Recurso 362/2022
Resolución 491/2022
Sección Tercera

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

Sevilla, 14 de octubre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **COFER SEGURIDAD, S.L.** contra la resolución de adjudicación, de 16 de septiembre de 2022, del contrato denominado "Servicio de vigilancia y seguridad en el Museo de Cádiz para el período de 1/10/2022 a 30/9/2023" (Expediente CONTR/2022/358427), tramitado por la actual Delegación Territorial en Cádiz de la Consejería de Turismo, Cultura y Deporte, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 3 de junio de 2022, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 402.001,75 euros.

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

El 6 de septiembre de 2022, tuvo lugar sesión de la mesa de contratación en la que se acuerda proponer al órgano de contratación la exclusión de la entidad COFER SEGURIDAD, S.L. al considerar, una vez tramitado el procedimiento previsto en el artículo 149 de la LCSP, que su oferta es inviable, y asimismo, la propuesta de adjudicación del contrato.

El órgano de contratación mediante resolución, de 16 de septiembre de 2022, acuerda adjudicar el contrato de referencia a la empresa GRUPO CONTROL EMPRESA DE SEGURIDAD, S.A.U. En dicha resolución se recoge la propuesta de la mesa de contratación de exclusión de la oferta presentada por COFER SEGURIDAD, S.L. pero no existe un pronunciamiento expreso sobre esta cuestión. El acto fue publicado en el perfil de contratante y notificado a la entidad recurrente el 20 de septiembre de 2022.

SEGUNDO. El 27 de septiembre de 2022, tuvo entrada en el registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por COFER SEGURIDAD, S.L. (en adelante COFER o la recurrente), contra la citada resolución de 16 de septiembre de 2022 de adjudicación del contrato.

La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al órgano de contratación, recabándole la documentación necesaria para su tramitación y resolución, que fue posteriormente remitida por el órgano de contratación y recibida en este Tribunal.

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 en el plazo concedido para ello las presentadas por la entidad GRUPO CONTROL EMPRESA DE SEGURIDAD, S.A.

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 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.

En el presente supuesto el recurso se interpone -desde el punto de vista del acto formalmente impugnado- contra la resolución de adjudicación acordada el 16 septiembre de 2022, aunque desde una perspectiva material o sustantiva, COFER combate la exclusión de su oferta que se ha de entender adoptada de forma tácita en la citada resolución de adjudicación, respecto 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 Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. 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 d) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del recurso. De las actuaciones realizadas en el seno del procedimiento relativas al rechazo de la oferta de la entidad ahora recurrente, inicialmente incursa en baja anormal o desproporcionada.

Así, según consta en la documentación remitida, en la sesión de la mesa de contratación de fecha 17 de agosto de 2022, tras detectar que la oferta presentada por la ahora recurrente se encontraba incursa en presunción de anormalidad, se acordó solicitar a la misma que justificara la viabilidad de su oferta con el requerimiento que se realizó en los siguientes términos: *«El órgano de contratación ha determinado su oferta como anormalmente baja, y así, en cumplimiento de la cláusula 10.5 de los referidos Pliegos, se le concede un PLAZO DE 3 DÍAS HÁBILES contados desde el siguiente al envío de la presente comunicación, para que presente a través de SIREC-Portal de*

licitación electrónica una justificación razonada y detallada del bajo nivel de la oferta económica presentada de acuerdo con lo establecido en el artículo 149 de la Ley de Contratos del Sector Publico; y la viabilidad de su oferta en relación al cumplimiento de los requisitos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas.».

En respuesta, la entidad recurrente presenta un documento justificativo que fue examinado por los servicios técnicos del órgano de contratación que en informe de 2 de septiembre de 2022, afirman que:

«Revisados todos los motivos expuestos por la empresa COFER SEGURIDAD SL, hemos de indicar lo siguiente: la bajada de precio propuesta por este licitador es del 20,41% del precio de licitación; una bajada muy importante cuando se partía de un precio de licitación no excesivamente alto, en comparación con contratos similares adjudicados por este órgano de contratación.
Los datos relevantes en la documentación aportada por la empresa para aclarar sus cálculos y justificar que con ellos el servicio se puede ejecutar de forma conveniente durante el plazo de ejecución y sus prórrogas son, por una parte, los incluidos en el cuadro arriba referenciado, en donde, como se ha indicado, no se tiene en cuenta la sustitución del mes de vacaciones del vigilante y en donde se aplican porcentajes muy reducidos; y por otra, una serie de hipótesis o compromisos que no se han tenido en cuenta al objeto de valorar la justificación del importe ofertado.
Por todo lo anterior, se determina que la documentación presentada por COFER SEGURIDAD SL no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios y que por tanto, no podría ser cumplida; proponiendo por ello sea rechazada la oferta de dicha empresa y excluida de la clasificación.».

En la sesión de la mesa de contratación de fecha 6 de septiembre de 2022 se acuerda:

«Durante la mesa se expresa la conformidad al contenido del informe y su propuesta de inadmitir la justificación del precio por parte del letrado, del interventor provincial, de la jefa de sección y la técnico conservadora. Transcurrido el plazo señalado y finalizada la sesión, no se ha recibido oposición o objeción alguna a dicha propuesta por ninguno de los otros miembros convocados. Consecuentemente, la mesa de contratación propone en esa sesión al órgano el rechazo de la oferta de COFER SEGURIDAD, S.L. por no justificar suficientemente su oferta».

Finalmente, el órgano de contratación adjudica el contrato en Resolución de 16 de septiembre de 2022, sin que previamente se haya realizado un pronunciamiento expreso sobre la propuesta de exclusión de la mesa de contratación de la oferta de la recurrente, por lo que ha de considerarse tácitamente adoptada en el citado acuerdo de adjudicación.

SEXTO. Fondo del recurso. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. COFER sustenta su escrito de impugnación sobre tres cuestiones; el propio hecho de que su oferta se encontrase incursa en valores anormales o desproporcionados, diversos defectos formales en la resolución de adjudicación y manifiesta que la mesa de contratación le debió solicitar aclaraciones de forma previa a la exclusión de su oferta.

La recurrente solicita de forma principal que se estime su recurso y que se la admita al procedimiento al no estar su oferta incursa en valores anormales o desproporcionados y de forma subsidiaria solicita a este Órgano que

valore la justificación que ha presentado y que la considere justificada para que se pueda continuar el procedimiento.

Pues bien, en primer lugar, respecto de la calificación de su oferta como anormalmente baja, manifiesta que el anexo XI del PCAP en el que se establecen los parámetros objetivos para considerar una oferta como anormalmente baja es contradictorio. Además argumenta que teniendo en cuenta una reducción en los costes de la seguridad social que incluye en la justificación de la viabilidad de su oferta, como consecuencia de la contratación de una persona con discapacidad, no se incurriría en baja anormal alguna. Finalmente indica que el importe de la baja supera en poco el umbral para que sea considerada anormal, como elemento a tener en cuenta y que en definitiva, concluye, que se ha de entender que la misma está totalmente justificada.

En segundo lugar y de forma subsidiaria, la recurrente pone de manifiesto diversos defectos formales de los que adolece la resolución de adjudicación: (I) falta de motivación, dado que no se recoge la exclusión de su oferta ni su motivación, tampoco la puntuación conferida a las distintas ofertas ni los motivos que fundamentan la adjudicación del contrato, (II) y no recoge la información necesaria que permita a los interesados interponer el recurso. Además, desde una perspectiva material alega que su oferta fue indebidamente excluida porque el requerimiento para que justificara la viabilidad de su oferta en el marco del artículo 149 de la LCSP fue totalmente genérico, y con relación a los motivos concretos que ocasionan la exclusión argumenta:

- Respecto del error en los cálculos de los costes de personal en cuanto a la sustitución del vigilante en los meses de verano; afirma que sí los incluye dado que el cálculo de horas que ha realizado comprende dos personas y que queda un sobrante que sirve para cubrir las mencionadas vacaciones. Argumenta, que en caso de dudas la mesa de contratación le debió solicitar aclaraciones en lugar de excluirle directamente, dado el hecho de que el requerimiento inicial fue totalmente genérico.

- Respecto de los porcentajes muy reducidos en cuanto a los gastos generales, absentismo y beneficio industrial. Argumenta que son reducidos pero no inexistentes y que dicha partida queda al arbitrio del empresario. En este sentido vuelve a indicar que en caso de dudas la mesa de contratación le pudo haber solicitado aclaraciones.

- Respecto del ahorro relativo a los costes de seguridad social como consecuencia de la contratación de un trabajador discapacitado, que se considera por el órgano de contratación una hipótesis o un compromiso que no ha sido objeto de valoración, la recurrente argumenta que tiene un acuerdo con un trabajador discapacitado que supone un ahorro de un 20% en la seguridad social y que este se mantiene vigente siempre que el órgano de contratación cumpla los plazos establecidos en el procedimiento para la adjudicación del contrato, la recurrente mantiene que esta afirmación no es una hipótesis sino que es una realidad.

Por lo anterior, la recurrente solicita como se ha mencionado de forma principal la anulación de la resolución de adjudicación con retroacción de las actuaciones para que su oferta no considere como inicialmente incursa en valores anormales o desproporcionados y subsidiariamente en el supuesto de que sí se considere incursa en valores anormales que se valore la justificación y se considere la misma plenamente justificada y se continúen las actuaciones.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Respecto de la consideración de la oferta de la recurrente inicialmente incursa en valores anormales o desproporcionados afirma que no hay error o contradicción en la redacción del Anexo XI del pliego de cláusulas

administrativas particulares (en adelante PCAP). Afirma, que una baja de 20,41% para un contrato que tiene posibilidad de prórroga por 4 años más -sin revisión de precios por aumento del índice de precios o de posibles aumentos salariales- fue considerada correctamente por la mesa de contratación como una reducción considerable, y que posibilitó al licitador que justificara su oferta según lo establecido en el citado anexo del PCAP.

Manifiesta, respecto de la falta de motivación de la resolución de adjudicación que con la información ya publicada en el perfil de contratante se da suficiente detalle de la puntuación y cálculos realizados para determinar la prelación de ofertas. Afirma, que la resolución se basa en dicha documentación que cita en su contenido, por lo que estaría adecuadamente justificada la decisión de adjudicar a la empresa en cuestión. Respecto del error del pie de recurso de la referida resolución de adjudicación lo reconoce, sin embargo, considera que no se puede considerar falta de información o publicidad de la posibilidad de plantear dicho recurso, ya que en el PCAP en su anexo I, se menciona de forma expresa dicha posibilidad.

Entrando en el motivo de fondo del recurso especial, afirma sobre el estudio de la justificación presentada por COFER y en concreto con relación a los costes salariales, que el cálculo de 12 mensualidades siempre se entiende que afecta a el trabajador que está adscrito al servicio, que tiene derecho a un mes de vacaciones retribuidas. Afirma, que es obligación del adjudicatario abonar un mes más (y su correspondiente parte de paga extra) al vigilante que cubre ese mes de vacaciones. Esa mensualidad, con sus cotizaciones sociales y porcentajes de gastos y beneficio correspondiente es un importe que considera bastante importante a la hora de cuadrar un presupuesto económico.

Por lo anterior solicita que se desestime el recurso.

3. Alegaciones de la entidad interesada.

Finalmente, la entidad interesada GRUPO CONTROL EMPRESA DE SEGURIDAD, S.A. se opone asimismo a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidos.

SÉPTIMO. Consideraciones del Tribunal.

Como se ha expuesto, en síntesis, la recurrente basa su recurso como pretensión principal en que su oferta no se debió de considerar incursa inicialmente en valores anormales o desproporcionados. De forma subsidiaria desde una perspectiva formal en los defectos de la resolución de adjudicación; falta de motivación y pie de recurso erróneo y finalmente en que su oferta se debió de considerar justificada.

En primer lugar y como pretensión principal, la recurrente manifiesta que su oferta no se debió considerar incursa en valores anormales o desproporcionados en los términos regulados en el artículo 149 de la LCSP. Argumenta que el anexo XI del PCAP en el que se encuentran recogidos los parámetros objetivos para considerar una oferta anormalmente baja, tiene una redacción que le ha provocado indefensión y que si se considerase una reducción que aplica en su proposición referida a los costes de la seguridad social, su oferta no incurría en presunción de anormalidad.

Se procede a reproducir parcialmente el contenido del mencionado anexo XI del PCAP:

«PARÁMETROS OBJETIVOS PARA CONSIDERAR UNA OFERTA ANORMALMENTE BAJA

Los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que una oferta se considere anormalmente baja, serán los siguientes:
- Cuando se presente un único licitador, se considera que es una oferta anormalmente baja si ésta es inferior en 20 unidades porcentuales del presupuesto base de licitación.
- Cuando se presenten dos licitadores, se considera anormalmente baja la oferta que sea inferior en más de 15 unidades porcentuales a la otra oferta.
- Cuando se presenten más de dos licitadores, se considera anormalmente baja la oferta que sea inferior en más de 15 unidades porcentuales a la media aritmética de todas las ofertas presentadas.
- En todo caso, se considerará anormal la baja superior a 20 unidades porcentuales.
En estos supuestos se estará a lo previsto en la LCSP y en el RGLCAP».

La recurrente viene a indicar que de acuerdo al parámetro incluido para el supuesto en el que participen en el procedimiento más de dos licitadores: *«más de 15 unidades porcentuales de la media aritmética a todas las ofertas presentadas»*, su oferta no debería ser considerada anormalmente baja y que lo fue porque la mesa de contratación aplicó el último parámetro: *«se considerará anormal la baja superior a 20 unidades porcentuales»* pero que el mismo resulta incompleto ya que no se indica a qué se refiere la baja superior del 20% y que además el parámetro es contradictorio con el mencionado en primer lugar.

Sin embargo, no consta que esta contradicción manifestada haya sido objeto de impugnación por la recurrente, quien aceptó incondicionalmente el contenido de los pliegos al presentar su oferta (artículo 139 de la LCSP). Así las cosas, el contenido del pliego ya es firme e incuestionable, y se habrá de estar a su contenido.

En este sentido, y aunque como indica la recurrente el último parámetro del anexo XI no está correctamente redactado dado que efectivamente se debió establecer que la baja del 20% se refiere al presupuesto de licitación, ello resulta fácilmente deducible dado que la redacción resulta prácticamente idéntica al primer parámetro establecido para el supuesto en que haya participado un único licitador y en el que se establece: *«es una oferta anormalmente baja si ésta es inferior en 20 unidades porcentuales del presupuesto base de licitación»*. Por tanto, este Tribunal considera que aunque el parámetro pudo redactarse de forma más adecuada, el mismo resulta comprensible y en cualquier caso, un licitador suficientemente informado y normalmente diligente pudo, en caso de no alcanzar a realizar una interpretación razonable e integradora de su contenido, bien -como indicamos- pudo impugnar el pliego o solicitar aclaraciones sobre esta cuestión al órgano de contratación.

La recurrente argumenta no alcanzar a entender el motivo por el que existen ambos parámetros, dado que a su juicio existiendo el correspondiente al supuesto en el que participan en la licitación más de dos licitadores no se tendría que utilizar el último de ellos. Pues bien, esta interpretación no es correcta, el PCAP establece un parámetro general que no depende de las ofertas presentadas y que se conoce desde un primer momento -todas las proposiciones inferiores en más de un 20% al presupuesto base de licitación serán consideradas anormales o desproporcionadas- y otro que sí depende de las ofertas presentadas y que se materializa, para este supuesto concreto, en la baja en más de un 15% de la media aritmética de las proposiciones presentadas. Con dicha previsión, sin que este Tribunal prejuzgue su legalidad, parece ser que el órgano de contratación quiere garantizar que a partir de un determinado umbral -con independencia del importe de las ofertas- sea necesaria la justificación de la viabilidad de las mismas. Cuestión que como hemos mencionado, queda suficientemente explicitada en el anexo XI del PCAP.

En este sentido, teniendo en cuenta que la oferta de la recurrente conlleva una baja superior al 20% del presupuesto base de licitación, la misma se encuentra, efectivamente, incursa inicialmente en valores anormales

o desproporcionados por lo que la mesa de contratación actuó correctamente al solicitarle la justificación de la viabilidad de la oferta en los términos establecidos en el artículo 149 de la LCSP.

Por otro lado, la recurrente indica que teniendo en cuenta la reducción en los costes de la seguridad social contemplada en su oferta, la misma no se encontraría incursa en valores anormales. Sobre esta cuestión, la recurrente recoge en el documento justificativo de la viabilidad la partida correspondiente a la seguridad social que asciende a 14.479,67 euros y a continuación a modo de nota lo siguiente: *«El concepto de costes de SEGURIDAD SOCIAL se ha calculado en su totalidad, aunque al tratarse de un servicio de nueva ejecución, la empresa si se cumplen los plazos establecidos para el inicio del servicio tiene un acuerdo con un trabajador con certificado de discapacidad para su incorporación, con lo cual la empresa se bonificaría de la cuota de seguridad social de dicho trabajador reduciendo este concepto de gasto un mínimo del 20 % sobre el importe reflejado (5)».*

De lo anterior, este Tribunal infiere que de acuerdo con lo recogido en el documento justificativo lo que se indica es que resulta posible reducir en un 20% la partida de seguridad social si se cumplen las condiciones indicadas. Es decir, que si se cumple la condición la partida correspondiente a la seguridad social sería un 20% más reducida, ello implicaría que la oferta fuera aún más baja y no que la misma no incurriese en valores anormales como argumenta COFER en el recurso. En cualquier caso, esta disminución tan solo se anuncia, pero no aparece computada en las partidas -se recoge el importe sin la reducción- por tanto la misma, en tanto que no afecta al importe de la proposición, no puede afectar de forma alguna a la detección de la oferta como anormal o desproporcionada de acuerdo al citado parámetro. En fin, teniendo en cuenta todo lo expuesto, procede la desestimación de la pretensión principal y concluir que la mesa de contratación detectó correctamente la oferta de COFER como inicialmente incursa en valores anormales o desproporcionados.

De forma subsidiaria la recurrente, en primer lugar, argumenta que la resolución de adjudicación adolece de falta de motivación, respecto de la exclusión y de la valoración del resto de las ofertas y no contiene que la misma es susceptible de impugnación mediante la interposición de recurso especial.

La recurrente denuncia el perjuicio que le ha ocasionado a él y al resto de los licitadores los defectos de los que adolece la resolución de adjudicación a efectos, por ejemplo, de su impugnación mediante el recurso especial.

Respecto de las alusiones a las dificultades que puedan haber sufrido otros licitadores, parece que la alegación contenida en el escrito de interposición tiene como finalidad evitar la situación de indefensión en que puedan quedar los licitadores distintos a la recurrente realizando una suerte defensa de la legalidad, que desborda el concepto de interés legítimo regulado en el artículo 48 de la LCSP, dado que se exige que la estimación del recurso comporte que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación (v.g. Resoluciones 71/2021, de 4 de marzo y 575/2021, de 23 de diciembre). Por lo que procede la desestimación de esta alegación respecto de los perjuicios irrogados a terceros distintos de la recurrente.

La recurrente también manifiesta que la resolución de adjudicación no se encuentra suficientemente motivada desde dos perspectivas y que por tanto el órgano de contratación ha conculcado el artículo 151 de la LCSP. En primer lugar, manifiesta que la resolución no se encuentra en absoluto motivada respecto de las razones por las que se adjudica el contrato, así como que no existe el desglose de las valoraciones asignadas a cada una de las entidades licitadoras, ni tampoco se recoge la exclusión de su oferta por considerar no justificada su viabilidad.

Respecto a la motivación, este Tribunal dispone de una sentada doctrina sobre la cuestión suscitada y expuesta en su Resolución 74/2021, de 11 de julio que ha sido objeto de desarrollo (v.g. Resoluciones 122/2012, 102/2013, 109/2013, 190/2014, 77/2015, 113/2015, 115/2015, 431/2015, 53/2016, 78/2016, 22/2017, 75/2017, 169/2017, 121/2018, 299/2018, 46/2019, 65/2019, 405/2019, 174/2020, 222/2020, 348/2020, 37/2021, 236/2021, 483/2021, 568/2021, 26/2022, 145/2022 y 157/2022, entre otras). Así, por ejemplo, en las Resoluciones 65/2019, de 14 de marzo y más recientemente 26/2022, de 21 de enero, se indica sobre esta cuestión que: *«Es doctrina reiterada de este Tribunal que la motivación no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente. En el sentido expuesto, el Tribunal Constitucional mantiene (Sentencia 210/1999, de 29 de noviembre en el Recurso de amparo 3646/1995) que la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, tras la infracción de una norma procesal, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa y que dicha indefensión ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción procesal, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa».*

En el presente supuesto la recurrente indica estos defectos; la falta de motivación de la adjudicación, del detalle de las puntuaciones de los licitadores y del acuerdo de exclusión. En este sentido, desde una perspectiva formal resulta cierto que la resolución adolece de las irregularidades indicadas y que conculca el artículo 151 de la LCSP, dado que no se recoge un desglose de las valoraciones asignadas a los distintos licitadores, ni «*las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de este con preferencia respecto de las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas*», sin que se pueda admitir la alegación del órgano de contratación sobre esta cuestión que afirma que resulta suficiente la publicación en el perfil de contratante de esta información, dado que la misma se debe facilitar también en la notificación de la resolución de adjudicación que se tiene que realizar a cada uno de los licitadores. Además, se omite el acuerdo del órgano de contratación relativo al rechazo de la oferta de COFER por entender no justificada su viabilidad, previsto en el artículo 149.6 de la LCSP. En la resolución, como indicamos, simplemente se recoge la propuesta de exclusión de la mesa de contratación lo que ha conducido a este Órgano a entender que el acuerdo omitido se ha producido de forma tácita como consecuencia de la propia resolución de adjudicación a efectos de su impugnación.

Sentado lo anterior, se debe tener en cuenta que como se manifiesta en la doctrina reproducida la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, tras la infracción de una norma procesal, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa y ello es lo que este Tribunal considera que no se ha producido el presente supuesto por las siguientes razones: (I) con relación a la motivación de la adjudicación y (II) las puntuaciones otorgadas a los distintos licitadores, COFER no cuestiona en ningún momento de forma material ni una, -las características de la oferta de la adjudicataria-, ni otra -la valoración del resto de las ofertas- ya que su recurso se dirige de forma exclusiva a impugnar la exclusión de su oferta al manifestar que la misma es viable. En este sentido, tampoco se ha producido indefensión material respecto de la falta del acuerdo expreso del órgano de contratación del rechazo de su oferta dado que la recurrente conoce los motivos por los que la misma se ha excluido -ya que conoce el informe técnico sobre de viabilidad y las actas de las mesas de contratación- y los cuestiona de forma pormenorizada. Por tanto, al no haber existido indefensión material procede la desestimación de esta alegación.

Finalmente, la recurrente alega la anulabilidad de la resolución de adjudicación debido a que en la misma se menciona que es susceptible de impugnación mediante la interposición del recurso de reposición en lugar del especial en materia de contratación, que es el procedente.

Pues bien, para resolver la controversia ha de acudirse al artículo 19.5 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (en adelante el Reglamento), que establece que *«Los actos notificados cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, deberán ser recurridos dentro de los plazos previstos en el apartado 2 del artículo 44 del texto refundido de la ley de contratos del sector público y en el presente artículo (...). Por el contrario, si las notificaciones referidas a la exclusión de un licitador o a la adjudicación de un contrato, contravienen los requisitos del artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el plazo se iniciará a contar desde el momento en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la notificación o interponga cualquier recurso».*

Las referencias anteriores al artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, deben entenderse realizadas al vigente artículo 40.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante Ley 39/2015), conforme al cual *«Toda notificación (…) deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si pone fin o no a la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, en su caso, en vía administrativa y judicial, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente».*

Asimismo, el apartado tercero del citado artículo 40 de la Ley 39/2015, en consonancia con el mencionado artículo 19.5 del Reglamento, dispone que *«Las notificaciones que, conteniendo el texto íntegro del acto, omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el apartado anterior, surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación, o interponga cualquier recurso que proceda.».*

En definitiva, en el supuesto examinado, el efecto de la omisión en la resolución de adjudicación: del recurso procedente, plazo y órgano competente, tendrá consecuencias desde la perspectiva de la eficacia del acto administrativo, pero no respecto a su validez. Como se ha indicado, en estos supuestos en los que la notificación se considera defectuosa el plazo para recurrir el acto se iniciará a contar desde el momento en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la notificación o interponga cualquier recurso. En el presente supuesto, además, el recurso se ha interpuesto en plazo aun computado desde la propia notificación del acto, por lo que tampoco cabe apreciar indefensión. Por tanto, procede la desestimación de esta alegación.

Finalmente, la recurrente desde una perspectiva material cuestiona los motivos por los que su oferta fue excluida. En primer lugar, afirma que el requerimiento de documentación justificativa realizado mediante notificación de 17 de agosto de 2022 fue totalmente genérico. Argumenta que pese al requerimiento genérico realizó una exhaustiva justificación de la viabilidad de su oferta, para a continuación cuestionar los motivos reflejados en el informe técnico de viabilidad de su oferta, de 2 de septiembre de 2022, que conllevaron la propuesta de exclusión y que fueron acogidos por la mesa de contratación en su quinta sesión celebrada el 6 de septiembre de 2022.

Procede ahora analizar cada uno de los motivos contenidos en el informe de viabilidad y que conllevaron a la exclusión de la oferta de la recurrente. En este sentido, aunque en el informe de viabilidad se hace referencia a seis declaraciones contenidas en el documento justificativo de COFER, realmente la inviabilidad de la oferta se fundamenta en los datos relativos a los costes salariales, sin que ninguna del resto de las cuestiones alegadas en el documento justificativo sea tenidas en cuenta en el informe de viabilidad dado que no aporta información relevante a este respecto.

En primer lugar, en el informe se indica «*Los criterios de sueldo base, con sus 3 pagas extraordinarias, y los pluses, coinciden con lo presupuestado por este órgano de contratación; sin embargo, se constata que no contempla la cobertura del mes de vacaciones del vigilante asignado al Museo de Cádiz. Es un importe que supondría aproximadamente una mensualidad en el cálculo de la anualidad y el aumento proporcional en gastos sociales y porcentajes de costes y gastos. Entendemos que ello supone un grave descuadre en la previsión realizada que podría afectar de forma importante a la normal ejecución del contrato, especialmente durante el mes de vacaciones del vigilante asignado al servicio.*».

Sobre esta cuestión, COFER en el recurso argumenta, que no ha incurrido en error, afirma que el mes de vacaciones está incluido en el cálculo del sueldo base, manifiesta: *«Recordemos que, si dividimos las horas correspondientes al servicio, entre las horas que debe realizar cada persona adjudicada al servicio, dicho cálculo se refiere a 2,7 personas. Es decir, el cálculo está realizado para que el servicio sea cubierto por dos personas y sobra. Precisamente porque da de sobra para dos personas, el mes de vacaciones se incluye en el cálculo del suelo base aportado por esta parte».*

Sobre esta cuestión, en el informe al recurso el órgano de contratación manifiesta *«Las consideraciones a lo expuesto en dicha justificación se detalle suficientemente en el informe técnico que avala la Mesa y en lo dicho en su sesión, que se especifica en el correspondiente Acta.*
Reiterar simplemente que el cálculo de 12 mensualidades siempre se entiende que afecta a el trabajador que está adscrito al servicio, que tiene derecho a 1 mes de vacaciones retribuidos. Es obligación por tanto de la empresa abonar 1 mes más (y su correspondiente parte de paga extra) al vigilante que cubre ese mes de vacaciones. Esa mensualidad, con sus cotizaciones sociales y porcentajes de gastos y beneficio correspondiente es un importe que entendemos bastante importante a la hora de cuadrar un presupuesto económico».

En este sentido este Órgano carece de suficientes datos para poderse pronunciar sobre esta cuestión, dado que ni en el documento justificativo de COFER ni en el informe de viabilidad, así como tampoco en el recurso ni en el informe al recurso se desglosan los cálculos que permitan concluir si se ha tenido en cuenta o no la cobertura del mes de vacaciones del vigilante asignado al Museo de Cádiz.

Sobre lo anterior, ha de tenerse en cuenta que estamos ante la proposición económicamente más ventajosa, por lo que si el impedimento para aceptar la oferta, inicialmente incursa en baja anormal, es que la misma en determinados aspectos no está justificada o acreditada en los términos que el órgano de contratación considera necesarios, por el principio de proporcionalidad, y antes de proceder a su rechazo es necesario solicitar aclaración de la misma, con el objeto de justificar o acreditar los extremos que se consideren necesarios, sin que la entidad licitadora pueda modificar su oferta, únicamente aclarar o acreditar aquellas cuestiones que sean necesarias.

Máxime en este supuesto, en que el requerimiento efectuado por el órgano de contratación es genérico e impreciso, pues se limita a invocar el artículo 149 de la LCSP. En este sentido, la suficiencia de la información ofrecida por la entidad licitadora para justificar o acreditar la viabilidad de su oferta debe analizarse a la vista y en función de lo solicitado en el requerimiento por el órgano de contratación, de tal modo que, si este considera imprescindible que se desglose, justifique o acrediten determinados aspectos de la proposición necesariamente lo ha de indicar en su requerimiento. De lo contrario, como sucede en el supuesto que se examina, la motivación del rechazo de la oferta ha de considerarse puramente formal e insuficiente, pues no se analiza en qué medida la información aportada por la recurrente incide en la viabilidad de la oferta.

En segundo lugar, el informe de viabilidad se refiere a las partidas relativas al beneficio industrial y absentismo. Ambos porcentajes 4,23% y 2%, respectivamente, los considera muy reducidos, si bien, respecto del absentismo, afirma, que no es un dato que haya supuesto directamente el rechazo de la justificación, debido a que a la fecha no es posible conocer el absentismo que pudiera tener el servicio, si bien manifiesta que dado que el servicio podría alargarse 5 años, si el órgano de contratación así lo decide, se aumenta la inseguridad.

Sobre esta cuestión, la recurrente argumenta que el hecho de el porcentaje correspondiente a dichas partidas sea reducida no quiere decir que no sean válidas ya que las mismas quedan a discreción del empresario y que en cualquier caso pudo haberle solicitado la mesa de contratación aclaraciones.

En el informe al recurso el órgano de contratación no se manifiesta sobre esta alegación.

Pues bien, este Tribunal ha puesto de manifiesto en muchas ocasiones, entre ellas en su Resolución 215/2021, de 27 de mayo, que *«en las ofertas inicialmente incursas en baja anormal, la verificación por parte del órgano de contratación solo debe limitarse a la viabilidad o posibilidad de cumplimiento del contrato desde la perspectiva de la oferta de cada entidad licitadora; en este sentido, la normativa sobre justificación de ofertas presuntamente anormales o desproporcionadas no impone de forma absoluta la necesidad de valorar la coherencia económica de la oferta en sí misma considerada, sino si es viable que la entidad licitadora ofertante la ejecute, de ahí que cobren especial importancia las condiciones de la propia licitadora. No cabe, por tanto, al menos como principio, extender ese análisis de viabilidad de la oferta a aquellas partidas de la misma que quedan al arbitrio de la empresa licitadora, como ocurre con los gastos generales o el beneficio industrial, quien las puede incluir en el porcentaje que estime pertinente, sin que los pliegos, ni las reglas de contratación establezcan fórmulas o porcentajes para la determinación o inclusión de tales partidas económicas (v.g. Resoluciones de este Tribunal, entre otras, 28/2016, 11 de febrero, 294/2016, de 18 de noviembre, 328/2016, de 22 de diciembre y 26/2017, de 3 de febrero, así como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en su Resolución 1157/2015, de 18 de diciembre).»*

En definitiva, la entidad licitadora puede incluir como beneficio industrial el porcentaje que estime pertinente, siempre y cuando justifique que la ejecución de su oferta es viable para llevar a cabo una correcta ejecución del contrato.

En el presente supuesto, el argumento relativo a que el porcentaje asignado al beneficio industrial es bajo, a juicio del órgano de contratación, en comparación con otros contratos similares no es argumento suficiente para considerar que una oferta no es viable, y ante la duda le debió solicitar aclaraciones adicionales a COFER en el sentido anteriormente manifestado. El mismo argumento se ha de esgrimir respecto de la partida relativa al absentismo, y además -se vuelve a reiterar- ante el requerimiento genérico que se realizó respecto a la documentación a presentar para la justificación de la oferta. Así, si el porcentaje tenido en cuenta por absentismo se consideró insuficiente la mesa o el órgano de contratación debió solicitar aclaraciones. En definitiva, este Tribunal considera que deben estimarse las alegaciones de la recurrente respecto al beneficio industrial y absentismo, teniendo en cuenta que si el órgano de contratación los considera relevantes debió solicitar mayor detalle en el requerimiento de la justificación de la oferta o una vez advertida la ausencia de un mayor desglose o detalle.

Finalmente, y aunque ya ha sido objeto de análisis anteriormente procede abordar la alegación de la recurrente que en diversas partes de su escrito, menciona la cuestión relativa a la reducción de los costes en la partida de

seguridad social como consecuencia de la contratación de una persona con discapacidad. Sobre lo anterior, y como se menciona en el informe de viabilidad, en primer lugar, la oferta económica inicialmente presentada y posteriormente desglosada en la documentación justificativa se realiza por un importe -63.995,67 euros- en la que no aparece ningún descuento, si bien se añade como anotación -en la documentación justificativa- que dicha partida se beneficiaría de una reducción del 20% como consecuencia de la contratación del citado trabajador con discapacidad.

En este sentido, en lo que aquí interesa, no resulta relevante dicho descuento en tanto que no se recoge para la aplicación del parámetro para la detección de la baja anormal ni para la justificación de la viabilidad. Ello es así porque COFER no incluye dicha reducción en el importe inicial de su oferta por lo que no puede ser usada como justificación de su viabilidad a posteriori, dado que ello supondría modificar el importe de la partida relativa a la seguridad social, en un momento posterior y una vez conocido el importe del resto de las ofertas. Es decir, la justificación se ha de realizar partiendo del importe de la proposición inicial, desglosando las diferentes partidas en los términos establecidos en el artículo 149 de la LCSP, sin que se pueda a estos efectos -para justificar la viabilidad- modificar los costes como consecuencia de ahorros inicialmente no recogidos en tanto que ello supondría alterar la proposición inicial.

En consecuencia, con base en las consideraciones realizadas, teniendo en cuenta lo alegado en el recurso, los términos genéricos del requerimiento de información, la motivación formal del informe de viabilidad, el principio de proporcionalidad y la necesidad de una motivación sustantiva en el sentido expuesto, para excluir una oferta que es la económicamente más ventajosa, debiera haberse concedido a la entidad ahora recurrente la oportunidad de aclarar y/o completar la información, sin que ello suponga modificar la oferta, respecto de las cuestiones indicadas: cobertura del coste del mes de vacaciones del citado vigilante, beneficio industrial y absentismo.

Procede, pues, estimar parcialmente en los términos expuestos el recurso interpuesto.

OCTAVO. Sobre los efectos de la estimación parcial del recurso.

La corrección de las infracciones legales cometidas, y que han sido analizadas y determinadas en el fundamento de derecho séptimo de la presente resolución, debe llevarse a cabo anulando la resolución de adjudicación de 16 de septiembre de 2022, con retroacción de las actuaciones al momento previo a su dictado, para que se proceda por la mesa o el órgano de contratación a requerir a la entidad ahora recurrente la información y documentación complementaria considere precisa a los efectos de justificar la viabilidad de su oferta, sin que pueda dicha entidad modificar la misma, en los términos recogidos en el citado fundamento de derecho, con continuación del procedimiento de licitación en su caso.

En este sentido, dada las funciones exclusivamente revisoras de los actos emanados de los poderes adjudicadores que competen a este Tribunal, no le es posible declarar la aceptación de la oferta de la entidad ahora recurrente por justificar su viabilidad, al haberse estimado parte de las alegaciones del recurso, siendo esta una función que únicamente compete al órgano de contratación, ex artículo 149 de la LCSP, de tal suerte que en el supuesto examinado una vez que la mesa o el órgano de contratación, en cumplimiento de la presente resolución y previo requerimiento al efecto, haya examinado la eventual información y documentación que haya aportado la entidad ahora recurrente a los efectos de justificar la viabilidad de su oferta, sin que ello en ningún momento pueda suponer modificación de la misma, podrá efectuar una apreciación conjunta de todos los elementos concurrentes y decidir el órgano de contratación de forma motivada, previa propuesta de la mesa en su caso, la

aceptación o rechazo de la oferta de la entidad ahora recurrente (v.g. entre otras Resoluciones 171/2021, de 6 de mayo, 196/2021, de 20 de mayo, 215/2021, de 27 de mayo, 497/2021, de 25 de noviembre y 371/2022, de 6 de julio, de este Tribunal) .

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **COFER SEGURIDAD, S.L.** contra la resolución de adjudicación, de 16 de septiembre de 2022, del contrato denominado "Servicio de vigilancia y seguridad en el Museo de Cádiz para el período de 1/10/2022 a 30/9/2023." (Expediente CONTR/2022/358427), tramitado por la actual Delegación Territorial en Cádiz de la Consejería de Turismo, Cultura y Deporte, anular el acto impugnado para que se proceda por el órgano de contratación en los términos expuestos en los fundamentos de derecho séptimo y octavo de la presente resolución.

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

TERCERO. 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.