Recurso 570/2021
Resolución 141/2022

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

Sevilla, 25 de febrero de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **EZAR TÉCNICA Y GESTIÓN, S.L.P.** contra la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado "Servicios de redacción de proyecto y direcciones facultativas para la construcción de nuevo IES tipo D3 + B4,4 (3 líneas de ESO y 4 de bachillerato) zona Soliva, Málaga" (Expte. 247/ISE/2021/SC- 2021 0000582471), promovido por la Agencia Pública Andaluza de Educación, entidad adscrita a la Consejería de Educación y Deporte, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 23 de julio de 2021, se publicó, en el 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 indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 559.586,62 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.

El 17 de diciembre de 2021, el órgano de contratación dictó resolución en la que acuerda la exclusión de la oferta de la entidad EZAR TÉCNICA Y GESTIÓN, S.L.P. Esta resolución fue notificada a la recurrente el mismo 17 de diciembre de 2021.

SEGUNDO. El 27 de diciembre de 2021, tuvo entrada en el registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad EZAR TÉCNICA Y GESTIÓN, S.L.P. (en adelante la recurrente o EZAR) contra la exclusión de su oferta. En su escrito la recurrente solicita la suspensión del procedimiento de adjudicación.

El mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, solicitándole informe al mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución que fue posteriormente recibido.

Con fecha 21 de enero de 2022, este Tribunal acordó denegar la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación que había sido solicitada por la entidad recurrente.

La Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndose recibido, el 14 de febrero de 2022, las presentadas por AJRR.

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, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra el acuerdo de exclusión de la oferta de la recurrente adoptada en el procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, 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, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Actuaciones realizadas en el seno del procedimiento de licitación.

Con carácter previo al análisis de fondo 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 en el seno del procedimiento de contratación, para a continuación entrar a analizar la controversia suscitada por la recurrente que combate la exclusión de su oferta.

Como punto de partida procede mencionar que no es objeto de controversia el hecho de que la proposición económica de la recurrente se encontraba dentro de los parámetros establecidos en el anexo XI del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) para que se procediera a dar el trámite de audiencia previsto en el artículo 149 de la LCSP para la justificación de la viabilidad de las ofertas incursas inicialmente en valores anormales o desproporcionados.

En el mencionado anexo 11 se incluye un apartado específico relativo a la justificación de la presunción de anormalidad. En el mismo se indican los parámetros que se analizarán en la documentación justificativa de costes, en los siguientes términos:

«Se analizarán las justificaciones de las personas licitadoras que han presentado una oferta en presunción de anormalidad para apreciar si las prestaciones se van a desarrollar presumiblemente en condiciones de garantía de cumplimiento para el órgano de contratación. Para ello se analizará la existencia y coherencia de los siguientes parámetros en cada justificación de la oferta económica aportando la documentación que avale los costes de la misma, así como, en su caso, la justificación fehaciente de la concesión de ayudas y cualquier otra condición especialmente favorable de la que disponga. Se tendrá en cuenta a los efectos de esta justificación que el plazo de garantía de los servicios de Direcciones Facultativas está condicionado al plazo de garantía de la obra a la que están vinculados, debiendo preverse para dicho plazo de garantía un mínimo de 24 meses:

I. Desglose de costes de producción del proyecto y resto de documentación técnica necesaria. Se verificará que al menos se haya tenido en cuenta los siguiente: Gastos de desplazamientos para verificación y toma de datos, en función de la distancia de la oficina de la persona licitadora y el emplazamiento de la obra, incluyendo dietas, consumos de combustible, así como la repercusión de seguros, impuestos, mantenimiento y amortización del vehículo o vehículos, en su caso; Coste de honorarios para miembros del equipo ofertado; Coste de colaboradores externos; Costes de edición-reproducción de los proyectos técnicos y demás documentación necesaria para las prestaciones a contratar, incluyendo al menos la documentación necesaria para la elaboración del Libro del Edificio, toda la documentación relacionada con el seguimiento de obra, así como los gastos por levantamiento topográfico, infografías y visitas e informes en el periodo de garantía, en su caso; Costes obligatorios para el ejercicio de la profesión de los agentes, tales como seguros sociales o similar, seguros de responsabilidad civil, colegiación, etc.

Cuando se imputen parte de los costes obligatorios para el ejercicio de la profesión de los agentes a otros trabajos que se desarrollen en el periodo temporal del contrato, dichos costes deberán ser asimilables y la repercusión se hará de forma proporcional a las cuantías y periodos temporales de dichos trabajos y costes.

II. Gastos exigibles por el PCAP y el PPT de la licitación como: costes de Seguro de responsabilidad civil de la persona licitadora, gastos para formación de UTE en caso necesario, y reserva para todas las obligaciones derivadas de la oferta presentada incluidas las mejoras ofertadas. En la justificación de la oferta deberá contemplar una cantidad no inferior al 10% de su oferta en concepto de reserva para los posibles imprevistos que puedan surgir.

III. Gastos de desplazamiento en el conjunto de la prestación de todos los agentes intervinientes, en función de la distancia de la oficina de la persona licitadora y el emplazamiento de la obra, en relación con el número de visitas ofertadas y compromiso de presencia en obra incluyendo dietas, consumos de combustible, así como la repercusión de seguros, impuestos, mantenimiento y amortización de los vehículos, en su caso.

A estos efectos, la justificación será específica para el vehículo o vehículos de los agentes, por lo que no se admitirá la justificación en base al art 9.2 b del R.D. 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, convenios, ni similares, salvo que por las condiciones laborales de los agentes intervinientes, éstos le fueran efectivamente de aplicación».

El 4 de noviembre de 2021, tuvo lugar sesión de la mesa de contratación en la que se procede a la apertura de los sobres 3 de las ofertas admitidas al procedimiento de licitación. En la mencionada sesión, se identifica a aquellas que presuntamente se encuentran en valores anormales o desproporcionados, estando entre ellas la presentada por la recurrente. Ese mismo día se le realizó el requerimiento a la recurrente en los siguientes términos -se reproduce la parte que interesa a efectos de la resolución del recurso-:

«se constata que está incursa en anormalidad de conformidad con los parámetros establecidos en el PCAP por lo que se le otorga hasta las 19:59 horas del 9 de Noviembre de 2021, para que justifique la viabilidad de su oferta de acuerdo con lo establecido en el artículo 149 de la LCSP.

La justificación de la valoración de oferta se realizará por la persona licitadora de acuerdo con el modelo y según las instrucciones recogidas en el pliego, debiendo indicar en su caso el carácter confidencial de la documentación presentada».

Tras la recepción de la documentación justificativa presentada por EZAR, los servicios técnicos del órgano de contratación emiten un informe, el 14 de diciembre de 2021, sobre la viabilidad de las ofertas incursas presuntamente en valores anormales o desproporcionados según lo establecido en el PCAP. Respecto de la oferta de la recurrente se concluye que la misma no es viable con base en los siguientes argumentos:

«Se aporta desglose de gastos detallado, aportando documentación para avalar los costes indicados, no obstante hay que indicar que:

- Dentro de los costes de producción del proyecto, y si bien se aporta documentación para avalarlos, la repercusión de algunos costes obligatorios a otros contratos no queda adecuadamente demostrada al no aportarse documentos que justifiquen el estado de desarrollo en que se encuentran los servicios de dichos contratos. Asimismo en alguno se hace un cómputo de tiempo incoherente con los plazos indicados en los propios contratos e incluso en alguno se computan unos plazos no adecuados al objeto del contrato aportado.

Es por lo que los costes repercutidos a los redactores del Proyecto y Dirección de obra, no se consideran adecuadamente repercutidos.

Asimismo la repercusión de costes para el Director de ejecución no queda avalada adecuadamente al presentar ofertas de servicios (alguna caducada) y no contratos, sin demostrar si se ha iniciado dicha obra o formalizado el contrato. Por otro lado en los contratos aportados, alguno con fechas muy anteriores (2016), no se especifica duración de las obras, ni comienzo de las mismas, por lo que el estudio de meses aportado para avalar los costes no queda correctamente justificado.

Del mismo modo los contratos aportados para el cálculo de la repercusión de costes del Coordinador de Seguridad y Salud, no indican plazos estimados de la misma ni documento de inicio de obra, por lo que no se conoce el estado de las mismas, luego se considera no queda correctamente justificada la repercusión de la misma.

- Respecto a los gastos exigibles por PCAP y PPT en la justificación de la oferta se ha previsto una cantidad no inferior al 10% de su oferta en concepto de reserva para posibles imprevistos como indica el PCAP. No obstante en la justificación de la oferta no se encuentra el coste del seguro que cubra la responsabilidad civil decenal del Director de Ejecución de Obra.

- Respecto a los Gastos de desplazamiento en el conjunto de la prestación de todos los agentes intervinientes se consideran justificados.»

El 16 de diciembre de 2021, tuvo lugar sesión de la mesa de contratación en la que con base al informe técnico de 14 de diciembre de 2021, anteriormente mencionado, propone al órgano de contratación la exclusión la oferta de la recurrente por considerar que la entidad no justificó la viabilidad de su oferta inicialmente incursa en valores anormales o desproporcionados, acuerdo que -como se ha indicado- adopta el órgano de contratación mediante Resolución de 17 de diciembre de 2021.

SEXTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

La recurrente argumenta que a la vista del contenido del informe técnico, de 14 de diciembre de 2021, que sirve de motivación para acordar la exclusión de su oferta por falta de viabilidad, ha detectado diversos errores que hacen que adolezca de falta de razonabilidad y proporcionalidad necesarias, y que el mismo incurre en errores patentes y fácilmente apreciables a la vista de la documentación aportada en la justificación de su proposición. En síntesis, manifiesta lo siguiente:

Con carácter general resalta la brevedad del informe técnico y que no haga especificación a los documentos concretos en los que se basa -respecto de los presentados por la recurrente en su justificación- para llegar a las conclusiones que se ponen de manifiesto. A continuación, combate las distintas afirmaciones que se contienen en el mismo y que se pueden agrupar de la siguiente forma:

1.a) Respecto a los costes de producción. Repercusión de costes del redactor del proyecto, dirección de obra, dirección de ejecución y coordinación de seguridad y salud.

Afirma, que cuando en el informe técnico de viabilidad se alude a los costes de producción del proyecto en realidad se está refiriendo al *«subapartado 5.1.5. relativo a los costes obligatorios para el ejercicio de la profesión»,* por lo que, a su juicio, no se cuestionan el resto de costes incluidos en su justificación. Sobre los costes de producción, argumenta que las afirmaciones son absolutamente genéricas, no especificando los contratos a los que se refiere ni la parte de la documentación en la que se afirma que se recogen unos plazos no adecuados al proyecto.

Argumenta, que en el informe de viabilidad se indica que EZAR no aporta *«otro documento que justifique el estado del desarrollo en el que se encuentran los servicios de dichos contratos»,* sobre esta cuestión afirma que esta documentación no está prevista en el PCAP y que además no fue requerida de forma expresa en el requerimiento de justificación de la viabilidad de la oferta. En este sentido, afirma que *«es evidente que ni siquiera la propia Agencia Pública Andaluza de Educación, en sus propios contratos, es capaz de determinar cuál será el plazo de duración de los contratos de redacción de proyectos y dirección de obras que ella misma adjudica».*

Sobre esta cuestión concluye: *«Como consecuencia de lo expuesto en el apartado anterior, en el subapartado 5.1.5 relativo a los costes obligatorios para el ejercicio de la profesión, incluidos dentro de los costes de producción de proyecto, EZAR realiza una estimación a futuro de la repercusión de los costes obligatorios para el ejercicio de la profesión entre el servicio de la propia licitación y otros contratos con los que cuenta en la actualidad. Y lo hace de una manera absolutamente conservadora, esto es, considerando que no vaya a firmar ni un solo contrato más en los que también poder repercutir dichos gastos hasta junio de 2027, fecha estimada de finalización del periodo de garantía del servicio de la licitación».*

A continuación, respecto de la afirmación contenida en el informe de viabilidad relativa a que *«se hace un cómputo de tiempo incoherente con los plazos indicados en los propios contratos e incluso en alguno se computan unos plazos no adecuados al objeto del contrato aportado»,* la recurrente argumenta que en su justificación se indica la repercusión de los costes obligatorios para el ejercicio de la profesión hasta junio de 2027 de EZAR como licitador, así como de los arquitectos redactores y directores de obras al 50% con siete contratos en vigor además de la presente licitación. A continuación, en el escrito de recurso se procede a indicar de forma profusa de donde se extraen los datos de cada uno de los contratos aportados como anejo a la justificación de su oferta.

Tras la exposición concluye *«Analizada dicha documentación, así como las 30 indicaciones de precio de contrato y la estimación de plazos descritos, no puede reputarse por cierta la incoherencia indicada por parte de la Comisión*

de Valoración respecto a los contratos aportados, menos aún si se tiene en cuenta que en el propio informe técnico ni siquiera se especifica cuáles son, ni donde se encuentran dichas incoherencias».

A continuación, la recurrente alude a la siguiente afirmación contenida en el informe de viabilidad *«los costes repercutidos a los redactores del Proyecto y Dirección de obra, no se consideran adecuadamente repercutidos».* Sobre esta cuestión la recurrente afirma que no existe ningún dato objetivo que sustente ni acredite tal apreciación, ni se pronuncia sobre si la estimación de costes es insuficiente o no acorde con la normativa aplicable.

Respecto de la dirección de ejecución, en el informe de viabilidad se afirma que *«la repercusión de costes para el Director de ejecución no queda avalada adecuadamente al presentar ofertas de servicios (alguna caducada) y no contratos, sin demostrar si se ha iniciado dicha obra o formalizado el contrato. Por otro lado en los contratos aportados, alguno con fechas muy anteriores (2016), no se especifica duración de las obras, ni comienzo de las mismas, por lo que el estudio de meses aportado para avalar los costes no queda correctamente justificado».* La recurrente argumenta que tal afirmación no se corresponde con la realidad, y que a la vista de la documentación que aportó se acredita sin género de dudas y sin posibilidad de interpretación que la repercusión de los costes sí queda avalada por los contratos. A continuación, en el escrito de recurso se procede a indicar los anejos de su justificación en los que se presentaron los contratos y la repercusión que suponen.

Con relación a la coordinación de seguridad y salud, en el informe de viabilidad se indica: *«los contratos aportados para el cálculo de la repercusión de costes del Coordinador de Seguridad y Salud, no indican plazos estimados de la misma ni documento de inicio de obra, por lo que no se conoce el estado de las mismas, luego se considera no queda correctamente justificada la repercusión de la misma».* Procede aquí la recurrente en igual forma, argumentando que dicha afirmación es incorrecta y que los costes repercutidos quedan avalados por los contratos que a continuación detalla, aludiendo a los distintos anejos que presentó junto a la justificación de su oferta.

La recurrente concluye argumentando sobre este alegato que: *«Es verdad que puede haber discrepancias en la forma de hacer una estimación a futuro de una repercusión de costes, más aún cuando ni el propio órgano de contratación puede garantizar con certeza la fecha de inicio y fin de sus propios contratos de redacción de proyectos y dirección de obras, tal y como hemos puesto de manifiesto y se ha acreditado anteriormente. Pero dicho eso, lo realmente relevante aquí, es que en ningún momento el informe indica que la cantidad estimada de 13.824,70€ de costes obligatorios para el ejercicio de la profesión de D. F.A.C. (Director de Ejecución), ni la cantidad estimada de 10.412,72€ de costes obligatorios para el ejercicio de la profesión de D. J.L.B.G. (Coordinador de seguridad y Salud), sean insuficientes, ni siquiera incorrectos, para prestar el servicio en condiciones de total garantía para la administración».*

1.b) Respecto del seguro que cubra la responsabilidad civil decenal del director de ejecución de obra.

Otro de los motivos indicados en el informe sobre la viabilidad de la oferta se refiere a que en la justificación de la proposición no se encuentra el coste del seguro que cubra la responsabilidad civil decenal del director de ejecución de obra.

Sobre esta cuestión, la recurrente argumenta que dicho seguro no se encuentra en la documentación justificativa porque en la oferta presentada se ha previsto, especificado y presupuestado, el coste de la responsabilidad civil

por la ejecución de la obra de EZAR -la entidad licitadora- en caso de que fuera adjudicataria del contrato ya que, según argumenta, sería la que debería responder de las obligaciones y responsabilidades derivadas del mismo.

Además afirma, que la entidad ha reservado una cantidad económica para el mantenimiento del seguro durante 15 años, como se indica en la justificación presentada.

1.c) Respecto del requerimiento por parte de la mesa de contratación de la justificación de la viabilidad de su oferta.

La recurrente argumenta que a pesar de que cumplió con la presentación de la documentación justificativa de su oferta, los defectos que se aluden en el informe de viabilidad se basan en aspectos muy concretos cuya acreditación no fué requerida por la Administración de manera expresa y que no guardan la debida correspondencia con la documentación exigida en virtud del artículo 149.4 de la LCSP.

En este sentido, manifiesta, que su oferta se consideró inviable debido a que, entre otras cuestiones, respecto de los costes de producción del proyecto no queda suficientemente acreditada la repercusión de algunos costes obligatorios en otros contratos, dado que no se acredita el estado de desarrollo en los que se encuentran esos otros contratos. La recurrente argumenta que esta documentación no se exige ni en el anexo 11 del PCAP ni en el artículo 149.4 de la LCSP y que si la mesa de contratación consideró necesaria esa documentación debió solicitarlo de forma expresa.

Por otro lado, respecto a la afirmación que se recoge en el informe de viabilidad relativa a que en la justificación presentada por EZAR no se encuentra el coste del seguro que cubra la responsabilidad civil decenal del director de ejecución de obra, argumenta -en la línea de lo anteriormente indicado- que es lógico que ese coste no se encuentre entre la documentación justificativa de la oferta dado que se presenta el coste del seguro de responsabilidad civil de EZAR como licitadora, por tanto, -afirma- de haber sido necesaria esta documentación para la justificación de la oferta se debería haber requerido de forma expresa.

1.d) Respecto de la motivación de la exclusión de su oferta.

Sobre esta cuestión la recurrente argumenta que en los supuestos en los que el órgano de contratación ponga de manifiesto que la justificación de la oferta inicialmente incursa en baja anormal o desproporcionada no se considera suficiente, la motivación del informe ha de ser exhaustiva de forma que desmonte las justificaciones aportadas por la entidad licitadora.

Sobre esta cuestión alude al contenido del artículo 149.4 de la LCSP al mencionar que los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201 de la LCSP.

En este sentido, argumenta que el poder adjudicador debe comprobar y razonar que el precio y los costes anormalmente bajos propuestos resultan del incumplimiento de la mencionada normativa social, laboral o medioambiental. Sin embargo -afirma-, el informe de viabilidad en el que la mesa de contratación basa su acuerdo, y posteriormente, también, la resolución recurrida, no se pronuncia sobre ninguno de esos aspectos, ni tampoco menciona las razones que, en su caso, impedirían que el contrato se ejecutase correctamente a

satisfacción de la Administración por el precio ofertado por EZAR, provocando que dicho acuerdo a su juicio resulte arbitrario y carente de la motivación reforzada.

En definitiva, concluye que, aunque hipotéticamente existieran los defectos a los que se alude en el informe, los mismos se refieren a los *«costes obligatorios para el ejercicio de la profesión»* incluidos dentro del apartado de los *«costes de producción del proyecto»* que tan solo representan un 19,44 % del total. Por ello, considera que la decisión adoptada por la mesa de contratación ha sido arbitraria.

Finalmente, la recurrente realiza una petición principal y otra subsidiaria. En este sentido solicita que se estime su recurso, se anule el acto impugnado y que se valore su oferta con continuación del procedimiento y de forma subsidiaria que se anule el acto impugnado y que se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a la comisión de la infracción.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación manifiesta en su informe al recurso que en el anexo 11 del PCAP se indica de forma expresa que se deberán incluir en a justificación de la viablidad de la oferta: « *Costes obligatorios para el ejercicio de la profesión de los agentes, tales como seguros sociales o similar, seguros de responsabilidad civil, colegiación, etc»* y que también se incluye la siguiente previsión *«cuando se imputen parte de los costes obligatorios para el ejercicio de la profesión de los agentes a otros trabajos que se desarrollen en el periodo temporal del contrato, dichos costes deberán ser asimilables y la repercusión se hará de forma proporcional a las cuantías y periodos temporales de dichos trabajos y costes».*

En este sentido argumenta, como se manifiesta en el informe de viabilidad, que la repercusión de algunos costes obligatorios a otros contratos no se justifica adecuadamente puesto que no se garantiza que se haga de forma proporcional a las cuantías y periodos temporales de dichos trabajos, dado que se incluyen meras estimaciones, como EZAR reconoce en su propio escrito de recurso.

Respecto a la repercusión de costes para el director de ejecución, tal como se expresa en el informe, a juicio del órgano de contratación no queda avalada adecuadamente, pudiéndose por ejemplo comprobar que se han presentado ofertas de servicios y no contratos, por lo que el estudio de meses aportado para avalar los costes no queda correctamente justificado.

En lo relativo a los costes del coordinador de seguridad y salud, argumenta que de los contratos aportados no se extrae la información necesaria para poder calcular la repercusión de costes por lo que considera que la misma no queda suficientemente justificada según lo establecido en el mencionado anexo 11 del PCAP.

Finalmente, argumenta que no se localizó el coste del seguro que cubra la responsabilidad civil decenal del director de ejecución de obra. Por tanto, considera que la exclusión de la oferta de la recurrente fue correcta y que no son aceptables los argumentos expuestos en el escrito de recurso por lo que solicita la desestimación del mismo.

3. Alegaciones de la entidad interesada.

Se opone solicitando la desestimación del recurso en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que constando en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidas.

Séptimo. Consideraciones del Tribunal.

Procede ahora entrar a analizar el fondo de la controversia. En este sentido, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, por todas en las Resoluciones 90/2019, de 21 de marzo y 342/2021, de 23 de septiembre, y de los restantes Órganos de resolución de recursos contractuales, en la determinación de si una oferta, incursa inicialmente en baja anormal o desproporcionada, está o no justificada su viabilidad, 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.

La mencionada Resolución 90/2019, de 21 de marzo, de este Tribunal, fue recurrida ante la jurisdicción contencioso administrativa, recurso 379/2019, que fue desestimado mediante Sentencia de 3 de marzo de 2021 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, que señala en lo que aquí interesa en su fundamento quinto lo siguiente:

> *«Los órganos de contratación gozan de discrecionalidad técnica para valorar si la oferta es anormalmente baja, que encuentra su fundamento en la presumible imparcialidad del órgano de contratación, especialización de sus conocimientos, e intervención directa en el procedimiento de selección, de forma que solamente en los supuestos en que sea evidente la existencia de error en la valoración efectuada por el órgano de contratación es posible sustituir la decisión adoptada.*
>
> *En el caso de autos, la decisión se ve amparada por un informe efectuado por órgano técnico extenso y motivado que analiza los aspectos de la oferta de la recurrente y la justificación dada por la misma respecto de la corrección de la oferta y la posibilidad de correcta ejecución del contrato.*
>
> *(...)*
>
> *En definitiva, el Órgano de Contratación a través del informe técnico ha motivado ampliamente las razones por las que no se entiende justificada la oferta, siendo esta desproporcionada o anormalmente baja en atención al criterio establecido en la Ley de Contratos y el Pliego.».*

En el supuesto que se examina, la recurrente cuestiona los argumentos del informe de viabilidad dado que sirven de motivación al acuerdo del órgano de contratación para la exclusión de su oferta. En este sentido, considera que no se acredita la inviabilidad de su proposición, manifiesta, que el informe adolece de falta de motivación y que contiene diversos errores, además, debido a las cuestiones tan concretas por las que se acuerda su exclusión, entiende que la mesa de contratación le debió específicamente de solicitar la documentación que considerase necesaria dado que el requerimiento inicial de justificación no versaba sobre las cuestiones por las que posteriormente fue excluida.

Pues bien, en aras de una mayor claridad expositiva se procederá a analizar las tres cuestiones conjuntamente -requerimiento de la mesa de contratación, causa de exclusión y motivación- respecto de cada una de las cuestiones por la que se consideró que la oferta de EZAR no fue debidamente justificada según lo establecido en el artículo 149 de la LCSP.

- Respecto a los costes de producción. Repercusión de costes de redactor del proyecto, dirección de obra, dirección de ejecución y coordinación de seguridad y salud.

Como anteriormente se ha reproducido, en el informe se indica que no queda adecuadamente demostrada la repercusión de costes obligatorios a otros contratos respecto de los perfiles anteriormente mencionados al no haberse aportado documentación que justifique el estado de desarrollo en que se encuentran los servicios de esos otros contratos, dado que en algunos no se han aportado contratos sino ofertas, no se conocen si se ha iniciado o no la obra o no se especifica la duración del contrato. Por lo que se concluye que el estudio por meses aportado para avalar los costes no queda correctamente justificado.

La recurrente aduce que esta documentación no se exige en la LCSP, ni en el anexo 11 del PCAP ni en el requerimiento de documentación que le hizo la mesa de contratación para la justificación de la viabilidad de su oferta, por su parte el órgano de contratación reconduce esta cuestión a que en el anexo 11 del PCAP donde se indica que *«cuando se imputen parte de los costes obligatorios para el ejercicio de la profesión de los agentes a otros trabajos que se desarrollen en el periodo temporal del contrato, dichos costes deberán ser asimilables y la repercusión se hará de forma proporcional a las cuantías y periodos temporales de dichos trabajos y costes».*

A juicio de este Tribunal se debe dar la razón a la recurrente. En el propio informe de viabilidad se indica que EZAR presentó la documentación para avalar esos otros contratos, pero del requerimiento efectuado así como de lo establecido en el mencionado anexo del PCAP no cabe inferir que se debía acreditar el estado de ejecución de cada uno de ellos. En este sentido, en el anexo 11 del PCAP se establece que se deberá realizar la repercusión de forma proporcional pero no se indica que la misma deba ser acreditada ni se indica la forma en la que se tendría que realizar la aludida acreditación. En este sentido, dicha documentación sobre el estado de ejecución de otros contratos tuvo que especificarse en el requerimiento a la recurrente de la justificación de la viabilidad de su oferta o bien, se debió haber solicitado a EZAR aclaración sobre esta cuestión dentro del trámite previsto en el artículo 149 de la LCSP, en lugar de excluir directamente su oferta.

Asimismo, en el informe de viabilidad se indica, aludiendo a los costes de producción del proyecto y en concreto a la repercusión de los costes relativos a los redactores de proyecto y dirección de obra, que *«en alguno se hace un cómputo de tiempo incoherente con los plazos indicados en los propios contratos e incluso en alguno se computan unos plazos no adecuados al objeto del contrato aportado».*

Sobre esta cuestión, también se debe dar la razón a la recurrente al manifestar que estas afirmaciones no son concretas, y no se refieren a los documentos que llevan a las conclusiones manifestadas por lo que, efectivamente, se evidencia que se ha realizado una motivación genérica que ha impedido a la ahora recurrente entender cuales son los verdaderos aspectos por los que en este caso se rechaza su oferta

- Respecto del seguro que cubra la responsabilidad civil decenal del director de ejecución de obra.

En el informe de viabilidad de la oferta se indica que aunque se ha previsto en la proposición de EZAR un importe no inferior al 10% para posibles imprevistos, no se encuentra el coste del seguro que cubra la responsabilidad civil decenal del director de ejecución de obra.

Sobre esta cuestión la recurrente argumenta que dicho seguro no se encuentra en la documentación justificativa de la oferta presentada porque en su proposición se ha previsto, especificado y presupuestado, el coste de la responsabilidad civil por la ejecución de la obra en nombre de EZAR que sería como adjudicataria -según indica- la que debería responder de las obligaciones y responsabilidades derivadas del contrato. En este sentido, manifiesta que de haber sido necesaria la presentación de dicho seguro la mesa de contratación se lo debió solicitar de forma expresa.

Por otro lado, el órgano de contratación alega en su informe al recurso que el anexo 11 del PCAP establecía entre la documentación justificativa a presentar *«costes obligatorios para el ejercicio de la profesión de los agentes, tales como seguros sociales o similar, seguros de responsabilidad civil, colegiación, etc»* y que en la documentación justificativa presentada por EZAR no pudo localizar esta documentación.

Pues bien, sobre lo anterior, este Tribunal considera que atendiendo al contenido del anexo 11 del PCAP resulta cierto que uno de los aspectos que se prevé valorar a efectos de considerar la viabilidad de una oferta es la cuantificación de los seguros de responsabilidad civil para el ejercicio de los agentes. En este sentido, lleva razón el órgano de contratación en que esta cuestión sí se debería haber tenido en cuenta por EZAR a la hora presentar la documentación justificativa.

Ahora bien, se debe tener en consideración que el objeto del procedimiento establecido en el artículo 149 de la LCSP tiene como finalidad que la mesa de contratación o el órgano de contratación analice la viabilidad de una oferta comprobando si, efectivamente, a la vista de la documentación presentada por un licitador es posible la ejecución del contrato por el importe contenido en su proposición económica. En este sentido, la falta de acreditación del coste del seguro de responsabilidad civil de la dirección de ejecución de obra no excusa de la obligación de motivación por parte del órgano de contratación que tendrá que indicar los motivos por lo que considera que la oferta es inviable, sin que la mera mención de la omisión de la justificación del mencionado seguro conlleve de forma automática la exclusión.

En este sentido, teniendo en cuenta la concreción y la repercusión económica del documento al que nos referimos, este Tribunal considera que una actuación proporcional habría sido solicitar aclaraciones sobre esta cuestión, para que en su caso pueda motivar en qué medida la falta de acreditación de este coste conlleva a que la oferta de la recurrente en su conjunto resulte inviable.

Por lo anterior, procede la estimación del recurso.

OCTAVO. Efectos de la estimación del recurso.

La corrección de las infracciones legales cometidas, y que han sido analizadas y determinadas en los fundamentos de derecho de la presente resolución, debe llevarse a cabo anulando la resolución, de 17 de diciembre de 2021, del órgano de contratación por la que se excluye la proposición de EZAR del procedimiento de licitación, con retroacción de las actuaciones al momento previo a su dictado, para que se proceda por la mesa de contratación o el órgano de contratación a requerir a la entidad las aclaraciones que considere necesarias a efectos de la acreditación de la repercusión de costes de los perfiles indicados y del seguro de responsabilidad civil de la dirección de ejecución de obras, con continuación del procedimiento de licitación en su caso.

Por tanto, teniendo en cuenta que se acuerda la anulación del acto impugnado para que se proceda a solicitar a la entidad EZAR aclaraciones sobre la viabilidad de su oferta, procede desestimar la pretensión principal del recurso. En este sentido, procede la estimación de la pretensión subsidiaria en la que la recurrente solicita la anulación del acto impugnado y la retroacción de las actuaciones al momento anterior a su comisión.

Por todo ello, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **EZAR TECNICA Y GESTIÓN, S.L.P.** contra la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado "Servicios de redacción de proyecto y direcciones facultativas para la construcción de nuevo IES tipo D3 + B4,4 (3 líneas de ESO y 4 de bachillerato) zona Soliva, Málaga" (Expte. 247/ISE/2021/SC- 2021 0000582471), promovido por la Agencia Pública Andaluza de Educación, entidad adscrita a la Consejería de Educación y Deporte y proceder según se ha expuesto en el fundamento de derecho octavo.

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

NOTIFÍQUESE 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.