

Recurso 229/2021

Resolución 432/2021

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

Sevilla, 5 de noviembre de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **J.U.M.** contra la resolución, de 5 de mayo de 2021, del órgano de contratación por la que se excluye su proposición del procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Servicio para la impartición de acciones formativas de formación profesional para el empleo, dirigidas a personas trabajadoras preferentemente desempleadas en los sectores agrícola e industrial, comercio y transporte, comunidad y personas y apoyo a las empresas en la provincia de Málaga en los años 2021 y 2022” (Expte. CONTR 2020 0000536908), respecto de los lotes 15 y 20, convocado por Delegación Territorial de Empleo, Formación, Trabajo Autónomo, Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades en Málaga, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 13 de noviembre de 2020, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 4.416.663,00 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Mediante resolución, de 5 de mayo de 2021, del órgano de contratación, se excluye respecto de los lotes 15 y 20, la proposición de J.U.M. (en adelante la persona recurrente).

SEGUNDO. El 21 de mayo de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la persona recurrente contra la citada resolución de 5 de mayo de 2021, respecto de los lotes 15 y 20.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano.

Por resolución de este Tribunal de 10 de junio de 2021 se adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación, respecto de los lotes 15 y 20, solicitada por la persona recurrente.

Posteriormente, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo establecido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

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

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de entidad licitadora en el procedimiento de adjudicación, respecto de los lotes 15 y 20, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la exclusión de la proposición de la entidad ahora recurrente por ser su oferta anormal o desproporcionada, respecto de los lotes 15 y 20, en un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil 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.b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, respecto a la resolución de exclusión de 5 de mayo de 2021 no consta ni su remisión ni notificación a la persona ahora recurrente. No obstante, aun computando desde la fecha de su dictado, el recurso presentado el 21 de mayo de 2021 en el registro de este Órgano, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la persona recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. Al respecto, la recurrente interpone el presente recurso contra la resolución de 5 de mayo de 2021, en la que se contiene la exclusión de su oferta, respecto de los lotes 15 y 20, solicitando a este Tribunal que, con estimación del mismo, *«anule la resolución recurrida y ordene:*

a).- Respecto al lote 15: Que el órgano de contratación admita la oferta presentada y continúe con los posteriores trámites correspondientes al procedimiento de licitación hasta su finalización, adjudicándolo a la oferta más ventajosa.

b).- En cuanto al lote 20: Que suspenda la tramitación de la licitación, anule la Resolución recurrida y ordene dictar otra en cuya parte dispositiva se contemple la causa de la exclusión; asimismo que anule el PCAP en lo relativo a la agrupación de acciones que no corresponden a la misma especialidad y ordene el inicio de un nuevo expediente de licitación cuyo objeto sean las acciones del lote 20, bien individualmente, bien agrupadas con otras afines.».

En síntesis, respecto del lote 15, la persona recurrente denuncia, por un lado, la falta de motivación de la exclusión de su oferta, por otro lado, la necesidad de acreditar las partidas incluidas en el autobaremo en la fase de viabilidad de una oferta incurso en presunción de anormalidad, y por último, que las tres partidas incluidas en el autobaremo cuestionadas en el informe técnico de viabilidad de su oferta son a coste cero. Asimismo, respecto del lote 20, alega error en la parte dispositiva del acto de exclusión y cuestiona su configuración al agrupar acciones formativas de especialidades diferentes en un mismo lote.

a) Respecto de la falta de motivación de la exclusión de su oferta al lote 15, centra su alegato en el informe técnico de viabilidad de su oferta (informe de viabilidad), dado que según manifiesta la mesa primero y el órgano



de contratación después lo asumen para justificar la inviabilidad de su proposición. En este sentido, indica que la causa de la exclusión es que su oferta adolece de partidas presupuestarias incluidas en su autobaremo lo cual, según criterio de los redactores del informe de viabilidad supone una evidente anomalía por la reducción de las previsiones baremadas. En este sentido, señala la persona recurrente que *«Evidentemente estamos ante una indefensión clamorosa, pues desconociendo la motivación es imposible refutarla. Más irracional resulta aún si tenemos en cuenta que se han dado por suficientemente acreditados todos los elementos sustantivos que forman parte de la oferta económica, por lo tanto, se cumple el Criterio de Precio; y es sobre el Criterio de Valor Añadido (partidas autobaremales) sobre la que se expresa la exclusión.»*.

En definitiva, la recurrente denuncia falta de motivación del informe de viabilidad.

b) En cuanto al segundo motivo del recurso respecto al lote 15, en el que la recurrente denuncia el que sea necesario acreditar según el informe de viabilidad las partidas incluidas en el autobaremo en la fase de viabilidad de la oferta incurso en presunción de anomalía. Al respecto, indica que:

«Conforme dispone el PCAP, en su apartado 2. “Documentación a presentar, apartado m. Memoria Técnica”, es la persona licitadora considerada con mejor oferta la que debe presentar una Memoria Técnica de Ejecución. Asimismo, el PCAP contempla respecto al Criterio de Valor Añadido de la oferta que éste “deberá concretarse, al momento de la adjudicación, con la presentación de una Memoria Técnica de Ejecución del Contrato en la que consten definidas todas y cada una de las propuestas de valor incorporadas por la persona licitadora en su autobaremo. El modelo y definición del contenido de la Memoria Técnica de Ejecución del Contrato constan en el Pliego de Prescripciones Técnicas de la presente licitación. (PCAP Anexo XI “Criterios de adjudicación de valor añadido en la ejecución del contrato”). Se trata de propuestas de valor, no de elementos cuya apreciación pueda dar como resultado la calificación de desproporcionada de la oferta.

Según lo dispuesto por el PCAP no corresponde en esta fase del procedimiento de licitación la definición de los elementos del autobaremo, razón por la que la Mesa de Contratación pidió en su primer requerimiento la aclaración sobre los costes desglosados para justificar la oferta económica considerada anormalmente baja conforme al Criterio de Precio. Consecuentemente, la petición hecha en el segundo requerimiento, relativa a “partidas incluidas en el autobaremo” no es factible de justificación alguna (se trata de autobaremar propuestas de valor añadido), no obstante lo cual han sido igualmente respondido justificando su coste, sin que, por el contrario, el informe técnico los haya refutado razonando de forma alguna y aún menos con criterios técnico, ni referencia a coste de mercado.».



c) En el tercer motivo del recurso respecto al lote 15, la recurrente indica que como ya afirmó en la documentación justificativa de su oferta, las tres partidas incluidas en el autobaremo cuestionadas en el informe viabilidad de su oferta se refieren a elementos con los que la empresa cuenta en propiedad y amortizados, por lo que no procede hacer estimación de coste alguno, *«Al tener en propiedad tanto la sala de estudio con acceso TIC, zona de descanso con wifi y dispensador de bebidas y comidas, equipamiento informático, pizarra digital, plataforma de formación online de apoyo didáctico los costes son 0€».*

d) En cuanto al cuarto motivo del recurso, este respecto al lote 20, la recurrente denuncia que ha habido error en la parte dispositiva de la resolución de exclusión de su oferta, al haber confundido las circunstancias que concurren en cada uno de los lotes (15 y 20) y ha dado un único tratamiento a ambos, pese a que en ninguna fase de la licitación se ha producido respecto a la oferta presentada al lote 20 la audiencia para justificar la baja desproporcionada ni se ha emitido informe al respecto, sino que se ha motivado en que no se ha ofertado al lote completo. En consecuencia, procede anular la resolución impugnada y dictar otra cuya parte dispositiva se ajuste a la causa específica de exclusión.

e) En el quinto y último de los motivos del recurso, este respecto al lote 20, la recurrente cuestiona su configuración al agrupar acciones formativas de especialidades diferentes en un mismo lote. Al respecto indica que procede hacer algunas alegaciones sobre el PCAP y su particular forma de agrupar en lotes acciones que incumplen el principio de especialidad de las acciones formativas (34 especialidades) y sitúan en el mismo lote acciones incompatibles, por ser de contenidos muy dispares entre sí y, por tanto, no factibles de recibir ofertas por un mismo empresario.

Acto seguido, tras analizar en ese sentido los lotes 9, 12, 20, 21, 1 y 3, afirma que impugna el pliego en cuanto a la configuración de los lotes y las disposiciones que obligan a acudir al lote completo, pues aun cuando la regla general de impugnación de los pliegos es que sólo son susceptibles de una impugnación autónoma en plazo (generalmente 15 días hábiles desde su publicación, en el caso de que sean susceptibles de recurso especial), es también un criterio muy arraigado por la jurisprudencia que es factible el denominado recurso indirecto, a partir de la Sentencia del caso Evigilo C-538/13 de 12 de marzo de 2015, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que matiza que se debe respetar siempre el principio de que los plazos de los recursos para ser eficaces se inician desde la fecha en que el posible recurrente tuvo o debió tener conocimiento de dicha infracción, produciéndose de manera excepcional, lo que se denomina recurso indirecto, en el supuesto de que la irregularidad en las bases de la licitación se manifieste con posterioridad a presentar ofertas; es decir, o bien cuando dicho órgano explica los motivos de exclusión o los de adjudicación.

Para reforzar su alegato trae a colación la Resolución 154/2016 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, en la que según indica, se hace alusión al tema de las



mejoras cuando éstas son autorizadas y valoradas como criterio por el órgano adjudicador pero no se concreta ni sobre qué elementos deben de versar ni en qué condiciones pueden ofertarse. Es decir, la descripción del criterio es vaga y/o genérica, de tal forma que la equívoca redacción del criterio ha impedido que la recurrente conociera su alcance perjudicial para sus intereses en el plazo previsto para impugnar los pliegos, siendo de aplicación la doctrina expuesta del “recurso indirecto”, pues solo a propósito de la adjudicación ha podido determinarse dicho alcance, decidiendo la resolución anular la licitación para que, en su caso, se ponga en marcha un nuevo procedimiento de adjudicación y no retrotraer el procedimiento al momento de valoración de las mejoras.

2. Argumentos de oposición del órgano de contratación contenidas en el informe al recurso.

El órgano de contratación tras reproducir los informes de viabilidad emitidos por los técnicos y presentados a la mesa de contratación, señala respecto al lote 15 que la oferta presentada por la persona ahora recurrente es excluida, al no haber quedado suficientemente justificado el cumplimiento de los requisitos recogidos en el anexo XI del PCAP y en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.4 de la LCSP. En este caso la justificación presentada no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por la persona licitadora y/o se fundamenta en hipótesis o prácticas no adecuadas, reproduciendo de nuevo el informe de viabilidad en cuanto a los costes de publicidad y a otras partidas indicadas en el autobaremo. Asimismo, respecto al lote 20 indica que la oferta presentada por la persona ahora recurrente es excluida por variar su oferta no ajustándose a los pliegos, al manifestar en su escrito de justificación de su oferta que aspira a dividir el lote y participar sólo en la primera acción formativa (SANT0208 Transporte Sanitario).

SEXTO. Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal.

1. Sobre la denuncia de falta de motivación de la exclusión de la oferta de la persona recurrente al lote 15.

Prima facie, ha de reproducirse en lo que aquí interesa aquellas partes del informe de viabilidad, objeto de denuncia de falta de motivación. Dicho informe se estructura en un parte general compuesta a su vez por unos antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, y un anexo en donde se analiza la viabilidad de la oferta realizada al lote 15 por la persona ahora recurrente. Dicho anexo consta de nueve apartados en los que se analiza respectivamente lo siguiente: 1) costes salariales de los formadores; 2) coste de amortización de instalaciones, equipos, aulas, talleres y demás superficie; 3) costes de medios y materiales didácticos y bienes consumibles; 4) costes de alquiler y de arrendamiento financiero; 5) costes de seguros de accidentes; 6) costes en publicidad; 7) costes de luz, agua, calefacción, mensajería, correo, limpieza, vigilancia, etc.; 8) beneficio industrial y otros gastos; y 9) otras partidas indicadas en el autobaremo. De los nueve apartados, el informe de viabilidad indica que en siete de ellos los costes se consideran acreditados, en el apartado sexto de costes de publicidad aun cuando nada se dice sobre si se considera o no acreditado, se señala que se considera reducido. Asimismo, en el



apartado noveno es donde el informe de viabilidad entiende que la oferta de la persona ahora recurrente no se ha justificado satisfactoriamente. Dice así dicho apartado noveno:

«NOVENO.- Otras partidas indicadas en el Autobaremo. Existen determinadas partidas que se han fijado en el Autobaremo como valor añadido de la empresa, y que no se muestran claramente los costes asociados. Entre ellas se puede citar:

Punto 2.1. Instalaciones adicionales en el centro de formación.

Punto 2.2. Equipamiento adicional en el aula de gestión o aula polivalente.

Punto 3.2 Plataforma de formación online.

De conformidad con el artículo 149 de la LCSP “(...) se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador cuando esta sea incompleta o se fundamente en hipótesis, afirmaciones generalistas o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico.”, y en vista de los argumentos expuestos, una vez revisada la documentación presentada por la entidad para justificar el precio de su oferta anormalmente baja, se entiende que la oferta no queda suficientemente acreditada con dicha documentación en base a los criterios de adjudicación y baremos establecidos en el anexo XI del Pliego de Cláusulas Administrativas.

En conclusión, y salvo mejor criterio técnico, la oferta presentada por (...) [la persona recurrente] no habría de ser incluida al no haber quedado suficientemente justificado el cumplimiento de los requisitos recogidos en el Anexo XI del PCAP y en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.4 de la LCSP.».

De lo expuesto se infiere que la oferta de la persona ahora recurrente es anormal o desproporcionada al no haber justificado, a juicio del informe de viabilidad, los gastos de publicidad y determinadas partidas que la persona licitadora se autobaremo, las cuales, estas últimas, gozan del carácter de condición especial de ejecución y por tanto de ejecución obligatoria.

Pues bien, como se ha recogido anteriormente, la recurrente denuncia falta de motivación al considerar que el informe de viabilidad expresa el rechazo de su oferta sin motivación que la fundamente, lo que le ocasiona una indefensión clamorosa, pues desconociendo la motivación es imposible refutarla. En este sentido, este Tribunal considera que la causa de rechazo es sucinta pero no adolece de falta de motivación, pues la misma queda meridianamente clara al considerar el informe de viabilidad que la oferta no queda justificada al no presupuestar determinadas partidas que la persona licitadora se autobaremo, las cuales gozan del carácter de condición especial de ejecución y por tanto de ejecución obligatoria, más duda presenta como ha expuesto la partida de costes de publicidad pues en la misma solo se dice que es reducida.



En efecto, este Tribunal considera que la exclusión recurrida sí cuenta con motivación suficiente pues indica, aunque sea sucintamente, la razón que sustenta a juicio del órgano de contratación la falta de viabilidad de la oferta. Al respecto, es doctrina reiterada de este Tribunal que la motivación no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente, como ha tenido ocasión de manifestar este Tribunal, entre otras, en su Resolución 65/2019, de 14 de marzo. En el sentido expuesto, el Tribunal Constitucional mantiene (Sentencia 210/1999, de 29 de noviembre en el Recurso de amparo 3646/1995) que la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, tras la infracción de una norma procesal, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa y que dicha indefensión ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción procesal, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa.

En el presente supuesto no cabe duda, que la persona recurrente ha formulado su recurso y ha centrado su análisis en la cuestión que fundamenta la inviabilidad y posterior exclusión de su oferta, y que combate con diferentes argumentos que se expondrán seguidamente. Por lo tanto, del contenido de su escrito de recurso se demuestra que es plenamente conocedora de los motivos que ocasionaron su exclusión, por lo que no se le ha producido indefensión alguna, ni se ha visto mermado su derecho material de defensa.

Procede, pues, desestimar en los términos expuestos el primer motivo del recurso.

2. Sobre la denuncia de la necesidad de acreditar según el informe de viabilidad las partidas incluidas en el autobaremo en la fase de viabilidad de la oferta incurso en presunción de anormalidad, respecto del lote 15.

Al respecto, afirma en resumen la persona recurrente que *«Según lo dispuesto por el PCAP [cláusula 10.7.2.m] no corresponde en esta fase del procedimiento de licitación la definición de los elementos del autobaremo»*, y que los mismos deberán *«concretarse, al momento de la adjudicación, con la presentación de una Memoria Técnica de Ejecución del Contrato en la que consten definidas todas y cada una de las propuestas de valor incorporadas por la persona licitadora en su auto baremo»*.

En lo que aquí interesa en el PCAP se hace referencia a la memoria técnica de ejecución del contrato (en adelante memoria de ejecución) en las siguientes cláusulas y anexos. Así en la cláusula 10.7 del citado pliego, denominada documentación previa a la adjudicación, en el apartado 2, de documentación a presentar, en su letra “m” se dispone lo siguiente:

«m. Memoria Técnica de Ejecución del Contrato. -

La persona licitadora considerada con mejor oferta presentara una Memoria Técnica de Ejecución del Contrato que reunirá el contenido y las características especificadas en el Anexo I y en el Pliego de Prescripciones Técnicas. Esta



memoria será validada, previo informe favorable del órgano proponente del contrato, por la mesa de contratación con carácter previo a la adjudicación. La emisión de informe desfavorable de la citada Memoria Técnica de Ejecución del Contrato, por causas imputables a la persona licitadora, impedirá la contratación, procediéndose a solicitar la misma documentación a la licitadora siguiente por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas, y así se procederá sucesivamente hasta que se presente correctamente la documentación exigida».

Por su parte, el contenido y las características de la memoria de ejecución especificadas en el anexo I -ha de entenderse del PCAP- son las siguientes conforme constan en el mismo. Así en el anexo I.1, apartado “Documentos contractuales” se indica que «(...). Del mismo modo tendrá carácter contractual la Memoria Técnica de Ejecución del Contrato presentada por la entidad adjudicataria definida en el Pliego de Prescripciones Técnicas en lo referente a las condiciones ofertadas por esta que tengan incidencia en la ejecución del servicio de formación contratado, así como todas las aportaciones ofrecidas por la persona licitadora que impliquen la puesta a disposición de los participantes en la formación de medios técnicos y/o materiales que hayan sido tenidos en cuenta para valorar la oferta presentada.». Asimismo, en el anexo I.12, en el apartado, causas de resolución del contrato, se señala que «2. A los efectos de lo establecido en el artículo 211.1 letra f) de la LCSP, tal y como se recoge en el Pliego de Prescripciones Técnicas, se entenderán como obligaciones esenciales del contrato, y darán lugar a resolución por su incumplimiento: (...) c) Mantener todas las condiciones técnicas, equipamiento y medios humanos que sirvieron de base para la valoración de la oferta presentada por la persona adjudicataria en su autobaremo y memoria técnica de ejecución del contrato».

También, en el anexo XI.2 del PCAP “Criterios de adjudicación de valor añadido en la ejecución del contrato, ponderables de forma automática mediante propuesta de auto baremo. Puntuación Máxima 60 puntos (sobre electrónico núm. 3)”, se afirma que:

«La persona licitadora realizara su propuesta de valor añadido en la ejecución del contrato a través de la presentación del autobaremo que consta en el anexo XI-A del presente PCAP. En dicho auto baremo se relacionan las propuestas de valor planteadas por el órgano de contratación y que se creen necesarias cubrir, en la presente licitación, para garantizar una mejora en la calidad de la impartición de las especialidades formativas objeto de contrato por encima del nivel de exigencia que plantea la normativa que regula las diferentes especialidades formativas conducentes a la obtención de Certificados de Profesionalidad y los programas formativos no conducentes.

El nivel de cobertura de esas necesidades será valorable por el propio licitador al aplicar la puntuación que su propuesta supone en el autobaremo que debe incorporarse en el Sobre electrónico nº 3 de su oferta. El valor añadido de la propuesta deberá concretarse, al momento de la adjudicación, con la presentación de una Memoria Técnica de Ejecución del Contrato en la que consten definidas todas y cada una de las propuestas de valor



incorporadas por la persona licitadora en su auto baremo. El modelo y definición del contenido de la Memoria Técnica de Ejecución del Contrato constan en el Pliego de Prescripciones Técnicas de la presente licitación.

La definición de la propuesta en la Memoria Técnica de Ejecución del Contrato deberá incluir, en todo caso, la acreditación de la disponibilidad, al momento de la adjudicación, de los medios técnicos, materiales y humanos ofrecidos por la persona licitadora.

La Memoria Técnica de Ejecución de contrato formara parte indiferenciada del contrato. La no inclusión, en la propuesta de Memoria Técnica de Ejecución del Contrato, de alguna o algunas de las propuestas de valor que fueron tenidas en cuenta para la adjudicación este, será causa suficiente para inadmisión de la citada memoria por el órgano proponente y por tanto causa de no adjudicación del contrato a la persona licitadora.

Las propuestas de valor añadido que se propongan por la persona licitadora alcanzaran a todas las especialidades formativas que componen cada uno de los lotes a los que ésta presente oferta.

Los elementos de valor añadido en la ejecución del contrato que se proponen por el órgano de contratación y que son objeto de auto baremo son los siguientes (...).».

Por último, en el anexo II del PPT “Memoria técnica de ejecución del contrato. Propuestas de valor añadido.”, se indica que:

*«*La Memoria Técnica de Ejecución del contrato únicamente será entregada por la entidad licitadora cuya oferta haya sido considerada la mejor oferta por la mesa de contratación en las condiciones y plazo establecidos en el apartado 10.7.2.m) del PCAP.*

** En la columna de la derecha se marcará la adhesión a todas las propuestas de valor añadido contenidas en el autobaremo que fueron ofertadas por la persona licitadora. Los cuadros se cumplimentarán según las indicaciones que figuran en la propia memoria.*

** La no inclusión en esta Memoria técnica de ejecución del contrato de alguna o algunas de las propuestas de valor que fueron tenidas en cuenta para la proposición de adjudicación, y que fueron incorporadas en el autobaremo, será causa suficiente para su inadmisión por el órgano proponente del contrato y, por tanto, causa de no adjudicación del contrato a la persona licitadora.*

** La presente Memoria Técnica de ejecución del Contrato deberá ser fechada y firmada en todas sus páginas.».*

Pues bien, de lo expuesto en el PCAP hasta ahora se infiere en lo que aquí concierne las siguientes conclusiones:



- Para la valoración de los criterios de adjudicación de valor añadido en la ejecución del contrato, ponderables de forma automática mediante propuesta de autobaremo (apartado 2 del anexo XI del PCAP), las distintas entidades licitadoras tienen que cumplimentar un autobaremo, en el que se relacionan las propuestas de valor planteadas por el órgano de contratación y que éste cree necesarias cubrir.

- Las entidades licitadoras deberán incorporar en el sobre 3 de su proposición el autobaremo, en el que habrán de valorar su oferta en función del nivel de cobertura de las necesidades planteadas por el órgano de contratación.

- La precisión y concreción de todas y cada una de las propuestas de valor incorporadas por la persona licitadora en su autobaremo deberá realizarse con carácter previo a la adjudicación a través de la formalización y presentación de una “Memoria Técnica de Ejecución del Contrato”, del tal suerte que la no inclusión en la misma de alguna o algunas de las propuestas de valor que fueron tenidas en cuenta para la propuesta adjudicación será causa suficiente de no adjudicación del contrato a la persona licitadora.

En definitiva, la memoria de ejecución se configura como un documento que acredita en los términos definidos en el anexo II del PPT, entre otros extremos, todas las propuestas de valor añadido contenidas en el autobaremo que fueron ofertadas por la persona licitadora. En este sentido, el autobaremo forma parte ineludible de la oferta de la entidad licitadora, que necesariamente habrá de acreditar cuando resulte propuesta para la adjudicación, so pena de que sea rechazada su proposición.

Así las cosas, aun cuando la memoria de ejecución haya de formularse y presentarse en un momento posterior a la fase de valoración de las ofertas, y por tanto, de aceptación o rechazo de una proposición presuntamente anormal, dicha oferta es única y firme, de tal forma que los valores añadidos autobaremos forman parte de ella, por lo que en los supuestos de anormalidad o desproporción ha de justificarse su coste.

Por tanto, aunque es cierto como afirma la persona recurrente que las partidas incluidas en el autobaremo han de acreditarse en la fase de propuesta de adjudicación, no es menos cierto que el coste de dichas partidas, y por tanto su viabilidad, deben de justificarse en los supuestos de ofertas anormales, como ocurre en el supuesto que se examina.

Procede, pues, desestimar en los términos expuestos el segundo motivo del recurso, en el que la persona recurrente denuncia el que sea necesario acreditar las partidas incluidas en el autobaremo en la fase de viabilidad de la oferta incurso en presunción de anormalidad, respecto del lote 15.



3. Sobre la afirmación de la recurrente de que las tres partidas incluidas en el autobaremo cuestionadas en el informe técnico de viabilidad de su oferta (en adelante informe de viabilidad) son a coste cero.

En este sentido, la recurrente indica como ya señaló en la documentación justificativa de su oferta, que las tres partidas incluidas en el autobaremo cuestionadas en el informe de viabilidad de su oferta *«se refieren a elementos con los que la empresa cuenta en propiedad y amortizados, por lo que no procede hacer estimación de coste alguno»*.

Pues bien, dicho alegato no puede tampoco prosperar. En efecto, el hecho de que la persona recurrente disponga de determinados bienes en propiedad amortizados que reúnen los requisitos exigidos (*«sala de estudio con acceso TIC, zona de descanso con wifi y dispensador de bebidas y comidas, equipamiento informático, pizarra digital, plataforma de formación online de apoyo didáctico»*), no significa que los mismos no tuvieran un coste para la ejecución del servicio, y por supuesto para dicha persona recurrente, siendo un gasto que ha de soportar la oferta al estar el ofrecimiento dentro de la proposición. En este sentido, no es posible considerar a coste cero o sin coste la aportación de dichos bienes en propiedad amortizados, pues los mismos suponen en todo caso un coste para la contratista que tiene en todo caso que mantenerlos (mantenimiento preventivo, correctivo, adaptativo y evolutivo, en su caso), por lo que para éste coste tiene que dedicar personal propio de un servicio para adscribirlo total o parcialmente a otro diferente, o contratar personal ex profeso para ello, o desembolsar determinada cantidad originada a través de una relación mercantil, por lo que deben preverse o estimarse unos costes que han de imputarse al contrato, circunstancia que no concurre en la justificación de la oferta de la persona ahora recurrente en los términos expuestos, como ella misma reconoce, al señalar tanto en la documentación justificativa de su oferta como en el recurso que los citados bienes no suponen coste alguno dentro de la ejecución del contrato.

En definitiva, no es posible admitir el argumento de que la aportación de esos bienes aun cuando sea en propiedad y amortizados, es a coste cero o sin coste, como si dicha aportación estuviera carente de costes de mantenimiento, entre otros, de tal suerte que dicha actividad bien se realice con personal de plantilla o de nueva incorporación, ya sea de forma parcial o en exclusividad, toda actuación a realizar en la ejecución de un contrato tiene un coste, bien directo por la dedicación a esta actividad de determinado personal, bien indirecto por pérdida de oportunidad al dedicarse dicho personal a esta actividad en lugar de a otra. De igual forma, de realizarse dicha actuación a través de una relación mercantil, la misma necesariamente supone un coste que es preciso prever o estimar.

En este mismo sentido se han manifestado, este Tribunal, entre otras, en sus Resoluciones 159/2020, 160/2020, 161/2020, de 1 de junio y 320/2021, de 10 de septiembre, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, entre otras, en sus Resoluciones 25/2018, de 17 de enero y 403/2018, 19 de diciembre, así



como el Tribunal Administrativo del Cabildo de Gran Canaria sobre Contratos Públicos en su Acuerdo 8/2018, de 15 de mayo.

Asimismo, en sentido similar, se pronuncia la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su Sentencia 101/2017, de 8 de marzo de 2017, recurso 87/2016, interpuesto contra la Resolución 220/2015, de 23 de diciembre, del citado Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid. En este sentido, dispone la sentencia en el párrafo segundo de su fundamento cuarto, lo siguiente: *«Pues bien, es lo cierto que aunque se aceptara que la razón de no incluir las actuaciones complementarias en el Estudio Económico fuera que eran ofertadas de forma gratuita, sin coste para la Administración, ello no significa que no tuvieran un coste para la recurrente y para el servicio, siendo un coste que ha de soportar la oferta al implicar mayores prestaciones de las definidas en el objeto del contrato.»*.

Por último, es preciso indicar que este Tribunal, así como el resto de los órganos administrativos de revisión de decisiones en materia contractual, vienen aceptando que determinadas actuaciones a realizar en la ejecución del contrato pueden ser ofertadas a coste cero, sin gasto para la Administración, entre otras, aquellas que puedan implicar mayores prestaciones de las definidas en el objeto del contrato, las más accesorias dentro de las prestaciones exigidas, determinados costes y algún precio unitario, siempre y cuando su coste se contenga subsumido dentro de la oferta global o de los gastos generales o del beneficio industrial, circunstancias que no concurren en el supuesto examinado (v.g. Resoluciones, entre otras, 131/2017, de 27 de junio, de este Tribunal, 1187/2018, de 28 de diciembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, 349/2018, de 8 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y 98/2015, de 15 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León).

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas, no siendo alguno de los supuestos de las resoluciones analizadas en el párrafo anterior el que concurre en el caso examinado en la presente resolución, procede desestimar en los términos expuestos el tercero de los motivos del recurso interpuesto.

4. Sobre la denuncia de la recurrente de que ha habido error en la parte dispositiva de la resolución de exclusión de su oferta al lote 20.

Pues bien, aun cuando se admitiese el alegato de la recurrente de que efectivamente se ha producido un error en la parte dispositiva de la resolución de exclusión de su oferta al lote 20, lo cierto es que ello en nada invalida dicho acto que en todo caso podría considerarse como una irregularidad no invalidante, sin que ello le haya impedido a la persona ahora recurrente conocer perfectamente los motivos de su exclusión al lote 20, como pone de manifiesto en el siguiente alegato. Es más, el propio recurso lo que solicita es una corrección al señalar que procede anular la resolución impugnada y dictar otra cuya parte dispositiva se ajuste a la causa específica de



exclusión, sin que dicha resolución una vez corregida modifique en algo la situación de exclusión de su oferta al lote 20.

Procede, pues, desestimar en los términos expuestos el cuarto motivo del recurso, relativo al lote 20.

5. Sobre el cuestionamiento de la recurrente de la configuración del lote 20 al agrupar acciones formativas de especialidades diferentes en un mismo lote.

Al respecto indica que procede hacer algunas alegaciones sobre el PCAP y su particular forma de agrupar en lotes acciones que incumplen el principio de especialidad de las acciones formativas (34 especialidades) y sitúan en el mismo lote acciones incompatibles, por ser de contenidos muy dispares entre sí y, por tanto, no factibles de recibir ofertas por un mismo empresario, indicando que en el presente caso es posible interponer un recurso indirecto contra los pliegos, basándose para ello en la Sentencia 12 de marzo de 2015 del TJUE, Evigilo.

Pues bien, las apreciaciones que ahora realiza la recurrente acerca de la configuración del lote 20, sin que este Tribunal prejuzgue la legalidad de dicha configuración, es toda ella una apreciación que pudo y debió alegarla en el plazo legalmente establecido para la impugnación de los pliegos, tras el examen de los mismos para la elaboración y presentación de su proposición, en lugar de esperar a haber sido excluida de la licitación, esgrimiendo que los citados pliegos que consintió y aceptó no son conformes a derecho.

En este sentido, este Tribunal, en numerosas ocasiones (v.g. Resolución 330/2020, de 8 de octubre, 372/2020, de 6 de noviembre y 246/2021, de 17 de junio, entre otras muchas) ha declarado que la doctrina sobre la inatacabilidad de los pliegos es, en principio aplicable, con independencia del vicio en que hayan podido incurrir los mismos, pues, en caso contrario, se estaría dejando al albur de las entidades licitadoras la elección del momento procedimental en que resultaría posible denunciar los vicios de los pliegos, pudiéndose dar la circunstancia de que una licitadora impugne los mismos, una vez concluida la licitación, por la única razón de haber sido excluida o no resultar adjudicataria.

Por lo demás, este es el criterio que, a *sensu contrario*, mantiene la Sentencia del TJUE, de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13 Evigilo, apartados 52 a 58, al declarar que la efectiva aplicación de las Directivas de contratos y de recursos exige que una entidad licitadora, razonablemente informada y normalmente diligente, que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, le informó de los motivos de su decisión, pueda interponer un recurso sobre la legalidad de la licitación hasta que finalice el plazo del recurso contra el acto de adjudicación.



Así pues, debe concluirse que si una licitadora razonablemente informada y con normal diligencia puede entender las condiciones de la licitación en el momento en que se anuncia la misma y tiene o pudo tener conocimiento del contenido de los pliegos, debe impugnar dichas condiciones, si las considera ilegales, en el plazo legalmente establecido para recurrirlos, transcurrido el cual estos devienen inatacables.

En el supuesto examinado, el supuesto vicio de legalidad de la configuración del lote 20 se desprendía claramente de la simple lectura del mismo, pues la exigencia de que dicho lote contenía “Transporte Sanitario código SANT0208” y “Formación preparatoria obtención C+CAP código TMVI05EXP” es de una claridad meridiana, por lo que una entidad licitadora normalmente diligente y razonablemente informada debió impugnar dicha configuración del lote 20 en el plazo de interposición del recurso contra los pliegos, si consideraba que su contenido no era ajustado a derecho.

Lo hasta ahora expuesto lleva a concluir que el contenido del lote 20 quedó firme, sin que pueda acordarse ahora su anulación con motivo del recurso interpuesto por la persona ahora recurrente contra la exclusión de su oferta.

Tal conclusión se hace aún más patente en el supuesto examinado donde se da la circunstancia de que la recurrente no combate sustantivamente en ningún momento la exclusión de su oferta al lote 20 por esos motivos, pues en su escrito de recurso no se atisba alegato alguno a favor de que su oferta cumpla dichas exigencias contenidas en la configuración del citado lote. En tales circunstancias, una eventual estimación del recurso supondría dejar al albur de las entidades licitadoras el momento en que resultaría posible impugnar los vicios de los pliegos, pudiendo darse el caso de que una licitadora impugnase un pliego, una vez concluida la licitación, por la única y caprichosa razón de haber sido excluida o no resultar adjudicataria.

Es más, este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse en supuestos similares al ahora examinado, donde la entonces recurrente atacaba los pliegos de una licitación en el momento de la adjudicación del contrato por el mero hecho de no haber resultado seleccionada su oferta, pero sin combatir sustantivamente la adjudicación a favor de otra entidad licitadora. Por todas, ha de referirse la Resolución 163/2015, de 5 de mayo, donde se sostenía lo siguiente: *«(...) el vicio de nulidad imputado al criterio relativo a las bonificaciones era claramente apreciable en el PCAP desde que éste se publicó, por lo que el recurrente pudo haber interpuesto un recurso contra el mismo alegando aquel vicio de invalidez, en lugar de presentar su oferta y aceptar íntegramente el PCAP (artículo 145.1 del TRLCSP).*

Y es que, en definitiva, no es lo mismo un vicio de nulidad cuya apreciación pueda resultar directamente de la redacción del criterio en el PCAP -que es lo que acontece en el caso aquí examinado-, que aquel vicio de nulidad que se detecta tras la valoración de las ofertas con arreglo al criterio en cuestión (...).



(...) si se estimara el recurso y se anulara la adjudicación junto a todo el proceso de licitación, se estaría dejando al albur de los licitadores tanto la elección del momento en que resultaría posible impugnar los vicios de nulidad de los pliegos, como el propio curso del procedimiento licitatorio, pudiendo darse la circunstancia de que un licitador impugne un pliego, una vez concluida la licitación, por la única y caprichosa razón de no haber resultado adjudicatario. Así, en el supuesto examinado se da la circunstancia de que la recurrente no combate sustantivamente en ningún momento el acto de adjudicación, pues en su escrito de recurso no se atisba alegato alguno en detrimento de las ofertas adjudicatarias de aquellos lotes que no le han sido adjudicados.

No en balde, el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, refiriéndose a la revisión de oficio de actos nulos y anulables, dispone que “Las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”.

Ello quiere decir que la Administración puede no ejercer sus facultades de revisión respecto a un acto nulo cuando concurra alguna de las circunstancias expresadas en el precepto. Por tanto, este Tribunal con apoyo en el precepto legal citado entiende que, en el supuesto examinado, no procede apreciar la nulidad invocada por razones de seguridad jurídica, de buena fe de aquellos licitadores que realizaron sus ofertas ateniéndose a los pliegos y de interés público, dado el tiempo transcurrido desde que el criterio debió impugnarse y no se hizo, lo que ha permitido la culminación del proceso licitatorio.».

En este sentido, señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2004 (RJ 2004, 5448), que puede resultar contrario a la buena fe que debe presidir la vida del contrato el que se consienta una o varias cláusulas o prescripciones técnicas y luego, al no resultar adjudicataria, se impugne la adjudicación argumentando que los pliegos consentidos son contrarios al ordenamiento jurídico, concluyendo el Alto Tribunal que toda acción de nulidad contra los pliegos debe dejar a salvo los principios de buena fe y de seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los hayan consentido.

En definitiva, respecto a los motivos que se analizan en el presente alegato, la oferta de la persona ahora recurrente no ha cumplido las exigencias previstas en la configuración del lote 20, incumplimiento que no combate ni discute la recurrente en su escrito de recurso en el que no defiende que su oferta se ajuste a los pliegos en estos concretos aspectos, sino que solo denuncia la configuración del citado lote 20, como se ha puesto de manifiesto en el presente fundamento.

Procede, pues, desestimar en los términos expuesto el quinto y último de los motivos alegados y con él 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 **J.U.M.** contra la resolución, de 5 de mayo de 2021, del órgano de contratación por la que se excluye su proposición del procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Servicio para la impartición de acciones formativas de formación profesional para el empleo, dirigidas a personas trabajadoras preferentemente desempleadas en los sectores agrícola e industrial, comercio y transporte, comunidad y personas y apoyo a las empresas en la provincia de Málaga en los años 2021 y 2022” (Expte. CONTR 2020 0000536908), respecto de los lotes 15 y 20, convocado por Delegación Territorial de Empleo, Formación, Trabajo Autónomo, Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades en Málaga.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de licitación, respecto de los lotes 15 y 20, adoptada por este Tribunal en Resolución de 10 de junio de 2021.

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.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas 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.

