

Recurso 365/2020

Resolución 100/2021

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

Sevilla, 18 de marzo de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AVANZA SOLUTIONS & PROJECTS S.L.** contra la resolución, de 16 de octubre de 2020, por la que se adjudica el contrato denominado “Ejecución de obras de construcción del futuro edificio denominado Facultad de Ciencias Empresariales en la parcela B-5 del Modificado Plan Especial de 2.009” (Expediente 766.19), respecto del lote 2, convocado por la Universidad de Almería, este Tribunal en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 6 de junio de 2019 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del contrato asciende a 5.167.898,58 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la entidad ahora recurrente, según consta en el expediente remitido.

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. El órgano de contratación, mediante resolución de 2 de septiembre de 2019, adjudica el contrato, respecto del lote 2, a la entidad CONSTRUCCIONES GLESA, S.A..

El 21 de septiembre de 2019 tuvo entrada en el Registro electrónico de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad AVANZA SOLUTIONS & PROJECTS, S.L., contra la citada resolución de adjudicación, respecto del lote 2. Dicho recurso fue tramitado por este Órgano con el número 361 bis/2019.

Mediante Resolución 265/2020, de 30 de julio, este Tribunal, respecto del citado recurso 361 bis/2019, acuerda *«Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad AVANZA SOLUTIONS & PROJECTS, S.L. contra la resolución de adjudicación del contrato denominado “Ejecución de las obras de construcción del futuro edificio denominado Facultad de Ciencias Empresariales en la parcela B-5 del modificado plan especial de 2.009”, (Expte. 766.19), en relación al lote 2, promovido por la Universidad de Almería y, en consecuencia, anular el acto impugnado, a fin de que se proceda conforme a lo expuesto en los fundamentos de derecho de esta resolución.»*.

Al respecto, al final del fundamento de derecho sexto se establece lo siguiente: *«Por lo tanto, comprobado que, con respecto al lote 2, tampoco se han aplicado de manera correcta los parámetros objetivos en virtud de los cuales se entiende que la proposición no puede ser admitida por ser considerada anormalmente baja de acuerdo a lo dispuesto en el pliego y que, por tanto, no se ha seguido el procedimiento previsto en*



el artículo 149 de la LCSP, procede estimar el recurso por este motivo, debiendo anularse la adjudicación recaída y retrotraerse el procedimiento para que se proceda a un nuevo análisis de las ofertas conforme a lo expuesto en esta resolución y, en su caso, se proceda a solicitar la justificación de la viabilidad de su oferta a las entidades incurso en presunción de anormalidad.

Asimismo, y a mayor abundamiento, el órgano de contratación se allana a las pretensiones de la recurrente por lo que considera que procede la estimación del recurso interpuesto, sin que este reconocimiento o allanamiento del órgano de contratación a la pretensión de AVANZA constituya infracción alguna del ordenamiento jurídico.».

CUARTO. Tras la tramitación correspondiente, el 16 de octubre de 2020 se dicta por el órgano de contratación una nueva resolución de adjudicación del contrato, respecto del lote 2, a favor de la entidad ALBAIDA INFRAESTRUCTURAS S.A..

Acto seguido, el 5 de noviembre de 2020, tuvo entrada en el registro de este Tribunal, nuevo escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la misma entidad AVANZA SOLUTIONS & PROJECTS, S.L. (en adelante AVANZA) contra la citada resolución de adjudicación del contrato de 16 de octubre de 2020, respecto del lote 2. Dicho recurso se ha tramitado por este Órgano con el número 365/2020.

QUINTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 6 de noviembre de 2020, se da traslado al órgano de contratación del escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución, que fue aportada los días 10 y 18 de noviembre de 2020.

SEXTO. La Secretaría del Tribunal, mediante escritos de 11 de enero 2021, dio traslado del recurso al resto de licitadoras, concediéndoles un plazo de 5 días hábiles para que formularan las alegaciones que estimaran oportunas, habiéndolas presentado en plazo la entidad ALBAIDA INFRAESTRUCTURAS S.A. (en adelante ALBAIDA).



FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

En concreto, el acto impugnado ha sido adoptado en la licitación de un contrato promovido por la Universidad de Almería, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto del convenio formalizado, el 10 de diciembre de 2012, entre la entonces Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y la Universidad de Almería al amparo del artículo 11 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, respecto del lote 2, 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 interpone contra la resolución de adjudicación de un contrato de obras cuyo valor estimado es superior a tres millones de euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, 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.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.».

En el supuesto examinado, conforme a la documentación remitida, la notificación de la resolución de adjudicación, de 16 de octubre de 2020, respecto del lote 2, le fue remitida a la entidad ahora recurrente dicho día mediante correo electrónico, sin que conste que la misma haya sido efectivamente notificada y sin que dicha adjudicación haya sido publicada en el perfil de contratante a fecha de la presente resolución. No obstante, aun cuando se compute desde la citada fecha de 16 de octubre de 2020 el recurso presentado el 5 de noviembre de 2020 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido.

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

El presente recurso se interpone contra la resolución de adjudicación, respecto del lote 2, solicitando a este Tribunal que, con estimación del mismo, acuerde la nulidad de la adjudicación y la exclusión de la oferta de la entidad ALBAIDA.

Funda su recurso en que la entidad ALBAIDA, cuya oferta estaba incurso inicialmente en baja anormal o desproporcionada, no ha justificado la viabilidad de la misma, por lo que ha de ser excluida de la licitación, a pesar de haber sido aceptada por el órgano de contratación,.



Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso se opone a los argumentos esgrimidos por la recurrente en los términos que se expondrán a lo largo de la presente resolución.

En este sentido, en el informe del órgano de contratación en lo que aquí concierne se reproducen dos informes, uno de la unidad de contratación en el que principalmente se hace hincapié en que la mesa de contratación además de seguir escrupulosamente el procedimiento establecido en el artículo 149 de la LCSP, se ha reunido en dos ocasiones, en la segunda de ellas antes de dictarse la resolución de adjudicación para estudiar el escrito que le presenta AVANZA el 1 de octubre de 2020 con el objeto de valorar si era ajustado a derecho el informe de viabilidad de 22 de septiembre de 2020, constatando que la documentación aportada por la entidad ALBAIDA era suficiente. El segundo informe reproducido lo realizan las mismas personas que emitieron el de viabilidad, manifestando entre otras cuestiones que *«El presente informe solamente versará respecto a los aspectos técnicos que formaron parte del informe de fecha 22/09/2020 y esencialmente en aquellos relacionados con la justificación de la empresa ALBAIDA INFRAESTRUCTURAS S.A., que es el objeto del recurso.»*.

Por último, la entidad interesada ALBAIDA se opone asimismo a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidos.

SEXTO. Visto en síntesis lo alegado por las partes procede ahora el estudio de los motivos del recurso en el que la recurrente afirma que la entidad ALBAIDA, cuya oferta estaba incursa inicialmente en baja anormal o desproporcionada, no ha justificado la viabilidad de la misma, por lo que ha de ser excluida de la licitación, a pesar de haber sido aceptada por el órgano de contratación,

Pues bien, con carácter previo al análisis del recurso, y con objeto de centrar los términos del debate, procede traer a colación, en lo que aquí interesa, el contenido de las actuaciones realizadas que culminan con la aceptación de la oferta de la entidad ALBAIDA, inicialmente incursa en valores anormales o desproporcionados.



En lo que a la resolución de la controversia concierne, el órgano de contratación formula a la entidad ALBAIDA el siguiente requerimiento: *«Entre las justificaciones que deben aportarse necesariamente deben encontrarse las estipuladas en el art 149 LCSP que en concreto son las siguientes:*

- La justificación de las condiciones de la oferta que hacen que tenga el bajo nivel de precio, desglosando y razonando detalladamente el bajo nivel de los precios ofertados.*
- El ahorro que permita el método de construcción.*
- Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponen para ejecutar las obras.*
- La innovación y originalidad de las soluciones para ejecutar la obra.*
- La justificación de que se cumplen las obligaciones laborales, especialmente el cumplimiento del convenio colectivo sectorial en los precios ofertados. Además de las obligaciones aplicables medioambientales y de subcontratación, no siendo justificables precios por debajo de mercado o que incumplan lo establecido en el art. 201 LCSP*

Significándole que:

- En ningún caso se aceptará una oferta sin la debida motivación.*
- Propondrán el rechazo al Órgano de Contratación de las ofertas justificadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde una perspectiva técnica, económica o jurídica.».*

Tras aportarse por la entidad ALBAIDA la documentación que entendía justificaba su oferta, se evacua por una comisión técnica compuesta por dos personas informe de 22 de septiembre de 2020 de viabilidad de la oferta de dicha entidad, procediendo reproducir el apartado que aquí interesa. Dice así:

«La empresa ALBAIDA INFRAESTRUCTURAS, S.A. se ratifica en su oferta, la cual se encuentra 19.303,73 € bajo el umbral de temeridad. La justificación presentada es relativamente completa, y entre los elementos en los que se sustentaría el ahorro se citan, en cuanto a ahorro en los métodos de ejecución, el acopio de material suficiente dadas las características del emplazamiento de la obra (esto afecta de igual forma a todas las empresas participantes), ahorro al contratar empleados, proveedores y subcontratistas de la provincia de Almería (como prácticamente cualquier otra empresa) y la utilización de medios de elevación auxiliares propiedad de la empresa.



Por otro lado, se cita el criterio aplicado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de que, cuanta más pequeña sea la diferencia entre el umbral de temeridad y la baja realizada por el licitador que se encuentra en presunción de temeridad, menor justificación se precisa a la hora justificarla. Y en su caso particular, los 19.303,73 €, suponen un 0,47 % del presupuesto de ejecución, por lo que el margen con respecto al umbral de la temeridad es muy pequeño.

Además de lo anterior, la empresa justifica la oferta presentada en base al ahorro de descuentos de proveedores por pronto pago, del reducido margen de beneficio industrial, de las ventajas de poseer instalaciones en la zona, de tener varias obras en ejecución en Almería y de la experiencia en obras similares. Se adjuntan también certificados de calidad de la empresa. Esta serie de aspectos deben ser tenidos en cuenta en fase de admisión a una licitación, pero en ningún caso en fase de evaluación o puntuación de una oferta como ya se ha argumentado. Además, no suponen singularidad o innovación alguna.

Se aporta también una justificación completa del ahorro en determinadas unidades de obra, teniendo en cuenta rendimientos diferentes a los previstos en proyecto en determinadas partidas. Se adjuntan asimismo cuadros justificativos de costes indirectos o gastos generales, así como compromisos por parte de las empresas que habrían de realizar suministros a la obra. Aunque la justificación presentada en este apartado es extensa, esta se limita a presentar listados de precios fijados unilateralmente por la empresa y listados de ofertas de proveedores y subcontratistas, sin que se aporte ningún argumento singularizado o excepcional de los contemplados en el Art. 149.4 de la LCSP en relación con la ejecución de esta obra en concreto.

Hasta el momento, un reducido número de aspectos pueden ser considerados para justificar la temeridad presentada por la empresa. No obstante, consta un apartado en el que se expone la innovación y originalidad de algunas soluciones adoptadas para ejecutar la obra, que además disminuyen el coste de esta. Por ejemplo, el control mediante GPS de los vehículos propios, lo que supone desplazamientos más eficientes y un ahorro en tiempo, combustible y desgaste de vehículos (costes indirectos). Además, también se señala que se contratará un consultor externo especializado en la reducción de la tasa de absentismo laboral, lo que supondrá un importante ahorro. Por tanto, estas soluciones adoptadas si merecen ser



valoradas de forma positiva, a pesar de que no se cuantifica ni el ahorro obtenido ni el coste del consultor. Así, teniendo además en cuenta la detallada justificación presentada y el escaso margen por el que se supera el umbral de temeridad, se propone a la Mesa de Contratación que se acepte la oferta económica de ALBAIDA INFRAESTRUCTURAS, S.A.».

Con carácter previo a la resolución de adjudicación que se recurre, la entidad ahora recurrente AVANZA previa vista de expediente ante el órgano de contratación presenta escrito ante dicho órgano el 1 de octubre de 2020, cuyo contenido es muy similar al de interposición del presente recurso. Dicho escrito fue analizado por la mesa de contratación en su sesión de 15 de octubre de 2020, que en lo que aquí interesa dispuso lo siguiente:

«Acto seguido, los miembros de la mesa realizan el estudio pormenorizado del escrito en lo relativo a los argumentos concretos que expone AVANZA sobre si es ajustado a derecho el informe técnico que acepta la justificación de anormalidad de la empresa ALBAIDA y, por tanto, la admisión de la viabilidad de la oferta de esta empresa.

Con relación al informe emitido por la Comisión Técnica nombrada al efecto, se constata que la justificación presentada por la empresa ALBAIDA es suficiente y, entre los elementos que sustentarían el ahorro, se citan los siguientes:

- Ahorro en métodos de ejecución: acopio de material suficiente dadas las características del emplazamiento de la obra, ahorro al contratar empleados, proveedores y subcontratistas de la provincia de Almería; también se incluye el ahorro de descuentos de proveedores por pronto pago.*
- Condiciones favorables para la ejecución de la obra: ahorro en la utilización de medios de elevación auxiliares propiedad de la empresa, reducido margen de beneficio industrial, ventajas de tener instalaciones en la zona y varias obras en ejecución en Almería.*
- Presenta igualmente certificados de calidad, aunque no supongan singularidad o innovación.*
- Aspectos de innovación y originalidad de algunas soluciones adoptadas para ejecutar la obra, que además disminuyen el coste de ésta. Como ejemplo se cita el control mediante GPS de los vehículos propios que supone desplazamientos más eficientes y ahorro en tiempo, combustible y desgaste del vehículo.*



- La contratación de un consultor externo especializado en la reducción de la tasa de absentismo laboral.

Los miembros de la mesa, teniendo en cuenta que el citado informe se pronuncia sobre los elementos decisorios que garantizarían la seriedad de la propuesta y su viabilidad económica, consideran que la motivación es suficiente y adecuada y no comparten la opinión de AVANZA sobre la necesidad de que exista una justificación de absolutamente todas las partidas de las que constan el proyecto de obras, sino solo de aquellas que se estimen oportunas y, en este caso, los técnicos que suscriben el informe consideran suficiente la justificación económica realizada por ALBAIDA de las partidas relevantes de su oferta; así, se aluden a cuestiones que afectan claramente a la ejecución del contrato, como son el contar con instalaciones en la zona donde se debe ejecutar la obra así como varias obras en activo en dicha zona. Además, se constata que sí existe una justificación de la oferta, no ya en función exclusivamente de la baja ofertada, sino de todo el precio de la oferta, como así puede verificarse en el documento de justificación presentada por ALBAIDA.

Esta mesa opina, sobre las alegaciones emitidas por la empresa AVANZA, en las que manifiesta que el informe técnico no ha sido suficientemente justificado, que esta empresa entra a valorar cuestiones que pertenecen al ámbito de la discrecionalidad técnica del órgano encargado de la valoración -en este caso, la comisión técnica nombrada al efecto-. Por otra parte, las alegaciones presentadas carecen de motivación suficiente para ser tenidas en cuenta en este sentido. La única referencia que realiza AVANZA es que no se justifica la viabilidad de la oferta y solicita que se “resuelva la no aceptación de la justificación de la oferta económica para la realización del contrato presentada por la mercantil ALBAIDA”.

En conclusión, la mesa de contratación, en la sesión celebrada el día 29 de septiembre de 2020 (Acta VII) y publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público el mismo día 29 de septiembre de 2020, asumió en su integridad el informe elaborado por la Comisión Técnica nombrada al efecto para el estudio de las ofertas incursas en presunción de anormalidad, al considerarlo motivado y ajustado a derecho, y, conforme a lo dispuesto en los párrafos anteriores, la Mesa se ratifica en sus actuaciones.

Por último, y conforme establece al artículo 149.6 de la LCSP, la Mesa aprueba por unanimidad elevar propuesta de aceptación al órgano de contratación de la oferta presentada por la empresa ALBAIDA



INFRAESTRUCTURAS SA al considerar justificada su proposición económica para ejecutar el objeto del contrato correspondiente al Lote 2.».

Posteriormente, el órgano de contratación en resolución de 16 de octubre de 2020 acepta la oferta de la entidad ALBAIDA al lote 2 considerada inicialmente en presunción de anormalidad; y acto seguido en esa misma fecha resuelve la adjudicación al citado lote 2, objeto del presente recurso.

SÉPTIMO. Como se ha expuesto, la recurrente funda su recurso en que la oferta de la entidad ALBAIDA ha de ser excluida de la licitación.

En este sentido señala que no se considera justificada por ALBAIDA la viabilidad de su oferta aun cuando el informe de 22 de septiembre de 2020 evacuado por la comisión técnica, en relación con la justificación presentada por las distintas empresas cuyas ofertas se encontraban incursas en presunción de anormalidad, concluía, a los efectos que aquí y ahora interesan, la viabilidad de la oferta presentada por ALBAIDA; y ello por cuanto dicho informe llega a una conclusión errónea, no porque se precise un profuso detalle o motivación en la justificación presentada -en la medida en que se coincide con lo señalado en el informe en el sentido de que aquel detalle y justificación han de ser tanto más elaborados y profusos cuanto mayor sea la baja en que incurra la oferta con respecto al umbral de anormalidad- sino porque ALBAIDA no aporta una justificación rigurosa y suficiente de la viabilidad de la oferta y porque en relación con el informe de la comisión técnica que admite, no obstante, la justificación así presentada parece advertirse, entre otros, tanto un error en el planteamiento de fondo del informe, como en la argumentación utilizada y aceptada para justificar la viabilidad de la oferta incursa en presunción de anormalidad.

A su juicio, la justificación deberá versar sobre los elementos que acrediten la viabilidad de las ofertas para la ejecución del contrato, tal y como señala el artículo 149 de la LCSP y así lo indicaba la propia mesa de contratación en el punto primero del Acta V, de 1 de septiembre de 2020, al acordar la concesión de plazo para la presentación de dichas justificaciones; esto es la justificación de la oferta incursa en presunción de anormalidad, lo será respecto al conjunto de la misma y su finalidad será la de acreditar la viabilidad de la misma para la correcta y adecuada ejecución del contrato, y no únicamente del importe que exceda el umbral de anormalidad. Al respecto, indica la recurrente que la admisión de la justificación presentada por



la entidad licitadora cuya oferta se encuentra incurso en presunción de anormalidad debe acordarse una vez se haya verificado que el contrato puede ejecutarse en los términos ofertados, y no atender exclusiva y esencialmente al margen que presente la oferta sobre el umbral de anormalidad calculado (por pequeño que sea el margen, el cual podrá tenerse en cuenta para requerir y exigir –en los términos arriba indicados– un mayor detalle en la justificación), pues lo que ha de acreditarse es la viabilidad de la oferta en su conjunto, no bastando con acreditar un ahorro o medidas que puedan ascender a la cantidad que presenta la oferta que excede sobre el umbral de anormalidad, como así parece desprenderse del informe técnico emitido en relación con la justificación presentada al admitir la misma.

En cuanto a lo expuesto hasta ahora, a modo de resumen señala la recurrente que la cuestión clave a examinar es si la entidad licitadora puede ejecutar el contrato en los términos ofertados y con arreglo a los pliegos que rigieron la licitación y no si se acredita un ahorro por la cuantía en que la oferta presentada excede del umbral de anormalidad, por pequeña que ésta pueda ser en relación con el presupuesto de licitación, pues como señala la Resolución 370/2017 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el término de comparación de la justificación han de ser los propios pliegos que rigen la licitación.

Entiende la recurrente que la justificación presentada por ALBAIDA no lleva a concluir si la entidad licitadora que resultó adjudicataria se encuentra en condiciones de cumplir el contrato en los términos de la proposición presentada (v.g. Resolución 931/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales), dado que no ha probado que su oferta sea viable (v.g. Resolución 62/2014 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid), sino que ha facilitado documentación que en su mayor parte, y como bien refleja el informe de viabilidad de 22 de septiembre de 2020 no supone singularidad o innovación alguna, ni aporta ningún argumento singularizado o excepcional de los contemplados en el artículo 149.4 de la LCSP en relación con la ejecución de esta obra en concreto, que por tanto puedan servir para acreditar o justificar suficientemente la viabilidad de la oferta para garantizar la correcta ejecución de la obra; no obstante lo cual, a pesar de tales consideraciones en el citado informe, así como otras más similares de las que se desprende la insuficiencia de datos aportados, finalmente el informe de 22 de septiembre de 2020 concluye todo lo contrario y se acepta la justificación presentada a la vista de dos aspectos sin cuantificar, dudosos y controvertidos, como puede observarse del tenor literal del



penúltimo párrafo de dicho informe (el control mediante GPS de los vehículos propios y la contratación de un consultor externo especializado en la reducción de la tasa de absentismo laboral).

Asimismo, indica la recurrente que no puede compartir las afirmaciones recogidas en el acta de la mesa de contratación, de 15 de octubre de 2020, en el sentido de que *“el informe (de la comisión técnica) se pronuncia sobre los elementos decisivos que garantizarían la seriedad de la propuesta y su viabilidad económica”*, por lo que los miembros de la mesa *“consideran que la motivación es suficiente y adecuada”*, pues en ningún párrafo del citado informe de 22 de septiembre de 2020 se contiene un pronunciamiento claro y expreso, en la línea exigida por las distintas resoluciones citadas en el recurso, en el sentido de que el contrato puede ejecutarse en los términos ofertados, más bien al contrario, dado que según dicho informe sólo *“un reducido número de aspectos pueden ser considerados para justificar la temeridad”*, a todas horas insuficiente a su juicio.

En este sentido, entiende la recurrente que parece existir discrepancia entre lo dispuesto por la comisión técnica y lo manifestado por la mesa en su sesión de 15 de octubre de 2020 y no puede aseverarse, como así entiende dicha mesa, que *“se constata que la justificación presentada por la empresa ALBAIDA es suficiente”*, al menos en la mayoría de los elementos manifestados en dicha acta, tales como ahorro en métodos de ejecución, condiciones favorables para la ejecución de la obra y presentación de certificados de calidad y solo existe coincidencia de criterios cuando se valoran de forma positiva las soluciones originales e innovadoras consistentes en la contratación de consultor externo especializado en la reducción de la tasa de absentismo laboral y el control de vehículos propios mediante GPS, cuestiones estas que ni cuantifican el ahorro ni el coste de las mismas.

En cuanto a la documentación aportada por la entidad ALBAIDA para la justificación de su oferta, señala la recurrente que, conforme el informe de 22 de septiembre de 2020, ninguno de los aspectos y argumentos de la justificación presentada por ALBAIDA son de entidad y calado suficiente para acreditar la viabilidad de su oferta, de tal manera que permita la misma la correcta ejecución del contrato. En este sentido, indica que el acopio de material suficiente dadas las características del emplazamiento de la obra, el ahorro al contratar a empleados, proveedores y subcontratistas de la provincia de Almería son circunstancias que no presentan rasgo diferencial alguno en relación con las ofertas presentadas por las otras licitadoras;



asimismo, el ahorro de descuentos de proveedores por pronto pago, el reducido margen del beneficio industrial, las ventajas de poseer instalaciones en la zona, de tener varias obras en ejecución en Almería y la experiencia en obras similares así como los certificados de calidad de la empresa, no suponen innovación o singularidad alguna. Por otra parte, alega que la presentación de cuadros justificativos de costes indirectos o gastos generales, así como compromisos por parte de las empresas que habrían de realizar suministros a la obra, limitándose ésta a presentar listados de precios fijados unilateralmente por la empresa y listados de ofertas de proveedores y subcontratistas, no aportando ningún argumento singularizado o excepcional de los contemplados en el artículo 149.4 de la LCSP, en relación con la ejecución de esta obra en concreto y, por consiguiente, no cabe basar en las mismas la justificación de la viabilidad de la oferta. Asimismo, en cuanto al importe de gastos generales de la empresa, esto es el 3% del precio de adjudicación, no lo comparte pues a su entender la justificación a ofrecer no estriba en señalar una determinada cifra o porcentaje de costes indirectos o gastos generales o en cuantificar la empresa la cifra a que ascenderían los mismos, sino en ofrecer una explicación y fundamento económico de cómo se llega a los citados importes.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso como hemos expuesto, entre otras cuestiones, reproduce un informe elaborado tras el recurso por los miembros de la comisión técnica que redactó el informe de 22 de septiembre de 2020. En lo que aquí interesa, dice así:

«En primer lugar, la mercantil AVANZA SOLUTIONS & PROJECTS S.L. realiza una serie de afirmaciones acerca de que el análisis de la presunción de temeridad de una oferta debe realizarse en base a la globalidad de la misma, no debiendo restringirse a la parte de la oferta que excede el umbral de temeridad. Los técnicos firmantes comparten este argumento y, de hecho, contrariamente a lo indicado en el recurso, el análisis de la justificación de las ofertas que se situaron bajo el umbral de temeridad (particularmente en el caso de la oferta de ALBAIDA INFRAESTRUCTURAS S.A.) fue global y no particularizado a una serie de partidas en concreto. Ello se demuestra de la mera lectura del informe técnico, donde se indica con total claridad que la justificación presentada por la mercantil ALBAIDA INFRAESTRUCTURAS S.A. es completa y abarca a todas las partidas de obra. A modo de ejemplo, en el informe técnico se indica de forma literal que la justificación presentada comprende “...una justificación completa del ahorro en determinadas unidades de obra...cuadros justificativos de costes directos o indirectos o gastos generales...”. Por otra



parte, como es lógico, si no se hubiese hecho un análisis de la globalidad de la oferta no se hubiesen podido identificar aquellas justificaciones que tienen cabida dentro de los supuestos del art. 149.4 de la LCSP y del propio PCAP por el que se rige el concurso. Evidentemente, es la globalidad de la oferta la que se encuentra en temeridad y no unas partidas determinadas, como se quiere hacer ver en la alegación. De hecho, se incurre en contradicción cuando la propia alegación indica que en el informe se analizan todos los aspectos de la baja, algunos de los cuales son aceptados y otros rechazados. Lógicamente, el que primero se analicen ordenadamente los elementos inadmisibles y luego los admisibles no es una especie de giro argumental como quiere hacerse ver en la alegación, sino puro orden en la exposición.

-Ahondando en lo anterior, la alegación vuelve a incurrir en un error de concepto al hacer creer que solamente se han cuantificado determinadas partidas, las que supuestamente estarían bajo el umbral de la temeridad. Esto no es cierto y no puede desprenderse de ninguna parte del informe. Lo que se hace en primer lugar, como es lógico, es determinar la cuantía en la que se incurre en baja temeraria (en este caso un 0,47%), y en segundo lugar se pasa a analizar si los ahorros por alguno de los supuestos tasados del Art. 149.4 de la LCSP son suficientes para justificar el carácter anormalmente bajo de la oferta. Si no hubiese aspectos a priori admisibles no se continuaría el análisis, ya que la justificación de la temeridad no debe basarse en una mera justificación de la baja, sino que debe argumentar si esa baja se produce por la concurrencia de una serie de supuestos tasados.

-El tercer aspecto en el que se fundamenta la alegación está relacionado con esta última cuestión: la supuesta falta de valoración económica de los aspectos admisibles como justificación de la baja. En relación con este aspecto se recuerda que el objeto del informe técnico por el que se analiza la temeridad no es el de valorar estos aspectos de forma individualizada, si es que no lo ha hecho la empresa (control GPS de los vehículos o empresa de consultoría en absentismo laboral), pero esto no implica que dichos ahorros no existan ni que su ponderación se haya basado en un mero análisis. Muy al contrario, se valoran en el contexto global de la oferta tal y como solicita precisamente el recurrente. De este modo, se rechaza de plano el argumento de una posible arbitrariedad a la hora de la valoración. Más aún, la alegación no es capaz de demostrar en ningún momento que las justificaciones aceptadas no son suficientes para justificar que la oferta se encuentre un 0,47% bajo el umbral de temeridad.



-Por todo lo expuesto, los técnicos que suscriben se ratifican en el informe efectuado y rechazan los argumentos expuestos en la alegación de AVANZA SOLUTIONS & PROJECTS S.L. ».

OCTAVO. Pues bien, en el análisis de la controversia se ha de partir de la 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., entre otras, Resolución 306/2018, de 31 de octubre y 417/2020, de 26 de noviembre, de este Tribunal y Resolución 212/2018, de 2 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

Debe también, por la incidencia que tiene en la resolución del presente recurso, hacerse mención a lo dispuesto por este Tribunal en su reciente Resolución 5/2021, de 14 de enero. En ella se establece en su fundamento séptimo en lo que aquí interesa lo siguiente:

«1. Conforme al artículo 149.4 de la LCSP, la mesa o en su defecto el órgano de contratación podrá pedir justificación a las entidades licitadoras cuya proposición esta incurso inicialmente en baja anormal sobre aquellas condiciones de la oferta que sean susceptibles de determinar el bajo nivel del precio o costes de la misma, pero de la propia oferta y no en relación al resto de propuestas, si las hubiere. En este sentido,



señala dicha norma que podrá pedir justificación, en particular, en lo que se refiere (i) al ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción de la entidad licitadora, y ello con independencia de que el resto de licitadoras pudiesen o no tener ahorros similares e incluso superiores, (ii) a las soluciones técnicas adoptadas, las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga y (iii) a la innovación y originalidad de las soluciones propuestas de la entidad cuya oferta está inicialmente incurso en baja anormal para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras, por sí misma, sin comparación con el resto de licitadoras, e (iv) incluso a la posible obtención de una ayuda de Estado, aun cuando pudiese existir alguna otra empresa que también la tuviese.

2. Entre otras muchas, en la Resolución 69/2017, de 6 de abril, de este Tribunal, alegada por la recurrente, y citada posteriormente en la 75/2017, de 21 de abril, se puso de manifiesto, aunque referida a la normativa contractual anterior pero plenamente aplicable a la actual, que la verificación de la justificación debe centrarse en la viabilidad de la oferta y en ella se deben analizar aquellas partidas determinantes de que dicha oferta pueda o no ser cumplida razonablemente por la licitadora, con independencia de que pudiese haber o no otras empresas ofertantes. Asimismo, esa verificación solo debe limitarse a la viabilidad o posibilidad de cumplimiento del contrato desde la perspectiva de la oferta de cada licitadora, no en comparación con el resto, esto es, si es viable que la licitadora ofertante, y no otras, la ejecute, de ahí que cobren especial importancia las condiciones de la propia empresa licitadora, por lo que no cabe, al menos como principio, extender ese análisis de viabilidad de la oferta a aquellas partidas de la misma que quedan al arbitrio de la empresa licitadora, como ocurre con los gastos generales o de estructura o el beneficio industrial, quien las puede incluir en el porcentaje que estime pertinente, sin que tengan necesariamente que coincidir o no con las del resto de entidades licitadoras.

3. El juicio de viabilidad ha de centrarse en analizar si, con la justificación dada por la ahora recurrente, es posible que ésta ejecute adecuadamente el objeto del contrato por el precio y las condiciones ofrecidas, sin que el hecho de que la concurrencia en otras posibles licitadoras de los elementos justificativos de la baja presentada, pueda condicionar la viabilidad de la oferta que se examina individualmente considerada y no en relación con el resto. En este sentido, la no existencia de elementos o circunstancias diferenciadoras con el resto de las entidades licitadoras, pudiese ser un indicio pero nunca una circunstancia determinante para la aceptación o rechazo de la viabilidad de una oferta inicialmente incurso en baja anormal.».



En el supuesto que se examina, han de tenerse en cuenta una serie de consideraciones. En primer lugar, que como resultado de la solicitud de asesoramiento técnico del servicio correspondiente, se emite el informe de 22 de septiembre de 2020 que entre otras cuestiones señala que la oferta de ALBAIDA indica que obtiene ahorros en los métodos de ejecución, en el acopio de material suficiente dadas las características del emplazamiento de la obra, al contratar empleados, proveedores y subcontratistas de la provincia de Almería y a la utilización de medios de elevación auxiliares propiedad de la empresa, elementos que podrían justificar la viabilidad de la citada oferta individualmente considerada y no en relación con el resto de entidades licitadoras, como señala dicho informe cuando indica que estos elementos afectan de igual forma a todas las empresas participantes o a cualquier otra empresa. Asimismo, los elementos relativos al ahorro de descuentos de proveedores por pronto pago, del reducido margen de beneficio industrial, de las ventajas de poseer instalaciones en la zona o de tener varias obras en ejecución en Almería, son características individuales de la oferta de ALBAIDA, que podrían justificar su viabilidad económica, y ello con independencia de que puedan coincidir o no con las de otras empresas participantes o no en la presente licitación.

En este sentido, la mesa de contratación como se ha expuesto en sesión celebrada el 15 de octubre de 2020 aclara que dichos elementos, además de otros puestos de manifiesto también en el informe de 22 de septiembre de 2020, como el control mediante GPS de los vehículos propios y la contratación de un consultor externo especializado en la reducción de la tasa de absentismo laboral, sí sustentarían el ahorro que garantizaría la seriedad de la propuesta y su viabilidad económica, circunstancias, todas ellas, que ha tenido en cuenta el órgano de contratación al aceptar la oferta al lote 2 de la entidad ALBAIDA en su resolución de 16 de octubre de 2020, como se ha puesto de manifiesto ut supra.

En segundo lugar, en el análisis de la documentación que ha servido de base al órgano de contratación para aceptar la viabilidad de la oferta de ALBAIDA, no es posible apreciar que no se haya tenido en cuenta la oferta global. En este sentido, en el informe de 22 de septiembre de 2020 se pone de manifiesto el escaso porcentaje (0,47%) en que difiere dicha oferta de aquellas que no están inicialmente en baja anormal, pero a los efectos de que la justificación de la viabilidad no haya de ser tan exhaustiva como



cuando la diferencia es mucho mayor. Así las cosas, no es posible dar la razón a la recurrente cuando demanda en su recurso mayor exhaustividad en la documentación aportada por ALBAIDA.

En tercer lugar, aun cuando es cierto que en la documentación aportada por la entidad ALBAIDA no se cuantifica el ahorro que supone la mayor parte de los elementos que caracterizan su oferta, el órgano de contratación ha entendido que la justificación aportada por dicha entidad es suficiente para acreditar su viabilidad, no siéndole necesario mayor grado de exhaustividad, de lo contrario pudo haberle solicitado aclaración, sin modificación de los términos de la oferta, y no lo hizo.

Y en cuarto lugar, a la vista de la documentación tenida en cuenta por el órgano de contratación en la aceptación de la viabilidad de la oferta que se examina, así como de lo alegado por las partes, las argumentaciones contenidas en el escrito de recurso, resultan un juicio técnico paralelo al efectuado por la Administración, entendiendo este Tribunal que ningún reproche admite la actuación del órgano de contratación, pues no ha quedado probado error o arbitrariedad ni falta de motivación en ella, no habiéndose superado los límites de la discrecionalidad técnica, sin que por tanto se pueda atender a lo solicitado por la recurrente.

Procede, pues, desestimar en los términos indicados el recurso interpuesto.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AVANZA SOLUTIONS & PROJECTS S.L.** contra la resolución, de 16 de octubre de 2020, por la que se adjudica el contrato denominado “Ejecución de obras de construcción del futuro edificio denominado Facultad de Ciencias Empresariales en la parcela B-5 del Modificado Plan Especial de 2.009” (Expediente 766.19), respecto del lote 2, convocado por la Universidad de Almería.



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, respecto del lote 2.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

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.

