

Recurso 286/2024
Resolución 321/2024
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 **MEDITERRANEA DE CATERING S.L.U** contra el acuerdo de exclusión de su oferta respecto de los **lotes 16 y 35** 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 4 de julio de 2024 se celebra sesión de la mesa de contratación en la que, en el punto correspondiente del orden del día, se procede al rechazo de la oferta de la entidad **MEDITERRANEA DE CATERING S.L.U** (en adelante, la recurrente) respecto de los **lotes 16 y 35**.

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 16 y 35** 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 en la misma fecha.

CUARTO. El 26 de julio de 2024, la recurrente presentó en el Registro Electrónico Estatal dirigido a este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de exclusión de su oferta, respecto de los **lotes 16 y 35** adoptado por la Dirección Gerencia de la APAE.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, de fecha 29 de julio de 2024, primer día hábil, 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 31 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 fuera de plazo las formuladas por la entidad **ARAMARK SERVICIOS DE CATERING, S.L.U.** (en adelante, ARAMARK SERVICIOS DE CATERING)

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 29,30 y 31.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra el acuerdo de exclusión de la oferta 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 26 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, con estimación de las alegaciones contenidas en el cuerpo del mismo, se declare la nulidad o subsidiariamente la anulabilidad de la misma, con retroacción de actuaciones hasta el momento inmediatamente anterior a la exclusión de su oferta».

Fundamenta su pretensión en los siguientes motivos de impugnación:

1º Infracción del artículo 149 de la LCSP en relación con el anexo I apartado 8 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) e infracción del principio de igualdad.

Expone que en el apartado 8 del PCAP se establecen los parámetros objetivos para considerar una oferta anormalmente baja, según concurra un solo licitador o concurren dos o más licitadores, e indica que en los lotes de los que ha resultado excluida (16 y 35) la baja que ha ofertado es del 8,1416 % y del 11,69 % respectivamente. Alega, además, que ha ejecutado durante los últimos años los centros del lote 16 en su totalidad y 9 de los centros incluidos en el lote 35 conociendo los costes reales de la prestación del servicio, especialmente en el lote 16.

Denuncia que, al formular su oferta en el lote 16 no ha superado el máximo previsto en el PCAP, al no exceder el porcentaje del 10% sobre la base imponible del precio de licitación que consta en la página 60 y 61 del PCAP, referido al caso primero de los parámetros para considerar una oferta anormalmente baja. Tampoco supera el límite previsto en el supuesto segundo de dichos parámetros, al menos en el lote 16 y lo supera levemente en el lote 35.

En su escrito detalla que los descuentos ofertados por las licitadoras, según consta en el acta nº 3 son los siguientes, según transcribimos en palabras de la recurrente:

«Los descuentos ofertados por las licitadoras en este Lote 16 son: 0,17€; 0,46 €; 0,04 € y 0,02 €. El 95 por ciento de la media es de 0,1638, siendo el descuento ofertado por mi representada de 0,46, que no es inferior al descuento referido en el PCAP.

Los descuentos ofertados en el Lote 35 son: 0,17 €; 0,69 €; 0,21 € y 0,01 €. El 95 por ciento de la media es de 0,2565, por lo que siendo el descuento ofertado por mi representada de 0,69 no es inferior al descuento referido en el PCAP».

Plantea que la redacción del pliego debe ser errónea puesto que, en el supuesto de que concurren dos o más licitadores, incurrirían en oferta anormal aquellas que hubieran ofertado un descuento menor, esto es, las de mayor precio, lo que resulta, a su juicio, contradictorio, por lo que afirma desconocer cuáles son los cálculos efectuados por el órgano de contratación para determinar que su oferta se encuentra en situación de anormalidad.

Añade, además, que “ninguna lógica tiene que se considere por el Órgano de Contratación que, si concurre un solo licitador con un descuento sobre el precio de la licitación de hasta un 10 por ciento se presuma que puede prestar el servicio y, que, al contrario, si concurren más licitadores y el descuento sea inferior al citado 10 por ciento, se presuma que con descuentos inferiores la oferta se encuentre en situación de anormalidad” (sic) por lo que defiende que el argumento del órgano de contratación debería ser para descuentos superiores al 10 % sobre la base imponible del precio de la licitación.



Sobre la base de lo anterior, alega que su oferta para el lote 16 no está incursa en anomalía, debiendo admitirse y valorarse, y en relación con el lote 35, la justificación del precio debe considerarse adecuada conforme argumenta en el segundo motivo de impugnación formulado.

2º Adecuación de la justificación requerida por el órgano de contratación.

La recurrente defiende la suficiencia de la justificación de la viabilidad de su oferta al requerimiento del órgano de contratación insistiendo en que formuló aquella con suficiente detalle, incluyendo todas las partidas de gasto contempladas en el “Informe motivado de consulta preliminar a mercado sobre aspectos relacionados con la contratación del 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” y en la memoria económica. En concreto, indica que incluyó justificación de los siguientes apartados:

- Costes de personal (Mano de obra, seguridad social, uniformidad, EPIs, formación y útiles desechables, absentismo).
- Amortización de equipamiento y coste de mantenimiento anual.
- Costes operativos (suministros de gas, APPCC, DDD, y productos de limpieza)
- Costes de materias primas del menú y prai
- Gastos generales (incluye costes por aviso de ausencia y morosidad)
- Beneficio industrial

Critica que el órgano de contratación, a través del comité de expertos, acuda a un criterio meramente objetivo, esto es al estudio comparativo de su oferta con el estudio de viabilidad, limitándose a considerar que su oferta no está suficientemente justificada, y denunciando la falta de motivación de las razones por las cuales considera que la ejecución del contrato en las condiciones ofertadas no puede hacerse de forma correcta.

Invoca la Resolución 124/2022 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y el criterio sobre la exhaustividad de la justificación de la oferta anormal que debe ser mayor cuanto mayor sea la baja, y sostiene que la exhaustividad de su oferta se puede comprobar de la documentación que presentó al órgano de contratación - y que aporta en sede de recurso como documento nº 5- en la que detalla, partida por partida de gasto, los costes incurridos en la prestación de los servicios, sin que el órgano de contratación le haya solicitado subsanación sobre algún extremo.

Por otra parte, esgrime que, de la documentación obrante en el expediente no resulta el nivel de precios que se afirma en el informe técnico, indicando que el órgano de contratación ha acudido para la obtención de información a las actuales licitadoras (que han dado información muy dispar sobre los costes, además de incompleta) y no constando que haya acudido a otros medios para determinar el nivel de precios cuyo umbral puede ser determinante a la hora de justificar las ofertas anormalmente bajas.

Invoca, finalmente, la Resolución 411/2021 de 16 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales respecto de la necesidad de que el órgano de contratación motive suficientemente que la ejecución de las prestaciones no puede hacerse de forma correcta en las condiciones ofertadas, por lo que concluye en la infracción del artículo 149 de la LCSP al aplicar de forma automática la exclusión de su oferta sin mayor motivación.



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.

2.1.- Frente al primer motivo de impugnación relativo a la infracción del artículo 149 LCSP en relación con el anexo I apartado 8 del PCAP e infracción del principio de igualdad de trato, el informe del órgano considera, en primer lugar, que las alegaciones vertidas por la recurrente representan, en el fondo, una impugnación indirecta de los pliegos, lo cual resulta extemporáneo y carente de fundamento calificándolo de artificioso e inconsistente.

En concreto, respecto de las consideraciones efectuadas por la recurrente en relación con la interpretación de los parámetros objetivos establecidos en el pliego, el informe del órgano señala lo siguiente:

« A este respecto, el órgano de contratación considera que MEDITERRÁNEA con esta argumentación parece querer traer a este momento de la licitación, un recurso a los pliegos, al poner en cuestión no ya la aplicación de los pliegos en el análisis de la oferta, sino su propio contenido. Cuestión a todas luces extemporánea y carente de fundamento por lo inconsistente y artificioso de sus argumentos, llegando incluso a solicitar la suspensión de la licitación como medida cautelar.

Ni siquiera cuestiona el informe técnico de valoración de las ofertas en baja, sino que diserta sobre lo ilógico del contenido del PCAP, en cuanto a los parámetros objetivos para considerar una oferta anormalmente baja. Para refrendar su argumento y a efectos ilustrativos, desconocemos si intencionadamente interpreta cómo deben entenderse esos parámetros de un modo tal que ni la oferta del lote 16 ni la del lote 35, hubieran incurrido en baja.

*Concretamente, en respuesta a estas consideraciones de la entidad recurrente en las que califica de contradictorio y cuestiona la aplicación de los parámetros para detectar las ofertas en baja anormal contenidos en pliego, en su Anexo I, apartado 8 del PCAP, relativo a los Criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas, establece expresamente que en las proposiciones económicas se valorará el descuento económico expresado en céntimos de euros sobre la base imponible de la tarifa/menú día a la que se refiere el apartado 2 del ANEXO I del Pliego, y será aplicada a la totalidad de los menús consumidos por los usuarios del servicio público, de tal forma que corresponderá cero puntos a la proposición económica que no oferte descuento y veinticinco puntos a la que ofrezca **mayor descuento** de entre las ofertas presentadas admitidas, es decir, el mayor importe en céntimos de euro de descuento ofertado.*

Conforme a lo dispuesto en la cláusula 10.5 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la presente licitación, la cual remite a su Anexo I -apartado 8 donde se establece como parámetro objetivo, para el caso de concurrencia a un lote ofertas de dos o más licitadores, que el descuento sea inferior al 95 % de la media de las ofertas económicas válidas. (Media x 0,95).

Tras la apertura del sobre 3, se pusieron de manifiesto las siguientes ofertas en los lotes objeto de este recurso especial, y de la aplicación de la fórmula MEDITERRANEA obtuvo estos resultados en los lotes recurridos:

LOTE	Tarifa LICIT	ARAMARK SERVICIOS DE CATERING	AXIAL MEDITERRA- NEA	COMERTEL, SA	EUREST	MEDITERRA- NEA CATERING SL	HERMANOS GONZALEZ SL
16	565			4		46	17
35	551	21	2		1	69	17



LOTE	ARAMARK SERVICIOS DE CATERING	AXIAL	COMER- TEL	EUREST	MEDITE- RRANEA	HH GONZA- LEZ	MEDIA	x 0,95
16		563	561	550	519	548	547,75	520,36
35	530				482	534	524,00	497,80

Es reseñable que habiendo participado MEDITERRANEA DE CATERING como entidad miembro de la patronal AER-CAN, de las reiteradas reivindicaciones del sector de colectividades para una revisión al alza de los precios de contratación que, junto con el recurso especial al exp. CONTR 2023 0000763588 finalmente desistido conforme a la resolución del TARCJA 517/2023, dieron pie al ya comentado Estudio de Viabilidad y al esfuerzo de la Consejería de Hacienda para dotar a la Agencia de la suficiente elevación de presupuesto para poder sacar la licitación a los precios del mercado que el propio sector había informado en la consulta preliminar.

Más allá de que la oferta haya incurrido en baja anormal, esta unidad técnica no quiere dejar escapar la oportunidad de también poner en orden de magnitud cómo de alejada está la oferta incursa en temeridad sobre el precio medio ofertado en el lote de las empresas que han concurrido y también sobre el precio de licitación(...)»

Concluye, por tanto, el órgano que el propósito de la recurrente es impugnar extemporáneamente los pliegos al cuestionar *stricto sensu*, no ya la aplicación de los pliegos en el análisis de la oferta, sino el propio contenido de estos.

2.2 Respecto de la adecuación de la justificación requerida por el órgano de contratación para acreditar la viabilidad de la oferta, el órgano defiende la suficiencia del informe de la unidad técnica, negando que en ningún momento haya sido causa de exclusión el grado de exhaustividad sino no haber superado el análisis de la viabilidad conforme a los criterios establecidos en el pliego relativos al modelo orientativo que debían seguir los licitadores para justificar la anormalidad de sus ofertas.

Así, 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 incursa 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.

En este sentido, indica que el parámetro principal utilizado por la unidad técnica en la evaluación de la oferta es el beneficio industrial declarado por la propia empresa en los lotes en los que incurrió en baja anormal, a fin de comprobar si con el beneficio declarado hay margen económico para soportar todas aquellas variables que la unidad técnica ha considerado no justificadas por ser excesivamente bajas, circunstancias que podían comprometer la viabilidad y correcta prestación de este servicio.

Invoca al respecto diversos pronunciamientos de este Tribunal que establecen 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)

Explica que para cada lote incurso en baja anormal se ha realizado un análisis de los importes de cada uno de los costes operacionales teniendo como referencia los establecidos en el estudio de viabilidad y las no conformidades, a nivel de cada partida de explotación, indebidamente justificados o faltos de acreditación documental que soporte las alegaciones de los licitadores se han detruido del importe del beneficio industrial declarado por la entidad recurrente, siguiendo la doctrina de este Tribunal. Respecto de cada uno de los costes operacionales (coste salarial, absentismo, amortización del equipamiento, coste del mantenimiento, productos de limpieza e higiene, materias primas, etc) el informe del órgano se remite al contenido del informe de los servicios técnicos de bajas anormales, que de forma pormenorizada explica los motivos de admisión o rechazo de las justificaciones aportadas.

Con relación al cuestionamiento que efectúa la recurrente sobre el modo de determinación de los precios de la presente licitación, el informe indica que se trata de un argumento que utiliza para defender que el precio de los lotes incursos en baja no son un problema para prestar el servicio, y, en cualquier caso, representa una impugnación extemporánea del pliego. A continuación, relata de manera exhaustiva y pormenorizada los antecedentes de la licitación para contextualizar los hechos acontecidos en los últimos años con el incremento de los precios de los alimentos y los salarios derivados de los convenios colectivos que han afectado al precio menú del servicio de comedor. Tras relatar aquellos, indica que:

“Esta nueva licitación se hace posible después del enorme esfuerzo presupuestario que hace la propia Junta de Andalucía en aras de hacer viable la prestación de este servicio tan sensible y mantener la calidad sustancial en los menús de los alumnos y alumnas andaluzas en este nuevo escenario, llevando un precio medio del menú desde los 4,98€/menú IVA incluido de la licitación anterior hasta los 5,97€/menú promedio, lo que ha supuesto una subida cercana al 20% sobre la licitación anterior.

Los licitadores han tenido una exhaustiva información contenida en el Estudio de Viabilidad incluido en la licitación, que desarrolla de forma pormenorizada el desglose de costes de explotación para cada uno de los 1445 comedores que se licitan obteniendo un precio para cada servicio atendiendo a sus variables operacionales” Y expone, a título ejemplificativo, los datos publicados en el estudio de viabilidad para uno de los comedores incluidos en un comedor de catering del lote 1.

El informe puntualiza al respecto lo siguiente:

“Debido a la enorme variabilidad y tipologías de comedores en lo que a número, edades usuarios, ubicación, modalidad, etc. existen, muchas de las variables del Estudio de Viabilidad se sustenta en promedios. Con el objeto de que estos promedios distorsionen lo menos posible el precio de mercado, a efectos de cálculo de algunas variables los comedores están clasificados por rango de usuarios medios reales de 0-50 usuarios, de 51-100, de 101-150, de 151-200, de 201-250 y más de 250, en su caso.

El precio promedio del conjunto de comedores de esta licitación ronda los 5,97€/menú (IVA incluido), precio que estaría por encima de las peticiones anteriormente descritas, por lo que se podría deducir que los precios promedio de esta licitación se encuentran ajustados a mercado.

Es decir, y para no perder de vista las referencias que van ayudar a contextualizar como de desviado a la baja están los precios ofertados por la recurrente sobre los diferentes hitos descritos:

🕒 18-8-2023 Precio menú solicitado por la patronal a la Consejería: 5,43€

🕒 12-9-2023 Precio menú licitación 2023 recurrida y estimada por el TARCJA 4,98€

🕒 20-10-2023 Precio menú “Conservador” informe pericial aportado por la patronal en el recurso estimado: 5,48€



🕒 3-05-2024 Precio promedio licitación cuyo recurso se está dirimiendo, fruto de estudio de viabilidad apoyado en consulta preliminar a mercado: 5,97€

En este sentido, y aunque estas referencias de precios no son concluyentes para la exclusión de una oferta, esta unidad técnica no puede perder de vista estas referencias a los efectos de estar en alerta con aquellas ofertas incursas en baja anormal conforme establece el PCAP.

Sobre la referencia de la consulta preliminar MEDITERRANEA le da un sentido interesado y opuesto al empleado en el informe técnico que analiza las bajas anormales respetando la Ley, en tanto que dicha consulta exclusivamente se ha sido tenida en cuenta para la configuración de los precios de licitación, pero en ningún caso como rasero interpretativo de la viabilidad de las ofertas, cuya justificación han debido centrarse en la acreditación convincente de los importes que hacen posible la ejecución del servicio público de comedor escolar (...).

Finalmente, sostiene, a diferencia de lo que indica la recurrente, que el requerimiento de justificación realizado ha sido preciso y 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 pliego de cláusulas administrativas particulares (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 definitiva, el informe niega la imputación de falta de motivación de la exclusión de su oferta que se basa en un análisis de los importes de cada uno de los costes operacionales justificados teniendo como referencia el estudio de viabilidad que no se ha utilizado como rasero interpretativo, sino solamente ha sido tenido en cuenta para la configuración de los precios de la licitación. Asimismo, el PCAP indicaba claramente que la justificación de la viabilidad de la oferta debía acreditar el margen suficiente de beneficio que hiciese viable económica y financieramente la ejecución del contrato, por lo que no era bajo ningún concepto, un parámetro desconocido para la recurrente ni para el resto de licitadores, que pudieron con plena libertad justificar todas las partidas de gastos de explotación estimadas durante la vigencia del contrato necesarias para la facturación global de cada lote.

3. Alegaciones de **ARAMARK SERVICIOS DE CATERING**.

Como hemos indicado con anterioridad, ARAMARK SERVICIOS DE CATERING ha cumplimentado el trámite de alegaciones extemporáneamente.

No obstante, se adhiere a los motivos del recurso reiterando sustancialmente los argumentos expuestos en los recursos RCT 271/2024 y 274/2024 interpuestos por el grupo ARAMARK (al que afirma, ella pertenece) frente a la exclusión de su oferta de los lotes objeto de las respectivas impugnaciones y solicita la anulación del acuerdo de la Dirección Gerencia de la APAE con retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior al requerimiento de justificación anormal. En el suplico solicita la anulación de la Resolución de la Dirección gerencia, objeto de impugnación, y que se acuerde la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

Pues bien, sin perjuicio de lo ya indicado respecto de la extemporaneidad de las alegaciones, en definitiva, las pretensiones que formula exceden claramente del ámbito propio de las alegaciones y no hubieran podido acogerse, en caso de haber sido presentadas en plazo, ya que en el trámite de alegaciones en el recurso especial



solo cabe la oposición al mismo, no siendo una suerte de reconvencción que permita tramitar en un mismo procedimiento pretensiones distintas de las formuladas por la recurrente.

SEXTO. - Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal.

Vistas las alegaciones de las partes procede abordar la cuestión controvertida que se circunscribe a determinar si resulta conforme a derecho la decisión de exclusión de la oferta de la recurrente respecto de los lotes 16 y 35.

La recurrente fundamenta su pretensión en dos motivos de impugnación que analizaremos a continuación.

1º Infracción del artículo 149 de la LCSP en relación con el anexo I apartado 8 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) e infracción del principio de igualdad.

La recurrente, a través de la argumentación que desarrolla, y que hemos expuesto con anterioridad, cuestiona la aplicación de los parámetros para detectar las ofertas en baja anormal contenidos en el pliego, en concreto, en su Anexo I, apartado 8 del PCAP, relativo a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas, manifestando que la redacción de los pliegos debe ser errónea puesto que “ninguna lógica tiene que se considere por el Órgano de Contratación que, si concurre un solo licitador con un descuento sobre el precio de la licitación de hasta un 10 por ciento se presuma que puede prestar el servicio y, que, al contrario, si concurren más licitadores y el descuento sea inferior al citado 10 por ciento, se presuma que con descuentos inferiores la oferta se encuentre en situación de anormalidad” (sic) por lo que defiende, en definitiva, que el argumento del órgano de contratación debería ser para descuentos superiores al 10 % sobre la base imponible del precio de la licitación.

El órgano de contratación solicita la desestimación de este motivo esgrimiendo que en el fondo lo que la recurrente está cuestionando no es la aplicación de los parámetros para detectar la anormalidad sino el contenido mismo de los pliegos por lo que considera que se trata de una impugnación indirecta de los pliegos, y, por tanto, extemporánea. Al respecto, defiende, no solo que las ofertas a los lotes 16 y 35 han incurrido en baja anormal, en aplicación de los criterios establecidos en los pliegos que están consentidos por la recurrente, sino la magnitud de la distancia de la oferta de la recurrente a los lotes impugnados (de los que ha resultado excluida) respecto del precio medio ofertado y del precio de licitación.

Pues bien, planteado en estos términos el debate, es preciso acudir, en primer lugar, a lo dispuesto en el apartado 8 del anexo I del cuadro Resumen (en adelante, CR) del PCAP que, respecto de los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas y en concreto, respecto de la proposición económica, dispone lo siguiente:

«Se valorará el descuento económico expresado en céntimos de euros sobre la base imponible de la tarifa/menú día

a la que se refiere el apartado 2 del ANEXO I del presente Pliego, y será aplicada a la totalidad de los menús consumidos por los usuarios del servicio público.

Corresponderá cero puntos a la proposición económica que no oferte descuento y veinticinco puntos a la que ofrezca mayor descuento de entre las ofertas presentadas admitidas, es decir, el mayor importe en céntimos de euro de descuento ofertado. Las ofertas intermedias obtendrán la puntuación que le corresponda de forma proporcional de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$\frac{25 \text{ puntos} \times \text{Descuento en céntimos a valorar}}{\text{Descuento en céntimos más ventajoso admitido}}$$



A título de ejemplo, si en un lote de la base imponible de la tarifa/menú de licitación se estableció en 5,40% (540 céntimos) y concurren 5 ofertas (una de ellas en baja anormal admitida) el reparto de puntos sería el siguiente:

	Descuento en céntimos	Oferta	Puntos
Licitador 1	5	535	1,47
Licitador 2	15	525	4,41
Licitador 3	40	500	11,76
Licitador 4	55	485	16,18
Licitador 5 en BAJA admitida	85	455	25,00

Parámetros objetivos para considerar una oferta anormalmente baja:

Los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que las proposiciones no pueden ser cumplidas como consecuencia de la inclusión de valores anormales serán los siguientes:

⌚ Cuando concurrendo UN SOLO LICITADOR, el descuento sobre la base imponible de la tarifa/menú día a la que se refiere el apartado 2 del ANEXO I del presente Pliego sea superior al sea superior al 10%.

⌚ Cuando concurrendo dos o más licitadores el descuento sea inferior al 95 % de la media de las ofertas económicas válidas. (media x 0,95).

En estos supuestos se estará a lo previsto en la LCSP y en el RGLCAP. Cuando hubieren presentado ofertas empresas que pertenezcan a un mismo grupo, en el sentido del artículo 42.1 del Código de Comercio, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de identificación de las ofertas incursas en presunción de anormalidad, aquella que fuere más baja, y ello con independencia de que presenten su oferta en solitario o conjuntamente con otra empresa o empresas ajenas al grupo y con las cuales concurren en unión temporal.

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 valores anormales o desproporcionados para que justifiquen la valoración de la oferta y aporte 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 incluye un modelo a tal efecto, debiendo indicar en su caso el carácter confidencial de la documentación presentada.».

En el presente asunto, el motivo de impugnación que se esgrime frente a la exclusión, tal y como señala el órgano de contratación en su informe, supone, efectivamente una impugnación indirecta del contenido del pliego, y es abundante la doctrina que sobre esta cuestión tiene ya consolidada este Tribunal (v.g. Resolución 65/2019, de 14 de marzo, entre otras muchas). Conforme a la misma, la regla general es que 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 los pliegos en su día, necesariamente habría de estar ahora al contenido de estos. Todo ello de conformidad con la única excepción a esta regla es que el vicio o irregularidad que afecte a los pliegos no hubiera podido detectarse en el momento de la aprobación de estos por un licitador normalmente diligente y razonablemente informado, siendo en un momento posterior de la licitación -normalmente en la fase de valoración de las proposiciones- cuando es posible evidenciar la nulidad de la cláusula del pliego en la medida que esta propicia una actuación sin límites y excesivamente discrecional del órgano de contratación, claramente vulneradora del principio de igualdad de trato.

Este es el criterio que, a sensu contrario, mantiene la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13 Evigilo, apartados 52 a 58, al declarar que la efectiva aplicación de las Directivas de contratos y de recursos, exige que una entidad licitadora, razonablemente informada y normalmente diligente, que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el



poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, le informó de los motivos de su decisión, pueda interponer un recurso sobre la legalidad de la licitación hasta que finalice el plazo del recurso contra el acto de adjudicación.

Por el contrario, si se admitiera el recurso, se estaría dejando al albur de las entidades licitadoras tanto la elección del momento en que resultaría posible impugnar los potenciales vicios de nulidad de los pliegos, como el propio curso del procedimiento de licitación. Al respecto cabe señalar la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2021 (rec. 7644/2019) que recuerda la doctrina casacional sentada por la STS 398/2021 (rec. 4883/2019) sobre la posibilidad de impugnación indirecta de los pliegos de cláusulas particulares de la contratación pública: «[...] Cabe excepcionalmente la impugnación indirecta de los pliegos rectores de la licitación, consentidos por no haberse impugnado directamente. Para ello deben probarse o las circunstancias a las que se refiere la jurisprudencia del TJUE o que incurrir en motivos de nulidad de pleno Derecho, motivos que se aprecian de forma excepcional y restrictiva. [...]».

En el supuesto que se examina, una lectura del contenido del PCAP permitía conocer no solo la fórmula para valorar la proposición económica (incluso se establecía a título ejemplificativo un supuesto de cinco ofertas de distintos licitadores, estando uno de ellos en baja) sino también los parámetros objetivos para considerar una oferta anormal o desproporcionada (en función del descuento ofertado y según concurriese un solo licitador o más licitadores) por lo que no se alcanza a comprender la alegación efectuada por la recurrente que cifra su tesis en el carácter ilógico de la fórmula defendiendo, de manera subjetiva y alternativa que el argumento del órgano de contratación debería ser para descuentos superiores al 10 % sobre la base imponible del precio de la licitación.

Así pues, tras lo expuesto se concluye que en el presente asunto no concurre el supuesto excepcional requerido de nulidad de pleno derecho, que posibilitaría la impugnación indirecta del clausulado del PCAP. En consecuencia, la invocación del carácter ilógico de la redacción del clausulado, que ahora alega la recurrente, si a su interés convenía, debió alegarse en el plazo de impugnación establecido en la ley para los pliegos, transcurrido el cual los mismos adquirieron firmeza y su contenido resulta desde ese momento inalterable.

Procede desestimar el primer motivo de impugnación.

2º Adecuación de la justificación requerida por el órgano de contratación.

Bajo este motivo de impugnación la recurrente aglutina varios argumentos que iremos analizando por separado, por razones de sistemática.

2.1 En primer lugar, la recurrente insiste en la suficiencia de la justificación aportada y cuestiona que el informe técnico acuda a un criterio meramente objetivo, esto es, al estudio comparativo de su oferta con el estudio de viabilidad, limitándose a considerar que su oferta no está suficientemente justificada, y denunciando, por otro lado, la falta de motivación de las razones por las cuales considera que la ejecución del contrato en las condiciones ofertadas no puede hacerse de forma correcta.

En orden a la resolución de la cuestión litigiosa que se nos plantea, hemos de acudir a lo dispuesto 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)

Por otra parte, hemos de tener presente que en el debate que nos ocupa no resulta extremo controvertido que en la sesión de la mesa de contratación -celebrada el día 12 de junio de 2024- se identificó como oferta incurso en anomalía la de la recurrente respecto de los lotes 16 y 35 ; y que, tal y como consta en el EA (Documento nº 6) con idéntica fecha se le requirió para aportar la justificación de la anomalía de la oferta con el siguiente contenido:

“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 B30145775 - MEDITERRANEA CATERING

*SL para los lotes 16 y 35, se constata que está incurso en anomalía 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”.

Según obra en el expediente remitido, con fecha 17 de junio de 2024, la recurrente presentó la documentación justificativa indicando en el documento de fecha 13 de junio de 2024 -entre otras consideraciones y datos- lo siguiente: “*adjuntamos desglose de todas las partidas de gastos de explotación del LOTE 16 (Anexo 1) LOTE 35 (Anexo 2) para toda la vigencia del contrato, que ha servido a nuestra Empresa como herramienta de trabajo de análisis económico de los precios ofertados, y donde se puede apreciar que, para los citados lotes, el resultado de explotación es positivo y que, por lo tanto, los precios ofertados no representan un desequilibrio financiero para la explotación de los servicios de dichos LOTES (...)*”

En el informe técnico sobre bajas anormales de fecha 4 de julio de 2024 (páginas 125 s a 137) consta el análisis detallado efectuado respecto de la justificación dada por la recurrente en la oferta de los lotes incursos en baja anormal (16 y 35) y las conclusiones del mismo considerando en cada uno de los lotes, que la suma de las partidas con no conformidades analizadas es superior al beneficio industrial declarado por lo que se concluye en los dos lotes, por las razones en aquel expuestas y analizadas, que no está justificada la baja anormal ya que se puede poner en riesgo la viabilidad en la prestación del servicio.

Pues bien, el motivo alegado por la recurrente no puede prosperar por las razones que indicamos a continuación.

1. En primer lugar, porque la recurrente se limita sin más a defender, de manera genérica, la suficiencia de la justificación ofrecida pero no acredita ni error padecido en el informe técnico ni que se hayan superado los límites de la discrecionalidad técnica que rigen en esta materia, como bien señala el órgano de contratación en su informe.



En efecto, como hemos analizado en la Resolución 317/2020 de 6 de agosto de este Tribunal, en el RCT 271/2024 interpuesto por otro licitador frente a la exclusión de su oferta por estar incurso en anormalidad en el mismo procedimiento de licitación, “ (...)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, incurso 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 (...).”

Por otra parte, a la vista del contenido del informe técnico (respecto del análisis de la justificación de la oferta dada por la recurrente respecto de los lotes 16 y 35) ha de darse la razón al órgano de contratación cuando afirma que en ningún momento ha sido causa de exclusión el grado o no de exhaustividad sino no haber superado el análisis de la viabilidad conforme a los criterios establecidos en el pliego relativos al modelo orientativo que debían seguir los licitadores para justificar la anormalidad de sus ofertas.

Así, el análisis de la justificación de la oferta 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 apartado octavo que anteriormente hemos transcrito, y por ello, tal y como preveía el pliego, la justificación de la oferta debía acreditar el suficiente margen de beneficio que hiciese viable económica y financieramente la ejecución del contrato, que ha sido precisamente el motivo por el que ha sido excluida la oferta de la recurrente en cada uno de los lotes. En tal sentido, en la referida Resolución 317/2024, al analizar dicha cuestión hemos manifestado lo siguiente:

(...)1. No puede admitirse que el informe técnico se base, como afirma la recurrente, en una metodología diseñada al efecto, 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 anormalidad. El análisis, por tanto, de la anormalidad de la oferta 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, 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 hiciese 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 ARAMARK, constituyendo un acto firme a cuyo contenido debe estarse.

Pues bien, en el escrito de recurso, ARAMARK, 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 era exigido en el requerimiento por lo que habría de haberse admitido el detalle de la 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. En segundo lugar, no es posible apreciar la falta de motivación esgrimida por la recurrente.

En este sentido, 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 incurso en presunción de anormalidad por las razones recogidas en el informe técnico, todas ellas rebatidas con detalle en su escrito de recurso. Por lo tanto, entendemos 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 alegar que desconoce los motivos por los que la ejecución del contrato en las condiciones ofertadas no puede hacerse de forma correcta.

Conviene recordar en este punto que los pliegos, que no fueron impugnados por la recurrente, y por tanto son consentidos y firmes establecían de manera expresa en el apartado 8 del anexo I que la justificación para cada lote en baja anormal, habría de tener 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, sin que sea 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. Cuestión distinta es que no comparta que se haya efectuado el análisis de la justificación conforme a dicho parámetro, pero en su caso, y conocido como era desde el momento de publicación de los pliegos, debió en su caso impugnarlos.

En este sentido nos hemos manifestado en nuestra Resolución 317/2024, de 6 agosto, a la que anteriormente nos hemos referido.



2.2 La recurrente plantea, asimismo, que la exhaustividad de su oferta se puede comprobar de la documentación que presentó al órgano de contratación en la que detalla, partida por partida de gasto, los costes incurridos en la prestación de los servicios, sin que el órgano de contratación le haya solicitado subsanación sobre algún extremo.

El órgano de contratación, por su parte, defiende el contenido del informe técnico y explica que, para cada lote incurrido en baja anormal, se ha realizado un análisis de los importes de cada uno de los costes operacionales teniendo como referencia los establecidos en el estudio de viabilidad y las no conformidades, a nivel de cada partida de explotación, indebidamente justificados o faltos de acreditación documental que soporte las alegaciones de los licitadores que se han detraído del importe del beneficio industrial declarado por la entidad recurrente, siguiendo la doctrina de este Tribunal. Respecto de cada uno de los costes operacionales (coste salarial, absentismo, amortización del equipamiento, coste del mantenimiento, productos de limpieza e higiene, materias primas, etc.) el órgano se remite al contenido del informe técnico, que de forma pormenorizada explica los motivos de admisión o rechazo de las justificaciones aportadas, y en concreto, de la exclusión de la recurrente respecto de los lotes 16 y 35.

Pues bien, consideramos que no puede prosperar la alegación efectuada por la recurrente en la medida que, como este Tribunal ha podido corroborar con el examen del referido informe, 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, confirmando un tratamiento global a la justificación presentada por la entidad incurso en anormalidad. El análisis, por tanto, de la anormalidad de la oferta 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, y, sobre todo, tal y como preveía el PCAP, 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- que, insistimos, no fue recurrido por la recurrente, siendo consentido y firme- 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.

Por tanto, 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 hiciese 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 pliego, por lo que, no habiendo acreditado el recurrente error o que el informe técnico haya rebasado los límites de la discrecionalidad técnica, a su contenido y conclusiones debemos estar.

Finalmente, respecto de la posibilidad de que se le hubiese solicitado aclaración sobre algún extremo, se trata esta de una cuestión que ha sido abordada por este Tribunal en nuestra Resolución 317/2024 en la que, respecto de la solicitud de aclaración o subsanación de la justificación de la oferta (reclamada también por la recurrente en el supuesto en aquella analizado) decíamos lo siguiente:



“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”.

2.3 La recurrente cuestiona también el modo de determinación de los precios de la presente licitación, indicando que, de la documentación obrante en el expediente, no resulta el nivel de aquellos que se afirma en el informe técnico, y denunciando, en definitiva, que el órgano de contratación haya acudido para la obtención de información a las actuales licitadoras (que, en su opinión, han dado información muy dispar sobre los costes, además de incompleta) sin que conste que se haya acudido a otros medios para determinar el nivel de precios cuyo umbral puede ser determinante a la hora de justificar las ofertas anormalmente bajas.

Por su parte, el informe del órgano de contratación señala, al respecto, que nos encontramos ante un argumento que la recurrente utiliza *in extremis* para defender que el precio de los lotes incursos en baja no son un problema para prestar el servicio, y, en cualquier caso, se trata de una impugnación extemporánea del pliego.

Planteado en estos términos el debate, este Tribunal entiende que, efectivamente, con tal alegato, la recurrente está planteando una impugnación indirecta de los pliegos. 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 SERVEI, constituyendo un acto firme a cuyo contenido íntegro debe estarse sin que pueda prosperar, por tanto, las alegaciones sobre la forma de determinación de los precios.

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 emitido el 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 la improcedencia de considerar que su oferta es anormalmente baja dado que fue adecuadamente justificada, constituyen 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 los términos analizados.



Procede, por tanto, desestimar el segundo motivo de impugnación, y, por ende, el recurso interpuesto.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial interpuesto por la entidad **MEDITERRANEA DE CATERING S.L.U** contra el acuerdo de exclusión de su oferta respecto de los **lotes 16 y 35** 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

