

**Recurso 53/2022**  
**Resolución 176/2022**

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

Sevilla, 11 de marzo de 2022.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FERROVIAL SERVICIOS ENERGÉTICOS, S.L.** contra la resolución de adjudicación de la Alcaldía de 20 de enero de 2022, por la que se acuerda, asimismo, la exclusión de la licitación de la entidad **FERROVIAL SERVICIOS, S.A.U.** del contrato denominado “Suministro, instalación y puesta en servicio de mejoras en eficiencia energética en el alumbrado exterior en el municipio de La Rinconada”, convocado por el Ayuntamiento de la Rinconada (Sevilla), (Expte. 3226/2022), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

### **RESOLUCIÓN**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 13 de agosto de 2021, en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) (corregido el 24 de agosto de 2021), se publicó el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato indicado en el encabezamiento. El valor estimado del contrato asciende a 3.041.317,00 euros. En el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación del Sector Público se publica el 12 de agosto de 2021.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Durante la tramitación del procedimiento de adjudicación, el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación el 20 de enero de 2021.

**SEGUNDO.** El 11 de febrero de 2022, la entidad recurrente presentó en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la citada resolución de adjudicación del contrato en la que se acuerda su exclusión.

La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al órgano de contratación requiriéndole la documentación necesaria para su tramitación y resolución que, posteriormente, se ha recibido en este Tribunal. Se dio trámite de alegaciones a las entidades interesadas, habiéndose recibido las formuladas por la entidad adjudicataria oponiéndose al recurso.

## 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 artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que el Ayuntamiento de la Rinconada (Sevilla) no ha manifestado que disponga de órgano propio para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su tramitación y resolución.

### **SEGUNDO. Legitimación: sobre la sucesión empresarial acaecida durante la licitación.**

#### 1. Planteamiento.

Fue la entidad FERROVIAL SERVICIOS, S.A.U. quien concurrió al procedimiento de contratación. Acredita la entidad recurrente FERROVIAL SERVICIOS ENERGÉTICOS S.L., que, el día 30 de septiembre de 2021, (para lo que acompaña escritura pública notarial), se ha procedido a la segregación universal de FERROVIAL SERVICIOS, S.A.U. de la rama de actividad de eficiencia energética.

La entidad FERROVIAL SERVICIOS, S.A.U. señala en un escrito fechado el 4 de febrero de 2022 y dirigido al Ayuntamiento de La Rinconada que ha transmitido su unidad económica consistente en la Rama de Eficiencia Energética a la sociedad de nueva creación REDWOOD EFICIENCIA ENERGÉTICA, S.L. (denominada FERROVIAL SERVICIOS ENERGÉTICOS, S.L.), de tal modo que ésta habría adquirido, un denominado bloque V por sucesión universal, al que se referiría el objeto del contrato, de tal modo que con ello se produciría que el patrimonio perteneciente a dicha rama de actividad habría pasado a la nueva entidad, todo ello de acuerdo con lo previsto en el artículo 71 y concordantes de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (LME).

En la escritura acompañada por parte de la entidad recurrente se señala que *“el patrimonio segregado está constituido por el conjunto de elementos patrimoniales, principales y accesorios, vinculados a la Rama de Eficiencia Energética, entendida en el sentido más amplio, esto es, la totalidad de los activos, pasivos, derechos, obligaciones y expectativas de la Sociedad Segregada relacionados con la Rama de Eficiencia Energética, incluyendo, sin limitación, los contratos relacionados con la eficiencia energética que se suscriban por la Sociedad Segregada entre la aprobación de este Proyecto y la ejecución de la Segregación y los derechos de la Sociedad Segregada en los procesos de licitación de contratos de eficiencia energética que estén pendientes de adjudicación y formalización en el momento de ejecución de la Segregación”*.

Entre las licitaciones pendientes de adjudicación objeto de dicha transmisión se halla recogida, expresamente, la relativa al contrato al que se refiere este documento, tal y como resulta del contenido de la escritura de segregación y constitución de REDWOOD EFICIENCIA ENERGETICA, S.L. La estipulación cuarta de la escritura de segregación, aportada también, dispone:

*“A efectos de lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (la “LCSP”); en el Real Decreto ley 3/2020, de 4 de febrero (“RDL 3/2020”); y en las disposiciones concordantes, y demás normativa equivalente aplicable racione temporis; se deja expresa constancia de que la Sociedad Segregada considera que los Contratos de Eficiencia Energética que se transmiten en virtud de esta Segregación como parte de*



*la Rama de Eficiencia Energética y sujetos a dicha normativa continuarán con la Sociedad Beneficiaria, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes de aquellos. Asimismo, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 98 de la LCSP, en el RDL 3/2020, y en las disposiciones concordantes, y demás normativa equivalente aplicable ratione temporis; se deja expresa constancia de que la Sociedad Segregada considera: (i) que la Sociedad Beneficiaria reúne las condiciones de capacidad y ausencia de prohibición de contratar; y (ii) que la Sociedad Beneficiaria reúne las condiciones de solvencia exigidas en virtud de la cesión y de la transmisión de medios que supone el traspaso de los Contratos de Eficiencia Energética que se transmiten mediante de esta Segregación y sujetos a dicha normativa. "*

El artículo 98 de la LCSP se refiere a los "Supuestos de sucesión del contratista" como único artículo del capítulo III del título II del libro I, que tiene la misma denominación y tiene por objeto regular los supuestos antedichos una vez que el contrato se ha formalizado y perfeccionado, ya concluido el procedimiento de licitación. Establece el citado artículo:

*"1. En los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad contratista, continuará el contrato vigente con la entidad absorbente o con la resultante de la fusión, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo. Igualmente, en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas, continuará el contrato con la entidad a la que se atribuya el contrato, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que reúna las condiciones de capacidad, ausencia de prohibición de contratar, y la solvencia exigida al acordarse la adjudicación o que las diversas sociedades beneficiarias de las mencionadas operaciones y, en caso de subsistir, la sociedad de la que provengan el patrimonio, empresas o ramas segregadas, se responsabilicen solidariamente con aquellas de la ejecución del contrato. Si no pudiese producirse la subrogación por no reunir la entidad a la que se atribuya el contrato las condiciones de solvencia necesarias se resolverá el contrato, considerándose a todos los efectos como un supuesto de resolución por culpa del adjudicatario.*

*A los efectos anteriores la empresa deberá comunicar al órgano de contratación la circunstancia que se hubiere producido.*

*Cuando como consecuencia de las operaciones mercantiles a que se refiere el párrafo primero se le atribuyera el contrato a una entidad distinta, la garantía definitiva podrá ser, a criterio de la entidad otorgante de la misma, renovada o reemplazada por una nueva garantía que se suscriba por la nueva entidad teniéndose en cuenta las especiales características del riesgo que constituya esta última entidad. En este caso, la antigua garantía definitiva conservará su vigencia hasta que esté constituida la nueva garantía.*

*2. Cuando el contratista inicial sea una unión temporal de empresas, se estará a lo establecido en el artículo 69."*

La sucesión acaecida en el seno del procedimiento de licitación tiene una regulación propia en el artículo 144 de la LCSP, en la Sección 2ª del Capítulo I del Título I del Libro II, en la regulación "De la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas", en términos similares a lo establecido en el artículo 149 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que es su precedente inmediato:

*"Si durante la tramitación de un procedimiento y antes de la formalización del contrato se produjese una operación de fusión, escisión, transmisión del patrimonio empresarial o de una rama de la actividad, le sucederá a la empresa licitadora o candidata en su posición en el procedimiento la sociedad absorbente, la resultante de la fusión, la beneficiaria de la escisión o la adquirente del patrimonio empresarial o de la correspondiente rama de actividad, siempre que reúna las condiciones de capacidad y ausencia de prohibición de contratar y acredite su solvencia y*



*clasificación en las condiciones exigidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares para poder participar en el procedimiento de adjudicación.”*

Es decir, la sucesión de empresas procede siempre que la nueva empresa reúna las condiciones de aptitud para contratar, esto es, la capacidad, la ausencia de prohibición de contratar y la acreditación de la solvencia o, en su caso, de la clasificación en las condiciones exigidas en los pliegos rectores del contrato. Así, a aquellas sucesiones que ocurran durante el procedimiento de licitación y antes de la formalización del contrato se aplica, por mandato legal, el artículo 144 de la LCSP. De este modo, una vez concluida una operación societaria como las mencionadas en la norma en una empresa licitadora o candidata, ocupará su posición en el procedimiento la sociedad absorbente, la resultante de la fusión, la beneficiaria de la escisión o la adquirente del patrimonio empresarial o de la correspondiente rama de actividad, siempre que cumpla con las condiciones de aptitud necesarias y, particularmente, siempre que acredite su solvencia y clasificación en las condiciones exigidas en el pliego. Estas circunstancias deberán acreditarse por la nueva empresa ante el órgano de contratación y, por tanto, se trata de una conducta activa de la licitadora, de modo que en caso de que esta acreditación no se produzca o resulte insuficiente, no podrá resultar adjudicataria del contrato y procederá su exclusión de la licitación.

La misma solución procede cuando el cambio societario tenga lugar en la fase de ejecución del contrato.

Definida la legislación aplicable a cada uno de los distintos supuestos que pueden producirse, cabe diferenciar los distintos momentos en que tienen lugar los efectos de la sucesión en la empresa. La Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, recoge que la eficacia de la operación societaria que corresponda se producirá con la inscripción de la nueva sociedad o de la operación en el Registro Mercantil competente (artículo 46.1 para la fusión, aplicable también a la escisión por el artículo 73.1, y artículo 89.2 para la cesión global). En consecuencia, aunque previamente se hayan efectuado los pasos que conducen a la transformación, ésta no tiene ninguna eficacia hasta dicha fecha, y sólo a partir de ese momento se origina el supuesto de hecho que da lugar a la aplicación de este artículo mediante la comunicación por el empresario afectado de dicha circunstancia.

De acuerdo con ello, una vez presentada la oferta por la persona jurídica afectada por un proceso de modificación estructural, si no se ha producido la inscripción en el Registro Mercantil, esta transformación no tiene ninguna eficacia erga omnes, por lo que las actuaciones de la sociedad originaria resultan válidas si cumplen los requisitos exigidos por las normas de contratación pública. Sólo si la oferta se ha presentado por la persona jurídica afectada por un proceso de modificación estructural con posterioridad a la inscripción en el Registro Mercantil de la modificación correspondiente, la oferta de la persona jurídica ya extinguida deberá rechazarse por falta de capacidad de la empresa, sin que quepa en este caso la aplicación del artículo 144 de la LCSP. En apoyo de este criterio cabe citar la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 860/2017, de 3 de octubre de 2017.

Si, por el contrario, después de presentada la proposición, durante la licitación culmina el proceso de modificación estructural mediante la inscripción en el Registro Mercantil de la operación, procederá la aplicación del artículo 144 de la LCSP, debiendo la entidad resultante aportar la acreditación de sus condiciones de aptitud para contratar. En caso de que no lo hiciera, y se limitase a comunicar la operación societaria, el órgano de contratación debería haberle requerido dicha acreditación y, de no producirse, habría de quedar excluida de la licitación.

Es decir, durante la licitación de un contrato público, esto es, antes de la formalización del contrato, cuando se produce una operación de fusión, escisión, transmisión del patrimonio empresarial o de una rama de la actividad



de una empresa licitadora o candidata, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 144 de la LCSP, se sucede a una empresa en su posición en el procedimiento por la sociedad adquirente del patrimonio empresarial o de la correspondiente rama de actividad, siempre que reúna las condiciones de capacidad y ausencia de prohibición de contratar y acredite su solvencia y clasificación en las condiciones exigidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares para poder participar en el procedimiento de adjudicación y para que la aplicación del artículo 144 de la LCSP resulte es preciso que la operación de fusión, escisión, transmisión del patrimonio empresarial o de una rama de la actividad de la empresa licitadora o candidata tenga eficacia jurídica frente a terceros, lo cual se produce a partir de la inscripción de la operación correspondiente en el Registro Mercantil.

Pues bien, observamos en nuestro caso que solicitud al Ayuntamiento de la Rinconada el 4 de febrero de 2022, a los efectos de acreditare concurren los requisitos establecidos en el artículo 144 LCSP para que se produzca la sucesión del licitador en el procedimiento de contratación. DOC n.º 4 anexo al recurso es de 22 de febrero 2022

Así señala dicha entidad en la solicitud que:

*“Que REDWOOD EFICIENCIA ENERGÉTICA, S.L. (ahora denominada FERROVIAL SERVICIOS ENERGÉTICOS, S.L.) reúne las condiciones de capacidad, ausencia de prohibición de contratar y solvencia que exigen los pliegos rectores del procedimiento de adjudicación del contrato de referencia. A estos efectos se acompañan:*

- a.- DOCUMENTO NÚMERO CUATRO, declaración de no estar incurso en prohibición de contratar.*
- b.- DOCUMENTO NÚMERO CINCO, (cuentas anuales inscritas en el Registro Mercantil).*
- c.- DOCUMENTO NÚMERO SEIS, (seguro de indemnización por riesgos profesionales).*
- d.- DOCUMENTO NÚMERO SIETE, (ANEXO I SOLVENCIA TECNICA).*
- e.- DOCUMENTO NÚMERO OCHO, (certificado de buena ejecución Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes).*
- f.- DOCUMENTO NÚMERO NUEVE, (certificado de buena ejecución Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz).*
- g.- DOCUMENTO NÚMERO DIEZ, (certificado de buena ejecución Ayuntamiento de Carballo).*
- h.- DOCUMENTO NÚMERO ONCE, (certificado de buena ejecución Ayuntamiento de Águilas).*
- i.- DOCUMENTO NÚMERO DOCE, (certificado ISO 9001).*
- j.- DOCUMENTO NÚMERO TRECE, (certificado ISO 14001).*
- k.- DOCUMENTO NÚMERO CATORCE, (certificado ISO 45001).*
- l.- DOCUMENTO NÚMERO QUINCE, (Declaración responsable de empresa de Servicios en materia de Seguridad).*
- m.- DOCUMENTO NÚMERO DIECISEIS, (Medios materiales y personales).*

*Habiendo acreditado REDWOOD EFICIENCIA ENERGÉTICA, S.L. la capacidad, ausencia de prohibición de contratar y solvencia que exigen los pliegos rectores del procedimiento de adjudicación del contrato arriba referenciado, procede que por ese órgano de contratación se declare que se ha producido la sucesión del licitador FERROVIAL SERVICIOS, S.A.U. en dicho procedimiento, asumiendo REDWOOD EFICIECIAENERGÉTICA, S.L. su posición en el mismo. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso de conformidad con el artículo 48 de la LCSP, dada su condición de licitadora en el procedimiento”.*

Explica a su vez la operación societaria de segregación, señalando:

*“Que, mediante escritura de fecha 30 de septiembre de 2021, acompañada al presente como DOCUMENTO NÚMERO DOS, otorgada ante el Notario de Madrid J.N.R.S., bajo el n? 2600 de su protocolo, se ha procedido a la segregación universal de FERROVIAL SERVICIOS, S.A.U. de la rama de actividad de eficiencia energética.*

*Así, la sociedad FERROVIAL SERVICIOS, S.A.U. ha transmitido su unidad económica consistente en la Rama de Eficiencia Energética a la sociedad de nueva creación REDWOOD EFICIENCIA ENERGÉTICA, S.L. (ahora denominada FERROVIAL SERVICIOS ENERGÉTICOS, S.L.), "adquiriendo esta última, en bloque V por sucesión universal, el patrimonio perteneciente a dicha rama de actividad todo ello de acuerdo con lo previsto en el artículo 71 y*



concordantes de la LME."

Según consta en la estipulación primera de la escritura de segregación:

*El patrimonio segregado está constituido por "el conjunto de elementos patrimoniales, principales y accesorios, vinculados a la Rama de Eficiencia Energética, entendida en el sentido más amplio, esto es, la totalidad de los activos, pasivos, derechos, obligaciones y expectativas de la Sociedad Segregada relacionados con la Rama de Eficiencia Energética, incluyendo, sin limitación, los contratos relacionados con la eficiencia energética que se suscriban por la Sociedad Segregada entre la aprobación de este Proyecto y la ejecución de la Segregación y los derechos de la Sociedad Segregada en los procesos de licitación de contratos de eficiencia energética que estén pendientes de adjudicación y formalización en el momento de ejecución de la Segregación.*

*Igualmente debemos destacar que el Patrimonio Segregado "constituye una rama de actividad y unidad económica en el sentido del artículo 71 de la LME."*

*También debemos señalar que, más allá de que se haya producido la transmisión universal de la rama de actividad de eficiencia energética, entre las licitaciones pendientes de adjudicación objeto de dicha transmisión se halla recogida, expresamente, la relativa al contrato al que se refiere este documento, tal y como resulta del contenido de la página 100 del PDF, DOCUMENTO UNIDO 6, de la escritura de segregación y constitución de REDWOOD EFICIENCIA ENERGETICA, S.L., cuya copia se acompaña como DOCUMENTO NÚMERO TRES para facilitar su localización, destacándose en amarillo la aludida licitación pendiente de adjudicación".*

## 2. Documentación aportada.

A efectos de valorar que efectivamente se encuentra producida la segregación debemos comprobar si efectivamente esto ha ocurrido en el sentido que se ha expuesto en el planteamiento anterior. A dichos efectos este Tribunal observa pues que se aporta escritura de segregación y constitución de REDWOOD EFICIENCIA ENERGETICA, S.L., siendo ésta la sociedad beneficiaria de la segregación de la correspondiente rama de actividad. Las fechas a tener en cuenta por tanto son (por lo que más adelante se dirá):

- El 30 de septiembre de 2021, inscrito bajo el número 2600 de su protocolo, escritura que se acompaña en el expediente.

-La fecha de inscripción de la misma en el Registro Mercantil que no se acompaña, es la fecha que debe tenerse en cuenta, pues con ella se producen los efectos frente a terceros.

En la escritura pública, aportada con el recurso como documento 1, observamos que en cuanto al requisito de la inscripción en el Registro Mercantil no resulta completa dicha escritura, pues la misma finaliza en el folio GB9836024. A la vista de ello este Tribunal con fecha de 7 marzo de 2022 ha procedido a requerir subsanación de la documentación presentada a efectos de que se constate dicha inscripción. Los términos del requerimiento son el siguiente:

*"En relación al recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad FERROVIAL SERVICIOS ENERGETICOS S.A., contra su exclusión del procedimiento de licitación y contra la adjudicación del contrato denominado "Suministro, instalación y puesta en servicio de mejoras en eficiencia energética en el alumbrado exterior en el municipio de La Rinconada.", (Expte. 6724/2021), tramitado por AYUNTAMIENTO DE LA RINCONADA (SEVILLA) . De conformidad con lo previsto en los artículos 51.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), y 22 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado mediante Real Decreto*





814/2015, de 11 de septiembre, deberá aportar, en el plazo de tres días hábiles siguientes a la remisión de la presente notificación:

– Certificación de la inscripción en el Registro Mercantil de la Escritura Pública de Segregación de FERROVIAL S.A.U. de fecha 30 de septiembre de 2021, con número de protocolo 2600, otorgada por el Ilustre Notario del Colegio de Notarios de Madrid, J.N.R.S. Si la documentación requerida figurase ya unida a las actuaciones de otro recurso pendiente ante este Tribunal, se indicará su número y podrá solicitarse que se expida certificación para su unión al procedimiento. La tramitación del procedimiento queda suspendida durante el plazo de subsanación concedido. Asimismo, si no subsana en dicho plazo se le tendrá por desistido de su petición de conformidad con el artículo 51.2 de la LCSP.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 51.2 de la LCSP, del artículo 44 del Decreto Ley 13/2020, de 18 de mayo, de impulso de la telematización y de la Orden de 12 de junio de 2020, de la Consejería de Hacienda, y Financiación Europea, la documentación se presentará en el Registro Electrónico Único de la Junta de Andalucía a través del procedimiento de recurso especial o reclamación en materia de Contratación incorporado en el Registro de Procedimientos y Servicios. Al que puede acceder a través de la siguiente URL: <https://juntadeandalucia.es/organismos/haciendayfinanciacioneuropea/consejeria/adscritos/tarc.html>.

El mismo día se remite de nuevo la escritura 2600, esta vez de forma completa, observando que la que se presentó originalmente carecía de contenido considerable a efectos de acreditar la inscripción.

Finalmente se advierte que existe una nota de inscripción del Registro Mercantil de Madrid, de fecha 11 de noviembre de 2021 donde queda constancia de que se han subsanado las deficiencias apreciadas en un primer momento que impedían la inscripción de la segregación.

### **TERCERO. Acto recurrible**

El recurso se interpone contra la resolución de adjudicación, por la que se excluye a la entidad recurrente de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros que pretende celebrar un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por tanto, si bien el recurso se refiere a un contrato de suministro susceptible del recurso especial al amparo del artículo 44.1 a) y 44.2.c) de la LCSP.

### **CUARTO. Plazo de interposición.**

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, el recurso presentado el 11 de febrero de 2022, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP ya que la resolución de adjudicación fue publicada en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de Sector Público con fecha 21 de enero de 2022, tal como se recoge en el recurso.

### **QUINTO. Sobre el fondo del recurso.**

#### **1. Alegaciones de la recurrente.**

Alega que el requerimiento realizado a efectos de la aplicación del artículo 149.4 LCSP era genérico, pues señala que se limitó a solicitar una justificación genérica de la baja advertida, sin precisión o detalle alguno, y particularmente, sin hacer mención al desglose de la oferta económica. Una circunstancia que supone, que ninguna información o documentación específica debía estimarse imprescindible para valorar la justificación. Alega fundamentando en resoluciones de este Tribunal que cuando en el requerimiento formulado por el órgano



de contratación a efectos de justificar una baja anormal no se solicita expresamente al licitador desglose alguno no puede ser causa de falta de justificación no aportar el desglose.

Además de lo arriba indicado, señala que *“es preciso incidir en que el Ayuntamiento de La Rinconada, una vez advertida la falta de desglose, obvió solicitar expresamente a esta parte que lo aportara a modo de aclaración o subsanación. Y ello, cuando esa solicitud resulta perfectamente posible, así como más que conveniente en un caso en el que la falta de desglose es el elemento clave que conduce al rechazo de la justificación presentada”*.

Por otra parte, argumenta contrarrestando los motivos adicionales empleados en el informe técnico para rechazar la justificación aportada.

## 2. Alegaciones del órgano de contratación.

La exclusión del licitador señala que se produce por la falta de desglose de la oferta económica, y por falta de justificación de la valoración de su oferta sin acreditar las condiciones en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, tal y como se solicitaba en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), así como porque en el informe técnico no se considera suficientemente justificada la reducción de los gastos generales. El informe del órgano de contratación señala que es doctrina del Tribunal Central de Recursos Contractuales, que cuando los porcentajes de baja sean significativos la justificación de la baja anormal también debe reforzarse y este mismo argumento debemos aplicarlo a la importante reducción en el porcentaje propuesto de gastos generales. Así señala que, en el expediente remitido por el órgano de contratación, en el documento número 33, el informe sobre la justificación de la oferta anormal presentada, de fecha de 20 de diciembre de 2021 se señala que:

*“1. Se informa a la Mesa de Contratación, que Ferrovial, no aportó en el sobre 3 la oferta económica desglosada tal y como aparece expresamente en el PCAP, dentro del apartado a), del punto B) criterios que dependen de la aplicación de fórmulas, del artículo 16:*

*“El licitador deberá presentar obligatoriamente la oferta económica desglosada por los distintos precios que componen la misma”.*

*2.- Como consecuencia de lo redactado en el punto 1, la técnica que suscribe, no puede comparar el documento aportado para la justificación de la baja temeraria con la oferta económica desglosada que se debió aportar en su momento, en el sobre 3. La empresa Ferrovial en su justificación de la baja temeraria, no aporta un desglose total de la oferta, y no se adapta al proyecto ni en partidas ni en precios unitarios, ya que éstos no aparecen ni en el sobre 3 ni en la justificación de la baja temeraria. Con la información aportada por Ferrovial, ha sido imposible calcular los precios unitarios porque la información está repartida por diversas tablas de forma inconexa.*

*3.- La empresa Ferrovial, podría haberse favorecido de la situación provocada por la no presentación de la oferta desglosada en el sobre 3, a la hora de la argumentación de la baja temeraria, ya que la justificación de la baja temeraria, se hace con conocimiento de las ofertas de los competidores, que entregaron la oferta económica desglosada en el sobre 3. De tal manera que si se admitiese, se estaría perjudicando al resto de licitadoras que han realizado su oferta conforme a los pliegos y la Memoria Justificativa, afectando a los principios de libre competencia e igualdad recogidos en la Ley de Contratos del Sector Público.*

*4.- Ferrovial justifica parte de su baja temeraria, mediante una reducción de Gastos generales, por debajo de lo establecido en el PACP y en el art. 101.2 de la Ley 9/2007 LCSP y el artículo 131 RGLCAP, aprobado por RD 1098 de 2001 que indica los conocidos porcentajes del 13-17% de gastos generales:*





4.1.-Ferrovial no concreta numéricamente la base de esta reducción, por lo tanto, no queda acreditada económicamente, solo se aporta argumentos genéricos sobre su “especialización, diversificación y crecimiento” que ya han sido valorados en la fase de estudio de la solvencia requerida en el PCAP, de hecho, por este motivo, Ferrovial es una de las empresas que superó los requerimientos de la solvencia requerida en el PCAP.

4.2.- La reducción de los Gastos Generales del 13% al 2,5 %, no se han presentado en el sobre 3, pero si en la justificación de la baja temeraria, conociendo Ferrovial, en el momento de la realización de la justificación de la baja temeraria, las ofertas desglosadas de las otras dos licitadoras. De tal manera que si se admitiese esta reducción de los porcentajes de Gastos Generales, se estaría perjudicando al resto de licitadoras que han realizado su oferta conforme al PCAP y la Memoria Justificativa, quedando afectados por tanto, los principios de libre concurrencia e igualdad recogidos en la Ley de Contratos del Sector Público.

5.- Se advierte que el presupuesto aportado por la empresa OCA GLOBAL, subcontratista de Ferrovial, es inferior al coste efectivo del servicio, puesto que las inspecciones lumínicas, no tiene en cuenta el 50% de incremento de coste por realizarse en horario nocturno. El incremento podría ser de hasta 2.500€ IVA excluido.

6.- En cuanto a la justificación del coste de la mano de obra, que aporta Ferrovial, está referida solo a precios de 2020, cuando la obra se va a ejecutar en 2022. A pesar de que la oferta fue realizada en 2021, era asumible que la obra se realizaría en 2022, por lo tanto, debería de haberse calculado una estimación de la mano de obra entre 2021 y 2022.

## **SEXTO. Consideraciones del Tribunal.**

Se ha de comenzar expresando que existe reiterada doctrina de este Tribunal (v.g., entre otras muchas, Resolución 377/2019, de 7 de noviembre y 66/2021, de 25 de febrero) relativa a que los pliegos que rigen el contrato son “lex inter-partes” o “lex contractus” y vinculan a las entidades licitadoras que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas. De tal forma que, en el presente recurso, si la recurrente consideró en su momento que había una supuesta contradicción en los pliegos sobre el informe de operatividad, pudo haber impugnado el contenido de los mismos, pero concluido el plazo para ello si no hizo uso de tal posibilidad éstos se convierten en documentos firmes y definitivos que obligan a las partes con todo su contenido, hasta el punto de predicar con respecto a ellos que están en posesión de la fuerza de la ley.

El artículo 149 de la LCSP, en cuyo apartado 4, dispone que: “Cuando la mesa de contratación, o en su defecto el órgano de contratación hubiere identificado una o varias ofertas incursas en presunción de anormalidad, deberá requerir al licitador o licitadores que las hubieren presentado dándoles plazo suficiente para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos.

La petición de información que la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación dirija al licitador deberá formularse con claridad de manera que estos estén en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta”.

Del contenido del PCAP que rige la presente contratación, se ha podido comprobar que en la cláusula 16, en el apartado B subapartado a) concretamente “Oferta económica”, se dispone:

“a) OFERTA ECONÓMICA: hasta un máximo de 50 puntos.

El precio ofertado se expresará con el IVA como una partida independiente. Para calcular la puntuación obtenida por cada una de las empresas, se aplicará la siguiente fórmula:



$P = (OMB/OV) * MP$

OMB: Oferta más baja

OV: Oferta a valorar

MP: Máxima puntuación

P: Puntuación Obtenida

*El licitador deberá presentar obligatoriamente la oferta económica desglosada por los distintos precios que componen la misma.”*

La notificación del artículo 149.4 LCSP, no era tan decisiva, pues el propio desglose ya era un requisito previo del PCAP, consentido por las partes.

Por otro lado, y en cuanto a la valoración que merece el informe sobre la justificación de oferta incurso en valores anormales, cumple señalar que la finalidad de la legislación de contratos es que se siga un procedimiento contradictorio para evitar rechazar las ofertas con valores anormales o desproporcionados sin comprobar antes su viabilidad. No se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo. Y obviamente, tales argumentos o justificaciones deberán ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta.

En nuestro caso, donde además la oferta se ha desvelado sin cumplir uno de los requisitos del PCAP (que estuviera desglosada), si bien la recurrente ha presentado una motivación razonada a su entender, lo cierto es que el órgano de contratación también ha exteriorizado de forma pormenorizada las razones de su rechazo, por lo cual no hay defectos formales que puedan imputarse a la exclusión. En consecuencia, aplicando los parámetros objetivos resulta que no se ha explicado económicamente en el trámite de audiencia como iba a llevar a cabo la prestación con ese precio tan bajo ofertado a juicio del órgano de contratación.

En aplicación de la doctrina de la discrecionalidad técnica, únicamente cabe revisar las valoraciones técnicas efectuadas por la Administración en caso de que se acredite que dicha presunción de acierto debe desvirtuarse por error manifiesto, arbitrariedad o defecto grave del procedimiento. Por ello, a la hora de dilucidar si la decisión de exclusión de la recurrente como consecuencia de la anormalidad de su oferta se ajusta o no a Derecho, este Tribunal ha de limitarse a constatar que la decisión no incurre en manifiesto error, es arbitraria o se ha adoptado prescindiendo del procedimiento legal para su adopción. En nuestro caso, las posiciones del órgano de contratación y de la licitadora excluida resultan contrapuestas y, sin duda, ambas se encuentran argumentadas. Sin embargo, no se aprecia atisbo alguno de arbitrariedad o error en la decisión administrativa. Así, las explicaciones en que abunda el órgano en el informe de 20 de diciembre de 2021 no resultan inverosímiles o arbitrarias cuando expresa:

*“1. Se informa a la Mesa de Contratación, que Ferrovial, no aportó en el sobre 3 la oferta económica desglosada tal y como aparece expresamente en el PCAP, dentro del apartado a), del punto B) criterios que dependen de la aplicación de fórmulas, del artículo 16:*

*“El licitador deberá presentar obligatoriamente la oferta económica desglosada por los distintos precios que componen la misma”.*

*2.- Como consecuencia de lo redactado en el punto 1, la técnica que suscribe no puede comparar el documento aportado para la justificación de la baja temeraria con la oferta económica desglosada que se debió aportar en su momento, en el sobre 3. La empresa Ferrovial en su justificación de la baja temeraria, no aporta un desglose total de la oferta, y no se adapta al proyecto ni en partidas ni en precios unitarios, ya que éstos no aparecen ni en el sobre 3 ni en la justificación de la baja temeraria. Con la información aportada por Ferrovial, ha sido imposible calcular los precios unitarios porque la información está repartida por diversas tablas de forma inconexa.*



3.- La empresa Ferrovial, podría haberse favorecido de la situación provocada por la no presentación de la oferta desglosada en el sobre 3 , a la hora de la argumentación de la baja temeraria , ya que la justificación de la baja temeraria, se hace con conocimiento de las ofertas de los competidores, que entregaron la oferta económica desglosada en el sobre 3. De tal manera que si se admitiese, se estaría perjudicando al resto de licitadoras que han realizado su oferta conforme a los pliegos y la Memoria Justificativa, afectando a los principios de libre concurrencia e igualdad recogidos en la Ley de Contratos del Sector Público.

(...)

4.1.- Ferrovial no concreta numéricamente la base de esta reducción, por lo tanto, no queda acreditada económicamente, solo se aporta argumentos genéricos sobre su “especialización, diversificación y crecimiento” que ya han sido valorados en la fase de estudio de la solvencia requerida en el PCAP, de hecho, por este motivo, Ferrovial es una de las empresas que superó los requerimientos de la solvencia requerida en el PCAP.

(...)

5.- Se advierte que el presupuesto aportado por la empresa OCA GLOBAL, subcontratista de Ferrovial, es inferior al coste efectivo del servicio, puesto que las inspecciones lumínicas, no tiene en cuenta el 50% de incremento de coste por realizarse en horario nocturno. El incremento podría ser de hasta 2.500€ IVA excluido.

6.- En cuanto a la justificación del coste de la mano de obra, que aporta Ferrovial, está referida solo a precios de 2020, cuando la obra se va a ejecutar en 2022. A pesar de que la oferta fue realizada en 2021, era asumible que la obra se realizaría en 2022, por lo tanto, debería de haberse calculado una estimación de la mano de obra entre 2021 y 2022.”

Concluimos, que el requerimiento no fue genérico sino preciso, de tal modo que la diligencia media exigible a una licitadora, se le presupone en este caso concreto, dadas las circunstancias, que sea capaz de atisbar a qué se refieren los términos del mismo si hubiera tenido en cuenta lo que el PCAP establecía.

Por todo ello, este Tribunal considera que procede la desestimación del presente recurso.

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 **FERROVIAL SERVICIOS ENERGÉTICOS, S.L.** contra la resolución de adjudicación de la Alcaldía de 20 de enero de 2022, por la que se acuerda, asimismo, la exclusión de la licitación de la entidad **FERROVIAL SERVICIOS, S.A.U.** del contrato denominado “Suministro, instalación y puesta en servicio de mejoras en eficiencia energética en el alumbrado exterior en el municipio de La Rinconada”, convocado por el Ayuntamiento de la Rinconada (Sevilla), (Expte. 3226/2022).

**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática.

**TERCERO.** Declarar que, dadas las circunstancias concretas del caso, 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 los interesados 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.

