

Recursos 300/2019 y 307/2019

Resolución 38/2020

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

Sevilla, 6 de febrero de 2020.

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por la entidad **SERANCO S.A.** contra las resoluciones de la Dirección Gerencia de la Agencia Pública de Puertos de Andalucía, de 9 de julio de 2019, por la que se la excluye del procedimiento de adjudicación, y de 25 de julio de 2019 por la que se adjudica el contrato de obras denominado “Obras de Edificios de oficinas, aseos y urbanización en la Zona Náutico-Deportiva del Puerto de Adra (OAA916)” (Expediente 2019/000089), convocado por la citada entidad, adscrita a la Consejería de Fomento, Infraestructuras y Ordenación del Territorio, este Tribunal en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 11 de abril de 2019 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta Resolución.

El valor estimado del contrato asciende a 3.044.574,84 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la entidad ahora recurrente.



SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante Real Decreto 817/2009) y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. En sesión celebrada el 22 de marzo de 2019, tras la apertura y valoración del sobre núm 3, a la vista de las proposiciones presentadas, la mesa de contratación considera que la oferta de la entidad recurrente, entre otras, se encuentra inicialmente incurso en baja anormal, tramitándose el procedimiento contemplado en el artículo 149 de la LCSP, y constando en el expediente remitido el requerimiento de justificación de la viabilidad de la oferta realizado, la justificación presentada, y el correspondiente informe técnico relativo a la comprobación de la justificación presentada de 1 de julio.

Posteriormente, con ocasión de la sesión de la mesa de contratación para el análisis de la justificación y el informe presentados, se acuerda asumir su contenido y proponer el rechazo de la proposición presentada por la recurrente, al entender que de la documentación presentada no llega a desprenderse suficientemente la justificación de los precios de la oferta.

El 9 de julio de 2019 se dicta resolución por la Dirección Gerencia la Agencia por la que se excluye a la entidad recurrente del procedimiento de licitación, que se publica en el perfil el 11 de julio, sin que conste en el expediente su notificación a la recurrente.

El 25 de julio de 2019 se dicta resolución de adjudicación del contrato, que se publica en el perfil el 30 de julio, y se remite a la entidad recurrente en el 31 de julio.

CUARTO. El 29 de julio de 2019, la entidad SERANCO S.A. presentó en el Registro electrónico de este Tribunal, recurso especial en materia de contratación contra la resolución de exclusión. El 31 de julio la



misma entidad presentó en el registro electrónico de este Tribunal, recurso especial en materia de contratación contra la resolución de adjudicación.

QUINTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 1 de agosto de 2019, se da traslado al órgano de contratación de los escritos de recurso y se le solicita que aporte el expediente de contratación, el informe sobre los recursos, y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. El 8 de agosto de reitera la solicitud. La documentación requerida se recibió en el Registro del Tribunal el 13 de agosto de 2019.

SEXTO. La Secretaría del Tribunal, mediante escritos de 26 de agosto de 2019, dio traslado del recurso al resto de licitadoras, concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que formularan las alegaciones que estimaran oportunas, no habiéndose presentado ninguna.

SÉPTIMO. En la tramitación del presente recurso no se ha podido cumplir el plazo para resolver dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. De conformidad con lo previsto en los artículos 56 de la LCSP, 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 13 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, así como con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas la Sentencia de 6 de mayo de 2011 (Roj STS 2649/2011), este Tribunal ha dispuesto la acumulación de los recursos a los que se les ha asignado los números 300/2019 y 307/2019, al ser este Órgano quien tramita y resuelve el procedimiento de recurso, y al guardar ambos entre sí identidad sustancial e íntima conexión



por haber sido interpuestos los dos recursos en el mismo procedimiento de licitación por la misma entidad recurrente y por fundarse en idéntico motivo.

TERCERO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso (en plural) dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

CUARTO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

En el presente supuesto el primer recurso, tramitado bajo el número 300/2019, se interpone contra el acuerdo de exclusión, acto de trámite cualificado, del procedimiento de adjudicación de un contrato de obras cuyo valor estimado es superior a 3.000.000 de euros, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

En cuanto al segundo recurso, tramitado bajo el número 307/2019, interpuesto contra el [acto](#) de adjudicación, es igualmente susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

QUINTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso 300/2019, el artículo 50.1 d) de la LCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

c) Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.

El acuerdo impugnado de exclusión de 9 de julio fue publicado en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 11 de julio, por lo que el recurso presentado el 29 de julio de 2019



en el registro electrónico de este Tribunal se presentó dentro de plazo. La admisión de este primer recurso 300/2019 determina la inadmisión del segundo 307/2019, que si bien va dirigido formalmente contra el acto de adjudicación, sustantivamente combate el mismo acto que el primero.

SEXTO. Analizados los requisitos de admisión del primer recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta.

La entidad recurrente interpone el presente recurso contra la resolución de exclusión de la licitación, solicitando a este Tribunal que, con estimación del mismo, deje sin efecto la resolución impugnada. En el recurso se cuestiona la motivación del informe técnico de 1 de julio de 2019 emitido respecto de la documentación presentada para justificar la oferta incurso en presunción de anormalidad.

El órgano de contratación en su informe al recurso se opone al mismo en los términos que constan en el expediente.

SÉPTIMO. Visto lo alegado por las partes procede ahora el estudio de los motivos del recurso que se centra en determinar si fue correcta la actuación del órgano de contratación al acordar la exclusión de la oferta de la recurrente por considerar la misma incurso en baja anormal o desproporcionada.

Partiendo de que la oferta de la recurrente se encontraba incurso en presunción de anormalidad, cuestión no discutida, la controversia se centra en si el acto de exclusión está suficientemente motivado.

En este sentido, el escrito de recurso, tras la cita de numerosas resoluciones de los órganos competentes para la resolución del recurso especial, señala que ni la resolución recurrida, ni con anterioridad al acuerdo de la mesa por el que se propone la exclusión con base en el informe técnico contienen la motivación mínima exigible. Alega que la resolución de la Dirección General de la Agencia Pública de Puertos de Andalucía y con anterioridad la mesa de contratación hacen suyos los postulados del informe del servicio técnico dictado con fecha 1 de julio y en el que se concluía que esta mercantil *“presenta ofertas y compromisos de terceros y subcontratas, pero de ellas no llega a desprenderse suficientemente la justificación de los precios de la oferta”*. De esta manera, sostiene que lejos de expresarse los razonamientos y cálculos concretos que llevan al servicio –y con él a la mesa de contratación y, posteriormente, al órgano



de contratación- a excluir la oferta presentada por SERANCO SA, únicamente se expone la conclusión a la que se llega, incumpléndose la obligación de motivar.

A continuación, el recurso pone especial énfasis en que no sólo no se ha cumplido con la obligación de “rebatir” la argumentación presentada con motivo de la justificación de su oferta, sino que ni siquiera ha concluido taxativamente su inviabilidad, y alude a la necesidad de que en estos casos es precisa una motivación reforzada que desmonte las argumentaciones y justificaciones presentadas por el licitador. Añade que ante la ausencia de motivación en el informe técnico, la decisión discrecional del órgano contratación podría calificarse como de arbitraria. Por todo ello solicita que se deje sin efecto la exclusión de su oferta y se considere justificada su viabilidad.

Articula el recurso después dos pretensiones subsidiarias, la primera, para el caso de no ser atendida la anterior, que se deje sin efecto la exclusión, retrotrayéndose las actuaciones al momento inmediatamente posterior al informe técnico para que se le requiera por la mesa las aclaraciones necesarias en relación con la justificación de la viabilidad de la oferta. Y la segunda, subsidiariamente para el caso de no ser atendidas las dos primeras pretensiones, que se acuerde su exclusión motivándola adecuadamente.

El órgano de contratación en su informe al recurso cuestiona que la documentación presentada por la recurrente acredite que su oferta está sobradamente argumentada y documentada. Señala que en el informe técnico de 1 de julio se indicaba que en la justificación presentaba ofertas y compromisos de terceros y subcontratas, de los que no llega a desprenderse suficientemente la justificación de los precios de la oferta, particularizando, a continuación, una serie de extremos agrupados en tres partes: que en el estudio de costes la recurrente no aporta en unidades importantes ofertas concretas que justifiquen el precio de las mismas, basando la reducción del coste en el aumento de los rendimientos de la mano de obra; que en algunas de las partidas en las que se se aporta oferta concreta se identifican hechos que motivaron las conclusiones en el informe, como es el caso del material encofrado; y finalmente, en que la previsión de un beneficio del 2%, y en una reducción de gastos generales ligada facturación de la empresa, sin que los datos aportados sean suficientemente rigurosos o confirmables. Finaliza el informe considerando que las conclusiones del informe de 1 de julio se encuentran suficientemente razonadas y basadas en criterios objetivos.



Expuestas las alegaciones de las partes, procede entrar en la primera de las pretensiones.

Para ello, en primer término, se ha de manifestar que es doctrina reiterada de este y de los restantes Órganos de resolución de recursos contractuales que en la determinación de si una oferta anormal o desproporcionada está o no justificada rige el principio de discrecionalidad técnica, según el cual la actuación administrativa está revestida de una presunción de certeza o de razonabilidad apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación y que sólo puede ser desvirtuada si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega (v.g. Resolución 336/2018, de 30 de noviembre, de este Tribunal).

Asimismo, procede señalar que a la hora de acreditar la viabilidad de la oferta, si bien es cierto que esta no se tiene que justificar de forma exhaustiva, no obstante debe ser suficiente en el sentido de permitir al órgano de contratación llegar a la convicción de que esta se puede llevar a cabo, siendo la mercantil incurso en presunción de baja desproporcionada la que ha de aportar los elementos necesarios en aras a justificar la viabilidad de su oferta, debiendo ser la exhaustividad de la justificación aportada tanto mayor cuanto mayor sea la baja en que haya incurrido su oferta con relación al resto de ofertas presentadas (v.g. Resolución 306/2018, de 31 de octubre, de este Tribunal).

Por último, es doctrina reiterada de este Tribunal y de los demás órganos competentes para la resolución del recurso especial que la exclusión de una oferta incurso en presunción de anormalidad requiere una motivación reforzada.

Al respecto, se ha de poner de manifiesto que, en cuanto a la documentación justificativa de la oferta inicialmente incurso en baja anormal o desproporcionada y a los informes técnicos sobre viabilidad de las mismas, con base en el artículo 152 del TRLCSP, con una redacción muy similar en lo que aquí interesa al artículo 149 de la LCSP, de aplicación al presente caso, este Tribunal se ha manifestado en varias ocasiones sobre la necesidad de que en los supuestos en los que el órgano de contratación considere que no se justifica adecuadamente la oferta, inicialmente, incurso en baja anormal o desproporcionada, la motivación del informe ha de ser más exhaustiva que en los supuestos en los que el órgano de contratación considere



que se justifica adecuadamente la viabilidad de la misma, en los que no se requiere que se expliciten de manera exhaustiva los motivos de la aceptación (v.g. Resoluciones 294/2016, de 18 de noviembre, 10/2018, de 17 de enero y 30/2018, de 8 de febrero, de este Tribunal, entre otras).

En el mismo sentido se ha expresado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, manifestando su criterio entre otras muchas en su Resolución 142/2013, de 10 de abril, que resume su doctrina sobre ello; dice así: *«Como hemos reiterado en diversas resoluciones en caso de exclusión de una oferta incurso en presunción de temeridad es exigible que se fundamenten los motivos que justifiquen tal exclusión mediante una resolución “reforzada”. Por el contrario, en caso de conformidad, no se requiere que se expliciten de manera exhaustiva los motivos de aceptación»*. Asimismo dicho Tribunal Central en su Resolución 867/2014, de 20 de noviembre, que comparte este Órgano, indica que *«Si la justificación del licitador se considera suficiente, nada obliga a que el informe incluya unos argumentos o motivación distinta o complementaria de la ya expuesta por el licitador. Si ésta se considera suficiente, nada exige que el asesor técnico recoja en el informe sus propias motivaciones motivando su aceptación»*, en el mismo sentido, las Resoluciones del citado Tribunal 1162/2017, de 12 de diciembre, 207/2018, de 2 de marzo, y 389/2018, de 23 de abril.

Sobre el particular, el 4 de julio de 2017, el Tribunal General de la Unión Europea (TGUE) ha emitido Sentencia, asunto T-392/15, en relación con un procedimiento de licitación de un contrato público de servicios, en la cual se analiza, entre otros extremos, el alcance de la obligación de motivación que incumbe al órgano de contratación cuando considera que la oferta seleccionada como más ventajosa en un procedimiento de contratación no es anormalmente baja. Según indica el TGUE, esta obligación de motivación tiene un alcance limitado, de manera que cuando un órgano de contratación selecciona una oferta, no está obligado a señalar expresamente, en respuesta a cualquier solicitud de motivación que le sea presentada, las razones por las cuales la oferta que ha seleccionado no le ha parecido anormalmente baja. En efecto, el Tribunal General señala que si la oferta ha sido seleccionada por el órgano de contratación, se deduce –implícita pero necesariamente– que este órgano ha considerado que no existían indicios de que dicha oferta fuera anormalmente baja.

En definitiva, en lo que aquí interesa, conforme a la doctrina expuesta, por un lado, en los supuestos en los que el órgano de contratación considere que se justifica adecuadamente la viabilidad de la oferta, no se



requiere que se expliciten de manera exhaustiva los motivos de la aceptación, y por otro lado, si la justificación de la oferta inicialmente incurra en baja anormal o desproporcionada no se considera suficiente, la motivación del informe ha de ser más exhaustiva de forma que desmonte las justificaciones aportadas por la entidad licitadora.

Aplicando esta doctrina al presente supuesto, resulta que la resolución de la Dirección Gerencia de 9 de julio de 2019 se limita acordar la exclusión de varias empresas, entre las que se encuentra la entidad recurrente *“al haber omitido o no justificado adecuadamente sus ofertas”*. En cuanto a la propuesta que eleva la mesa en su sesión de 8 de julio, esta propone la exclusión con base en el informe técnico de 1 de julio, sin recoger su contenido.

Y en el informe técnico de 1 de julio de 2019, en relación con la entidad recurrente, se señala:

SERANCO

Ratifica su oferta, valorando las mejoras e incluyéndolas entre los costes indirectos de la obra, previendo un beneficio del 2% y unos gastos generales ligados a la facturación de la empresa.

Presenta su experiencia como una condición favorable para la justificación.

Para la justificación pormenorizada de la oferta presentan ofertas y compromisos de terceros y subcontratas, pero de ellas no llega a desprenderse suficientemente la justificación de los precios de la oferta”.

Pues bien, como puede apreciarse, los dos primeros párrafos, y el principio del tercero exponen cual ha sido la documentación presentada, limitándose el final del párrafo tercero a señalar que no llega a desprenderse suficientemente la justificación de los precios. Como hemos advertido anteriormente si la justificación de la oferta inicialmente incurra en baja anormal o desproporcionada no se considera suficiente, la motivación del informe ha de ser más exhaustiva de forma que desmonte las justificaciones aportadas por la entidad licitadora, lo que no ocurre en el presente supuesto.

En efecto, el informe técnico recoge las conclusiones del análisis de la documentación presentada, pero no los razonamientos que han llevado a dicha conclusión. Dado que es en ese momento en el que debió motivarse adecuadamente la exclusión, no cabe suplir dicha carencia mediante la motivación incluida en el informe del órgano de contratación al recurso, ya que se ha privado a la entidad recurrente de la posibilidad de cuestionar dicha motivación.



En consecuencia, procede estimar este motivo del recurso, anulando el acto de exclusión, y en consecuencia, los actos posteriores, entre los que se encuentra el acto de adjudicación.

Respecto de la pretensión de la recurrente de que se entienda justificada la viabilidad de su oferta no puede ser acogida, ya que la valoración de la documentación presentada requiere un juicio técnico del órgano de contratación que no puede ser sustituido por este Tribunal, de forma que debe retrotraerse el procedimiento al momento previo a la elaboración del informe técnico sobre la valoración de la documentación presentada para justificar la viabilidad de la oferta.

Como pretensión subsidiaria, solicita que se deje sin efecto la exclusión de su oferta, retrotrayéndose las actuaciones al momento inmediatamente posterior al informe técnico, para que a la vista del mismo, se le requiera por la mesa de contratación las aclaraciones necesarias en relación con la justificación de la viabilidad de la oferta y posteriormente se proceda a evacuar nuevo informe técnico una vez facilitadas aquellas. No procede estimar esta pretensión, ya que, con la estimación del primer motivo se ha acordado la retroacción del procedimiento al momento previo a la elaboración del informe, sin perjuicio de que si la mesa lo considera necesario a la vista del nuevo informe técnico, pueda pedir dichas aclaraciones.

En cuanto a la tercera pretensión, que se motive adecuadamente su exclusión, ha quedado sin objeto, ya que precisamente esa falta de motivación ha determinado la nulidad del acuerdo de exclusión.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial 300/2019 en materia de contratación interpuesto por la entidad **SERANCO S.A.** contra la resolución de la Dirección Gerencia de la Agencia Pública de Puertos de Andalucía de 9 de julio de 2019, por la que se la excluye del procedimiento de adjudicación del contrato de obras denominado “Obras de Edificios de oficinas, aseos y urbanización en la Zona Náutico-Deportiva del Puerto de Adra (0AA916)” (Expediente 2019/000089), convocado por la citada entidad, adscrita a la Consejería de Fomento, Infraestructuras y Ordenación del Territorio, y en consecuencia, retrotraer el



expediente al momento previo a la elaboración del informe técnico sobre la valoración de la documentación presentada para justificar la viabilidad de la oferta.

SEGUNDO. Inadmitir el recurso especial 307/2019 interpuesto por la entidad SERANCO S.A. contra la resolución de la Dirección Gerencia de la Agencia Pública de Puertos de Andalucía de 25 de julio de 2019 por el que se adjudica el citado contrato.

TERCERO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

CUARTO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

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

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

