

TRIBUNAL DE RECURSOS
CONTRACTUALES

RECURSOS.- 38, 39, 40 y 41/2020
RESOLUCIÓN Nº.- 44 /2020

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

En Sevilla, 23 de diciembre de 2020.

VISTOS los escritos por los que se interpone recurso especial en materia de contratación en nombre y representación de las mercantiles ATECH BPO, S.L.U (en adelante ATECH) y SERVINFORM, S.A., en relación con la contratación del **Servicio de Atención Ciudadana 010 del Ayuntamiento de Sevilla y Empresas Municipales (AYOT+CEMS)**, (Expte. 2020/000829 y 2020/001138), tramitados por el Servicio de Participación Ciudadana del Ayuntamiento de Sevilla, este Tribunal, en el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 7 de septiembre de 2020, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación del contrato de **Servicio de Atención Ciudadana 010 del Ayuntamiento de Sevilla y Empresas Municipales (AYOT+CEMS)**, así como el PCAP y el PPT, que regirían la licitación, expediente 2020/000829 tramitado por el Servicio de PARTICIPACIÓN Ciudadana del Ayuntamiento de Sevilla.

El citado contrato tiene una duración de 4 años, prorrogable 1 año, y su valor estimado asciende a 9.675.110,60 euros (IVA excluido).

En sesión celebrada en fecha 9 de octubre de 2020, la Mesa de Contratación califica positivamente la documentación presentada en el Sobre 1 de las empresas concurrentes, a saber: KONECTA BTO, S.L., ATECH BPO, S.L.U. y SERVINFORM S.A., procediendo a la apertura del Sobre nº 2 (criterios evaluables mediante juicios de valor), remitiendo su contenido a los técnicos a fin de que realizaran la valoración.

En sesión celebrada en fecha 3 de noviembre de 2020, la Mesa de Contratación acordó excluir a KONECTA BTO, S.L., por no superar el umbral mínimo de la valoración de las ofertas técnicas establecido en los pliegos, y procedió a la apertura del Sobre nº 3 (criterios de valoración objetivos) presentado por las dos licitadoras que continuaron en la licitación.

Con fecha 5 de noviembre de 2020 se emite por parte de la Jefa del Servicio de Participación Ciudadana el "Informe técnico de valoración de los criterios cuantificables automáticamente (sobre nº 3)". Dicho Informe atribuye las puntuaciones correspondientes a los criterios de valoración objetiva nº 4, 5, 6, 7, 8 y 9.

Tal y como se extrae de las ofertas y del referido Informe, los valores consignados por ATECH BPO, S.L. en su proposición económica en los criterios 5, 6, 7 y 8 (entendidos como mejoras ofertadas por encima de los mínimos exigidos en los pliegos, de acuerdo con el modelo de proposición económica previsto en el Anexo III) superaban el umbral máximo establecido en los pliegos, por lo que se le asignó la puntuación correspondiente que resultaba de aplicar la fórmula tomando como importes ofertados, a efectos de valoración, los umbrales máximos, conforme a lo previsto en el apartado 7 del Anexo I del PCAP.

En el criterio nº 8, ATECH BPO, S.L. indicó en su oferta un valor de 99 %, el Informe de valoración interpretó que la oferta estaba hecha en valores absolutos, no en términos de incremento, por lo que tomó porcentaje de mejora ofertado por la licitadora un 14%, correspondiente a la diferencia entre el 99% indicado en su proposición y el 85% exigido como mínimo en el Anexo I del PCAP.

Asumiendo las valoraciones realizadas en el Informe técnico de 5 de noviembre de 2020, la Mesa de Contratación en su sesión de 10 de noviembre de 2020, resuelve:

PRIMERO.- Clasificar por orden decreciente y a los efectos previstos en el art. 150.1 de la LCSP las proposiciones presentadas atendiendo a los criterios de adjudicación establecidos en el Anexo I de los PCAP:

Nº ORDEN	LICITADOR	CRITERIOS SUJETOS A JUICIO DE VALOR	CRITERIOS NO SUJETOS A JUICIO DE VALOR	TOTAL
1	SERVINFOR, S.A.	39,10	23,59	62,69
2	ATECH BPO, S.L.	24,30	37,96	62,26

A la vista de lo anterior, en fecha 11 de noviembre de 2020, ATECH BPO, S.L. presentó un escrito ante la Mesa de Contratación mostrando su disconformidad con la valoración de su oferta en lo que respecta al criterio nº 8. En dicho escrito, ATECH BPO, S.L. sostiene que el 99% ofertado es el "incremento del porcentaje mínimo del 85% de encuestas de satisfacción", conforme a lo establecido en el apartado 7 del Anexo I del PCAP y, por tanto, que se debía corregir la puntuación que se le había otorgado, habida cuenta que se había tomado en consideración una mejora del 14% sobre el 85% exigido como mínimo, en lugar de atender a una mejora del 99% sobre ese mínimo.

Tras la presentación del referido escrito, se elaboró un segundo Informe técnico en fecha 11 de noviembre, asumiendo el planteamiento de ATECH BPO, S.L. y corrigiendo la valoración respecto del referido criterio nº 8. Como resultado de dicha corrección, ATECH BPO, S.L. obtendría una puntuación total de 62,86 puntos, frente a los 62,69 puntos que corresponderían a SERVINFORM.

En sesión celebrada el 12 de noviembre de 2020 la Mesa de Contratación, a la vista del Informe técnico de fecha 11 de noviembre de 2020 y del escrito presentado por ATECH BPO, S.L., requirió a los técnicos *“a fin de que se informe acerca de los valores tomados como referencia para la aplicación de la fórmula asignada a los criterios 5, 6, 7 y 8 del Anexo I del PCAP”*

En fecha 16 de noviembre de 2020, SERVINFORM, presenta un escrito ante la Mesa de Contratación poniendo de manifiesto que la mercantil ATECH BPO, S.L. había cometido un error al confeccionar su oferta en el Sobre nº 3, error consistente en que ATECH BPO, S.L. había indicado en su proposición para los criterios nº 5, 6, 7 y 8 el valor total de las prestaciones comprometidas (es decir, el mínimo exigido en los pliegos más la mejora ofertada) y no el valor correspondiente a las mejoras ofertadas para cada criterio, conforme a lo establecido en el modelo del Anexo III del PCAP, considerando que de entenderse como mejoras o incrementos sobre el mínimo, serían inasumibles, inviables e incluso por lo que respecta al criterio 8, absurdas, solicitando que se procediera, conforme a un criterio homogéneo a ambos licitadores, a la corrección de la puntuación asignada a ATECH BPO, S.L., en virtud de lo dispuesto en el artículo 109.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (“LPAP”), que regula la rectificación de errores materiales.

En respuesta al requerimiento realizado por la Mesa de Contratación, en esa misma fecha 16 de noviembre, la Jefa del Servicio de Participación Ciudadana emite un nuevo Informe técnico, en el que se explica forma pormenorizada la metodología de valoración de los criterios nº 5, 6, 7 y 8 aplicada en los informes técnicos anteriores, de 5 y 11 de noviembre de 2020.

El informe de 16 de noviembre aclara y manifiesta que en el Informe de 5 de noviembre, por lo que al criterio 8 respecta, *“ el valor que se ha tomado como referencia ha sido 14%, correspondiente a la diferencia entre el 99% ofertado y el 85% exigido como mínimo en el Anexo I del PCAP”*, añadiendo que *“ La razón de seguir un criterio distinto respecto a los anteriores, ha sido la de considerar la imposibilidad de cumplir el licitador el porcentaje del 184%, resultante de la suma del ofertado al mínimo exigido”*

Señala el informe que *“tras un análisis minucioso de las ofertas, del escrito presentado por ATECH BPO S.L. y del resto de la documentación obrante en el expediente, quien suscribe estima necesario realizar las siguientes consideraciones:*

Si tomamos como referencia el número de atenciones ofertado por las dos empresas licitadoras en los tres niveles y el porcentaje de la encuesta de satisfacción a cumplir, de resultar adjudicatarias, el porcentaje con respecto al mínimo exigido y al umbral máximo fijado en los criterios 5 a 8 sería el siguiente:

ATECH BPO, S.L.

	ATENCIÓNES NIVEL 1(criterio 5)	ATENCIÓNES NIVEL 2(criterio 6)	ATENCIÓNES NIVEL 3(criterio 7)	% ENCUESTA SATISFACCIÓN(criterio 8)
MÍNIMO EXIGIDO	1.948.000	1.781.720	473.440	85%
UMBRAL MÁXIMO	2.532.400	2.227.150	568.128	100%
OFERTA	2.519.516	2.084.981	568.128	99%
TOTAL A EJECUTAR	4.467.516	3.866.701	1.041.568	184%
% TOTAL/MÍNIMO	229,34%	217,02%	220,00%	
% TOTAL/UMBRAL	176,41%	173,62%	183,33%	

SERVIFORM, S.A.

	ATENCIÓNES NIVEL 1(criterio 5)	ATENCIÓNES NIVEL 2(criterio 6)	ATENCIÓNES NIVEL 3(criterio 7)	% ENCUESTA SATISFACCIÓN(criterio 8)
MÍNIMO EXIGIDO	1.948.000	1.781.720	473.440	85%
UMBRAL MÁXIMO	2.532.400	2.227.150	568.128	100%
OFERTA	194.800	356.344	28.406	5%
TOTAL A EJECUTAR	2.142.800	2.138.064	501.846	90%
% TOTAL/MÍNIMO	110%	120%	106%	
% TOTAL/UMBRAL	84,62%	96%	88,30%	

A la vista de los datos expuestos en las tablas anteriores, resulta evidente que la empresa ATECH BPO S.L., ha formulado su propuesta en términos absolutos, es decir, que las cantidades reseñadas en su oferta contemplan el sumatorio del mínimo exigido en los criterios 5, 6, 7 y 8 más el incremento ofertado. Dicha evidencia resulta patente especialmente en el número de atenciones de nivel 3 (criterio 7), donde la oferta iguala el umbral máximo establecido.

Mención especial merece el análisis del criterio 8, cuya valoración ha sido cuestionada por la empresa ATECH BPO S.L. en los términos expuestos anteriormente. Si se tomara en consideración la alegación formulada por la misma, en el sentido de tomar como referencia para la aplicación de la fórmula un 184% (85% mínimo exigido + 99% ofertado) estaríamos, claramente ante una oferta de contenido imposible ya que el resultado de la encuesta de satisfacción no podría, en ningún caso, ser de un 184%. Si bien es cierto que el Anexo I impone valorar la oferta hasta el umbral máximo fijado, sin tomar en consideración el exceso, dicho exceso, al integrarse en la oferta de ATECH BPO S.L., debería ser exigido si resultara adjudicataria, lo que conduciría al absurdo de exigir algo imposible.

A mayor abundamiento, la imposibilidad de cumplimiento, desde el punto de vista económico financiero del contrato, tendría lugar igualmente en los criterios 5, 6 y 7, puesto que los umbrales máximos establecidos en cada uno de los niveles de atención fueron determinados en función de la disponibilidad presupuestaria.

Es decir, por encima de estos umbrales se considera que las ofertas difícilmente podrán ser cumplidas en los términos exigidos, a la vista de la consignación presupuestaria asignada al contrato. Pues bien, estos umbrales máximos quedarían superados de forma absolutamente desmesurada y desproporcionada en el supuesto de considerar que la oferta realizada por ATECH BPO S.L., se ha formulado en términos de incremento sobre el mínimo establecido, de tal manera que resultaría absolutamente inviable para la empresa ejecutar el contrato en los términos propuestos y, por tanto, no podría considerarse, en modo alguno, que esta oferta es la más ventajosa para la Administración.

Como ha indicado el Tribunal Central de Recursos Contractuales el fin de una licitación pública debe ser la selección de la oferta económica más ventajosa para la Administración y, en consecuencia, como indica en el Recurso 904/2019 podría interpretarse como un supuesto fraude de ley con el que, al amparo de una norma o cláusula contractual, se persigue un fin claramente contrario al ordenamiento jurídico que, en el caso de los contratos públicos, es siempre la selección de la oferta económicamente más ventajosa para la Administración (art. 1,1 Ley 9/2017 LCSP).

Debe entenderse por tanto que, al ser la oferta presentada en este aspecto un acto fraudulento e imposible de cumplir, la aceptación por la Administración de la oferta presentada y la consiguiente adjudicación del contrato, implica un supuesto de nulidad de pleno derecho encuadrable en el art. 47,1 c) de la Ley 39/2015 como acto de "contenido imposible", e incurso en causa de nulidad de Derecho Civil en cuanto servicio imposible que no puede ser objeto de contrato (art. 1.262 del CC en relación con el art. 43 de la LCSP), ni por ello aceptada dicha oferta, que debe determinar su anulación con independencia de que el Pliego no haya sido previamente impugnado, pues la imposibilidad de cumplimiento de la oferta debe determinar por sí sola la anulación de la adjudicación efectuada.

En consecuencia, en contra del planteamiento manifestado por la empresa ATECH BPO, S.L. en su escrito, quien suscribe estima que es precisamente en el criterio 8 donde se ha aplicado correctamente la formula asignada, al contrario de lo que ha sucedido en la valoración de los criterios 5, 6 y 7.

En el anterior informe y como consecuencia de un error en la aplicación de la formula, quien suscribe no consideró que la propuesta de ATECH BPO, S.L. había sido formulada en términos absolutos, mientras que la de SERVINFOR S.A., estaba expresada en términos relativos, en el sentido de incluir en su propuesta el incremento por encima del mínimo fijado en cada uno de los criterios automáticos.

Por ello, para garantizar el principio de igualdad procedería la aplicación de los valores en el mismo sentido para ambas empresas.

(...)

Visto lo anterior, la propuesta de clasificación formulada por la Mesa de Contratación en sesión celebrada con fecha 10 de noviembre de 2020 no se vería alterada si bien, la entidad SERVINFOR, S.A. vería incrementada su puntuación."

En sesión celebrada en fecha 17 de noviembre de 2020, la Mesa de Contratación, "A la vista de las distintas posturas, mantenidas tanto por los licitadores como por la propia unidad tramitadora en los informes emitidos, la Mesa entiende que los términos en los que aparecen formulados los criterios 5, 6, 7 y 8 del Anexo I y el modelo de oferta (Anexo II) ha inducido a la empresa ATECH BPO S.L. a la presentación de una oferta inviable", por lo que resuelve "Proponer al Órgano de Contratación el desistimiento del presente procedimiento dado que la propia redacción del pliego ha inducido a la empresa ATECH BPO S.L. a formular una propuesta con valores desmesurados en los criterios 5, 6, 7 y 8, por encima de los umbrales de saciedad fijados en los mismos, lo que determina la inviabilidad de su oferta, quedando sin efecto lo propuesto por la Mesa en sesión celebrada con fecha 10 de noviembre"

Por Resolución de la Teniente de Alcalde Delegada de Igualdad, Educación, Participación Ciudadana y Coordinación de Distritos, de 19 de noviembre 2020, de conformidad con la propuesta realizada por la Mesa de Contratación del Ayuntamiento de Sevilla, en su sesión celebrada el día 17 de noviembre, se resuelve el desistimiento del procedimiento de contratación 2020/000829, tramitado para la adjudicación del

Servicio de Atención Ciudadana 010 del Ayuntamiento de Sevilla y Empresas Municipales (AYTO+CEMS), *“al entender que la redacción del pliego ha inducido a la empresa ATECH BPO, S.L. a formular una propuesta con valores desmesurados en los criterios 5, 6, 7 y 8, por encima de los umbrales de sociedad fijados en los mismos, lo que determina la inviabilidad de su oferta”*

Con fecha 20 de noviembre de 2020, se aprueba el expediente y los Pliegos para la nueva licitación del Servicio de referencia, Expte. 2020/001138, publicándose anuncio de licitación y Pliegos el día 23 posterior.

SEGUNDO.- Con fecha 9 de diciembre, por parte del Registro General, se traslada a este Tribunal recurso interpuesto con fecha 4 de diciembre, por la mercantil SERVIFORM, contra el Desistimiento de la licitación del expediente 2020/000829, tramitado para la adjudicación del Servicio de Atención Ciudadana 010 del Ayuntamiento de Sevilla y Empresas Municipales (AYTO+CEMS), acordado por Resolución de 19 de noviembre, de conformidad con la propuesta efectuada por la Mesa de Contratación. Al citado recurso corresponde el número 38.

El mismo día se traslada a este Tribunal, recurso interpuesto por la misma mercantil, contra el Anuncio y los Pliegos del Expte. 2020/001138, correspondiéndole al mismo, el número 39.

Con fecha 10 de diciembre, este Tribunal tiene conocimiento de la interposición por parte de ATECH BPO, S.L.U., de dos recursos especiales en materia de contratación:

- Recurso contra el Anuncio y los Pliegos del Expte. 2020/001138, correspondiéndole al mismo, el número 40.
- Recurso contra el Desistimiento de la licitación del expediente 2020/000829, atribuyéndose a éste el número 41.

TERCERO.- Efectuado por este Tribunal el traslado de los mencionados recursos a la Unidad tramitadora, solicitando copia de los expedientes e informe, de acuerdo con lo establecido en el art. 56 de la LCSP y recibidos éstos, con fecha 17 de diciembre, mediante Resolución 43/2020, se determinó por el Tribunal la acumulación de los mismos.

Con fecha 16 de diciembre, se presenta en el Registro General, escrito de alegaciones, por parte de ATECH BPO, en relación con el recurso nº 38, planteado por la mercantil SERVIFORM, contra el Desistimiento de la licitación del expediente 2020/000829, un día después, el 17 de diciembre se formulan alegaciones, por parte de SERVIFORM, en relación con el recurso nº 41, planteado por la mercantil ATECH, manifestando su conformidad con la petición de nulidad de la Resolución de Desistimiento, si bien oponiéndose, cada una de ellas a los argumentos y pretensiones esgrimidos por la otra, defendiendo ambas la adjudicación del Contrato a su favor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

Por lo que respecta a la **legitimación**, conforme al artículo 48 de la LCSP, las recurrentes se encuentran legitimadas.

En cuanto al **plazo de interposición**, de acuerdo con el art. 50 de la LCSP, se estima cumplido.

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

El artículo 44.1 de la LCSP establece que:

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

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

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

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

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de

contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.

c) Los acuerdos de adjudicación.

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

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

f) Los acuerdos de rescate de concesiones.

Nos encontramos ante un contrato de servicios con un valor estimado que supera los umbrales establecidos, respecto del cual, conforme al transcrito art. 44.2, se concluye la posibilidad de recurrir, tanto por lo que respecta al desistimiento de la licitación, como al nuevo Pliego.

La posibilidad de control a través del recurso especial de los actos de desistimiento precontractual de los órganos de contratación ha sido reconocida expresamente por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al afirmar (Sentencia de 18 de junio de 2002, asunto Hospital Ingenieure, apartado 48, 50 y 51 (criterio confirmado por la Sentencia de 2 de junio de 2005, asunto Koppensteiner GMBH), lo siguiente:

«Pues bien, en la medida en que la decisión de la entidad adjudicadora de cancelar una licitación para un contrato público de servicios está sujeta a las normas materiales pertinentes del Derecho comunitario, procede inferir que está asimismo comprendida en el ámbito de aplicación de las normas establecidas en la Directiva 89/665 con el fin de garantizar el cumplimiento de las prescripciones del Derecho comunitario en materia de contratos públicos.

(...)

Además, el sistema general de la Directiva 89/665 impone una interpretación de dicho concepto en sentido amplio, por cuanto el artículo 2, apartado 5, de dicha Directiva autoriza a los Estados miembros a establecer que, cuando se reclame una indemnización de daños y perjuicios porque una decisión de la entidad adjudicadora se haya adoptado ilegalmente, la decisión impugnada debe ser previamente anulada.

En efecto, admitir que los Estados miembros no están obligados a instaurar procedimientos de recurso de anulación con respecto a los acuerdos por los que se cancela una licitación equivaldría a autorizarles a privar, en ejercicio de la facultad prevista en la disposición mencionada en el apartado anterior, a los licitadores lesionados por tales acuerdos, adoptados con infracción de las normas del Derecho comunitario, de la posibilidad de promover acciones de indemnización de daños y perjuicios».

Este criterio ha sido recogido por los órganos de recursos contractuales (Acuerdo 11/2014, de 20 de febrero de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, Resolución del Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid 17/2011; cuya interpretación se ha asumido también por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución 263/2012, de 21 de noviembre; el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su Resolución 96/2012, de 16 de octubre de 2012 y por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, mediante Resolución 54/2013, de 25 de septiembre de 2013), distinguiendo entre desistimiento del procedimiento y renuncia a celebrar un contrato.

En esta línea se pronunciaba el Tribunal de Recursos de Andalucía en su Resolución 256/2020, estimando que el desistimiento de la licitación es susceptible de recurso especial, de acuerdo con el apartado 2. c) del artículo 44 de la LCSP, en tanto que constituye una forma de terminación del procedimiento de licitación, asimilable a la adjudicación y defendiendo que el objetivo de esta doctrina es garantizar el efecto útil de la Directiva 89/665, “Como se desprende de sus considerandos primero y segundo, la finalidad de esta Directiva es reforzar los actuales mecanismos, tanto en el plano nacional como en el plano europeo, para garantizar la aplicación efectiva de las directivas en materia de adjudicación de los contratos públicos, en particular, en la fase en la que las infracciones aún pueden corregirse y, precisamente para garantizar el respeto de dichas directivas, el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 obliga a los Estados miembros a establecer recursos lo más eficaces y rápidos posible”

En su Resolución 1207/2019, el tribunal Central, estima igualmente la posibilidad de recurso especial contra el acuerdo de desistimiento del proceso de licitación, acordado al amparo del artículo 152 de la LCSP, conforme al artículo 44.2.b) de la LCSP, por cuanto se trata de un acto que determina la imposibilidad de continuar el procedimiento. Así lo ha entendido el Tribunal en anteriores ocasiones, por todas, Resolución de 6 de noviembre, o 95/2015, de 30 de enero, declarando el Tribunal en esta última que, aunque *“la impugnación de los acuerdos de renuncia al contrato o el desistimiento del procedimiento de contratación no están previstas expresamente entre los actos recurribles contemplados entre las competencias de este Tribunal prevista en el artículo 40 del TRLCSP”,* procede considerar *“la renuncia o el desistimiento como actos administrativos que impiden la continuación del procedimiento de contratación, tal y como hicimos en las Resoluciones 318/2014, de 25 de abril; 263/2012, de 21 de noviembre; 2/2012, de 5 de enero,…”*

TERCERO.- Entrando ya en el fondo del asunto, las impugnaciones se fundamentan, básica y principalmente, como sigue:

- La resolución de desistimiento de 18 de noviembre de 2020 es contraria a derecho, por haber sido dictada sin concurrir los requisitos que se exigen en el artículo 152 de la LCSP, por lo que ambos recurrentes solicitan su anulación, la retroacción de actuaciones con la continuación del procedimiento 2020/000829 y la adjudicación del contrato en su favor.

- El anuncio y los pliegos del contrato resultan contrarios a derecho, por cuanto que la anulación del acuerdo de desistimiento del que traen causa comporta la anulación del Expediente de contratación nº 2020/001183.

Con carácter previo al análisis de las cuestiones planteadas, ha de dejarse constancia, del carácter revisor de los Tribunales especiales en materia de Contratación. Como señalaba el Tribunal Central en su Resolución 267/2017, *“la función de este Tribunal es de carácter revisor. Así, como hemos indicado en reiteradas resoluciones (entre otras 58/2016, 367/2016, 24/2015, 196/2014) nuestro cometido es el de revisar los actos recurridos para determinar si se hallan incurso en vicios de legalidad, y de ser así, anularlos y ordenar en su caso la reposición de actuaciones al momento anterior a*

aquellos, pero en ningún caso puede sustituir a los órganos intervinientes en el procedimiento de contratación.” Este carácter revisor se destaca igualmente en nuestras Resoluciones 2/2012, 6/2012, 7/2013, 8/2013,12/2017, 6/2017 o 14/2017, 4/2019 o 3/2020, así como en las Resoluciones 267/2017 del Tribunal Central, 81/205 del Tribunal de Aragón, a las nº 263/2011 y 1/2012 del de Andalucía, por citar algunas.

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

CUARTO.- Por lo que respecta a la impugnación de la resolución de desistimiento de 18 de noviembre de 2020, se fundamenta, por ambos recurrentes, en que la misma es contraria a derecho, por haber sido dictada sin concurrir los requisitos que se exigen en el artículo 152 de la LCSP, considerando que los Pliegos contienen una definición precisa.

Defiende SERVIFORM que *“del tenor literal del pliego se desprende de forma clara e inequívoca que los valores que deben consignar los licitadores en el modelo de proposición económica que se recoge en el Anexo III del PCAP son los valores de mejora adicionales a los mínimos exigidos en los pliegos, y no el número total de las prestaciones comprometidas (prestaciones mínimas exigidas en los pliegos más la mejora ofertada)”* y que *“la inviabilidad de la oferta de ATECH BPO, S.L. no es consecuencia de ningún error o vicio en los pliegos, tal y como trata de sostener el Ayuntamiento en el Acuerdo impugnado, sino que se debe, bien a la voluntad de la propia licitadora de ofrecer una serie de mejoras que, incluso, superan los umbrales de saciedad establecidos en los pliegos del contrato, bien a un error de ATECH BPO, S.L. al configurar su oferta que, como decimos, no es atribuible a los pliegos. En cualquiera de estos escenarios, que desarrollaremos en el presente recurso especial, lo cierto es que (i) no cabe apreciar ningún vicio o irregularidad que determinara la imposibilidad de continuar con la licitación y (ii) que, en todo caso, la oferta de SERVIFORM continuaría siendo la más ventajosa.”*, no existiendo, según concluye, infracción no subsanable de las normas de preparación o del procedimiento de contratación, en los términos exigidos en el artículo 152.4 de la LCSP y por la doctrina de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, incidiendo en la necesidad de justificar la concurrencia de la infracción alegada, defendiendo que lo procedente hubiera sido, bien valorar la oferta entendida en términos absolutos, con lo que SERVIFORM sería, por puntuación, la adjudicataria, bien, considerar que lo ofertado por ATECH son incrementos, caso en el cual la oferta resultaría completamente inviable desde el punto de vista económico-financiero, careciendo de sentido ofertar en el criterio 8 un valor equivalente al 184% (85% de umbral mínimo más un 99% de incremento), concluyendo, en consecuencia que debería ser excluida de la licitación o, en su caso, las mejoras ofertadas no podrían

ser objeto de valoración, por lo que “ *En cualquiera de los supuestos, procedería designar la oferta de SERVIFORM como la más ventajosa.*”

Por su parte ATECH, defiende que su oferta se hizo en términos de incremento, conforme a lo dispuesto en los Pliegos, los cuales considera claros y precisos, destacando que su propia redacción literal permite realizar ofertas por encima de los umbrales, sin consecuencia alguna, no estableciéndose, además parámetros de anormalidad en relación con los criterios 5 a 8. Añade, además, que ni en los informes ni en las Actas se dice nada en relación a la existencia de irregularidades o inviabilidades en su oferta, ni se alegó en ningún momento la necesidad de exclusión, concluyendo que ni la redacción de los criterios 5 a 8 es inválida, ni induce a error, “*ni su oferta es inviable bajo ningún criterio establecido en al propio PCAP*”, concluyendo que, puesto que ha ofertado conforme a lo previsto en Pliegos, lo procedente hubiera sido, en cuanto mejor oferta, la propuesta de adjudicación en su favor.

Expuestas las alegaciones formuladas por las partes en sus escritos de recurso, que se reproducen, a su vez, en las alegaciones efectuadas por cada una de ellas al recurso presentado por la otra, procede al análisis de fondo, para el que hemos de partir de la regulación contenida en el art. 152 LCSP y la redacción de los Pliegos rectores de la licitación.

El artículo 152 de la LCSP regula el desistimiento del procedimiento de contratación en los siguientes términos:

“1. En el caso en que el órgano de contratación desista del procedimiento de adjudicación o decida no adjudicar o celebrar un contrato para el que se haya efectuado la correspondiente convocatoria, lo notificará a los candidatos o licitadores, informando también a la Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el «Diario Oficial de la Unión Europea».

2. La decisión de no adjudicar o celebrar el contrato o el desistimiento del procedimiento podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la formalización. En estos casos se compensará a los candidatos aptos para participar en la licitación o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido en la forma prevista en el anuncio o en el pliego o, en su defecto, de acuerdo con los criterios de valoración empleados para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, a través de los trámites del procedimiento administrativo común.

3. Solo podrá adoptarse la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. En este caso, no podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la decisión.

4. El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un procedimiento de licitación.

5. En el supuesto de acuerdos marco, el desistimiento y la decisión de no adjudicarlos o celebrarlos corresponde al órgano de contratación que inició el procedimiento para su

celebración. En el caso de contratos basados en un acuerdo marco y en el de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, el desistimiento y la decisión de no adjudicarlos o celebrarlo se realizará por el órgano de contratación de oficio, o a propuesta del organismo destinatario de la prestación”.

El precepto recoge dos instituciones distintas, la renuncia y el desistimiento. Como se ha manifestado en reiteradas ocasiones por los órganos encargados de la resolución de recursos especiales en materia de contratación, la renuncia, a diferencia del desistimiento, supone un cambio en la voluntad de la Administración de contratar la prestación, por razones de interés público y fundado en causas de oportunidad, por ello, es un acto de contenido discrecional. Ha de ser acordado –al igual que el desistimiento– antes de la adjudicación del contrato, para evitar lesionar derechos y no meras expectativas, y precisamente por su carácter discrecional el artículo 152.3 de la LCSP introduce como cautela, para evitar fraudes en el procedimiento de adjudicación, la prohibición al órgano de contratación de promover una nueva licitación del objeto del contrato en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la renuncia.

Por el contrario, el desistimiento tiene un contenido por completo diferente, a diferencia de la renuncia no es un acto discrecional determinado por el cambio de voluntad de la Administración contratante, sino un acto reglado fundado, en cuanto ha de ampararse en la concurrencia de los requisitos legalmente establecidos. Por ello exige, como señala el apartado 4 del artículo 152 de la LCSP, la concurrencia de una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, que haga imposible continuar con la licitación hasta su adjudicación; y por ello el desistimiento, a diferencia de la renuncia, no impide la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación con el mismo objeto.

En relación con el desistimiento señala el Tribunal Central (Resolución 323/2016, de 29 de abril) que: *“se configura como un mecanismo que la Ley ofrece a la Administración para evitar la celebración de aquellos contratos en cuya preparación o procedimiento para la adjudicación se haya incurrido en defecto no subsanable, evitándose así que llegue a generar derechos y obligaciones para las partes. Este procedimiento, lógicamente, podrá ser utilizado por la Administración en todos aquellos casos en que concurren los requisitos que se exigen legalmente. Para que pueda acordarse válidamente, es necesario que esté basado, como se desprende del precepto transcrito, en defecto no subsanable, que se justifique la concurrencia de la causa en que se basa y que se produzca antes de la adjudicación del contrato”.* En idénticos términos se pronuncia la Resolución 697/2018 dictada en el recurso 622/2018 *“Recordemos que el órgano de contratación debe valorar estas causas fundándolas en motivos de legalidad y no de oportunidad que se ciñen a incumplimientos de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación. A este respecto, el órgano de contratación establece que los Pliegos no incluyen con precisión criterios mínimos que han de cumplir los adjudicatarios para prestar el servicio y, por ende, reconduce la infracción de las normas de preparación a una imprecisión del Pliego que puede dañar el servicio sanitario a prestar por la empresa que finalmente resulte adjudicataria.”*

Un aspecto del mismo , respecto sobre el que los tribunales administrativos de recursos contractuales, doctrina y tribunales de justicia mantienen criterios diferentes es el

relativo a si la infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación debe venir referida a un vicio de anulabilidad (susceptibles de convalidación por parte de la Administración – arts. 48 y 52 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas; en adelante, LPACAP) o de nulidad de pleno derecho (no susceptibles de convalidación por parte de la Administración – art. 47 LPACAP). Por un lado, tanto el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (Acuerdo nº 11/2014) como el de Andalucía (Resolución nº 59/2015) han entendido que no se puede admitir el desistimiento si este no se refiere a vicios de nulidad de pleno derecho, puesto que solamente estos son insubsanables. Esta misma postura defiende el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público (en adelante, TCCSP) en la reciente Resolución nº 214/2020, de 17 de junio, donde se expone que *“la doctrina sostiene que no es suficiente cualquier ilegalidad o defecto de tramitación, sino que las irregularidades deben de ser constitutivas de un vicio de nulidad de pleno derecho, que impidan continuar el procedimiento o que comporten una valoración de las ofertas contraria a los principios rectores de la contratación pública, y que consten debidamente motivadas (entre muchas otras, las resoluciones 108/2017, 70/2017 i 142/2015 de este tribunal, las resoluciones del TACRC nº 118/2020, 451/2018, 427/2017; 27/2017 i 1004/2015, las resoluciones del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi 168/2019 i 65/2018, las resoluciones del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid – TACPM – 1/2018, 181/2017, 243/2016, 241/2016, 117/2015 y los acuerdos del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 24/2017 i 23/2017)”. Por otro lado, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC), en su Resolución nº 263/2012 adoptó una postura menos tajante, donde consideraba que el desistimiento *“es una alternativa de revisión de la actuación administrativa específica, en relación con los medios generales previstos en la Ley para la revisión de los actos administrativos como la declaración de lesividad prevista en el artículo 103 de la Ley 30/1992, de 16 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común”*. Por este motivo, el TACRC inclina su postura a admitir también el desistimiento cuando la infracción de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación no sea reconducible a los supuestos de nulidad de pleno derecho y se trate de vicios de anulabilidad, siempre que, por su naturaleza, no admitan subsanación dentro del curso del expediente de licitación. Resulta preciso citar, en la misma línea, la Resolución del mismo TACRC nº 664/2017, de 14 de julio, la Sentencia del TSJ de Asturias de 31 de enero de 2014 (Roj STSJ AS 147/2014), el Informe 15/2009, de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía y el Dictamen de la Abogacía del Estado de 18 de febrero de 2016.*

Así pues, todo parece indicar que no existe un criterio unánime al respecto, si bien, de no considerar que la figura del desistimiento contractual debería utilizarse de forma restrictiva y reservarse para aquellos supuestos en que haya existido una infracción constitutiva de nulidad de pleno derecho – supuestos tasados en el artículo 47 de la LPACAP –, la Administración podría amparar su justificación de desistir del contrato en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, creando a los licitadores una situación de inseguridad jurídica considerable.

En cualquier caso, el desistimiento debe cumplir con las finalidades que le son propias al servicio del bien común y del ordenamiento jurídico y siempre se ha de basar en los principios de racionalidad y proporcionalidad (entre otros, las sentencias del Tribunal

Supremo de 16 de abril de 1999 – RJ 1999/4362 y de 21 de septiembre de 2006 – RJ 2006/6437 -).

QUINTO.- Expuesto el régimen jurídico del desistimiento procede entrar a valorar si el acto recurrido cumple con los requisitos legales exigidos en el precepto citado. El acto es dictado antes de producirse la adjudicación del contrato, y en este sentido cumple con el requisito temporal. Sin embargo, mayores razonamientos exigen la concurrencia de la infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, causa cuya concurrencia debe justificarse en el expediente.

Recordemos que el órgano de contratación debe valorar estas causas fundándolas en motivos de legalidad y no de oportunidad que se ciñen a incumplimientos de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación. A este respecto, el órgano de contratación ha considerado que “ *la redacción del pliego ha inducido a la empresa ATECH BPO, S.L. a formular una propuesta con valores desmesurados en los criterios 5, 6, 7 y 8, por encima de los umbrales de saciedad fijados en los mismos, lo que determina la inviabilidad de su oferta*”.

Ha de partirse de que el propio Pliego, *lex contractus*, vinculante por lo tanto para licitadores y Administración, establecía expresamente la posibilidad de que los licitadores pudieran ofertar cuantías o porcentaje superiores a los máximos contemplados en el clausulado del PCAP a este respecto, de manera que si hubiese alguna oferta que superase la cuantía o porcentaje máximos, a efectos de valoración, se considerará que el porcentaje o cuantía ofertada es la máxima.

El Anexo I del PCAP, se refiere a los criterios controvertidos como sigue:

5	<p>Valoración del número de atenciones para el Nivel 1: el licitador podrá ofertar un número de atenciones superior al establecido como mínimo en el cuadro de dimensionamiento (TABLA 3).</p> <p>En este criterio se realizará una valoración lineal y proporcional de la siguiente forma:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Se otorgará 0 puntos a las ofertas que igualen el mínimo número de atenciones exigido en el cuadro de dimensionamiento (TABLA 3) incluido en el presente Anexo (1.948.000) • Se otorgará 9 puntos en este criterio a aquella oferta que sea un 20% superior a la media de las ofertas presentadas, siempre que no exista una oferta que se encuentre por encima de este valor. • Si existiesen una o varias ofertas que se encontrasen por encima del valor descrito en el párrafo anterior, será aquella que oferte el mayor número de atenciones de Nivel 1 la que obtenga el máximo de puntos en este criterio. • Al resto de ofertas se les otorga una puntuación de forma lineal y proporcional. • Si hubiese alguna oferta superior a 2.532.400 atenciones (1.948.000+30%), que es el umbral superior, se considerará que el número de atenciones ofertadas, a efectos de valoración, es de 2.532.400. • En consecuencia, las ofertas se valorarán de forma proporcional y lineal, conforme a la siguiente fórmula: $Vn1 = \left(\frac{No - NMA}{k - NMA} \right) \times Vx$	9
---	--	---

	<p>Siendo:</p> <p>Vn1= Valoración de cada oferta (puntuación obtenida en este criterio).</p> <p>NMA= Número mínimo de atenciones señaladas en la TABLA 3.</p> <p>No = Número de atenciones ofertadas.</p> <p>K = Cuantía resultante de incrementar la media de las ofertas presentadas en el 20% o, cuando exista una o varias ofertas por encima de ese valor, la cuantía de la más alta de ellas, siempre que no se supere el umbral superior establecido en 2.532.400 (1.948.000+30%). Si en cualquiera de los dos casos se superara el valor del umbral superior referido, entonces K sería igual a 2.532.400.</p> <p>Vx = Puntuación máxima a otorgar en este criterio.</p> <p>Documentación a presentar para la valoración de este criterio: Anexo III debidamente cumplimentado y firmado.</p> <p>El reparto de las atenciones de nivel 1 que oferte, en su caso, el adjudicatario se repartirá de forma proporcional entre las entidades en igual porcentaje al de dimensionamiento del contrato (TABLA 3).</p>	
<p>6</p>	<p>Valoración del número de atenciones para el Nivel 2: el licitador podrá ofertar un número de atenciones superior al establecido como mínimo en el cuadro de dimensionamiento (TABLA 3).</p> <p>En este criterio se realizará una valoración lineal y proporcional de la siguiente forma:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Se otorgará 0 puntos a las ofertas que igualen al mínimo número de atenciones exigido en el cuadro de dimensionamiento (TABLA 3) incluido en el presente Anexo (1.781.720). • Se otorgará 9 puntos en este criterio a aquella oferta que sea un 20% superior a la media de las ofertas presentadas, siempre que no exista una oferta que se encuentre por encima de este valor. • Si existiesen una o varias ofertas que se encontrasen por encima del valor descrito en el párrafo anterior, sería la oferta más alta de todas ellas la que obtendría el máximo de puntos en este criterio. • Al resto de ofertas se les otorga una puntuación de forma lineal y proporcional. • Si hubiese alguna oferta superior a 2.227.150 atenciones (1.781.720+25%), que es el umbral superior, se considerará que el número de atenciones ofertadas, a efectos de valoración, es de 2.227.150. • En consecuencia, las ofertas se valorarán de forma proporcional y lineal, conforme a la siguiente fórmula: $Vn1 = \left(\frac{No - NMA}{k - NMA} \right) \times Vx$	<p>9</p>

7	<p>Valoración del número de atenciones para el Nivel 3: el licitador podrá ofertar un número de atenciones superior al establecido como mínimo en el cuadro de dimensionamiento (TABLA 3).</p> <p>En este criterio se realizará una valoración lineal y proporcional de la siguiente forma:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Se otorgará 0 puntos a las ofertas que igualen el mínimo número de atenciones exigido en el cuadro de dimensionamiento (TABLA 3) incluido en el presente Anexo (473.440). • Se otorgará 5 puntos en este criterio a aquella oferta que sea un 20% superior a la media de las ofertas presentadas, siempre que no exista una oferta que se encuentre por encima de dicho valor • Si existiesen una o varias ofertas que se encontrasen por encima del valor descrito en el párrafo anterior, sería la oferta más alta de todas ellas la que obtendría el máximo de puntos en este criterio. • Al resto de ofertas se les otorga una puntuación de forma lineal y proporcional. • Si hubiese alguna oferta superior a 568.128 atenciones (473.440+20%), que es el umbral superior, se considerará que el número de atenciones ofertadas, a efectos de valoración, es de 568.128. • En consecuencia, las ofertas se valorarán de forma proporcional y lineal, conforme a la siguiente fórmula: $Vn1 = \left(\frac{No - NMA}{k - NMA} \right) \times Vx$	5
----------	---	----------

8	<p>Valoración del resultado de la encuesta de satisfacción continua: el licitador podrá ofertar un porcentaje mayor de valoración de la encuesta de satisfacción continua superior al 85%, establecido como mínimo en el apartado “Acuerdos de niveles de servicios por niveles de atención” del PPT.</p>	9
----------	--	----------

En este criterio se realizará una valoración lineal y proporcional de la siguiente forma:

- Se otorgará 0 puntos a las ofertas que igualen el 85%, porcentaje mínimo exigido en el apartado “Acuerdos de niveles de servicios por niveles de atención” del PPT.
- Se otorgará 9 puntos en este criterio a aquella oferta que ofrezca el 100%.
- Al resto de ofertas se les otorga una puntuación de forma lineal y proporcional.
- Si hubiese alguna oferta superase el 100%, se considerará que el porcentaje ofertado es el referido.

En consecuencia, las ofertas se valorarán de forma proporcional y lineal, conforme a la siguiente fórmula:

$$Vre = \left(\frac{Po - PMS}{K - PMS} \right) \times Vx$$

Siendo:

Vre= Valoración de cada oferta (puntuación obtenida en este criterio)

PMS= Porcentaje mínimo de satisfacción.

Po = Porcentaje ofertados

K = 100%.

Vx = Puntuación máxima a otorgar en este criterio.

Documentación a presentar: Anexo III cumplimentado y firmado.

El porcentaje en el resultado de valoración de las encuestas de satisfacción ofrecido deberá cumplirse en todas las entidades (Ayuntamiento+UTS, EMASESA, EMVISESA, LIPASAM Y TUSSAM).

Por su parte, en Anexo III, en el que se contiene el modelo de oferta, se formula como sigue:

PRIMERO.- Que enterado de las condiciones y requisitos, que acepta y que se exigen para la adjudicación por PROCEDIMIENTO ABIERTO del SERVICIO que a continuación se especifica, a cuya realización se compromete en su totalidad con estricta sujeción al Proyecto y Pliegos de Prescripciones Técnicas y de Condiciones Administrativas Particulares que se define, presenta la siguiente oferta:

Nº Expediente: 2020/000829

DENOMINACIÓN DEL CONTRATO: Servicio de atención ciudadana 010 del Ayuntamiento de Sevilla y Empresas municipales (AYTO+CEMS).

PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN (IVA incluido): 7.804.621,43€

Criterio 4.- PROPOSICIÓN ECONÓMICA, IVA excluido, <u>para todo el plazo de duración del contrato</u> : 48 meses	
IMPORTE del IVA (en cifra)	
IMPORTE TOTAL, IVA incluido (en cifra)	
Criterio 5.- Mayor número de atenciones de Nivel 1 por encima del mínimo señalado en la Tabla 3 (Cuadro de dimensionamiento). Deberá indicarse número de atenciones ofrecida sin decimales.	
Criterio 6.- Mayor número de atenciones de Nivel 2 por encima del mínimo señalado en la Tabla 3 (Cuadro de dimensionamiento). Deberá indicarse número de atenciones ofrecidas sin decimales.	
Criterio 7.- Mayor número de atenciones de Nivel 3 por encima del mínimo señalado en la Tabla 3 (Cuadro de dimensionamiento). Deberá indicarse número de atenciones ofrecidas sin decimales.	
Criterio 8.- Incremento del porcentaje mínimo del 85%, de encuestas de satisfacción continua con resultado de buena-muy buena o excelente señalado en al apartado "Acuerdos de nivel de servicio por niveles de atención".	%

SEGUNDO.- Que en la elaboración de la presente oferta han sido tenidas en cuenta las obligaciones medioambientales, las obligaciones de protección del empleo, las condiciones de trabajo incluido el Convenio colectivo sectorial de aplicación, igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, prevención de riesgos laborales y obligaciones tributarias.

TERCERO.- El CONVENIO COLECTIVO SECTORIAL DE APLICACIÓN que aplicará en la ejecución del contrato será el siguiente: *(Indicar el título completo)*, con código nº:

(Lugar y fecha)

(Sello de la empresa y firma de la persona proponente)

A la vista de las ofertas presentadas que figuran en el expediente, se observa que la mercantil SERVIFORM realiza unos incrementos que implican entre un 6 y un 20% por encima de los mínimos, y entre un 4 y un 15,4% por debajo de los máximos (Criterios 5 a 7). En el caso del criterio 8, la oferta implica un 5% por encima del mínimo, lo que supone un 90% de satisfacción.

La oferta de ATECH, por su parte, realiza unos incrementos que oscilan entre un 117 y un 129 %, por encima de los mínimos, y entre un 73 y un 83,33 % por encima de los máximos (Criterios 5 a 7), lo que implica una ejecución de más del doble de las

atenciones mínimas previstas en las tablas de dimensionamiento que configuran el contrato y que se han tomado en consideración, como expresamente señala el PPT (Pág. 64), para la determinación del presupuesto, llegando casi al doble de lo previsto como máximo. En el caso del criterio 8, la oferta implica un 99 % por encima del mínimo, lo que supone un porcentaje de valoración de la encuesta de satisfacción continua de un 184%.

En la definición de los criterios contenida en el Anexo I del PCAP, se dispone, literalmente que “el licitador podrá ofertar un número de atenciones superior al establecido como mínimo en el cuadro de dimensionamiento (TABLA 3)” y a la hora de determinar las reglas de ponderación, se refiere a la oferta en términos absolutos, es decir; considerando el mínimo + el incremento :

- Se otorgará 0 puntos a las ofertas que igualen el mínimo número de atenciones exigido en el cuadro de dimensionamiento (TABLA 3) incluido en el presente Anexo (1.948.000).
- Si hubiese alguna oferta superior a 2.532.400 atenciones (1.948.000+30%), que es el umbral superior, se considerará que el número de atenciones ofertadas, a efectos de valoración, es de 2.532.400.

De hecho, en la fórmula de valoración, la variable a tener en cuenta (No), es el número total de atenciones ofertadas y la variable K se define como “Cuantía resultante de incrementar la media de las ofertas presentadas en el 20% o, cuando exista una o varias ofertas por encima de ese valor, la cuantía de la más alta de ellas, siempre que no se supere el umbral superior establecido en 2.532.400 (1.948.000+30%).”

En sentido similar se pronuncia el Anexo para los criterios 6 y 7.

También para el criterio 8 “el licitador podrá ofertar un porcentaje mayor de valoración de la encuesta de satisfacción continua superior al 85%, establecido como mínimo en el apartado “Acuerdos de niveles de servicios por niveles de atención” del PPT.”)” y a la hora de determinar las reglas de ponderación, se refiere a la oferta en términos absolutos, tomando como variable en la fórmula de valoración (Po)el mínimo + el incremento. En este criterio la variable K es el 100%.

El Anexo II, en el que se contiene el modelo de Proposición, determina que el valor a consignar por los licitadores es el incremento sobre los mínimos establecidos, el cual se sumará a tales mínimos para la aplicación de la fórmula en los términos antes expuestos. Así para los Criterios 5, 6 y 7, se consignará, señala el Anexo, el “Mayor número de atenciones de Nivel (1, 2 y 3) por encima del mínimo señalado en la Tabla 3” y para el criterio 8, el “Incremento del porcentaje mínimo del 85%, de encuestas de satisfacción continua con resultado de buena-muy buena o excelente”

En el primer informe de valoración, salvo en lo relativo al criterio 8, por el absurdo al que conducía, las cantidades ofertadas por ATECH, se tomaron como incremento, interpretándose, sin embargo, que en el criterio 8 lo ofertado era un valor absoluto. El resultando de esta valoración es favorable a la mercantil SERVINFORM, la cual obtiene mayor valoración total.

Sobre la aclaración e interpretación de ofertas, hemos de traer a colación la doctrina comúnmente aceptada conforme a la cual la naturaleza automática de un criterio de valoración, *per se*, impide hacer una interpretación de lo que debe ser un dato objetivo, que no precisa interpretación alguna. Una vez realizada, la oferta es inmodificable y vincula al oferente en sus propios términos, sin que se admita aclaración alguna que

pueda implicar su modificación, máxime una vez conocida la del resto de los licitadores concurrentes.

En este sentido, se pronunciaba el Tribunal Andaluz de Recursos Contractuales, Resolución 228/2020, afirmando que “la naturaleza automática del criterio de valoración impide a la mesa de contratación hacer una interpretación flexible de lo que debe ser un dato objetivo, que no precisa interpretación alguna, al margen de las consecuencias que para la ejecución del contrato supondría dicha opción” teniendo en cuenta 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 ni la recurrente ni el resto de entidades licitadoras impugnaron los pliegos en su día en los extremos cuestionados en el recurso, necesariamente han de estarse ahora al contenido de los mismos que son ley entre las partes”, destacando que “la jurisprudencia comunitaria 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 su oferta 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) y concluyendo que “si la mesa de contratación hubiera valorado la oferta de la recurrente teniendo en cuenta el número mínimo de horas ofertadas, como indica la recurrente, no solo se habría apartado de las condiciones que el órgano de contratación había fijado en los pliegos que aprobó, sino que habría vulnerado el principio de igualdad de trato en perjuicio del resto de licitadoras”.

A mayor abundamiento, se da el caso de que el propio licitador, al conocer el informe de valoración, manifestó expresamente que había ofertado conforme a lo requerido en Pliegos, esto es: incrementos sobre los mínimos en los Criterios 5 a 8, si bien es cierto que en ese momento ya conocía todos los términos de la oferta del otro licitador, y admitir otra cosa le llevaría directamente a perder la adjudicación, mientras que defender que su oferta lo era en términos de incremento en todos los criterios le permitiría obtener una puntuación total superior a la del contrario.

A la vista de la declaración expresa manifestada por ATECH, se emite nuevo informe corrigiendo la valoración del criterio 8, lo cual modifica la valoración total, resultando ATECH como primera clasificada. A ello se opone SERVINFORM, argumentando la inviabilidad de la oferta y la imposibilidad en lo que al criterio 8 se refiere.

Así las cosas, tras este devenir de valoraciones, apreciaciones, escritos e informes, la Mesa de Contratación, en su sesión de 12 de noviembre, decide “instar al Técnico competente a fin de que se informe acerca de los valores tomados como referencia para la aplicación de la fórmula asignada a los criterios 5, 6, 7 y 8 del Anexo I del PCAP”.

En el Informe de 16 de noviembre, en respuesta al requerimiento de la Mesa, se analizan las ofertas presentadas en relación a los criterios controvertidos, concluyéndose que las cantidades ofertadas por ATECH, si se entienden en términos de incremento, implicarían inviabilidad en lo que se refiere a los criterios 5 a 7, por lo desmesurado de su cuantía, e irrealidad, por ser de imposible ejecución, la oferta del 184% en el criterio 8, por lo “no podría considerarse, en modo alguno, que esta oferta es la más ventajosa para la Administración”.

El informe, citando la Resolución 1207/2019 del Tribunal Central de Recursos Contractuales, resalta que *“el fin de una licitación pública debe ser la selección de la oferta económica más ventajosa para la Administración y, en consecuencia, como indica en el Recurso 904/2019 podría interpretarse como un supuesto fraude de ley con el que, al amparo de una norma o cláusula contractual, se persigue un fin claramente contrario al ordenamiento jurídico que, en el caso de los contratos públicos, es siempre la selección de la oferta económicamente más ventajosa para la Administración (art. 1,1 Ley 9/2017 LCSP). Debe entenderse por tanto que, al ser la oferta presentada en este aspecto un acto fraudulento e imposible de cumplir, la aceptación por la Administración de la oferta presentada y la consiguiente adjudicación del contrato, implica un supuesto de nulidad de pleno derecho encuadrable en el art. 47,1 c) de la Ley 39/2015 como acto de “contenido imposible”, e incurso en causa de nulidad de Derecho Civil en cuanto servicio imposible que no puede ser objeto de contrato (art. 1.262 del CC en relación con el art. 43 de la LCSP), ni por ello aceptada dicha oferta, que debe determinar su anulación con independencia de que el Pliego no haya sido previamente impugnado, pues la imposibilidad de cumplimiento de la oferta debe determinar por sí sola la anulación de la adjudicación efectuada”*, para concluir que la oferta de ATECH ha de valorarse considerando que lo ofertado no son incrementos, sino valores absolutos, efectuando la valoración conforme a ello, de lo que resulta SERVINFORM como primera clasificada.

Sobre tal proceder, este Tribunal ha de señalar, amén del hecho ya analizado de que la oferta en criterios objetivos no es interpretable y menos aún en contra de la literalidad expresada y de la voluntad manifestada por el oferente, que la propia Resolución 1207 citada determina que el efecto de una adjudicación realizada a una oferta de tales características es la nulidad.

Los dos escenarios que se plantean, son pues:

1.- Las ofertas realizadas en valores absolutos pueden estar inducidas por la propia redacción del Pliego, por lo que el error no sería imputable al licitador, no pudiendo llevar a su exclusión. Sin embargo el propio interesado descarta este escenario, manifestando expresamente en el escrito presentado en su día, así como en los recursos y alegaciones presentadas, que los Pliegos son claros y que no hay error alguno en sus ofertas.

2.- Las ofertas se realizan en valores de incremento, dentro de las posibilidades que el propio Pliego permite, habida cuenta de que no se establecen parámetros de anormalidad para estos criterios y el Pliego contempla expresamente la posibilidad de ofertas por encima de los umbrales *“superiores”*, y en el caso del criterio 8 por encima del 100%.

En tal caso, conforme a lo posibilitado por el Pliego, se ha efectuado una oferta respecto de la que, tras el análisis de su contenido, se concluye su inviabilidad respecto de los criterios 5 a 7 y la imposibilidad real de incumplimiento de lo ofertado en el criterio 8, señalando el informe de 16 de noviembre la *“ imposibilidad de cumplimiento, desde el punto de vista económico financiero del contrato, tendría lugar igualmente en los criterios 5, 6 y 7, puesto que los umbrales máximos establecidos en cada uno de los niveles de atención fueron determinados en función de la disponibilidad presupuestaria.*

Es decir, por encima de estos umbrales se considera que las ofertas difícilmente podrán ser cumplidas en los términos exigidos, a la vista de la consignación presupuestaria asignada al contrato. Pues bien, estos umbrales máximos quedarían superados de forma absolutamente desmesurada y desproporcionada...” y aseverando que *“un 184% (85% mínimo exigido + 99%*

ofertado) estaríamos, claramente ante una oferta de contenido imposible ya que el resultado de la encuesta de satisfacción no podría, en ningún caso, ser de un 184%. “

En el Informe al recurso remitido a este Tribunal, la Unidad tramitadora reitera, igualmente que “Si se tomara en consideración que los valores ofertados por ATECHO BPO, S.L., lo han sido por encima de los mínimos señalados en el Anexo I del PCAP, teniendo en cuenta los costes del mercado y el beneficio industrial del 12% fijado en el PPT, la oferta incurriría en pérdidas, no procediendo admitir que dichas pérdidas podrían sufragarse con la robotización de algunos de los servicios reseñados en el PPT, sujetos a ciertas limitaciones.

Dicha aseveración queda evidenciada en los porcentajes, que sobre los umbrales máximo de sociedad, ha ofertado la empresa ATECH BPO, S.L., en los criterios 5 (176,41%), criterio 6 (173,62%) y criterio 7 (183,33%). La materialización de dichos porcentajes en atenciones a los usuarios en los tres niveles de atención señalados en el Anexo I del PCAP, difícilmente podrían ser empleados por el Ayuntamiento o las Empresas Municipales, por lo que su admisión sólo evidenciaría que el contrato no está correctamente dimensionado tanto en número de atenciones como en cobertura presupuestaria.

Los anteriores razonamientos sólo pueden conducirnos a la conclusión de encontrarnos ante un evidente fraude de ley con el que, al amparo de una norma o cláusula contractual, persigue un fin claramente contrario al ordenamiento jurídico que, en el caso de los contratos públicos, es siempre la selección de la oferta económicamente más ventajosa para la Administración imperativo recogido en el art. 1,1 de la Ley 9/2017 LCSP). Dicha intención defraudatoria se hace patente en la manipulación realizada, de forma torticera, del error cometido en la aplicación de las fórmulas asignadas a los criterios 5, 6, y 7 en el informe de 5 de noviembre de 2020, para considerar que en el criterio 8, correspondiente al resultado de la encuesta de valoración, el porcentaje ofrecido es de un 184%, porcentaje de contenido imposible. El objetivo de dicha manipulación no era otro que la de obtener la máxima puntuación en dicho criterio, en perjuicio del otro licitador que ofertó un dimensionamiento y un porcentaje de la encuesta de satisfacción de posible cumplimiento, basándose en la posibilidad que otorgaba el pliego de ofertar por encima de los umbrales máximos fijados en el mismo.”

Sin entrar en la valoración de la alegada inviabilidad económica, lo cierto es que la imposibilidad de cumplimiento de la oferta en lo que al criterio 8 se refiere, implica el absurdo que conllevaría la adjudicación del contrato a un licitador que no puede cumplir su propia oferta, y cuyo cumplimiento, por imposible, no puede ser exigido por el órgano de contratación.

Ciertamente, como señala el Informe de 16 de noviembre, los máximos establecidos lo son a efectos de valoración, pero no de ejecución. En efecto la oferta realizada vincula al licitador en sus propios términos, y su ejecución puede y debe serle exigida por la Administración contratante, y al margen de un análisis profundo, y de la eventual y en ocasiones aceptada posibilidad de oferta a pérdidas, escapa a este Tribunal el alcance, coherencia y finalidad, contraria de todo punto a la filosofía y los intereses empresariales, de una oferta que implica tan altas mejoras, por un precio un 27,27% inferior al de salida, calculado por la Administración teniendo en cuenta, se sobreentiende los costes materiales y personales, los convenios colectivos de aplicación y las demás variables que conforme a lo dispuesto en la LCSP, han de considerarse a tales efectos (art. 102 LCSP), a fin de que la estimación de su importe sea correcta y que

el precio del contrato sea adecuado para su efectivo cumplimiento, y todo ello teniendo en cuenta que en el caso que nos ocupa, tales mejoras en la oferta no van a implicar la obtención de una puntuación superior.

Por lo que respecta al Criterio 8, referido al resultado de la encuesta de valoración, el porcentaje ofrecido es de un 184%, porcentaje de contenido imposible.

Si la consecuencia lógica de una oferta inviable o imposible es su exclusión, no puede ser la misma conclusión a la que se llegue si esa oferta está, como es el caso, amparada por los propios Pliegos.

En el caso que nos ocupa, el Pliego posibilita expresamente efectuar ofertas por encima de los máximos establecidos, por lo que su propia redacción admite la presentación de ofertas de imposible cumplimiento en el caso del criterio 8, impidiendo su fuerza vinculante, la exclusión de un licitador que ha ofertado de conformidad con lo previsto en el mismo.

En esta línea, el Tribunal Central, Resolución 1207/2019, concluye que el criterio de valoración relativo a la mejora previsto en el pliego que ha dado lugar a la oferta desproporcionada es nulo de pleno Derecho. Concretamente, el TACRC razona que *“Sentado lo anterior podemos concluir que en el caso que nos ocupa procede la estimación de este motivo de impugnación, ya que al haber ofertado VITALIA SERVICIOS SANITARIOS, S.A. 119 vehículos frente al mínimo de 6 exigidos en el PPT efectivamente consideramos que ha tenido lugar el uso torticero, fraudulento y desviado del criterio, habiendo presentado una oferta abusiva apartada de todo sentido excepto el aprovecharse de la fórmula de aplicación para obtener la puntuación máxima y reducir la que correspondería a los licitadores competidores que han efectuado una oferta congruente con los mínimos exigidos del contrato. Y ese uso del criterio de esa forma, tal y como expusimos en la Resolución citada, 861/2019 y en los casos resueltos en las Resoluciones 224/20111, 120/2013, es fraude de Ley, por lo que procede anular el acto recurrido, al encontrarnos ante un supuesto de nulidad de pleno derecho encuadrable dentro del artículo 47.1 c) de la Ley 39/2015 como acto de “contenido imposible”, e incurso en causa de nulidad de Derecho Civil en cuanto servicio imposible que no puede ser objeto de contrato (artículo 1.262 del CC en relación con el artículo 43 de la LCSP). Pero igualmente procede anular también todo el procedimiento, en cuanto que el defecto del texto del criterio, consistente en no estar topado, determina la nulidad de la cláusula en cuanto posibilita como así ha ocurrido el uso incorrecto, abusivo fraudulento del mismo con lesión del criterio de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa.”*

A la vista de las consideraciones expresadas en los fundamentos que anteceden y del iter procedimental descrito, considera este Tribunal que concurren en el procedimiento y en la preparación del contrato infracciones no subsanables de entidad suficiente para justificar el desistimiento.

Es más, como señalaba el Tribunal de Aragón en su Acuerdo 11/2014, asumiendo como propia, la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resolución 263/2012, de 21 de noviembre de 2012, *«aun siendo técnicamente mejorable la motivación que figura en la resolución objeto de impugnación, ésta debe considerarse suficiente, en particular si se valora el contenido de la resolución impugnada en conjunto con el expediente de contratación, considerando que la motivación del desistimiento no debe necesariamente encontrarse en la resolución que lo acuerda sino que debe justificarse en el expediente tal y como señala el artículo 155.4 TRLCSP»*.

Además, en nuestro Acuerdo 17/2013, se declaró en relación a la potestad de desistimiento que «implica una revisión o modificación del PCAP —o del PPT—en cuya decisión están presentes, tanto aspectos de legalidad como de oportunidad. De legalidad porque la decisión de desistir ha de estar amparada en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato (error en la determinación del objeto en este caso) o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación. Y de oportunidad, porque el acuerdo sobre desistimiento, fundado en el motivo expresado, corresponde adoptarlo unilateral y directamente al órgano de contratación, sin sujeción a procedimiento alguno. Es decir, en estos supuestos la Ley habilita al ente público contratante a que haga uso de la discrecionalidad en el sentido de darle la oportunidad, si lo estima conveniente, de poner fin al procedimiento. Pues todo ente adjudicador tiene cierta discrecionalidad para valorar si concurren las circunstancias que determinan el desistimiento del procedimiento licitatorio, ya que la contratación pública no constituye un fin público en si misma, sino en la medida que atiende a la finalidad de satisfacer un interés público. Pero siempre que respete un elemento reglado (como es propio de toda potestad discrecional), relativo a la necesidad de que concorra algún motivo de ilegalidad que afecte a las reglas sobre preparación del contrato o selección del contratista, y que dicha circunstancia quede reflejada y acreditada en el expediente».

Teniendo en cuenta los documentos obrantes en el expediente, los cambiantes y contradictorios informe, los escritos presentados por los interesados y los recursos planteados, así como las alegaciones efectuadas en y ante los mismos, hemos de concluir, como anteriormente señalábamos, la procedencia de la decisión adoptada por el órgano de contratación, amén de que el hecho de que el propio Pliego posibilite la presentación de ofertas de imposible cumplimiento, como es el caso del criterio 8, es *per se*, motivo suficiente para considerar ajustada a derecho la Resolución impugnada, no siendo posible, en el momento de la valoración, una modificación del mismo, ni una interpretación contraria a la literalidad del Pliego, esgrimida, además por una de las partes, por lo que debe considerarse infracción no subsanable. Tal motivo, por su relevancia e incidencia, obliga al Ayuntamiento a la elaboración y aprobación de nuevos Pliegos con la debida celeridad y diligencia, promoviendo una licitación a la que, lógicamente, podrán concurrir, en condiciones de igualdad, las empresas recurrentes.

SEXO.- En cuanto a la impugnación del anuncio y los pliegos de la nueva licitación, basada en la disconformidad a derecho de la Resolución de desistimiento de la licitación anterior, considerando, en base a los argumentos esgrimidos en el fundamento que antecede, el ajuste a derecho de aquella, decae esta alegación, procediendo su desestimación.

El resto de alegaciones que fundamentan los recursos planteados contra el Anuncio y los Pliegos del nuevo expediente (2020/001183), se concretan en:

1.- El desistimiento del expediente de contratación nº 2020/000829 no habilita para introducir nuevos criterios de adjudicación en el expediente de contratación nº 2020/001183.

Entiende SERVIFORM que “El Órgano de Contratación, en esta nueva licitación que se impugna, no sólo ha procedido a corregir la supuesta infracción que consideraba no subsanable, es decir, no se ha limitado a cambiar la redacción de los criterios nº 5, 6, 7 y 8,

sino que, como se ha detallado en el motivo Primero, ha introducido nuevos criterios, tanto sujetos a juicios de valor, como objetivos, y ha cambiado la ponderación de los criterios. **En definitiva, ha modificado los criterios de adjudicación y la metodología de la valoración de las ofertas que concurren a la nueva licitación para el mismo servicio.**

La introducción de nuevos criterios de valoración y el cambio en la puntuación asignada a cada uno de estos criterios no se encontraba amparada por el Acuerdo de desistimiento en el que se justifica la nueva licitación, por lo que el anuncio y los pliegos del expediente de contratación nº 2020/000829 resultan contrarios a Derecho y deben ser anulados.

El Órgano de Contratación se ha servido de la potestad de desistimiento de la anterior licitación, no solo para corregir los supuestos vicios que consideraba no subsanables, sino para licitar el mismo contrato con nuevos criterios. Y ello habiendo tenido conocimiento y habiendo sido valoradas las ofertas de todos los licitadores que habían concurrido al anterior procedimiento de contratación para el mismo servicio.”

En relación a esta cuestión, y como señala el órgano de contratación en el informe remitido a este Tribunal, conforme a la previsión legal establecida en el apartado 4, in fine, del artículo 152, el desistimiento no impedirá el inicio inmediato de un procedimiento de licitación, no existiendo obstáculo para que “sentada la necesidad de modificar la redacción de los criterios en base al motivo que ha determinado el desistimiento de la primera licitación, y advertida la necesidad de introducir variaciones en los pliegos, puedan modificarse su contenido si con ello no se producen efectos desfavorables para ningún licitador ni se vulneran los principios rectores de la contratación, en particular los de igualdad y concurrencia, lo cual, teniendo en cuenta que nos encontramos ante un nuevo procedimiento de licitación con apertura de un nuevo plazo de presentación de ofertas, no se produce. Debe reconocerse pues la potestad discrecional al órgano de contratación para conformar el objeto y condiciones de la contratación de la forma que estime más adecuada para los intereses públicos como base de la posibilidad de adecuar el pliego cuando se advierta necesidad para ello”

ATECH, por su parte, defiende que “este nuevo procedimiento no se dirige a subsanar los errores que invoca la Administración para defender sus pretensiones” entendiéndose que este segundo procedimiento de contratación se tramita “con el fin de evitar un resultado de la aplicación de los criterios de adjudicación “no deseado” y obtener una adjudicación “sí querida” a través de la incorporación de matizaciones en un nuevo Pliego que, además de ser innecesarias, evidencian que no subsanan ningún error o vicio invalidante de la redacción del PCAP “primitivo” ya que ese error o vicio no existen” y que “este segundo expediente tiene el mismo objeto, fines y aspectos principales que los inherentes al primer expediente, si bien, basta una lectura del citado Cuadro Resumen de Características del Contrato para apreciar que, en este nuevo procedimiento, la Administración ha “retocado” la ponderación de los criterios de adjudicación subjetivos y objetivos y, respecto a los criterios en los que éstos últimos se dividen se han incluido algunas precisiones o matizaciones que ahora sí parecen ser conformes al criterio de la Administración.”

El órgano de contratación, defiende, sin embargo que “en cuanto a la redacción que de los criterios de adjudicación se introducen en la nueva licitación, debe hacerse constar que se realiza una redacción que dota de mayor exactitud a la definición de los mismos.”

Conforme a los nuevos Pliegos, los criterios de adjudicación controvertidos se definen como sigue:

8	<p>Valoración del número de atenciones para el Nivel 1: el licitador podrá ofertar un número de atenciones superior al establecido como mínimo en el cuadro de dimensionamiento (TABLA 3).</p> <p>En este criterio se realizará una valoración lineal y proporcional de la siguiente forma:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Se otorgará 0 puntos a las ofertas que iguallen el mínimo número de atenciones exigido en el cuadro de dimensionamiento (TABLA 3) incluido en el presente Anexo (1.948.000). 	9
	<ul style="list-style-type: none"> • Se otorgará 9 puntos en este criterio a aquella oferta que sea un 20% superior a la media de las ofertas presentadas, siempre que no exista una oferta que se encuentre por encima de este valor. • Si existiesen una o varias ofertas que se encontrasen por encima del valor descrito en el párrafo anterior, será aquella que oferte el mayor número de atenciones de Nivel 1 la que obtenga el máximo de puntos en este criterio. • Al resto de ofertas se les otorga una puntuación de forma lineal y proporcional. • Deberá indicarse número de atenciones ofrecidas sin decimales entre los valores 1 y 584.400 ambos inclusive, cantidad que corresponde a la diferencia entre el umbral máximo (2.532.400) y el mínimo exigido (1.948.000). • En consecuencia, las ofertas se valorarán de forma proporcional y lineal, conforme a la siguiente fórmula: $Vn1 = \left(\frac{No - NMA}{k - NMA} \right) \times Vx$ <p>Siendo:</p> <p>Vn1= Valoración de cada oferta (puntuación obtenida en este criterio).</p> <p>NMA= Número mínimo de atenciones señaladas en la TABLA 3.</p> <p>No = Número de atenciones total (mínimo exigido + incremento ofertado).</p> <p>K = Cuantía resultante de incrementar la media de las ofertas totales (mínimo exigido + incremento ofertado) en el 20% o, cuando exista una o varias ofertas (mínimo exigido + incremento ofertado) por encima de ese valor, la cuantía de la más alta de ellas, siempre que no se supere el umbral superior establecido en 2.532.400 (1.948.000+30%). Si en cualquiera de los dos casos se superara el valor del umbral superior referido, entonces K sería igual a 2.532.400.</p> <p>Vx = Puntuación máxima a otorgar en este criterio.</p> <p>Documentación a presentar para la valoración de este criterio: Anexo III debidamente cumplimentado y firmado.</p> <p>El reparto de las atenciones de nivel 1 que oferte, en su caso, el adjudicatario se repartirá de forma proporcional entre las entidades en igual porcentaje al de dimensionamiento del contrato (TABLA 3).</p> <p>Si alguna no oferta no cumpliera lo establecido en el presente criterio será objeto de exclusión.</p>	

En sentido similar se redactan los anteriores criterios 6 y 7, ahora numerados como 9 y 10.

De la actual redacción se derivan dos novedades, amén de la distinta numeración, a saber:

-se establece expresamente que el número de atenciones ofrecidas sin decimales, ha de ajustarse a una horquilla, correspondiente a los umbrales máximos y mínimos exigidos, los cuales se establecen (página 64 PPT) “En atención a los niveles de calidad técnica exigida en el presente Pliego y disponibilidad presupuestaria que da cobertura a las prestaciones”, acordes con el dimensionamiento del contrato y el cuadro de costes tenidos en cuenta para la estimación del precio.

- se clarifica la definición del valor K.

- se determina la eventual exclusión de ofertas que incumplan las determinaciones establecidas en el criterio.

- Se clarifica la redacción del Anexo III, Modelo de oferta, a fin de no dejar lugar a dudas en cuanto a la cantidad que en el mismo ha de consignarse: Deberá indicarse el número de atenciones ofrecidas sin decimales entre 1 y X, (584.400, criterio 8, 445.430, criterio 9 y 94.688, criterio 10) ambos inclusive, cantidad que corresponde a la diferencia entre el umbral máximo y el mínimo exigido.

En cuanto al antiguo criterio 8, ahora 11, dispone el nuevo Anexo I:

11	<p>Valoración del resultado de la encuesta de satisfacción continua: el licitador podrá ofertar un porcentaje mayor de valoración de la encuesta de satisfacción continua superior al 85%, establecido como mínimo en el apartado “Acuerdos de niveles de servicios por niveles de atención” del PPT.</p> <p>En este criterio se realizará una valoración lineal y proporcional de la siguiente forma:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Se otorgará 0 puntos a las ofertas que igualen el 85%, porcentaje mínimo exigido en el apartado “Acuerdos de niveles de servicios por niveles de atención” del PPT. • Se otorgará 5 puntos en este criterio a aquella oferta que ofrezca el 95%. • Al resto de ofertas se les otorga una puntuación de forma lineal y proporcional. • Deberá indicarse un porcentaje sin decimales entre los valores 1 y 10 ambos inclusive, cantidad que corresponde a la diferencia entre el umbral máximo (95%) y el mínimo exigido (85%). <p>En consecuencia, las ofertas se valorarán de forma proporcional y lineal, conforme a la siguiente fórmula:</p> $Vre = \left(\frac{Po - PMS}{K - PMS} \right) \times Vx$ <p>Siendo:</p> <p>Vre= Valoración de cada oferta (puntuación obtenida en este criterio)</p> <p>PMS= Porcentaje mínimo de satisfacción.</p> <p>Po = Porcentaje total ofertado (mínimo exigido más el incremento ofertado).</p> <p>K = 95%.</p> <p>Vx = Puntuación máxima a otorgar en este criterio.</p> <p>Documentación a presentar: Anexo III cumplimentado y firmado.</p> <p>El porcentaje en el resultado de valoración de las encuestas de satisfacción ofrecido deberá cumplirse en todas las entidades (Ayuntamiento+UTS, EMASESA, EMVISESA, LIPASAM Y TUSSAM).</p> <p>Si alguna no oferta no cumpliera lo establecido en el presente criterio será objeto de exclusión.</p>	5
-----------	--	----------

En el Anexo III, se precisa el % a consignar, disponiendo:

“Criterio 11.- Incremento del porcentaje mínimo del 85%, de encuestas de satisfacción continua con resultado de buena-muy buena o excelente señalado en el apartado “Acuerdos de nivel de servicio por niveles de atención”. Deberá indicarse un porcentaje sin decimales entre los valores 1 y 10 ambos inclusive, cantidad que corresponde a la diferencia entre el umbral máximo y el mínimo exigido.”

En relación con este criterio, se establece, pues, la horquilla en la que puede moverse la oferta, no recogiendo, como el anterior, la posibilidad de ofertar por encima del 100%, habida cuenta de que ello llevaría a una oferta de imposible cumplimiento.

- el valor K se sitúa en 95%

- se determina la eventual exclusión de ofertas que incumplan las determinaciones establecidas en el criterio.

- Se clarifica la redacción del Anexo III

A la vista de lo expuesto, hemos de concluir la desestimación de las alegaciones de las recurrentes.

2.- Ambos recurrentes aluden a la tramitación de urgencia, defendiendo ATECH que “las razones invocadas por la Administración para acudir a la tramitación de urgencia prevista *ex* artículo 119 de la LCSP, esto es, el desistimiento del procedimiento núm. 2020/000829 y la finalización del Contrato actual el próximo 01.02.2020 (siendo ATECH la actual adjudicataria de ese servicio) no pueden ser tomadas en consideración por esta parte como motivos válidos a tal efecto.

No sólo porque la utilización de ese procedimiento de urgencia reduzca los plazos de la tramitación del nuevo procedimiento a la mitad -con el consiguiente perjuicio que ello supone para mi representada-, sino porque, además, existen otras fórmulas jurídicas para que la Administración pueda garantizar la continuidad de este servicio (como una licitación “temporal” o la “activación” de la prórroga que regula el artículo 29.4 de la LCSP) sin necesidad de emplear por tanto vías más restrictivas que son contrarias a los principios rectores que presiden nuestra contratación pública”

(...)Es evidente que, como se apuntaba, existen otras vías para dar cobertura al servicio y garantizar la continuidad del mismo sin necesidad de “acelerar” la tramitación de un Contrato en perjuicio de los licitadores. Máxime cuando, según lo previsto en el anuncio del procedimiento de licitación de referencia, el plazo para la presentación de ofertas finaliza el día 09.12.2020 y la apertura de proposiciones económicas está fijada para el 11.12.2020, sin que pueda considerarse que este plazo de dos (2) días es suficiente para valorar las ofertas técnicas respetando las garantías y derechos de los licitadores en el marco de un expediente de contratación que tiene un valor estimado de 6,5 millones de euros, aproximadamente.

Para apoyar su pretensión, alude al Informe núm. 3/2018, de 20.04.2018, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña (Comisión Permanente) emitido en relación con un expediente de contratación tramitado por la vía de urgencia tras el desistimiento del procedimiento anterior, conforme al cual:

“Por lo tanto, para dar respuesta a la primera de las cuestiones planteadas, hay que afirmar que el hecho de haber desistido de un procedimiento de adjudicación no justifica por sí sola la tramitación urgente del expediente de contratación del nuevo procedimiento de licitación (...) De acuerdo con el artículo 112.1 del TRLCSP y el artículo 119.1 de la LCSP, los presupuestos habilitantes para tramitar con urgencia un expediente de contratación son que concurra

urgencia en la celebración del contrato para cubrir una necesidad inaplazable' o que la adjudicación del contrato se tenga que acelerar 'por razones de interés público', tal como ya se ha indicado.

Por lo tanto, la urgencia tiene que derivar de la necesidad de acelerar la celebración o la adjudicación del contrato, bien por la existencia de una necesidad inaplazable, o bien por concurrir una razón de interés público. En este sentido, hay que precisar que ahora, vista la referencia en el escrito de petición de informe al hecho de que 'el contrato debe ejecutarse con estricta sujeción a unos plazos fijados en una convocatoria de subvención', que no procede la tramitación urgente de un expediente de contratación si la urgencia deriva de la necesidad de acelerar los plazos de ejecución de un contrato.

Así, el Tribunal Supremo señaló, en la Sentencia nº. 1229/2002, de 27 de febrero de 2008, que la necesidad inaplazable 'comporta que no se pueda esperar para la celebración del contrato porque existe un límite temporal impuesto por las circunstancias del caso, hecho que debe acreditarse en el expediente'; y que 'lo mismo sucede con el segundo supuesto, deben concurrir las razones de interés público que hagan preciso que, exijan acelerar la adjudicación, que no la ejecución del contenido del contrato'. Además, el Tribunal Supremo también recuerda que 'la declaración de urgencia que exige la ley se debe realizar por el órgano competente para concretar y estar debidamente motivada', y en relación con la motivación, que se tiene que tratar 'de una situación urgente objetivamente evaluable y no apreciada de manera subjetiva por el órgano de contratación, de manera que responda la urgencia a razones de interés público que se acrediten de manera razonable y con criterios de lógica, o que se demuestre la necesidad inaplazable de tramitar el procedimiento con la urgencia que requiera, a fin de que no se altere de manera no justificada el procedimiento ordinario de contratación que la Ley prevé como garantía del interés público'.

Por lo que respecta a las "otras fórmulas jurídicas para que la Administración pueda garantizar la continuidad de este servicio (como una licitación "temporal" o la "activación" de la prórroga que regula el artículo 29.4 de la LCSP)", hemos de señalar que tal posibilidad, hoy contemplada en el art. citado, no se hallaba prevista en la normativa anterior, Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, al que resulta de aplicación el contrato vigente, tramitado y adjudicado en el Expediente nº 2016/001195, y cuyo Pliego regulador establece:

1.2.- Régimen Jurídico.

El contrato a que se refiere el presente pliego es de naturaleza administrativa y se regirá por:

- Texto Refundido de La Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de Noviembre, y sus disposiciones de desarrollo.

En relación a la afirmación de que "la apertura de proposiciones económicas está fijada para el 11.12.2020, sin que pueda considerarse que este plazo de dos (2) días es suficiente para valorar las ofertas técnicas respetando las garantías y derechos de los licitadores en el marco de un expediente de contratación que tiene un valor estimado de 6,5 millones de euros, aproximadamente", se ha observado por este Tribunal la publicación en la Plataforma de Contratación, con fecha 10 de diciembre, de una aclaración sobre este punto:

OBJETO: Servicio de atención ciudadana 010 del Ayuntamiento de Sevilla y Empresas municipales (AYTO+CEMS).

ASUNTO: INFORME CELEBRACION MESA DE CONTRATACION.

Por la presente se informa que, con la antelación oportuna y en esta misma plataforma, se publicará el anuncio de celebración de la Mesa de Contratación del expediente arriba indicado en la que se estudiará el Informe archivo electrónico-sobre 2, criterios cuya valoración depende de una juicio de valor, la apertura archivo electrónico-sobre 3, documentación acreditativa de los criterios cuya valoración se realiza de forma automática y se realizará, en su caso, propuesta de adjudicación.

La fecha que figura actualmente publicada, 11 de diciembre de 2020 a la 15:22 se incluyó en el anuncio del inicio de presentación de ofertas como guía aproximativa a tener en cuenta por los diferentes concurrentes, sin que tenga en ningún caso, el carácter de anuncio público.

A fecha de hoy, no consta a este Tribunal que se haya procedido a la apertura de los Sobres nº 3.

En cuanto a las razones de la urgencia, se concretan en el Informe memoria y se incorporan en el Anexo I al PCAP, conforme al cual:

Tramitación:	<p>URGENTE.</p> <p>Con fecha 19 de noviembre de 2020, se acuerda el desistimiento del expediente de contratación del Servicio de Atención Ciudadana 010 del Ayuntamiento de Sevilla y Empresas Municipales, expediente 2020/00000829, de conformidad con la propuesta realizada por la Mesa de Contratación del Ayuntamiento de Sevilla en sesión celebrada el 17 de noviembre de 2020 al entender que la redacción del pliego había inducido a unos de los licitadores a formular una propuesta con valores desmesurados en los criterio de valoración automática 5, 6, 7 y 8, por encima de los umbrales de saciedad fijados en el Anexo del PCAP. En consecuencia, dada la necesidad de promover un nuevo procedimiento con el mismo objeto y, de tener ultimadas las actuaciones para la fecha de inicio del nuevo contrato que tendrá lugar el próximo 1 de febrero del ejercicio 2021, lo cual no sería posible si se tramitara de forma ordinaria al tratarse de un procedimiento sujeto a recurso especial en materia de contratación, se hace necesaria la tramitación urgente del presente expediente.</p>
---------------------	--

En el Informe remitido a este Tribunal, se defiende la concurrencia de los presupuestos habilitantes para tramitar con urgencia un expediente de contratación, cuales son que concurra urgencia en la celebración del contrato para cubrir una necesidad inaplazable o que la adjudicación del contrato se tenga que acelerar por razones de interés público. Defiende, así el informe que “la necesidad administrativa que se trata de satisfacer por medio de la presente licitación que, como bien se refiere en el Anexo I de los PCAP que rigen la licitación, se concreta en la prestación de servicios de gestión e información directa al ciudadano para dar una respuesta inmediata y de calidad a la demanda de información de los servicios del AYTO+CEMS, facilitando el acceso, comunicación y relación con los servicios municipales por los diferentes canales que ofrece el contrato; se constituye pues en un servicio de enorme importancia y trascendencia para

la ciudadanía por el fin último que con el mismo se persigue que no es otro que la prestación adecuada y óptima de los servicios públicos”, concluyendo que la tramitación urgente es conforme al artículo 119 de la LCSP, concurriendo razones de interés público que deben ser atendidas y que “ Como resulta evidente la justificación de las circunstancias que conllevan la necesidad de la tramitación urgente debe partir del propio desistimiento acordado por la Administración, lo cual determina la aplicación de este tipo de tramitación dada la necesidad de promover un nuevo procedimiento con el mismo objeto y de tener ultimadas las actuaciones para la fecha de inicio del nuevo contrato.

Teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, que el art 152 determina que “*El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un procedimiento de licitación*”, que la urgencia se motiva por el órgano de contratación en la inaplazable necesidad de la celebración del contrato y la concurrencia de razones de interés público por las que es preciso acelerar la adjudicación, considera este Tribunal que se cumple lo dispuesto en el art. 119 de la LCSP.

3.- Se alega finalmente por ATECH que “en este nuevo procedimiento la Administración ha decidido minorar el porcentaje aplicable a la media de las ofertas económicas para determinar, en su caso, las posibles ofertas anormalmente bajas, pasando ese porcentaje de un 15% a un 5% sobre la media de las ofertas.

Esta actuación sería contraria a la legalidad aplicable puesto que el establecimiento de umbrales de temeridad muy bajos o estrechos se ha configurado, de forma pacífica por nuestros Tribunales y órganos consultivos, como un obstáculo o impedimento para que puedan presentarse ofertas económicas competitivas, por cuanto ese poco margen conlleva que dichas ofertas puedan estar incursas en situación de anormalidad aunque sean formuladas con una baja de precio dentro de los parámetros razonables de mercado.

En consecuencia, nos encontramos ante una práctica contraria a nuestro ordenamiento jurídico puesto que, como se apuntaba, mediante esa obstaculización de la admisión de ofertas que en condiciones normales de mercado no deberían ser calificadas como anormales o desproporcionadas se vulneran los principios rectores que presiden todo expediente de contratación pública y, más concretamente, el principio de concurrencia previsto en el artículo 1 de la LCSP.”

En cuanto a pretendida anulabilidad de la determinación de 5 puntos porcentuales como umbral para la consideración de una oferta como inicialmente anormal, defiende la unidad tramitadora que “no siendo identificada por el recurrente la infracción concreta del ordenamiento jurídico, solo cabe añadir en este punto que su determinación se realiza de forma clara y precisa en los pliegos sin que exista argumento legal alguno en contra”.

Conforme al artículo 149 LCSP:

1. En los casos en que el órgano de contratación presuma que una oferta resulta inviable por haber sido formulada en términos que la hacen anormalmente baja, solo podrá excluirla del procedimiento de licitación previa tramitación del procedimiento que establece este artículo.

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

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

a) Salvo que en los pliegos se estableciera otra cosa, cuando el único criterio de adjudicación sea el del precio, en defecto de previsión en aquellos se aplicarán los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente y que, en todo caso, determinarán el umbral de anormalidad por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado, sin perjuicio de lo establecido en el apartado siguiente.

b) Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto.

La figura de la anormalidad, tiene como finalidad esencia identificar ofertas respecto de las que, por sus valores, se presume que no pueden ser cumplidas. Es doctrina reiterada de este Tribunal la que sostiene que la apreciación de que la oferta tiene valores anormales o desproporcionados no es un fin en sí misma, sino un indicio para establecer que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ello, y que, por tanto, no debe hacerse la adjudicación a quien la hubiere presentado. De acuerdo con ello, la ley establece un procedimiento contradictorio encaminado a demostrar que la oferta puede ser cumplida, y la apreciación de si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que concurren en la oferta y de las características de la propia empresa licitadora, no siendo posible su aplicación automática, siendo, en cualquier caso el órgano de contratación quien, en los Pliegos, ha de establecer los parámetro objetivos que le permitan identificar las ofertas anormales.

Ha de señalarse que la Resolución del TARC de Andalucía 50/2016, alegada por el recurrente ATECH, se refiere, principalmente a los umbrales de anormalidad referidos al precio de licitación. La citada Resolución analiza la doctrina existente a este respecto, manifestando que tanto las juntas consultivas de contratación como los órganos de recursos contractuales, con carácter general, no son partidarios de la posibilidad de establecer un umbral de anormalidad o desproporción referido al precio de licitación.

A la misma conclusión, señala, llegó el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi en su resolución 80/2014, de 18 de agosto, que anuló una cláusula del PCAP que fijaba el umbral de anormalidad o desproporción en un porcentaje de baja superior al 10 por 100 del presupuesto base de licitación. En ella señalaba con base en el informe 11/2014, de 7 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón que concluía respecto al artículo 152 del TRLCSP lo siguiente: "Si estamos ante una pluralidad de criterios de adjudicación, debe ser el pliego el que determine bajo qué parámetros objetivos podemos apreciar que una oferta no puede ser cumplida como consecuencia de que incluye valores anormales o desproporcionados, sin que estos parámetros deban hacer referencia exclusivamente al criterio precio. Es decir, el legislador ha otorgado total libertad a los órganos de contratación para que fijen, vía pliegos, cuales son los parámetros para determinar que una oferta puede considerarse inicialmente como desproporcionada". Prosigue la citada resolución 80/2014 matizando la conclusión a la que había llegado la Junta Consultiva de Aragón señalando que "Sin embargo, esa libertad absoluta de los órganos de contratación para la fijación por los órganos de contratación de los parámetros para determinar si una oferta es o no desproporcionada, puede verse matizada por la lectura conjunta de los apartados 1. y 2. del artículo 152 de TRLCSP. Así, cuando estamos ante una pluralidad de criterios de adjudicación y los límites objetivos de desproporcionalidad se refieren únicamente al precio, como en el caso de los pliegos objeto de recurso, parece que una

interpretación sistemática de los dos primeros apartados del citado artículo nos lleva a considerar que los límites objetivos tienen que estar referenciados al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado, y no a parámetros o límites que expresen y den a conocer de antemano el umbral de anormalidad, como sucede en los pliegos del contrato objeto de recurso. (...) En consecuencia, debe admitirse la pretensión del recurrente de anulación del PCAP por infracción de las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación, y que en el punto 16 de la carátula el umbral de temeridad está expresado en referencia a un valor absoluto como es el tipo de licitación.”

Concluye la Resolución del Tribunal andaluz que *“la fijación de un umbral de anormalidad o desproporción referido al precio de licitación como puede ser un porcentaje de bajada sobre el mismo, con carácter general, es contrario a la mayoría de la doctrina de las juntas consultivas de contratación y de los órganos de recursos contractuales. Sin embargo, hay que tener en cuenta como ha puesto de manifiesto el citado informe 12/2009, de 27 de marzo, de la Abogacía del Estado, que la apreciación de una oferta anormal o desproporcionada “tiene como premisa el desajuste entre la oferta y el mercado” por tanto “no sería conforme a Derecho la cláusula que señalara en el pliego un porcentaje fijo si resultara que éste no se corresponde con los precios «normales» del mercado”. Así sigue señalando el citado informe “La citada sentencia del caso Lombardini-Mantovani declaró que «el objetivo primordial de la Directiva es la apertura de los contratos públicos de obras a la concurrencia de ofertas» (apartado 35 de la sentencia). Por ello, podría ser contraria al principio de concurrencia la cláusula de un pliego que, al fijar la temeridad sin ponderar adecuadamente los precios de mercado, obstaculizara la presentación de ofertas más competitivas. Es decir, si el porcentaje fijo elegido por el órgano de contratación no se correspondiera con los precios de mercado (que deberían ser, en todo caso, los del mercado comunitario), podría cuestionarse la legalidad del pliego: Dicho pliego podría vulnerar el principio de concurrencia al obstaculizar la admisión de ofertas que, de acuerdo con el mercado, no deberían ser calificadas como anormales (y, por tanto, deberían ser admitidas a la licitación sin necesidad de que los licitadores las justifiquen).*

Por el contrario, la fijación del umbral de temeridad en función de las ofertas presentadas a cada concurso proporciona un criterio objetivo para sostener que es el propio mercado el que ha marcado el parámetro de la anormalidad de las ofertas.”

En el caso que nos ocupa, amén de que el umbral de anormalidad no se refiere al precio de licitación, sino a la media aritmética de las ofertas presentadas, no acreditándose la inadecuada ponderación de los precios de mercado, ni fundamentándose en qué medida se vulnera el principio de concurrencia, el motivo ha de ser desestimado.

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

RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar los recursos presentados por las mercantiles ATECH y SERVINFORM, en relación con la contratación del **Servicio de Atención Ciudadana 010 del Ayuntamiento de Sevilla y Empresas Municipales (AYTO+CEMS)**, Expedientes 2020/000829 y 2020/001138, tramitados por el Servicio de Participación Ciudadana del Ayuntamiento de Sevilla, de acuerdo con lo expuesto en los Fundamentos QUINTO y SEXTO de la presente Resolución.

SEGUNDO.- Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

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

LA TITULAR DEL TRIBUNAL DE
RECURSOS CONTRACTUALES