

Recursos 196/2022
Resolución 330/2022

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

Sevilla, 20 de junio de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ALTHENIA, S.L.U.** contra la resolución de 29 de abril de 2022 por la que se excluye su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado “Concesión del servicio público de gestión integral de las playas del municipio de Benalmádena” (Expediente 2019/17734K) convocado por el Ayuntamiento de Benalmádena (Málaga) este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 26 y 29 de marzo de 2021 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea, respectivamente, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, y tramitación ordinaria, del contrato de concesión de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 4.079.446,51 euros. Con esa fecha, los pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas en dicho perfil de contratante.

La presente licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) y demás normas reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada disposición legal.

Entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la entidad ahora recurrente, según consta en la documentación contenida en el expediente de contratación remitido a este Tribunal.

SEGUNDO. Durante la tramitación procedimental de la licitación, según consta en el expediente administrativo, la mesa de contratación, en la sesión de fecha 1 de diciembre de 2021, detecta que la oferta presentada por la entidad ALTHENIA, S.L. incurre en presunción de anormalidad, en aplicación del criterio establecido en el anexo 8.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP), por lo que se acuerda requerir a la licitadora para que justifique su oferta en el plazo máximo de 5 días a contar desde el envío de la correspondiente comunicación. Dicho trámite es cumplimentado mediante la presentación de la correspondiente justificación económica de la oferta anormal.

TERCERO. Con fecha 5 de abril de 2022 se emite informe técnico que concluye en la inviabilidad de la oferta y eleva su contenido a la mesa de contratación que en la sesión celebrada el 11 de abril de 2022 propone al órgano de contratación la exclusión de aquella.

CUARTO. Mediante Resolución de fecha 29 de abril de 2022 del Concejal Delegado de Economía y Hacienda, en el ejercicio de las facultades delegadas por Decreto de la Alcaldía n.º 2330 de fecha 18 de junio de 2019 (BOP n.º 140, de fecha 23 de julio de 2019) se acuerda rechazar la oferta.

QUINTO.- El 20 de mayo de 2022 tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por las entidades BRÓCOLI, S.L. - SERVICIOS INTEGRALES DE FINCAS DE ANDALUCIA, S.L., con el compromiso de constitución en UTE contra el mencionado acuerdo de exclusión de su oferta también que se tramita como RCT 193/2022, solicitando la suspensión del procedimiento de adjudicación, medida que fue acordada por este Tribunal mediante Resolución de fecha 3 de junio de 2022.

SEXTO. El 24 de mayo de 2022 tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por interpuesto por la entidad recurrente contra el acuerdo de exclusión de su oferta.

Por 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.

La Secretaría del Tribunal confirió un trámite común de alegaciones a los restantes licitadores, por plazo de cinco días hábiles con traslado del escrito de recurso, habiéndose recibido las formuladas por la Unión temporal de empresas que ha resultado adjudicataria en la presente licitación, integrada por las entidades INGENIERIA DISEÑOS TÉCNICOS, S.A.U. - ITUVAL, S.L.

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, toda vez que el Ayuntamiento de Benalmádena ha manifestado que no dispone de órgano propio, por sí o a través de la Diputación Provincial, para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

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

TERCERO. Acto recurrible.

El objeto de licitación es un contrato de concesión de servicios con un valor estimado superior a tres millones de euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública y es objeto de impugnación el acto de exclusión de su oferta por lo que es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.c) y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 c) de la LCSP establece que: *«El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*



c) Cuando [el recurso] se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación (...), el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción».

En el supuesto analizado, la resolución por la que se excluye de la licitación a la recurrente fue adoptada por el órgano de contratación, el 29 de abril de 2022. No consta la notificación individual pero computando desde la fecha de adopción del acuerdo, el recurso presentado el 24 de mayo de 2022 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legalmente señalado.

QUINTO. Fondo del recurso. Alegaciones de las partes.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que se sustenta que serán analizados en este y en el siguiente fundamento de derecho.

1. Alegaciones de la recurrente.

La recurrente, como pretensión principal, solicita la anulación de la exclusión de su oferta por las arbitrariedades y la falta de motivación de la Administración en la valoración de la anormalidad, y como pretensión subsidiaria, solicita la admisión de la justificación de la oferta y la adjudicación por ser la mejor oferta.

En la exposición razonada de su argumentación, como premisa previa, indica que es conocedora de la doctrina de la discrecionalidad técnica de la Administración en la valoración de la justificación de la anormalidad, y que no resulta controvertido el hecho de que su oferta está incurso en presunción de anormalidad conforme a los parámetros objetivos que se indican el pliego.

Sentado lo anterior, analiza a lo largo del escrito de recurso, la fundamentación en que se basa su pretensión principal, que la valoración realizada por el informe técnico de 5 de abril de 2022 ha sobrepasado los límites de la objetividad de la discrecionalidad técnica al haber incurrido de forma manifiesta en arbitrariedad y falta de motivación susceptible de anular la exclusión.

En efecto, la recurrente discrepa de la conclusión alcanzada por el informe técnico respecto de la inviabilidad de su oferta al señalar que los dos motivos fundamentales por los que se rechaza aquélla -a saber, el número de trabajadores y la oferta económica en lo relativo a los gastos generales y el beneficio industrial- son criterios arbitrarios que se separan de lo previsto en los pliegos.

El recurso expone los diferentes apartados que reseña del informe en contraposición al contenido de su oferta para acreditar la arbitrariedad en que ha incurrido aquel al pretender imponer obligaciones no previstas en los pliegos y en función de ello, ha valorado la anormalidad de la oferta, conforme a unos parámetros que no estaban fijados previamente en unos pliegos que tienen eficacia jurídica para las partes que deben respetar y cumplir, por ser ley del contrato.

En primer lugar, pone de manifiesto que la cláusula 5 del PPT -que es la que está dedicada al personal que prestará el servicio por parte del contratista- no impone al licitador la adscripción de un número mínimo de trabajadores, salvo la obligación prevista en la cláusula 18.4 b) del PCAP -que establece la obligación del contratista de subrogar a los 7 trabajadores relacionados en el Anexo 18-, y la obligación prevista en la cláusula 5 y en el Anexo 18 del PCAP de disponer de una persona encargada de la ejecución del contrato.



De conformidad con tales previsiones, y según se expone en el recurso, la recurrente ha ofertado un número de personal considerablemente superior al previsto en los pliegos, consistente en 12,50 trabajadores para todo el año con un máximo de 17,19 trabajadores para los meses de mayor actividad y de 10,15 trabajadores para los meses de menor actividad. Frente a ello, según se denuncia, el informe de la unidad técnica ha valorado la justificación aportada con arreglo a un criterio arbitrario, al considerar que el número de trabajadores propuesto no sería suficiente para garantizar la prestación del servicio, por estimar que el personal mínimo debería ser de 11 trabajadores, para los meses de menor actividad, y de 20 trabajadores para los meses de mayor actividad.

Así, por ejemplo pone de relieve que el apartado 5.1.1 del informe, al analizar el punto relativo a *“Playa y accesos: trabajos y labores actuales que se realizan como “limpieza de playas”* expone lo siguiente: *“ Los trabajos de este punto se corresponden exclusivamente a los del mantenimiento actual: Según los propios partes de trabajo, se emplean de media entre 7 y 15 operarios, dependiendo de la temporada del año”*. Frente a tal afirmación, la recurrente considera que la cuantificación del número de operarios no es precisa por cuanto se trata de un servicio cuyas necesidades pueden variar anualmente en función de múltiples variables externas de difícil control (meteorología, afluencia de turistas, etc) por lo que considera que el criterio empleado es arbitrario, porque no son trabajos que permitan definir con precisión decimal la necesidad del servicio a partir del empleo de un número determinado de trabajadores.

A título ejemplificativo, igualmente, señala que el apartado 5.1.7 del informe, al analizar los trabajos de limpieza, mantenimiento de acantilados y taludes señala: *“7. La limpieza, mantenimiento de acantilados y taludes representan unas tareas nuevas de bastante dificultad y que se desarrollan durante todo el año, así que tanto por su dificultad como por peligrosidad plantea la intervención de “ recursos preventivos” seguridad de los propios operarios y también para prevenir daños a los transeúntes en cabecera de talud y bajo los mismos donde se realicen los trabajos. De lo dicho se desprende que se debería estimar 2 operarios a lo largo del año.*

El licitador no propone personal con cualificación específica para las labores propias de este apartado íntimamente vinculadas a jardinería que pueda realizar las labores más específicas y delicadas: podas, preservación de especies autóctonas, eliminación de especies...” La recurrente señala que su propuesta es de 1,45 operarios equivalente al año, considerando la sustitución de vacaciones, por lo que la propuesta asciende a 1,57 operarios equivalente al año. Esto es, un número igual a dos operarios trabajando a lo largo del año, si bien uno de ellos actuará a tiempo parcial en las temporadas con menor intensidad de trabajo requerida, ya que la operación principal que, a su juicio, requiere presencia continuada es la limpieza, puesto que las podas se realizan en los meses de otoño-invierno y los tratamientos fitosanitarios, principalmente en primavera-verano.

Por otra parte, esgrime que el desglose de gastos generales y beneficio industrial de su oferta, que supone un total de 4,52% de la misma, se justifica -según se indica en las cláusulas 1.1.2; 1.4 y 1.5 del informe de justificación de la viabilidad- con fundamento en las condiciones excepcionalmente favorables de las que dispone para la prestación del servicio de gestión de las playas de Benalmádena, como la fuerte y consolidada implantación de la empresa en la provincia de Málaga y el amplio conocimiento y experiencia en la prestación de servicios similares en el mismo ámbito geográfico, lo que permite optimizar las partidas correspondientes a los gastos generales y el beneficio industrial. Frente a ello, critica que el informe del órgano de contratación considera, sin ofrecer mayor motivación, que los gastos generales y el beneficio industrial propuesto por ALTHENIA *“no garantiza la calidad que se exige en el servicio en cuestión”* . De ahí que considere que el órgano de contratación ha empleado un criterio arbitrario al entender que con un porcentaje del 4,52% no se garantiza la calidad en la prestación del servicio, mientras que admite que con un porcentaje inferior a éste, el 4% en la oferta de la UTE BRÓCOLI se pueda garantizar la calidad en la ejecución del contrato. Invoca además, doctrina de este Tribunal sobre el alcance del análisis de la viabilidad de la oferta cuando se trata de conceptos como los gastos generales o el



beneficio industrial, que quedan al arbitrio de la empresa licitadora que las puede incluir en el porcentaje que estime pertinente.

Concluye que la arbitrariedad es de tal magnitud que puede entenderse que se han sobrepasado los límites de la discrecionalidad técnica y la presunción de acierto y veracidad, procediendo la anulación de la exclusión de su oferta.

En segundo lugar, y en apoyo de la pretensión subsidiaria que ejercita, argumenta que la justificación aportada sobre la viabilidad de su oferta está suficientemente detallada y motivada y se sustenta en la sólida presencia de la empresa en la provincia de Málaga, el amplio conocimiento del ámbito geográfico de la zona de realización de los trabajos y la dilatada experiencia en la prestación de servicios similares.

Es por ello que solicita la anulación de la exclusión que conllevaría la retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior, y previa revisión de la valoración, la admisión de la oferta de ALTHENIA, el mantenimiento de la exclusión de la UTE BRÓCOLI y la propuesta de adjudicación a su favor, al ser la segunda mejor oferta tras la de la UTE BRÓCOLI - SERVICIOS INTEGRALES DE FINCAS DE ANDALUCÍA, S.L –cuya oferta ha resultado excluida también por falta de justificación de la anormalidad-.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación, en su informe al recurso, tras relatar la tramitación del procedimiento de licitación e incorporar el contenido del informe técnico emitido sobre la anormalidad de la oferta, se opone a las alegaciones expuestas, negando la arbitrariedad que se imputa con fundamento en las consideraciones vertidas, centradas, primordialmente, en la insuficiencia del personal ofertado para llevar a cabo las labores a realizar, y por otro, por la existencia de dudas razonables de que pueda alcanzarse la calidad del servicio que se exige con los porcentajes ofertados para gastos generales y beneficio industrial.

Así concluye que: *“Las alegaciones en que se sustenta el recurso no se entienden justificadas, toda vez, no incorporan ningún elemento de juicio que pudiera ser relevante a los efectos de rectificar la decisión de rechazar la oferta por entenderla anormalmente baja conforme al art. 149 LCSP y el propio PCAP que rige el contrato: la decisión del órgano de contratación se entiende suficientemente motivada. Todo ello en base al informe que se transcribe como último antecedente del presente informe suscrito por la unidad de Playas y a los argumentos aducidos en atención a las alegaciones incorporadas en el recurso.*

Se solicita por tanto desestimar las pretensiones del recurrente, incluida la petición de suspensión cautelar solicitada por el mismo.”

3. Alegaciones de la entidad adjudicataria.

La UTE INGENIERÍA DISEÑOS TÉCNICOS, S.A.U. - ITUVAL, S.L. que ha resultado adjudicataria presenta escrito de alegaciones con el contenido que obra en actuaciones y al que nos remitimos, solicitando la desestimación del recurso y la confirmación de la exclusión de la oferta de la recurrente por falta de viabilidad y de justificación de la anormalidad en que ha incurrido, al no haber incluido ningún elemento en su escrito que permita sostener que se incurre en una infracción manifiesta o en error al acordar la exclusión, que constituiría el único supuesto en el que la doctrina de los Tribunales Administrativos faculta para la revisión de las decisiones adoptadas por los órganos de contratación al amparo de la discrecionalidad técnica que les asiste a la hora de evaluar la anormalidad de una oferta.



SEXTO. Consideraciones del Tribunal sobre el fondo del asunto: sobre la arbitrariedad y falta de motivación de la decisión de exclusión de la oferta de la recurrente por falta de justificación de la viabilidad de la anormalidad.

En primer lugar, conviene señalar que, en el supuesto objeto de análisis, no resulta controvertido el que la oferta esté incurso en anormalidad con arreglo a los criterios establecidos en el pliego. Así, tal y como ha quedado expuesto en la parte de antecedentes, una vez detectada la anormalidad de la oferta, se ha seguido el procedimiento contradictorio, cuestión que no pone en duda la recurrente, con la cumplimentación del trámite de alegaciones, presentación por la recurrente de la documentación que ha considerado procedente para la justificación de la anormalidad de su oferta, y la emisión de un informe técnico respecto de la viabilidad de la misma.

La controversia que se suscita, en los términos en que aparece planteada la cuestión litigiosa, se centra en discernir si se han sobrepasado los límites de la discrecionalidad técnica por parte del órgano de contratación a la hora de valorar la justificación de la anormalidad de la oferta presentada por la recurrente. En concreto, se cuestiona el contenido del informe técnico, que califica, por un lado, de arbitrario por valorar determinados aspectos y condiciones del PPT que no venían recogidos en el mismo, y por tanto, no eran exigibles al licitador, y por otro, la falta de motivación del referido informe en la apreciación de la inviabilidad de la oferta, a la vista del porcentaje de desglose de gastos generales y el beneficio industrial.

1. El primer motivo de impugnación reside, por tanto, en la arbitrariedad del órgano de contratación al adoptar la decisión de exclusión de la oferta, oponiéndose el recurrente con dos argumentos principales: por un lado, la suficiencia de la justificación que realiza para la acreditación de la viabilidad de su oferta, y, por otro, que la decisión de exclusión responde a criterios arbitrarios al haberse valorado aspectos que no estaban previstos en los pliegos, en concreto, respecto de la composición mínima de equipo de personal u operarios que han de estar asignados para llevar a cabo las labores que requiere la prestación del servicio.

Conviene traer a colación como punto de partida de nuestro análisis, la doctrina de este Tribunal, por todas la Resolución 90/2019, de 21 de marzo, y de los restantes Órganos de resolución de recursos contractuales que establece que en la determinación de si una oferta, incurso inicialmente en baja anormal o desproporcionada, está o no justificada su viabilidad, rige el principio de discrecionalidad técnica, según el cual la actuación administrativa esta 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.

Pues bien, partiendo de dicha doctrina, hemos de analizar si el informe técnico ha incurrido en arbitrariedad sobrepasando los límites que marca la discrecionalidad técnica de la Administración al apreciar la inviabilidad de la oferta conforme a unos parámetros que no estaban inicialmente fijados en los pliegos, ni tampoco fueron especificados en el requerimiento genérico que se efectuó al licitador.

Esta cuestión ha sido objeto de análisis en nuestra Resolución 329/2022, de 20 de junio, también recaída sobre esta misma licitación, al pronunciarnos sobre la conformidad a derecho de la decisión de exclusión de otro de los licitadores que habían concurrido a la presente licitación. En aquél supuesto, y por ser uno de los motivos de impugnación esgrimidos por el recurrente, se analizó la denuncia sobre el carácter genérico del requerimiento, y a continuación, se abordó cuestión similar a la planteada por la recurrente en el presente recurso, consistente en



la falta de adecuación del informe técnico emitido para valorar la justificación de la anormalidad, al contenido del pliego al valorar aspectos no recogidos en el PPT.

Las consideraciones efectuadas por este Tribunal en la citada Resolución son perfectamente aplicables al supuesto que nos ocupa, en la medida en que nos encontramos ante la aplicación de los mismos parámetros de anormalidad, los mismos pliegos y los mismos aspectos apreciados en ambos informes técnicos al valorar la justificación de la anormalidad de ambas ofertas, siendo además idéntico, uno de los fundamentos en que se ha basado el rechazo de la oferta en el supuesto presente -la insuficiencia de los operarios para llevar a cabo las tareas incardinadas en el objeto contractual- que coincide en plena similitud con el analizado en la Resolución a la que nos remitimos y en la que nos pronunciábamos en los siguientes términos:

“(…)El punto de partida ha de ser, por tanto, aquellas previsiones del PPT que son de aplicación a la cuestión que aquí se dirime, siendo relevante destacar, en orden a la resolución de la cuestión, que en ninguna de ellas se establece un mínimo en la composición del equipo de trabajo o del número de operarios requerido para llevar a cabo la prestación del servicio. Tampoco se establece una determinada cualificación profesional. En efecto, las previsiones del PPT con relación a la descripción de las tareas y actuaciones que constituyen el objeto contractual, pese a ser prolija, no indica el número mínimo del personal a adscribir a la ejecución del contrato, máxime tratándose de un elemento que, a juicio de este Tribunal, y dada la naturaleza del servicio a ejecutar, hubiera sido deseable indicar en los pliegos que, por no haber sido impugnados en tiempo y forma, han sido consentidos por las partes.

Así, si acudimos a las previsiones del PPT, la cláusula 1 establece las condiciones y el alcance del objeto del contrato del servicio público de mantenimiento integral de las playas de Benalmádena que corresponde a los siguientes trabajos:

“1.- Trabajos habituales de mantenimiento:

o Limpieza de la superficie de playa propiamente dicha y sus accesos

o Limpieza de desembocadura de arroyos en la zona de playa

o Apertura del cauce de los arroyos en su tramo de playa

o Limpieza de los módulos de aseos, socorrismo y otros

o Limpieza, mantenimiento y reposición de taludes, acantilados y elementos vegetales

o Trabajos anexos a las playas (pintura y mantenimiento de barandillas y balaustradas)

2.- Como complemento a los “Trabajos habituales de mantenimiento” del punto 1 anterior, que se describen en el PPT, se ha estimado otros precios relacionados en el ANEXO VII.- MANO DE OBRA, MAQUINARIA Y SUMINISTROS ESPECÍFICOS DE PLAYAS (PRECIOS ELEMENTALES Y UNITARIOS) del pliego de prescripciones técnicas particulares, con el objeto de atender situaciones sobrevenidas e imprevisibles no incluidas en los trabajos habituales de mantenimiento...”

En la cláusula 2.1.2 del PPT se establece el programa de trabajo que habrá de comprender las tareas y actuaciones relacionadas en los apartados subsiguientes. La cláusula 5 del PPT -cuyo contenido parcialmente reproducimos a continuación- es la única que se refiere al personal para llevar a cabo la prestación objeto del contrato en los siguientes términos:

“Los operarios contratados por la empresa, deberán ir equipados con ropa de trabajo homologada y acorde a la temporada de trabajo, perfectamente identificados como personal de la empresa que presta el servicio.



Se dispondrá de un encargado a tiempo completo, el cual deberá disponer de un teléfono móvil, durante toda la vigencia del contrato, para su previsible localización, en caso de necesidades del servicio, por parte del técnico municipal o personal responsable del mismo.

El personal será el necesario para que el cumplimiento de las tareas del pliego sea el óptimo en todas las temporadas.

A los efectos de la subrogación del personal a que esté obligado el nuevo contratista, conforme a las normas sectoriales de aplicación, en el presente pliego se indica la categoría, antigüedad y jornada de los contratos de las personas que actualmente prestan el servicio.

La empresa adjudicataria se compromete a tener debidamente de alta al personal en la seguridad social y a cumplir la legislación laboral vigente, debiendo acreditar dichos extremos.

En aras de conocer con exactitud el personal adscrito a la contrata con todos sus efectos correspondientes, la empresa aportará un certificado mensual, donde se haga constar el listado de los trabajadores pertenecientes a la contrata especificando las funciones concretas que realizan y copia de los documentos TC-1 y TC-2 correspondientes. Esta documentación se adjuntará con cada una de las certificaciones mensuales....” (el subrayado es nuestro)

(....)

Sin embargo, este Tribunal, a la vista de lo expuesto, aprecia que un análisis del contenido del informe técnico revela que en efecto, en orden a apreciar la viabilidad de la oferta, aquel ha valorado y tenido en cuenta aspectos- como la insuficiencia de los operarios ofertados para acometer la limpieza, mantenimiento, y reposición de taludes, acantilados y elementos vegetales- que, al no estar especificados en los pliegos, no han permitido al licitador justificar adecuadamente su oferta conforme a parámetros objetivos inexistentes, al no estar especificado el número mínimo de operarios como requisito mínimo en el pliego. Tampoco en el requerimiento que se efectuó al licitador se pidió que se justificara la viabilidad de la ejecución del contrato con el equipo ofertado, o en su caso, el desglose de costes respecto de los productos, materiales y servicios.

A juicio de este Tribunal, por tanto, se debe dar la razón a la recurrente. En el propio informe de viabilidad se indica que presentó la extensa documentación justificativa de su oferta, pero, a falta de indicación en el propio requerimiento efectuado, y a falta de parámetros objetivos fijados en el PPT, bien tuvo que especificarse en el requerimiento a la recurrente los aspectos concretos a justificar, o bien se debió haber solicitado aclaración sobre esta cuestión dentro del trámite previsto en el artículo 149 de la LCSP, en lugar de excluir directamente su oferta”.

En el supuesto examinado, por ejemplo, el informe técnico cuestiona la viabilidad de la oferta en mano de obra constituida por 12, 50 operarios equivalentes para todo el año, con un máximo de 17, 19 operarios para los meses intensivos de baño y 10,15 operarios para los meses de menor actividad, concluyendo que “de lo que antecede se estima por la experiencia y datos disponibles que los trabajos deben disponer de un personal mínimo de 11, 0 operarios para los meses de menor actividad y un mínimo de 20,00 operarios para los meses intensivos de baño. Estas previsiones se acercan más a las estipuladas en el punto 6.3 del pliego en lo concerniente a la mano de obra”.

Pues bien, en ningún lugar del pliego (más allá de la previsión genérica establecida en la cláusula 5 del PPT) se establece la composición mínima o el número de operarios que ha de adscribirse a la ejecución del contrato. Tampoco se establece previsión alguna en la cláusula 6.3 del PPT a que se refiere el informe técnico en el párrafo parcialmente transcrito, puesto que en dicha cláusula-relativa al precio del contrato-hay un desglose de importes



correspondientes al elemento mano de obra en función de las distintas tareas y actuaciones, pero en ningún caso, se indica número mínimo de operarios o personal necesario para cada una de ellas.

De ahí que se revela de manera ostensible la arbitrariedad del informe técnico a la hora de evaluar la viabilidad de la oferta conforme a parámetros que ni fueron fijados en el pliego ni tampoco le fueron especificados al licitador en el requerimiento que se le hizo. Es cierto que cuando en la Resolución 329/2022 se ha analizado el contenido del requerimiento -idéntico en su contenido, efectuado a las dos licitadoras incuras en anormalidad- se consideró que, pese a su amplitud, ello no fue óbice para que la UTE en aquel recurso recurrente se confeccionara la oferta económica y la justificación de la viabilidad con suficiente amplitud.

Sin embargo, y no siendo propiamente ello motivo de impugnación en el presente recurso, hemos de apreciar la arbitrariedad del informe técnico que se hace patente aun más si tenemos en cuenta que ha valorado aspectos que ni estaban especificados en los pliegos, ni siquiera le fueron indicados al licitador en el requerimiento efectuado para precisar los aspectos o desglose de costes en que debía justificar de la viabilidad de su oferta.

El motivo esgrimido debe pues prosperar.

2. El segundo motivo de impugnación es la falta de motivación respecto de la exclusión basada en el desglose de costes de gastos generales y beneficio industrial, al considerar la recurrente que el informe técnico se limita, de manera escueta, a rechazar la oferta considerando que existen dudas razonables sobre la calidad exigible en la prestación del servicio con tales porcentajes.

En cuanto a la necesidad de motivación del acuerdo de exclusión de una oferta incura en presunción de anormalidad, este Tribunal se ha manifestado en varias ocasiones sobre la necesidad de que en los supuestos en los que el órgano de contratación considere que no se justifica adecuadamente la oferta, inicialmente, incura en baja anormal o desproporcionada, la motivación del informe ha de ser más exhaustiva que en los supuestos en los que el órgano de contratación considere que se justifica adecuadamente la viabilidad de la misma, en los que no se requiere que se expliciten de manera exhaustiva los motivos de la aceptación (v.g. Resoluciones 294/2016, de 18 de noviembre, 10/2018, de 17 de enero y 30/2018, de 8 de febrero, de este Tribunal, entre otras).

En el mismo sentido se ha expresado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, manifestando su criterio entre otras muchas en su Resolución 142/2013, de 10 de abril, que resume su doctrina sobre ello; dice así: *«Como hemos reiterado en diversas resoluciones en caso de exclusión de una oferta incura en presunción de temeridad es exigible que se fundamenten los motivos que justifiquen tal exclusión mediante una resolución “reforzada”. Por el contrario, en caso de conformidad, no se requiere que se expliciten de manera exhaustiva los motivos de aceptación»*.

En el caso concreto, el informe técnico, con relación a la rebaja ofrecida por la recurrente de los gastos generales y el beneficio industrial, se limita a indicar lo siguiente: *“Se expone que la empresa, por la “estructura empresarial muy compacta con una fuerte presencia en la Provincia de Málaga” optimiza sus recursos y, por ello, puede reducir el porcentaje de gastos generales y beneficio industrial del 19% expresado en el PPT al 4,52% (Resumen en cuadro)*

CONCLUSIÓN:

Este supuesto de rebaja concreto no está explícitamente determinado en la ley de contrato del sector público, y a pesar de lo expresado, plantea un porcentaje que no garantiza la calidad que se exige del servicio en cuestión”

Este Tribunal aprecia que efectivamente, la exclusión por este motivo de la oferta, teniendo en cuenta que ni siquiera en el requerimiento se le indicó que de manera expresa justificase la reducción del porcentaje de ambos



conceptos, está carente de la motivación exhaustiva que se requiere en los casos de exclusión de las ofertas anormales, de conformidad con la doctrina anteriormente invocada.

Por tanto, el motivo debe prosperar.

En cuanto a la pretensión subsidiaria, de admisión de la oferta de ALTHENIA, mantenimiento de exclusión de la UTE BRÓCOLI y posterior adjudicación del contrato a favor de la recurrente, este Tribunal no puede acceder a ella ya que no puede acordar las mismas pues solo tiene facultades revisoras de los actos impugnados pronunciándose sobre su validez o anulación, correspondiendo adoptar aquellas al órgano de contratación.

SÉPTIMO. Efectos de la estimación parcial 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 del órgano de contratación por la que se excluye la proposición de la recurrente 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 viabilidad de la oferta de operarios para acometer las tareas de actuación así como el porcentaje de costes generales y beneficio industrial, lo que en ningún caso podrá suponer una modificación de la oferta sino una justificación de la viabilidad de la misma, 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 UTE aclaraciones sobre la viabilidad de su oferta, procede estimar parcialmente la pretensión en el sentido de anular el acto impugnado y la retroacción de las actuaciones al momento anterior a su comisión, para que se proceda a solicitar aclaraciones, y la continuación, en su caso, del procedimiento de adjudicación.

Vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunales

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ALTHENIA, S.L.** contra la resolución de 29 de abril de 2022 por la que se excluye su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado “Concesión del servicio público de gestión integral de las playas del municipio de Benalmádena” (Expte. 2019/17734K) convocado por el Ayuntamiento de Benalmádena (Málaga) en los términos indicados en los fundamentos sexto y séptimo de la presente Resolución.

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 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.

