

Recurso 287/2019

Resolución 53/2020

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

Sevilla, 14 de febrero de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SERANCO S.A.** contra la resolución de la Dirección General de la Agencia Pública de Educación de Andalucía, de 10 de julio de 2019, por la que se adjudica el contrato de obras denominado “Obras de ampliación de espacios Educativos en el IES Lauretum de Espartinas (SEVILLA)” (Expediente 00037/ISE/2019/SC), convocado por la citada entidad, adscrita a la Consejería de Educación y Deporte, este Tribunal en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 29 de marzo 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 3.605.259,36 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 29 de mayo 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 de 14 de junio relativo a la comprobación de la justificación.

Posteriormente, con ocasión de la sesión de la mesa de contratación de 19 de junio de 2019 para el análisis de la justificación y el informe técnico presentado, se acuerda asumir su contenido y proponer el rechazo de la proposición presentada por la recurrente, al entender que de la documentación aportada no llega a desprenderse suficientemente la justificación de los precios de la oferta.

El 10 de julio de 2019 se dicta resolución por la Dirección General la Agencia por la que se excluye a la entidad recurrente del procedimiento de licitación y se adjudica el contrato, que se publica en el perfil el mismo día. No consta la fecha de notificación a la entidad recurrente.

CUARTO. El 19 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 adjudicación. El 23 de julio de 2019 se presenta el recurso en papel en el registro de la Delegación del Gobierno en Málaga, que tuvo entrada en el registro de este Tribunal el 30 de julio.



QUINTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 22 de julio 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 el recurso, y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La documentación requerida se recibió en el Registro del Tribunal el 26 de julio de 2019.

SEXTO. La Secretaría del Tribunal, mediante escritos de 23 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, habiéndose presentado alegaciones por ECSA OBRA PÚBLICA Y CIVIL S.L.

SÉPTIMO. En la tramitación y resolución del presente recurso no se han podido cumplir ciertos plazos legales 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. 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.

TERCERO. 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 recurso se ha interpuesto en el procedimiento de licitación de un contrato de obras de valor estimado superior a tres millones de euros y contra el acto de adjudicación, por lo que es susceptible de recurso al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, 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:*

d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento.”

La disposición adicional decimoquinta en su apartado 1 establece que *“Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica.*

Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado.”

El acuerdo impugnado de adjudicación de 10 de julio fue publicado en el perfil de contratante el mismo día, sin que conste la fecha de su remisión a la entidad recurrente. En cualquier caso, el recurso presentado el 19 de julio de 2019 en el registro electrónico de este Tribunal se presentó dentro de plazo.

QUINTO. 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 adjudicación, si bien combate materialmente el acuerdo 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 14 de junio 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.

Por último, ECSA OBRA PÚBLICA Y CIVIL S.L. solicita el resarcimiento de los costes ocasionados por el mantenimiento de las garantías provisionales hasta el momento en el que se perfeccione definitivamente el contrato.

SEXTO. 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 se limita a *“Rechazar, de acuerdo con la propuesta realizada por la Mesa de contratación, fundamentada en el informe del servicio técnico de 14 de junio de 2019, la oferta de las empresas (entre otras, de la mercantil SERANCO SA) (...) al estimar que las mismas no pueden ser cumplidas a satisfacción de la Administración como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados”*.

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.

Alega que el importe que marca la temeridad no llega a ser un 1,8% más bajo que el precio de la primera oferta no incurso en baja con respecto al precio de licitación y a la que se ha adjudicado el contrato, de



manera que la desproporción es mínima, y que en caso de exclusión es precisa, como señalan los Tribunales de Recursos Contractuales, una resolución reforzada, de la que carece la resolución recurrida. En este sentido, pone de relieve el voto particular de la vocal representante de la asesoría jurídica y de la secretaria de la mesa de contratación que constan en el acta de la sesión de 19 de junio de 2019.

A continuación, señala que la falta de motivación determina el que pueda calificarse la decisión del órgano de contratación como arbitraria. A continuación el recurso alega que 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. Igualmente alega que antes de la exclusión deberían haberse solicitado cuantas aclaraciones fueren precisas. Tras exponer una serie de argumentos sobre la viabilidad de su oferta, alega igualmente que la apreciación de la misma ha de partir de la consideración de la oferta en su conjunto, siendo así que el informe técnico sólo ha tenido en cuenta determinados capítulos y partidas sin indicar cuales son y que peso representan en el conjunto de la oferta.

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 se opone al mismo exponiendo con mayor detalle que el informe técnico una serie de motivos por los que considera que la entidad recurrente no ha acreditado la viabilidad.

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 incurra 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 incurrida 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 General de 10 de julio de 2019 se limita a acordar la exclusión de varias empresas, entre las que se encuentra la entidad recurrente *“al estimar que las mismas no pueden ser cumplidas a satisfacción de la Administración como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados”*. 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 14 de junio, que figura como anexo al acta.

Y en el informe técnico de 14 de junio de 2019, en relación con la entidad recurrente, se señala:

“SERANCO S.A.

Analizada la documentación presentada para la justificación de su oferta, se realizan las siguientes observaciones:

En el estudio de costes directos presentados por el licitador no se aporta la descomposición de algunas partidas de los capítulos. En cuestión hay partidas muy significativas en el capítulo 8 “dinteles, soportes..”, donde se realiza una baja muy considerable en relación con el precio medio del mercado, y aunque presenta oferta de empresa subcontratista al trasladar los precios ofertados del proyecto no queda justificada la viabilidad de su ejecución.

Además en el estudio de costes directos se detectan capítulos ofertados que presentan una baja considerable en relación con el precio medio del mercado, como es el caso de los capítulos de instalaciones, existiendo una única oferta presentada de una empresa instaladora para justificar los costes directos que no se encuentran selladas por la empresa.

Teniendo en cuenta el contenido de la justificación, en base a los parámetros contenidos en el Anexo XII y las instrucciones para cumplimentar la justificación de ofertas económicas incurridas en desproporcionalidad contenidas en el PCAP, desde esta Comisión de Valoración Técnica NO SE CONSIDERA JUSTIFICADA la baja ofertada por SERANCO S.A.”.



Pues bien, como puede apreciarse, la motivación es genérica (por ejemplo, no determina cuales son las partidas afectadas por la ausencia de descomposición; ni las partidas del capítulo 8 a las que se refiere; ni en el estudio de los costes directos cuales son los capítulos que presentan una baja considerable en relación con los precios de mercado, no se especifican cuales son los precios de mercado, etc.).

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 los que se hace de forma breve y genérica.

Dado que es en el momento de la emisión del citado informe cuando 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 el momento de su interposición.

En consecuencia, procede estimar este motivo del recurso, anulando el acto de adjudicación y retrotrayendo el procedimiento al momento anterior a la elaboración del informe técnico sobre la justificación de la oferta.

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 su nulidad.

Solo resta dar respuesta a la pretensión de indemnización formulada por ECSA OBRA PÚBLICA Y CIVIL S.L., en la que solicita el resarcimiento de los costes ocasionados por el mantenimiento de las garantías provisionales hasta el momento en el que se perfeccione definitivamente el contrato. En relación con esta pretensión debe señalarse que si bien el artículo 58.1 de la LCSP (en sentido similar al artículo 57.3 del TRLCSP) dispone que *“El órgano competente para la resolución del recurso, a solicitud del interesado, podrá imponer a la entidad contratante la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso, resarciéndole, cuando menos, de los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación”*, el artículo 33 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, dispone que *“El Tribunal, en el caso de estimar el recurso, podrá apreciar en su resolución, a instancia del recurrente, los daños y perjuicios derivados para él de la actuación del órgano de contratación fijando al efecto la indemnización a satisfacer por ello”*. En consecuencia no es en el seno de este procedimiento de recurso especial en el que deberá solventarse la pretensión de la entidad interesada, por lo que procede inadmitir dicha solicitud.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial interpuesto por la entidad **SERANCO S.A.** contra la resolución de la Dirección General de la Agencia Pública de Educación de Andalucía, de 10 de julio de 2019, por la que se adjudica el contrato de obras denominado “Obras de ampliación de espacios Educativos en el IES Lauretum de Espartinas (SEVILLA)” (Expediente 00037/ISE/2019/SC), convocado por la citada entidad, adscrita a la Consejería de Educación y Deporte, en consecuencia, anular la adjudicación y 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. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. 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.

CUARTO. 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.

