una de las partidas:

- Coste salarial: en su oferta manifestó que: *“Para el cálculo de los costes de personal por categoría se ha contemplado para la primera anualidad 71 días de prestación de servicio del 2024 con el coste del convenio en vigor de 2024 y 107 días de 2025 con el incremento previsto para 2025. Para el cálculo del coste de personal de la segunda anualidad se ha tenido en cuenta una previsión de incremento del convenio del 3,25%”*.

Sin embargo, critica que la unidad técnica considera no conforme esta partida porque *“no justifica la diferencia producida en la imputación de horas de auxiliares de cocina y en el importe dedicado a los monitores”*.

Considera que no hay explicación matemática para la diferencia producida en la imputación, y que obedece a que el estudio de viabilidad ha tenido en cuenta un mayor número de horas en las categorías de auxiliares de cocina que las que realmente el servicio necesita y de las que actualmente se tienen.

-En cuanto al absentismo, señala que ha indicado el porcentaje de absentismo real en centros similares de la provincia de Almería (3,24%) dato basado en el conocimiento por la ejecución de otros muchos contratos; no obstante, se trata de una pura y simple previsión cuyo riesgo obedece al propio licitador. Indica que el dato del absentismo no se solicitó expresamente en el requerimiento y se basa en la experiencia real sin que el informe desacredite por otra parte, el citado porcentaje limitándose a indicar que *“no conforme”*.

- En la amortización anual de equipamiento, la unidad técnica señala que no es conforme porque *“no aportan documentos que acrediten ni de su aplicación ni vigencia actual, tales como facturas de compras recientes con aplicación del descuento que se declara”*.

Sin embargo, sostiene que sí aportó la documentación relativa a acuerdos con proveedores (anexos a la justificación) que hoy día siguen plenamente vigentes, aunque internamente no se encuentren firmados, y alega que, si la Administración albergaba duda acerca de la vigencia, podría haber solicitado una aclaración. Por otra parte, señala que las cocinas, el material y el equipamiento se encuentra ya amortizado por lo que no repercute ningún tipo de coste a los contratos e insiste que el nivel de detalle del descuento para justificar la amortización



anual no fue un dato que se exigiera en el requerimiento, reclamando que la partida deba considerarse conforme por estar suficientemente justificada.

Critica, asimismo, que la unidad técnica indique que “*se limita a aplicar directamente un descuento sobre la partida estimada en Estudio de Viabilidad sin más justificación que la declaración antes reproducida*”. Al respecto, señala que el estudio de viabilidad se trata simplemente de eso, de un estudio que el órgano de contratación ha tenido en cuenta para establecer los precios en el PCAP, pero no es vinculante para la empresa.

- En el coste de mantenimiento anual, la recurrente critica que la unidad técnica considera esta justificación no conforme porque “*Nada dice la empresa para justificar este ahorro*” cuando este no fue un dato que se exigiera en el requerimiento. Por el contrario, esgrime que a lo largo de la justificación enumera los ahorros en cada una de las partidas que justifican la viabilidad de su oferta, considerando inadmisibles que el órgano de contratación fundamente la exclusión en cuestiones que el comité de expertos extrae de la justificación a la que considera no probada o falta de detalle.

Denuncia, por tanto, la arbitrariedad absoluta en la valoración de la anomalía y una respuesta desproporcionada al requerir con fundamento en el artículo 149 de la LCSP, haber justificado con arreglo a dicho precepto y excluirnos con arreglo a cuestiones que no fueron conocidas.

- En los productos de limpieza o higiene, defiende que, a pesar de que no se le indicaba nada al respecto en el requerimiento, incluye un acuerdo con el proveedor BUNZL DISTRIBUCIÓN SPAIN que permite un importante ahorro de costes en esta partida. Sin embargo, la unidad técnica muestra su no conformidad por el hecho de que el documento está sin firmar, o no incluye la vigencia o el porcentaje de ahorro o facturas.

Alega que nada se le indicó en el requerimiento acerca del detalle de dicho acuerdo y esgrime que la falta de firma en un acuerdo privado entre empresas no es suficiente motivo para proceder a la no conformidad, y ni mucho menos, que ello acarree su exclusión, insistiendo que la remisión del acuerdo que en la actualidad tiene con el proveedor goza al menos de presunción de veracidad, por lo que la Administración debió, en su caso, solicitar una aclaración a la documentación presentada.

- Materias primas, elaboración, reparto: alega que cuenta con importantes descuentos por acuerdos globales que atañen al conjunto de la compañía y señala que mejorarían la viabilidad en un 0,3%, y cuestiona que la unidad técnica manifieste su disconformidad aludiendo a la falta de aportación de acuerdos, o facturas o que no se indican los porcentajes de ahorro cuantificables, o que existen defectos como la falta de firma.

En general, esgrime que: “*las justificaciones de temeridad no son un proceso de auditoría, las empresas privadas tenemos acuerdos que forman parte de nuestro elemento diferenciados con respecto a la competencia, no podemos mostrar a diestro y siniestro, las facturas, contratos, acuerdos ... de los que dispongamos, pues sería una desventaja competitiva y podría causar un daño irreparable en nuestra gestión interna como empresa si la competencia conociera nuestros acuerdos comerciales (...)*”. Y reitera sus alegaciones respecto de la falta de firma de los acuerdos privados, insistiendo que no puede ser un motivo de exclusión.

Cuestiona asimismo, que el informe del comité haga mención de la consulta preliminar del mercado indicando que ni esta ni tampoco el estudio de viabilidad que resulta de dicha consulta es vinculante para la empresa, en la medida que se trata de datos útiles al órgano de contratación a la hora de elaborar el presupuesto pero que, en ningún caso, tiene por qué vincular a la empresa en sus precios, por lo que concluye que el comité incurre en un error al apreciar el estudio de viabilidad como un parámetro indispensable para valorar la viabilidad.



Finalmente, critica la conclusión sobre la inviabilidad de la oferta respecto del lote 1 atendiendo a la comparativa de partidas que el Comité considera no conformes respecto al beneficio industrial (en el caso de que el beneficio industrial es inferior a la cuantía de las partidas no conformes) insistiendo en que la exclusión se ha llevado a cabo sobre la base de elementos que han sido fijados de manera arbitraria, y novedosa por el propio comité para fundamentar la exclusión de la oferta.

Además, en este lote en concreto si se hubieran tenido en cuentas las partidas que la Administración ha decidido no crearse sin justificación alguna, simplemente con un “no procede”, (esto es, las partidas de mantenimiento, amortización y productos de limpieza) siguiendo el parámetro empleado de beneficio vs diferencias no contrastadas, alega que hubiera resultado adjudicataria de este lote, y no excluida.

Tras insertar la tabla comparativa que figura en la página 40 del recurso concluye que, en este caso, la suma de las diferencias ajustadas es inferior al beneficio declarado de 295.176 € (280.478,86 € < 295.17 € Beneficio) por lo que debería haber sido aceptada la justificación.

Respecto del **lote 3** la recurrente enumera en los mismos términos que respecto del **lote 1** las distintas partidas respecto de las cuales manifiesta su disconformidad con la valoración efectuada por el comité de expertos e insiste en que la viabilidad está más que demostrada para llevar a cabo la ejecución del lote, abordando de manera conjunta los argumentos frente a la arbitrariedad que denuncia, y que se indican a continuación.

Respecto de los **lotes 12 y 13** la recurrente reitera idénticos argumentos que los invocados respecto de cada una de las partidas que la unidad técnica considera no conformes, argumentando conforme se expone a continuación, la plena viabilidad de la oferta para llevar a cabo la ejecución del contrato.

#### A) OFERTAS RECHAZADAS CUANDO SON PERFECTAMENTE VIABLES.

Señala que “A tenor de lo dispuesto en la LCSP “se rechazarán las ofertas incursas en presunción de anormalidad si están basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde una perspectiva técnica, económica, o porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201 de la LCSP.” por lo que sostiene que, de no especificarse nada contrario en los pliegos serán estos los parámetros que se deberán usar para determinar cuándo una oferta resulta ser viable o no.

A continuación, la recurrente inserta una serie de tablas que declara confidenciales con las que pretende demostrar que los datos y justificaciones aportadas nada tienen que ver con hipótesis o prácticas inadecuadas ni suponen vulneración de norma alguna. Insisten que disponen de margen para absorber posibles desviaciones sin que en ningún momento se vea afectada ni la viabilidad del contrato ni la ejecución del servicio, y por supuesto, ni mucho menos los usuarios.

#### B) LOS COSTES LABORALES.

Critica que el informe del comité indique que no se justifica la diferencia producida en la imputación de horas de auxiliares de cocina y el importe dedicado a los monitores, puntualizando que no se trata de una diferencia como tal, sino de una redistribución de tareas para alinear las necesidades reales del centro, arguyendo que la organización y distribución del personal corresponde a la empresa y no a la Administración, defendiendo que, siempre y cuando el servicio se pueda ejecutar correctamente, y no se vulnere norma laboral alguna, las empresas pueden organizarse como mejor considere.



#### C) EXIGENCIA DE DOCUMENTACIÓN O INFORMACIÓN ADICIONAL QUE NO SE REQUIRIÓ.

Alega que prácticamente respecto de casi todas las partidas la unidad técnica cuestiona que no se haya aportado documentación o que falta información (en relación con uniformes, y EPIS, otros costes “RRMM” (sic) material desechable, coste de mantenimiento anual, gasto en “DDD” (sic). Insiste en que toda esa información no le fue requerida en ningún momento en la solicitud para justificación de la viabilidad, no siendo correcta la exclusión por tal motivo, e insistiendo en que la justificación aportada no son meras declaraciones, sino hechos ciertos y objetivos que se han detallado de la mejor manera posible.

#### D) LA IMPROCEDENCIA DE LA FALTA DE FIRMA DE LOS ACUERDOS CON PROVEEDORES COMO MOTIVO DE EXCLUSIÓN.

Sostiene que dichos acuerdos no fueron tampoco solicitados en el requerimiento, pero sí remitidos de manera voluntaria al órgano de contratación para que comprobara la viabilidad, independiente de su firma, defendiendo que la falta de firma en los acuerdos privados entre empresas son negociaciones internas y no son suficiente motivo para proceder a la no conformidad, y a la exclusión.

#### E) APORTACIÓN DE LAS CUENTAS ANUALES.

Esgrime que, aun cuando no le fueron solicitadas en el requerimiento, las cuentas anuales son públicas por lo que pudieron ser consultadas y comprobar el importe declarado. Critica que, a pesar de no ser requeridas, y a pesar de haber declarado el porcentaje sobre las ventas que supusieron los costes de estructura, se les penaliza precisamente con la exclusión por no haberlas aportado, pese a no haberseles solicitado, y siendo de comprobación y acceso públicos.

#### F) ERRÓNEA Y ARBITRARIA UTILIZACIÓN DEL ESTUDIO DE VIABILIDAD PARA NUESTRA VALORACIÓN.

Alega que no debió hacerse esta comparativa para poner en entredicho la justificación de su oferta en la medida que se trata de un simple estudio que el órgano de contratación ha tenido en cuenta para establecer los precios en el pliego, pero en ningún caso, el estudio de viabilidad es vinculante para la empresa.

#### G) PARÁMETROS ARBITRARIOS PARA CONSIDERAR JUSTIFICADA NUESTRA OFERTA ANORMAL. EL BENEFICIO INDUSTRIAL.

Denuncia que ha existido arbitrariedad en la valoración de la viabilidad de las ofertas aplicando datos comparativos como el margen de beneficio industrial, mejoras en la cuenta de resultados, datos de la consulta preliminar, a posteriori y una vez conocidas las justificaciones de baja anormal por todas las empresas.

Esgrime que la suma de las partidas no conformes declaradas por el comité siempre da una cifra superior al beneficio industrial declarado de forma que se está intentando justificar la no viabilidad de la oferta a través de parámetros y fórmulas no contemplados en el pliego ni en el requerimiento, porque, de haberlos conocido con anterioridad, hubiera aportado la documentación exigida. Invoca, además, el criterio, adoptado entre ellos por este Tribunal en la reciente Resolución 61/2024 de 5 de febrero conforme a la cual no debe extenderse el análisis de la viabilidad de una oferta a aquellas partidas que queden al arbitrio de la licitadora, como es el caso del beneficio industrial.

Consecuentemente con ello, sostiene que, habiendo quedado demostrada la viabilidad de la oferta para la ejecución del contrato, debiendo tener en cuenta esta en su conjunto, y que no debió haberse tenido en cuenta el



beneficio industrial declarado para hacer comparativa alguna con el resto de partidas no conformes, procede la anulación de la resolución del órgano de contratación, por ausencia de motivación en la exclusión, la conformidad de la viabilidad y la adjudicación de los lotes por ser la empresa que mejor oferta presenta.

## 2. Alegaciones del órgano de contratación.

El informe del órgano se opone al recurso y solicita su desestimación con fundamento en las siguientes alegaciones que, de manera breve, se exponen a continuación, sin perjuicio de que se profundice en ellas a la hora de exponer las consideraciones de este Tribunal en el fundamento de derecho siguiente.

En primer lugar, sostiene, a diferencia de lo que indica la recurrente, que el requerimiento de justificación realizado ha permitido al licitador conocer la información o acreditación determinante para poder justificar la viabilidad de la oferta, al indicar expresamente lo siguiente: “*La justificación de la valoración de oferta se realizará por la persona licitadora de acuerdo con el modelo y según las instrucciones recogidas en el pliego, debiendo indicar en su caso el carácter confidencial de la documentación presentada*”. Expone que el PCAP establece un modelo y unas instrucciones concretas que deben seguir los licitadores incursos en baja, y en concreto, el anexo I del PCAP apartado 8 sobre los criterios de adjudicación contiene el “*Contenido mínimo orientativo para la justificación de las ofertas incursas en baja o anormalidad*” por lo que las empresas han tenido conocimiento de manera anticipada de la información concreta sobre la justificación de la viabilidad de sus ofertas, incidiendo en la comunicación que podían seguir el modelo e instrucciones recogidas en el pliego con carácter orientativo.

En segundo lugar, defiende la metodología empleada en la evaluación de las bajas anormales e indica que el informe técnico de valoración se realizó siguiendo las indicaciones y directrices emitidas por la Intervención General de la Junta de Andalucía y la Dirección General de Fondos Europeos confiriendo un tratamiento global a la justificación presentada por la entidad incurso en anormalidad, de tal modo que el análisis no se ha limitado únicamente a cualquiera de los factores económicos por el que se hubiera incurrido en anormalidad, sino teniendo en cuenta el tratamiento conjunto de todos los costes que hacen viable la oferta presentada como indica el referido apartado octavo. Por ello, tal y como preveía el pliego, la justificación de la oferta debía acreditar el suficiente margen de beneficio que haga viable económica y financieramente la ejecución del contrato.

Asimismo, el informe señala que, en la justificación de la viabilidad de la oferta aportada por la entidad licitadora, si ésta ha omitido en la justificación de la viabilidad de su oferta determinados costes, o los ha calculado en cuantía insuficiente, o no han sido debidamente acreditados, dichos costes deben disminuir el beneficio industrial estimado en su justificación, en cuanto ello sea posible. Invoca al respecto diversos pronunciamientos de este Tribunal con relación a que el beneficio industrial es una partida que depende exclusivamente de la voluntad de la licitadora por lo que dicho beneficio podría asumir en todo o en parte el déficit que se genere en otras partidas de costes de la prestación, o bien que existe la posibilidad de compensar con el importe de la partida correspondiente al beneficio industrial aquellas otras que puedan resultar insuficientes hasta el límite del importe que figure en la misma. (Resoluciones 22/2023; 24/2023, 50/2023, 51/2023; 52/2023, 53/2023; 54/2023; 212/2023, 376/2023; 467/2023; 481/2023, 482/2023; 555/2023 y 572/2023, entre otras)

Frente a la alegación de arbitrariedad, desviación de poder y reparto de lotes, que se denuncia en el recurso, el informe se opone indicando que se trata de acusaciones muy graves, y no respaldadas, llamando la atención sobre el hecho de que, a diferencia de lo que parece ignorar el recurrente, el PCAP establece un límite a la adjudicación en el apartado 1 del anexo I, al señalar que *la persona licitadora cuya oferta sea la más ventajosa será siempre propuesta para la adjudicación, salvo que esa persona licitadora haya agotado el máximo establecido del 30% del valor del presupuesto base de licitación(...)* indicando, además que, es en un momento posterior cuando opera el límite del 30% del valor del presupuesto base de licitación.



Frente a la alegación de falta de concreción de los extremos que debieron ser el objeto de la justificación de la anormalidad, se reitera nuevamente que el requerimiento para la justificación de la viabilidad fue preciso y concorde con la doctrina de este Tribunal.

El informe del órgano defiende la discrecionalidad técnica basada en una actuación administrativa rigurosa que ha de prevalecer sobre las manifestaciones de la recurrente que alude a la experiencia en la gestión de este tipo de contratos derivados de licitaciones anteriores. En concreto, alega que la experiencia del licitador no es criterio de evaluación de las ofertas y que el contexto socioeconómico, y la configuración y volumen de los datos en nada se parece a las contrataciones actuales, pasando de más de 250 lotes a 36.

Frente a la imputación de arbitrariedad en la valoración de la justificación de la viabilidad, el informe niega que se haya incumplido la LCSP y que se haya dado un carácter vinculante a las consultas preliminares del mercado, insistiendo en que la motivación de la exclusión de la recurrente nada tiene que ver con su participación en la consulta preliminar sino en la falta de justificación y acreditación para convencer a la unidad técnica acerca de la viabilidad de la oferta.

En este sentido, se reitera en el contenido del informe de bajas anormales que analiza de forma pormenorizada cada uno de los documentos aportados que se califican de erróneos, incompletos, faltos de vigencia y con ausencia de firma de las empresas proveedoras.

### 3. Alegaciones de las **entidades interesadas**.

3.1 **ALESSA** se opone al recurso y alega que la exclusión de la oferta de COMERTEL respecto del lote 1 (al que ella ha concurrido) es ajustada a Derecho, exponiendo los argumentos que obran en las presentes actuaciones y que aquí damos por reproducidos.

En síntesis, sobre el fondo del asunto que nos ocupa, esgrime que el informe del comité de expertos por el que no se considera justificada la viabilidad económica de la oferta de COMERTEL está debidamente motivado y se encuentra respaldado dentro de la discrecionalidad técnica que le asiste al evaluar la pertinencia y validez de la información y documentación aportada, negando, por otra parte, que el órgano de contratación se haya basado para la valoración de la oferta de la recurrente en criterios o parámetros introducidos *ex novo* ya que, según afirma, dichos criterios se encontraban correctamente indicados en los pliegos aplicables a la presente licitación y, particularmente, en el apartado 8 del Anexo I del PCAP, **“apartado a cuyo contenido, sorprendentemente, COMERTEL no hace referencia en su REMC”**. (sic) (la negrita no es nuestra).

Por otra parte, en sus alegaciones pone de manifiesto un error que ha detectado en el informe emitido por el comité de expertos respecto de la valoración efectuada de la oferta de COMERTEL respecto del lote 1 denunciando la inviabilidad económica de la referida oferta, por las razones que en su escrito expone, y que no reproducimos, por razones de extensión.

3.2 **AUSOLAN** formula alegaciones con el contenido que obra en actuaciones y al que nos remitimos íntegramente por razones de extensión.

No obstante, en síntesis, alega la improcedencia de la imputación efectuada por la recurrente de desviación de poder respecto de la actuación del órgano de contratación por haber pretendido una suerte de reparto de mercado, por considerar que se trata de un alegato basado en sospechas infundadas, carentes de base.



Por otra parte, niega la falta de concreción de la justificación de la viabilidad de la oferta al entender que los pliegos incluyeron información muy completa acerca de qué criterios orientativos debían ser tenidos en cuenta, tanto por el licitador incurso en presunción de temeridad a la hora de plantear su justificación como por el órgano de contratación a la hora de decidir la viabilidad de la oferta incurso en anormalidad. Y considera que el hecho de que el órgano de contratación y su comité de expertos se haya basado en un estudio de mercado previo publicado en una consulta preliminar de mercado para poder valorar si el beneficio industrial declarado permite o no ejecutar el contrato con los precios ofertados en modo alguno puede ser tachado de arbitrario o caprichoso.

Finalmente, invoca la discrecionalidad técnica del órgano de contratación a la hora de valorar si los razonamientos del candidato incurso en presunción de temeridad son adecuados o no, alegando que la recurrente únicamente ha mostrado su desacuerdo con el criterio seguido por el órgano de contratación, disparidad de criterio que no puede traducirse de manera automática en la conclusión que plantea la recurrente respecto de la arbitrariedad de la decisión administrativa.

**SEXTO. - Fondo del asunto. De las actuaciones realizadas en el seno del procedimiento de licitación relativas al rechazo de la oferta de la ahora recurrente, inicialmente incurso en anormalidad.**

Resulta de interés en orden a la resolución de la cuestión litigiosa señalar los siguientes antecedentes que resultan del expediente administrativo (en adelante, EA) del RCT 271/2024 interpuesto por la entidad ARAMARK SERVICIOS DE CATERING S.L. contra la exclusión de su oferta de distintos lotes del mismo procedimiento de licitación.

- En la sesión de la mesa de contratación celebrada el 12 de junio de 2024 (documento 37 del EA) se procedió a la apertura del sobre 3 (Documentación *relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas*) resultando la oferta de la entidad recurrente incurso en presunción de anormalidad, respecto de los **lotes 1, 3, 6, 10, 11, 12 y 13** en aplicación de lo establecido en el artículo 149 de la LCSP, la cláusula 10.5 y el anexo I apartado 8 del PCAP.

En dicha sesión se acuerda, asimismo, por lo que aquí nos interesa, “*1º La tramitación del procedimiento previsto, iniciándolo con el requerimiento a las citadas personas licitadoras para que justifiquen la viabilidad de su oferta conforme a lo dispuesto en el PCAP, concediéndose para ello un plazo máximo de tres días hábiles contados desde el envío de la correspondiente comunicación siguiendo lo establecido en la cláusula 10.5 del PCAP, quedando pendiente la convocatoria para los actos de valoración de las ofertas evaluables mediante la aplicación de fórmulas y, en su caso, la correspondiente propuesta de clasificación de proposiciones y propuesta de adjudicación. La justificación de la valoración de la oferta deberá presentarse exclusivamente en el Registro señalado en la comunicación o notificación bajo apercibimiento de exclusión definitiva de la persona licitadora (...)*”

- Según se indica en el informe del órgano al recurso, con fecha 12 de junio de 2024 se solicitó a la recurrente que justificase su viabilidad en los siguientes términos:

*“Reunida la Mesa de contratación del expediente CONTR 2024 0000191525 para la contratación de los SERVICIO PÚBLICO DE COMEDOR ESCOLAR Y PROGRAMA DE REFUERZO EN ALIMENTACIÓN INFANTIL EN LOS CENTROS DOCENTES PÚBLICOS DEPENDIENTES DE LA CONSEJERÍA DE DESARROLLO EDUCATIVO Y FORMACIÓN PROFESIONAL DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA (00028/ISE/2024/SC) y procedido a la apertura de la documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados automáticamente, vista la oferta presentada por la persona A586 31813 COMERTEL S.A ara los lotes 1, 3,6,10,11,12 y 13, se constata que está incurso en anormalidad de conformidad con los parámetros establecidos en el PCAP por lo que se le otorga hasta las **23:59 horas del 17 de junio de 2024**, para que justifique la viabilidad de su oferta de acuerdo con lo establecido en el artículo 149 de la LCSP.*



La justificación de la valoración de oferta se realizará por la persona licitadora de acuerdo con el modelo y según las instrucciones recogidas en el pliego, debiendo indicar en su caso el carácter confidencial de la documentación presentada.

La documentación proporcionada por la persona licitadora para la justificación de la valoración de oferta deberá presentarse a través del SiREC-Portal de licitación electrónica, bajo apercibimiento de exclusión definitiva de la persona licitadora” (el subrayado es nuestro)

- Con fecha 17 de junio de 2024, y conforme a la documentación obrante en el EA, la entidad recurrente presenta un documento en cumplimiento del requerimiento formulado, que acompaña de un cuadro económico ( documento nº 1 Anexo) para acreditar que la proposición puede ser perfectamente cumplida y es enteramente viable y que centra, básicamente, en los siguientes argumentos: (i) la prestación del servicio en centros con una propuesta similar que acredita la viabilidad de la propuesta;(ii) las soluciones técnicas y condiciones favorables que dispone para ejecutar la prestación del servicio; (iii) el beneficio industrial y conclusiones sobre la garantía de la viabilidad de su oferta.

- Dicha justificación es analizada en el informe técnico sobre ofertas anormalmente bajas (documento 41 EA) que, con relación a los lotes indicados, respectivamente, concluye lo siguiente:

#### **“CONCLUSIÓN SOBRE EVALUACIÓN EN LOTE 1**

*En virtud del artículo 149 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, se ha analizado el desglose y justificación de todas las partidas de gasto de explotación estimadas aportadas por COMERTEL durante la vigencia del contrato necesarias para la facturación global del lote 1.*

*Se ha analizado el impacto económico de todas las partidas de coste que supongan un ahorro en la prestación del servicio de comedor escolar, así como las mejoras en la cuenta de resultados.*

*No obstante, la Unidad técnica no ha podido evaluar determinados costes operacionales en tanto que el licitador se limita a hacer meras declaraciones, o aportar documentación incompleta que impiden una evaluación económica fiable.*

*Llama la atención que en la página 3 del informe que presenta la empresa se refiera a “los principales motivos de los ahorros que tendrá respecto a la memoria relativa al Acuerdo Marco que aparece en el pliego de licitación, son los siguientes: como si fuera un documento justificativo de otra licitación.*

*Del análisis comparado realizado y de la documentación aportada, se extraen las siguientes partidas no conformes: (...)*

	SEGÚN ESTUDIO VIABILIDAD	SEGÚN LICITADOR	DIFERENCIAS
ABSENTISMO	63.607,75€	51.681,00€	11.926,75€
AMORTIZACIÓN ANUAL EQUIPAMIENTO	67.228,60€	47.060,00€	20.168,60€
COSTE MANTENIMIENTO ANUAL	60.623,12€	45.467,00€	15.156,12€
ANÁLISIS HIGIENE Y SALUD, INCL APPCC	6.864,20 €	1.239,00€	5.625,20€
PRODUCTOS DE LIMPIEZA E HIGIENE	74.589,59€	50.014,00€	24.575,59€
M. PRIMAS, ELAB.,REPARTO (1,96€/1,55€ menú)	751.551,60€	470.326,00 €	281.225,60€
			320.628,51 €

*La suma de las diferencias no tenidas en cuenta supera el margen de beneficio industrial declarado con lo que se desestima la justificación de la baja anormal, proponiendo al órgano de contratación no sea tenida en cuenta esta oferta en la licitación. Dado que la suma de las partidas con no conformidades es superior al Beneficio industrial declarado de 244.011€, esta unidad técnica, en virtud del artículo 149 de la LCSP, NO CONSIDERA JUSTIFICADA la oferta anormalmente baja sobre la licitación del lote 1, ya que se puede poner en riesgo la viabilidad en la prestación del servicio.*



(...)"

### CONCLUSIÓN SOBRE EVALUACIÓN EN LOTE 3

En virtud del artículo 149 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, se ha analizado el desglose y justificación de todas las partidas de gasto de explotación estimadas aportadas por COMERTEL durante la vigencia del contrato necesarias para la facturación global del lote 3.

Se ha analizado el impacto económico de todas las partidas de coste que supongan un ahorro en la prestación del servicio de comedor escolar, así como las mejoras en la cuenta de resultados.

No obstante, la Unidad técnica no ha podido evaluar determinados costes operacionales en tanto que el licitador se limita a hacer meras declaraciones, o aportar documentación incompleta que impiden una evaluación económica fiable.

Llama la atención que en la página 3 del informe que presenta la empresa se refiera a "los principales motivos de los ahorros que tendrá respecto a la memoria relativa al Acuerdo Marco que aparece en el pliego de licitación, son los siguientes: como si fuera un documento justificativo de otra licitación.

Del análisis comparado realizado y de la documentación aportada, se extraen las siguientes partidas no conformes:

(...)

	SEGÚN ESTUDIO VIABILIDAD	SEGÚN LICITADOR		DIFERENCIAS
OTROS COSTES RRMM, MAT.DESECHABLE	13.920,00 €	13.200,00 €	NO CONFORME	720,00€
ABSENTISMO	71.772,40€	58.658,00€	NO CONFORME	13.114,40€
AMORTIZACIÓN ANUAL EQUIPAMIENTO	88.931,61€	62.252,00€	NO CONFORME	26.679,610€
COSTE MANTENIMIENTO ANUAL	64.143,22€	45.857,00€	NO CONFORME	18.286,22€
ANÁLISIS HIGIENE Y SALUD, INCL APPCC	10.077,13€	8.033,00€	NO CONFORME	2.044,13€
PRODUCTOS DE LIMPIEZA E HIGIENE	87.522,42€	56.232,00€	NO CONFORME	31.290,42€
M. PRIMAS, ELAB.,REPARTO (1,96€/1,55€ menú)	1.558.935,33€	1.293.615,00 €	NO CONFORME	265.320,33€
				357.455,12 €

Dado que la suma de las partidas con no conformidades es superior al Beneficio industrial declarado de 295.176 €, esta unidad técnica, en virtud del artículo 149 de la LCSP, NO CONSIDERA JUSTIFICADA la oferta anormalmente baja sobre la licitación del lote 3, ya que se puede poner en riesgo la viabilidad en la prestación del servicio".

### CONCLUSIÓN SOBRE EVALUACIÓN EN LOTE 12

En virtud del artículo 149 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, se ha analizado el desglose y justificación de todas las partidas de gasto de explotación estimadas aportadas por COMERTEL durante la vigencia del contrato necesarias para la facturación global del lote 12.

Se ha analizado el impacto económico de todas las partidas de coste que supongan un ahorro en la prestación del servicio de comedor escolar, así como las mejoras en la cuenta de resultados.

No obstante, la Unidad técnica no ha podido evaluar determinados costes operacionales en tanto que el licitador se limita a hacer meras declaraciones, o aportar documentación incompleta que impiden una evaluación económica fiable.

Llama la atención que en la página 3 del informe que presenta la empresa se refiera a "los principales motivos de los ahorros que tendrá respecto a la memoria relativa al Acuerdo Marco que aparece en el pliego de licitación, son los siguientes: como si fuera un documento justificativo de otra licitación.



Del análisis comparado realizado y de la documentación aportada, se extraen las siguientes partidas no conformes:

(...)

	SEGÚN ESTUDIO VIABILIDAD	SEGÚN LICITADOR	DIFERENCIAS
AMORTIZACIÓN ANUAL EQUIPAMIENTO	4.757,95€	3.330,00€	1.427,95€
COSTE MANTENIMIENTO ANUAL	5.865,31€	4.339,00€	1.466,31€
DDD	371,61 €	348,00€	23,61€
PRODUCTOS DE LIMPIEZA E HIGIENE	4.727,41€	2.157,00€	2.570,41€
M. PRIMAS, ELAB.,REPARTO (1,96€/1,55€ menú)	55.731,80€	40.118,00 €	15.613,80€
			21.102,08€

Hay que destacar que la empresa licitadora en la justificación de baja anormal en el lote 12 declara un margen industrial negativo por importe de menos 1.640 euros, lo cual obvia que el descuento de su oferta no asegura la viabilidad de la ejecución del contrato.

La suma de las diferencias no tenidas en cuenta supera el margen de beneficio industrial declarado con lo que se desestima la justificación de la baja anormal, proponiendo al órgano de contratación no sea tenida en cuenta esta oferta en la licitación.

Dado que la suma de las partidas con no conformidades es superior al Beneficio industrial declarado, en virtud del artículo 149 de la LCSP, esta unidad técnica NO CONSIDERA JUSTIFICADA la oferta anormalmente baja sobre la licitación del lote 12.

### CONCLUSIÓN SOBRE EVALUACIÓN EN LOTE 13

En virtud del artículo 149 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, se ha analizado el desglose y justificación de todas las partidas de gasto de explotación estimadas aportadas por COMERTEL durante la vigencia del contrato necesarias para la facturación global del lote 13.

Se ha analizado el impacto económico de todas las partidas de coste que supongan un ahorro en la prestación del servicio de comedor escolar, así como las mejoras en la cuenta de resultados.

No obstante, la Unidad técnica no ha podido evaluar determinados costes operacionales en tanto que el licitador se limita a hacer meras declaraciones, o aportar documentación incompleta que impiden una evaluación económica fiable.

Llama la atención que en la página 3 del informe que presenta la empresa se refiera a “los principales motivos de los ahorros que tendrá respecto a la memoria relativa al Acuerdo Marco que aparece en el pliego de licitación, son los siguientes: como si fuera un documento justificativo de otra licitación.

Del análisis comparado realizado y de la documentación aportada, se extraen las siguientes partidas no conformes:

(...)

	SEGÚN ESTUDIO VIABILIDAD	SEGÚN LICITADOR		DIFERENCIAS
AMORTIZACIÓN ANUAL EQUIPAMIENTO	60.619,81€	42.433,00€	NO CONFORME	18.186,81€
COSTE MANTENIMIENTO ANUAL	45.562,73€	36.450,00€	NO CONFORME	9.112,73€
DDD	8.955,85€	7.313,00€	NO CONFORME	1.642,85€
PRODUCTOS DE LIMPIEZA E HIGIENE	64.730,64€	39.423,00€	NO CONFORME	25.307,64€
M. PRIMAS, ELAB.,REPARTO (1,96€/1,55€ menú)	1.103.609,36€	904.318,00 €	NO CONFORME	199.291,36€
				253.541,39€



*Dado que la suma de las partidas con no conformidades es superior al Beneficio industrial declarado de 121.211 €, esta unidad técnica, en virtud del artículo 149 de la LCSP, NO CONSIDERA JUSTIFICADA la oferta anormalmente baja sobre la licitación del lote 13, ya que se puede poner en riesgo la viabilidad en la prestación del servicio”.*

-Con fecha 5 de julio de 2024 se dicta Resolución de la Dirección Gerencia de APAE conforme a la cual, sobre la base del informe técnico de fecha 4 de julio de 2024 sobre la valoración de viabilidad de las ofertas anormalmente bajas, se acuerda aceptar la oferta presentada por la recurrente respecto de los lotes 6, 10 y 11, y rechazar y declarar excluida de la licitación, entre otras, la oferta de la recurrente respecto de los **lotes 1, 3, 12 y 13** al estimar que las mismas no pueden ser cumplidas a satisfacción de la Administración como consecuencia de la inclusión de valores anormales.

### **SÉPTIMO. - Consideraciones del Tribunal.**

Vistas las alegaciones de las partes y expuestas las actuaciones de interés en orden a la resolución del presente recurso, procede abordar la cuestión controvertida que se circunscribe a determinar si la oferta de la recurrente respecto de los **lotes 1, 3, 12 y 13** fue correctamente excluida al ser considerada inviable. Como se ha indicado, COMERTEL hace pivotar su recurso en torno a las siguientes cuestiones: (i) la falta de concreción en el requerimiento de los extremos que debieron ser objeto de justificación, argumento que la recurrente vincula con la aplicación de criterios *ex novo* que no eran conocidos por ella (ii) la viabilidad y garantía que ofrece la experiencia de la empresa en la ejecución de este tipo de contratos (iii) la arbitrariedad en la valoración realizada por estar basada en una serie de premisas absolutamente erróneas que desgrana a lo largo del recurso y que se han expuesto con anterioridad (iv) la ausencia de motivación de la exclusión de su oferta.

Procederemos, pues, a efectos de dotar de mayor sistemática, al análisis por separado de cada uno de los motivos de impugnación.

#### 1.- Sobre la falta de concreción y exactitud del requerimiento de justificación y la aplicación de criterios *ex novo* para justificar la anormalidad de la oferta.

La recurrente invoca la falta de concreción y exactitud del requerimiento de subsanación para defender la improcedencia de su exclusión puesto que, a su juicio, aquel se remitía únicamente al artículo 149 de la LCSP sin especificar los parámetros que posteriormente se emplearon para determinar aquella, haciendo hincapié en que la remisión de su justificación fue exhaustiva aun cuando únicamente se le requirió justificación conforme al citado precepto.

El órgano de contratación, por su parte, se opone argumentando que no es posible apreciar la falta de concreción ni la introducción de criterios *ex novo* aplicados con arbitrariedad y que no eran conocidos inicialmente en la medida que en el texto del requerimiento se indicaba de manera expresa que la justificación de la viabilidad de la oferta por la persona licitadora debería de efectuarse de acuerdo con el modelo y según las instrucciones recogidas en el pliego, y en concreto, en el anexo I del PCAP, apartado 8 se establecía el contenido mínimo orientativo para la justificación de las ofertas incursas en baja o anormalidad.

Por su parte, ALESSA y AUSOLAN, en sus respectivos escritos de alegaciones, se han opuesto en términos similares al órgano de contratación defendiendo que los parámetros o criterios se encontraban correctamente indicados en los pliegos aplicables a la presente licitación y, particularmente, en el apartado 8 del Anexo I del PCAP, y, por tanto, ambas niegan que exista la falta de concreción en el requerimiento que se efectuó a la recurrente.



Pues bien, respecto de la primera cuestión planteada, el carácter genérico del requerimiento, este Tribunal tiene una consolidada doctrina, valga por todas la Resolución 213/2020, de 18 de junio, que en su fundamento séptimo indicaba lo siguiente:

*«Para dar respuesta al motivo del recurso hemos de partir de lo dispuesto en el artículo 149 de la LCSP, que regula las ofertas anormalmente bajas. En atención al objeto y el motivo alegado del recurso, interesa reproducir lo dispuesto en su apartado 4:*

*(...). La recurrente alega que el requerimiento transcribía literalmente los valores a los que se refiere el artículo 149.4 de la LCSP, y que no se le pidió que desglosara económicamente su oferta.*

*Pues bien, en este apartado el artículo 149 de la nueva LCSP ha introducido, en lo que ahora interesa, tres novedades frente a la redacción del artículo 152 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.*

*La primera es que el requerimiento tiene por objetivo que el licitador justifique y desglose razonada y detalladamente el bajo nivel de precios o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos.*

*La segunda es la necesidad de que la petición de información se formule con claridad de manera que estos estén en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta.*

*Y la tercera novedad es que se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador cuando esta, entre otros supuestos, sea incompleta...”*

*De la doctrina expuesta, se desprende que el objetivo del requerimiento es precisamente que el licitador justifique y desglose razonada y detalladamente el bajo nivel de precio o de costes o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad.*

*Consta en la sesión de la mesa de contratación de fecha 1 de diciembre de 2021 que, una vez detectada las ofertas incursas en anormalidad se acordó:*

*“Requerir a los licitadores: (...), a que justifiquen su oferta concediéndoles, a dichos efectos, un plazo máximo de 5 días hábiles desde el envío de la correspondiente comunicación. En concreto, se solicita justificación sobre las condiciones de su oferta que sean susceptibles de determinar el bajo nivel de precio ofertado y en particular, en lo que se refiere a los siguientes aspectos:*

*a) El ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción.*

*b) Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras,*

*c) La innovación y originalidad de las soluciones propuestas, para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.*

*d) El respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral, y de subcontratación, no siendo justificables precios por debajo de mercado o que incumplan lo establecido en el artículo 201.*

*e) O la posible obtención de una ayuda de Estado. En todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa*



*sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201.*

*Se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de la oferta según se detalla a continuación, propuesto por el licitador cuando esta sea incompleta o se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico.*

*En los casos en que se compruebe que una oferta es anormalmente baja debido a que el licitador ha obtenido una ayuda de Estado, solo podrá rechazarse la proposición por esta única causa si aquel no puede acreditar que tal ayuda se ha concedido sin contravenir las disposiciones comunitarias en materia de ayudas públicas”.*

*En el supuesto que examinamos, el contenido del requerimiento se limita a reproducir, en parte, el contenido del artículo 149.4 de la LCSP. Ello no es óbice, sin embargo, para que la recurrente, a pesar de los términos de aquél, haya justificado la viabilidad de su oferta, que ha sido analizada por el informe técnico, con el que muestra disconformidad la recurrente y que viene a constituir propiamente el objeto de la presente impugnación.».*

Así las cosas, a fin de resolver la cuestión que se suscita, en el supuesto que analizamos, hemos de acudir a lo establecido en la cláusula 10.5 del PCAP “Apertura del sobre electrónico nº 3 y valoración de la documentación relativa a los criterios de adjudicación cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas” que, por lo que aquí nos interesa, establece lo siguiente:

*« (...)En el Anexo I -apartado 8 se deberán incluir los parámetros objetivos que permitan identificar los casos en los que una oferta se considere anormalmente baja. En tal caso, se deberá dar audiencia por medios electrónicos a la persona licitadora por un plazo máximo de 3 días hábiles contados desde el envío de la correspondiente comunicación para que justifique la viabilidad de su oferta de acuerdo con lo establecido en el artículo 149 de la LCSP, y solicitar el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.*

*La justificación de la valoración de oferta considerada anormalmente baja se realizará por la persona licitadora aportando la documentación donde se justifique y desglose razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta.*

*Sin perjuicio de lo indicado, de manera orientativa se incluirá en el Anexo I -apartado 8 un modelo a tal efecto, debiendo indicar en su caso el carácter confidencial de la documentación presentada según modelo del Anexo VII designando qué documentos y datos presentados son, a su parecer, constitutivos de ser considerados confidenciales, sin que pueda darse tal carácter a toda la documentación que se presente.*

*La documentación proporcionada por la persona licitadora para la justificación de la valoración de oferta deberá presentarse a través del SiREC -Portal de licitación electrónica, bajo apercibimiento de exclusión definitiva de la persona licitadora.*

*La mesa de contratación evaluará toda la información y documentación proporcionada por la persona licitadora a través del SiREC -Portal de licitación electrónica en plazo y forma y a la vista de los informes técnicos emitidos elevará de forma motivada la correspondiente propuesta de aceptación o rechazo al órgano de contratación (...)*»



Por su parte, el apartado 8 del anexo I del PCAP -por lo que aquí nos concierne- establece lo siguiente:

**Contenido mínimo ORIENTATIVO para la justificación de las ofertas incursas en baja o anormalidad:**

*En virtud del art. 149 de la LCSP, a la vista de las ofertas presentadas, y antes de proceder a la propuesta de adjudicación el órgano de contratación requerirá a los licitadores que incurran en ofertas anormalmente bajas para que justifiquen la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma con arreglo a los siguientes criterios orientativos:*

*Para cada lote en baja anormal, teniendo como referencia el desglose de costes establecidos en el Estudio de Viabilidad publicado, justificación documental (facturas proforma, copias albaranes, nóminas, pólizas, etc.) de todas las partidas de gasto de explotación estimadas durante la vigencia del contrato necesarias para la facturación global, que justifique el suficiente margen de beneficio que haga viable económica y financieramente la ejecución del mismo, incluyendo el impacto económico de los gastos de las mejoras ofertadas en la cuenta de resultados.*

*La justificación documental de todas aquellas condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, así como la obtención de ayudas de Administraciones públicas. Concretamente, para el gasto del personal adscrito a los comedores escolares deberá estar referido a las tablas salariales publicadas y actualizadas del Convenio Colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva (Resolución de 10 de noviembre de 2022, de la Dirección General de Trabajo, BOE núm. 299, de 14 de diciembre de 2022).*

*Será preciso desglosar el nº de horas previsto, el salario bruto y la cuota empresarial a la Seguridad Social para cada tipología.*

*Para los costes indirectos de estructura empresarial deberán imputar (y explicar) un porcentaje fijo sobre la facturación prevista, equivalente al que la entidad expresa en sus cuentas anuales respecto al volumen total de negocio. Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes del servicio correspondiente, estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la excluirá de la clasificación prevista anteriormente». (el subrayado es nuestro, la negrita no)*

Partiendo de lo expuesto, y a la vista de los términos del requerimiento que se le practicó no podemos dar la razón a la recurrente sino concluir que asiste la razón al órgano de contratación cuando niega la imputación de falta de concreción, así como la introducción de criterios o parámetros *ex novo* que se hayan aplicado en la determinación de la anormalidad de la oferta.

En ese sentido, está claro que el contenido del requerimiento no hacía (como pretende hacer valer la recurrente) una remisión simple y genérica al artículo 149 de la LCSP, sino que en aquel se indicaba claramente que “la justificación de la valoración de oferta se realizará por la persona licitadora de acuerdo con el modelo y según las instrucciones recogidas en el pliego, debiendo indicar en su caso el carácter confidencial de la documentación presentada”.

Así, en el apartado 8 del anexo I del PCAP, tal y como se ha transcrito con anterioridad, se establecía con meridiana claridad el contenido mínimo orientativo para justificar la anormalidad de la oferta, teniendo como referencia el desglose de costes establecido en el estudio de viabilidad publicado, de todas las partidas de gastos de explotación estimadas durante la vigencia del contrato, con indicación expresa de que había de justificar el suficiente margen de beneficio que hiciese viable económica y financieramente la ejecución del mismo, por lo que, habiendo sido aceptados por el licitador, y siendo consentidos y firmes los pliegos, no puede alegar en este momento la afeción a sus derechos e intereses legítimos que ahora denuncia por la indefensión que le depara, a su juicio, la



indeterminación de los parámetros utilizados para el análisis de la viabilidad de su oferta puesto que tal indeterminación no ha acontecido.

Los términos reproducidos *ut supra* del PCAP son claros en cuanto a las cuestiones objeto de debate. En tal sentido ha de indicarse que conforme a lo establecido en el artículo 139.1 de la LCSP, las proposiciones de las personas interesadas deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por la persona empresaria del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.

Al respecto, como viene expresando la ya reiterada doctrina de este Tribunal (v.g. Resoluciones 120/2015, de 25 de marzo, 221/2016, de 16 de septiembre, 45/2017, 2 de marzo, 200/2017, de 6 de octubre, 333/2018, de 27 de noviembre, 250/2019, de 2 de agosto, y más recientemente en la 343/2022, de 27 de junio, entre otras muchas), los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de “*pacta sunt servanda*”, y teniendo en cuenta que la recurrente no impugnó en su día las citadas cláusulas y anexos del PCAP, necesariamente ha de estar ahora al contenido de la misma.

Sobre el particular, ha de tenerse en cuenta que cuando el órgano de contratación en los pliegos o en los documentos que rigen la licitación define las condiciones que pretende imponer a las entidades licitadoras se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de las entidades licitadoras, sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre las mismas.

Así se manifiesta el Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en su Sentencia, de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), cuando afirma en su apartado 78 que «*Por otro lado, si la (...) [entidad contratante] no se hubiera atenido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusión for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80) (...)*».

En tal sentido, la jurisprudencia europea viene reiterando que el principio de igualdad de trato implica que todas las entidades licitadoras deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar sus proposiciones como al ser valoradas estas por la entidad adjudicadora (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica). Asimismo, este principio es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2002, Universidad Bau y otros).

Como conclusión de cuanto antecede, siendo ya los pliegos actos firmes y consentidos al no constar impugnación de estos en los extremos particulares que se analizan, tanto las entidades licitadoras como la mesa y el órgano de contratación han de estar y pasar por su contenido.

Por otra parte, obra en el expediente remitido (documento nº 6) el estudio de viabilidad sobre las distintas partidas de los gastos de explotación respecto de cada uno de los lotes por lo que, como bien señala el órgano de contratación, y las entidades interesadas en el trámite de alegaciones, los parámetros que sirvieron de base al comi-



té de expertos para analizar la viabilidad de la oferta estaban claramente indicados en los pliegos y a este se hacía referencia expresa en el requerimiento.

Así, pues, como sostiene el órgano de contratación en su informe, la recurrente tuvo conocimiento de todos los extremos sobre los cuales había de justificar su oferta, máxime si tenemos presente que el propio requerimiento señalaba que la justificación de la oferta se haría según el modelo y según las instrucciones recogidas en el PCAP, por lo que no puede prosperar la alegación sobre la falta de concreción de los extremos que debieron ser objeto de justificación.

Este Tribunal considera, por tanto, que los términos en los que se realizó el requerimiento no han impedido ni mucho menos a la recurrente que presentara una documentación pormenorizada acreditativa de la viabilidad de su oferta sin que se pueda concluir que un requerimiento más detallado hubiera podido acabar en otro resultado. Tampoco resulta admisible, por las razones expuestas, que se hayan empleado, de manera arbitraria, criterios *ex novo* ya que, como hemos analizado, el pliego establecía claramente los aspectos sobre los que debía efectuarse la justificación tomando como referencia el desglose de costes establecido en el estudio de viabilidad publicado, que reflejaba todas las partidas de gastos de explotación estimadas durante la vigencia del contrato, con indicación expresa de que habría de justificar el suficiente margen de beneficio que hiciese viable económica y financieramente la ejecución del mismo.

Consecuentemente, procede la desestimación de este motivo del recurso.

## 2.- Sobre la innecesaridad de mayor justificación para la viabilidad de la oferta que la experiencia de la empresa en la ejecución del contrato y la improcedencia de considerar que su oferta no ha sido justificada. Aplicación del principio de proporcionalidad.

Como segundo motivo de impugnación, la recurrente insiste en la viabilidad de su oferta invocando la experiencia en la ejecución de contratos anteriores, y alega además que cuenta con importantes ahorros y descuentos además de tener toda la inversión amortizada que permite no imputar ciertos costes que otras empresas, por el contrario, tienen.

El informe del órgano invoca el principio de discrecionalidad técnica basada en una actuación administrativa realizada con rigor y que está revestida de una presunción de certeza o de razonabilidad, y considera que el haber estado gestionando contratos anteriores a la licitación que nos ocupa, no es un criterio objetivo incluido en el pliego y su toma en consideración abocaría, además, a un trato desigual y discriminatorio entre los licitadores.

La entidad interesada ALESSA niega que la experiencia de COMERTEL como actual prestadora del servicio en diversos centros pueda admitirse como condición especialmente favorable que justifique la viabilidad de su oferta invocando, al respecto, la Resolución 623/2023, de 7 de diciembre, de este Tribunal.

Pues bien, aun cuando tal alegato va indefectiblemente unido en el fondo a la valoración sobre la viabilidad de la oferta efectuada por el comité técnico – cuya arbitrariedad denuncia la recurrente y que analizaremos a continuación- lo cierto es que esta cuestión ha sido analizada por este Tribunal en Resoluciones como la invocada por la entidad interesada o la Resolución 528/2023 en la que nos pronunciábamos en los siguientes términos:

*«Al respecto, ha de afirmarse como ya se hiciese en otras resoluciones de este Tribunal, entre otras, en la 5/2021, de 14 de enero y 201/2021, de 20 de mayo, que la existencia o no de elementos o circunstancias diferenciadoras con el resto de las entidades licitadoras o con otras licitaciones pudiese ser un indicio, pero nunca una circunstancia deter-*



*minante para la aceptación o rechazo de la viabilidad de una oferta inicialmente incurra en baja anormal o desproporcionada».*

Por tanto, aplicando la doctrina expuesta, consideramos que en el supuesto que examinamos, la mera alegación de la condición de prestadora del servicio en anteriores licitaciones, en abstracto, no es circunstancia determinante del rechazo o aceptación de la oferta, procediendo la desestimación del motivo de impugnación alegado.

Por último, en cuanto a la aplicación del principio de proporcionalidad que reivindica la recurrente, al considerar que el órgano de contratación debía de haberle solicitado la aclaración de la oferta, ha de desestimarse igualmente puesto que la solicitud de aclaración es una potestad del órgano de contratación en supuestos en que observe ambigüedad, errores o defectos formales susceptibles de aclaración, que, como analizaremos con posterioridad, no se dan ni se alegan en el supuesto examinado. En cualquier caso, se ha de tener en consideración que, en el presente supuesto, tras el requerimiento de la documentación justificativa por la mesa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149 de la LCSP- la recurrente aportó un documento justificativo al que acompañó de cuatro más con el desglose efectuado de las distintas partidas de explotación, así como acuerdos internos entre la recurrente y proveedores por lo que, más allá de las cuestiones formales o de validez intrínseca de los mencionados documentos, en principio, no existía información que aclarar.

Consecuentemente con lo expuesto, este Tribunal considera que la mesa de contratación actuó de forma correcta al no solicitar aclaraciones adicionales a la recurrente sobre la justificación de la viabilidad de su proposición, dado que, en puridad, no se le habría concedido la posibilidad de presentar aclaraciones, pues no existía información que aclarar.

### 3.- Sobre la arbitrariedad del informe técnico de valoración de la justificación de la viabilidad.

La recurrente denuncia la arbitrariedad de su exclusión basada en un informe técnico que califica de erróneo al partir de premisas arbitrarias y considerar que la valoración técnica de su oferta no ha sido objetiva, sino que se ha basado en premisas erróneas.

El órgano de contratación en su informe, tal y como se ha expuesto con anterioridad, niega la arbitrariedad que se le imputa y que, entre otras cuestiones, la recurrente basa en el pretendido carácter vinculante de las consultas preliminares del mercado, insistiendo en que la motivación de la exclusión de la recurrente nada tiene que ver con su participación en la consulta preliminar sino que obedece a la falta de justificación y acreditación para convencer a la unidad técnica acerca de la viabilidad de la oferta, al haber aportado documentos que se califican de erróneos, incompletos, faltos de vigencia y con ausencia de firma de las empresas proveedoras.

Tanto ALESSA como AUSOLAN niegan, en definitiva, la existencia de la arbitrariedad denunciada partiendo de la presunción de veracidad de los informes y de la doctrina de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación que debe ser respetada salvo prueba de error, arbitrariedad o falta de motivación, circunstancias que ambas consideran que no concurren ni han sido acreditadas por parte de la recurrente en el presente expediente.

Pues bien, la alegada arbitrariedad del informe técnico, frente a la que la recurrente entiende como exhaustiva justificación por su parte de la viabilidad de su oferta, no puede estimarse, por las razones que se exponen a continuación.

1. No puede admitirse que exista la arbitrariedad manifiesta y desviación de poder que imputa la recurrente en el análisis de la justificación de la viabilidad de la oferta puesto que, como señala el órgano de contratación en su informe, y este Tribunal ha podido corroborar con el examen de aquel, obrante en actuaciones, la metodología



empleada en la valoración de las ofertas anormales siguió las indicaciones emitidas por la Intervención General de la Junta de Andalucía y la Dirección General de Fondos Europeos, confiriendo un tratamiento global a la justificación presentada por la entidad incurso en anomalía. El análisis, por tanto, de la anomalía de la oferta no se ha limitado únicamente a cualquiera de los factores económicos por el que se hubiera incurrido en anomalía, sino teniendo en cuenta el tratamiento conjunto de todos los costes que hacen viable la oferta presentada, y, sobre todo, tal y como preveía el pliego, la justificación de la oferta debía acreditar el suficiente margen de beneficio que haga viable económica y financieramente la ejecución del contrato.

En ese sentido, conviene recordar que el apartado octavo del anexo I del PCAP establecía claramente que la justificación para cada lote en baja anormal, debía tener como referencia el desglose de costes establecido en el estudio de viabilidad publicado, con justificación documental (facturas proforma, copias, albaranes, nóminas, pólizas, etc) de todas las partidas de gastos de explotación estimadas durante la vigencia del contrato necesarias para la facturación global, que justifique el suficiente margen de beneficio industrial que haga viable económica y financieramente la ejecución del mismo, incluyendo el impacto económico de los gastos de las mejoras ofertadas en la cuenta de resultados.

Asimismo, el citado apartado establecía la obligación de aportación documental de todas aquellas condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, así como la obtención de ayudas de las Administraciones Públicas.

Como punto de partida, hemos de atender al contenido del apartado 8 del anexo I que establecía el contenido mínimo para la justificación de las ofertas anormales, detallando el desglose de costes conforme al estudio de viabilidad publicado y previendo la justificación documental de los cálculos realizados, de tal manera que lo que había que justificar era el suficiente margen de beneficio industrial que hiciera viable la ejecución del contrato. Es más, el requerimiento formulado a la recurrente hacía referencia expresa a la necesidad de efectuar la justificación de acuerdo con el modelo y según las instrucciones recogidas en el PCAP.

Al respecto, hemos de recordar que el PCAP, como tantas veces se ha indicado por este Tribunal (v.g. Resoluciones 524/2023, 457/2023 y 428/2023 por citar las más recientes), una vez aprobado por el órgano de contratación y aceptado por los licitadores al presentar sus ofertas, constituye ley entre las partes. Asimismo, no consta que el citado pliego haya sido impugnado por COMERTEL, constituyendo un acto firme a cuyo contenido debe estarse.

Pues bien, en el escrito de recurso, COMERTEL, entre otros motivos aduce, frente a la exclusión de su oferta, que el informe se ha basado en una consulta preliminar de mercado que no puede servir de rasero para medir la viabilidad de la empresa. Y que el nivel de detalle de los distintos descuentos ofertados no le fue exigido en el requerimiento por lo que habría de haberse admitido el detalle de las soluciones técnicas y condiciones favorables de la que dispone y que se indicaron en el documento justificativo de su oferta.

Ahora bien, ninguno de estos argumentos puede acogerse. El contenido del pliego en el apartado 8 del anexo I era taxativo y claro en cuanto a (i) el contenido a justificar a través del desglose de costes de todas las partidas de explotación estimadas durante la vigencia del contrato partiendo del estudio de viabilidad; (ii) la exigencia de suficiencia del beneficio industrial que haga viable económica y financieramente la ejecución del contrato; y (iii) la obligación de aportación documental de aquellas condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, así como la obtención de ayudas de las Administraciones Públicas. Si la recurrente no estaba de acuerdo con el contenido del pliego, debió impugnarlo en su momento procedimental oportuno, sin que pueda ahora- en vía de recurso- pretender apartarse del contenido del pliego o forzar una interpretación con la que superar los datos que se extraen de la justificación que efectuó acerca del desglose de costes.



Al hilo de ello, debemos recordar que si bien este Tribunal ha manifestado (v.g., entre otras, Resoluciones 371/2022, de 6 de julio, 22/2023 y 24/2023 de 13 de enero y 50/2023 a 54/2023, de 23 de enero y 212/2023, de 21 de abril, y del Tribunal Administrativo Central del Recursos Contractuales, entre otras, en su Resolución 1966/2021, de 29 de diciembre) en concreto, respecto del beneficio industrial que ésta es una partida que depende exclusivamente de la voluntad de la entidad licitadora, por lo que dicho beneficio podría asumir en parte o en su totalidad el déficit que se genere en otras partidas de costes de la prestación, no obstante, y tal y como hemos analizado, en el supuesto concreto que examinamos, es el PCAP el que establece precisamente que la justificación de la anormalidad habrá de efectuarse de manera tal que pueda justificarse la suficiencia de margen de beneficio industrial por lo que- insistimos- si la recurrente no estaba conforme con dicha previsión debió haberla impugnado en el momento procedimental oportuno.

2. No puede ahora la recurrente rebatir las observaciones del informe técnico ni la valoración efectuada combatiendo los parámetros utilizados en la medida que el desglose de costes, contenido en el estudio de viabilidad era conocido por el licitador así como que el análisis de la justificación de la viabilidad iba a efectuarse mediante un estudio comparativo con el desglose de costes contenido en aquel que había de justificar, por así indicarse expresamente, el suficiente margen de beneficio industrial que hiciese viable económicamente la ejecución del contrato. Como se ha indicado en el fundamento de derecho sexto, precisamente esa ha sido la razón de la exclusión de la licitadora en los lotes 1, 3, 12 y 13, en concreto, que la suma de las partidas con no conformidades es superior al beneficio industrial declarado en ambos casos, sin que la recurrente haya conseguido acreditar error en el informe técnico, ni que se hayan superado los límites de la discrecionalidad técnica.

Respecto de las no conformidades en cada una de las partidas analizadas, el informe técnico explica las distintas razones por las que no se declaran conformes, en algunos casos, por omisión de la documentación exigida, o por ser incompleta o falta de firma, por lo que la recurrente no ha desvirtuado la presunción de veracidad y acierto del informe técnico, debiendo prevalecer el contenido de este último.

3. Como se infiere de la documentación que aportó la empresa y que este Tribunal ha podido analizar, la recurrente justifica la viabilidad de su oferta en consideraciones genéricas, poniendo de manifiesto las capacidades de su empresa y su experiencia como actual adjudicataria, cuando debió realizarla en relación al concreto procedimiento de contratación en que se ha originado, sin que el cumplimiento por parte de la empresa que presenta dicha oferta en la ejecución de contratos anteriores le exonere de justificar la viabilidad de su proposición, si esta es calificada inicialmente como anormal o desproporcionada, ni ello supone certeza alguna de que pueda ser cumplida. La recurrente rebate las observaciones del informe técnico calificándolo como arbitrario, sin embargo, como ha quedado constatado, la justificación de la viabilidad es analizada en aquel sin que pueda observarse arbitrariedad alguna que rebase, como ya hemos indicado, los límites de la discrecionalidad técnica.

Conviene traer a colación la doctrina de los Órganos de resolución de recursos contractuales, entre las que cabe mencionar la Resolución de este Tribunal 90/2019, de 21 de marzo, para la determinación de si una oferta, incurra inicialmente en baja anormal o desproporcionada, está o no justificada su viabilidad, rige el principio de discrecionalidad técnica, según el cual la actuación administrativa está revestida de una presunción de certeza o de razonabilidad apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación, y que sólo puede ser desvirtuada si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega. En este mismo sentido, cabe destacar las Resoluciones de este Tribunal 330/2021, de 16 de



septiembre, 379/2021, de 8 octubre, 26/2022, de 21 enero, 314/2022, de 10 de junio, 22/2023, de 13 de enero y 102/2023, 17 de febrero, entre otras.

Procede, por tanto, desestimar el motivo.

#### **4.- Sobre la ausencia de motivación en la exclusión.**

La recurrente denuncia finalmente la ausencia de motivación en la exclusión alegando que la mesa asumió el contenido del informe técnico sin efectuar ninguna apreciación ni advertir los errores y arbitrariedades de que, a su juicio, adolecía.

El informe del órgano se opone en términos generales a dicha alegación considerando que la exclusión está debidamente motivada. En la misma línea, las entidades interesadas en sus escritos de alegaciones esgrimen que la exclusión de la oferta de la recurrente está motivada y es ajustada a derecho.

Pues bien, lo primero que hay que indicar es que es perfectamente posible que la mesa de contratación asuma plenamente el informe técnico por lo que ninguna irregularidad procedimental cabe apreciar.

Por otra parte, sobre la falta de motivación del acto, es doctrina de este Tribunal a propósito de la motivación de la adjudicación pero extrapolable asimismo a la exclusión y demás actos sujetos a motivación (v.g. Resolución 65/2019, de 14 de marzo) que *“la ausencia o insuficiencia de motivación en la adjudicación ha de estar vinculada al desconocimiento de los elementos necesarios para la interposición de un recurso fundado; si no es así, es decir, si la infracción formal del deber de motivación previsto en el artículo 151 de la LCSP no ha impedido a la recurrente la interposición de un recurso fundado, no cabe alegar indefensión material a la hora de impugnar la adjudicación, ni podría prosperar la pretensión de nulidad de la resolución de adjudicación basada en aquella circunstancia. En el sentido expuesto, el Tribunal Constitucional mantiene (Sentencia 210/1999, de 29 de noviembre en el Recurso de amparo 3646/1995) que la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, tras la infracción de una norma procesal, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa y que dicha indefensión ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción procesal, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa”*.

Así, en el presente supuesto no cabe duda de que la recurrente ha formulado su recurso y ha centrado su análisis en la cuestión que fundamenta la exclusión, la no justificación de la viabilidad de su oferta incurra en presunción de anormalidad por la falta de concreción del requerimiento y la arbitrariedad en la valoración efectuada, cuestiones ambas que han sido desestimadas por este Tribunal. En cuanto a las razones que han motivado su exclusión recogidas en el informe técnico, que rebate con detalle en su escrito de recurso, consideramos que la recurrente ha tenido conocimiento en todo momento de los motivos y argumentos jurídicos y técnicos en los que se ha sustentado el acuerdo de exclusión, sin que pueda oponerse como motivo de impugnación -en el que sustentar la falta de motivación- el hecho de que la mesa haya asumido en su integridad el contenido del informe técnico, por las razones anteriormente indicadas, máxime a la vista de la amplitud y prolijidad del contenido de aquel.

No es posible apreciar, por ello, a juicio de este Tribunal, la falta de motivación que se denuncia en el recurso, ya que del contenido de su escrito se demuestra que la recurrente es plenamente conocedora de los motivos en los que se basa su exclusión, por lo que no se ha visto mermado su derecho material de defensa.

En definitiva, a la vista de los argumentos expuestos por las partes, la justificación de la anormalidad de la oferta de la ahora recurrente, el informe técnico de fecha 4 de julio de 2024 y lo analizado a lo largo de la presente



resolución, a juicio de este Tribunal, las alegaciones de la recurrente en contra del rechazo de su oferta, incurso inicialmente en baja anormal o desproporcionada, en las que denuncia que el informe de viabilidad es arbitrario y la improcedencia de considerar que su oferta es anormalmente baja dado que fue adecuadamente justificada, no pueden prosperar habida cuenta el conocimiento que aquella tenía de lo establecido en el pliego y constituyen, por tanto, una evaluación paralela y alternativa a la realizada por el órgano evaluador que se mueve, como señala la jurisprudencia, dentro del principio de libre apreciación, pero que, como se ha indicado, no puede prevalecer sobre el criterio de un órgano técnico especializado, al que se presume imparcial y cuyas apreciaciones se hallan amparadas en el supuesto analizado por la doctrina de la discrecionalidad técnica de los órganos evaluadores, que debe ser respetada salvo prueba de error, arbitrariedad o falta de motivación, circunstancias que no concurren en el presente supuesto.

En consecuencia, con base en las consideraciones realizadas, procede desestimar en los términos expuestos el recurso especial.

#### **OCTAVO. Consideraciones sobre el escrito de alegaciones de ALESSA.**

Sin perjuicio del análisis efectuado respecto de las alegaciones de ALESSA a propósito del análisis de los distintos motivos de impugnación que hemos analizado a lo largo de la presente Resolución, el contenido de la alegación segunda de su escrito versa sobre la existencia de un error detectado en el informe de la comisión técnica que determinaría, a su juicio, la exclusión de la oferta de COMERTEL por la inviabilidad económica de la oferta del lote 1.

En virtud del principio de congruencia al que está vinculado este Tribunal, hemos de abordar a continuación la cuestión suscitada por ALESSA en la alegación segunda de su escrito (páginas 10 y siguientes) en la que pone de manifiesto que ha detectado un error en el informe técnico, que implicaría en todo caso, la inviabilidad económica de la oferta presentada por la recurrente al lote indicado.

En concreto, refiere que en el análisis de viabilidad que se ha efectuado de manera comparativa con el estudio de viabilidad obrante en actuaciones, no se ha tenido en cuenta que este último solo contempla los ingresos y costes de materia prima correspondientes al servicio de comedor escolar, sin considerar los costes del servicio PRAI (que sí se contemplan en la oferta de la recurrente) y que impide, según su opinión, evaluar comparativamente dicha información.

Pues bien, con independencia de que dicha cuestión no ha sido suscitada por la recurrente y por tanto, la pretensión de exclusión de la oferta de la recurrente por tal motivo excede del ámbito propio de las alegaciones, ha de señalarse que en el trámite de alegaciones en el recurso especial solo cabe la oposición al mismo, no siendo una suerte de reconvención que permita tramitar en un mismo procedimiento pretensiones distintas de las formuladas por la recurrente (v.g. Resoluciones de este Tribunal 68/2022, de 28 de enero, 381/2019, de 14 de noviembre, 6/2018, de 12 de enero y 108/2018, de 17 de abril, entre otras, y Resolución 807/2017, de 22 de septiembre, entre otras, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otros órganos de resolución de procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual).

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

#### **ACUERDA**

**PRIMERO.** Desestimar el recurso especial interpuesto por la entidad **COMERTEL S.A.** contra el acuerdo de exclusión de su oferta respecto de los **lotes 1, 3, 12 y 13** del procedimiento de adjudicación del contrato



denominado «Servicio público de comedor escolar y programa de refuerzo en alimentación infantil (PRAI) en los centros docentes públicos dependientes de la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional» (Expediente CONTR 2024 0000191525 )promovido por la Agencia Pública Andaluza de Educación, adscrita a la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación profesional.

**SEGUNDO.** Declarar que no se aprecia temeridad ni 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.

**NOTIFÍQUESE** la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

