Recurso 513/2022
Resolución 24/2023
Sección Tercera

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

Sevilla, 13 de enero de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **PREZERO ESPAÑA, S.A.U.** contra la resolución, de 5 de diciembre de 2022, por la que se adjudica el contrato y se contiene la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación denominado "Servicio de limpieza viaria y mantenimiento de zonas verdes, en lotes, según pliegos" (Expediente 79/2021), respecto del lote 1, convocado por el Ayuntamiento de Vera (Almería), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 1 de diciembre de 2021, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El 2 de diciembre de 2021, los pliegos de la contratación fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil. El 3 de diciembre de 2021, el citado anuncio de licitación, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Posteriormente, el 3 de enero de 2022, se publicó en dicho perfil una rectificación del anuncio de licitación ampliándose el plazo de presentación de ofertas. Mediante la citada rectificación, se da publicidad en el perfil a una resolución del órgano de contratación por la que se acuerda corregir diversos errores advertidos en los pliegos rectores de esta licitación. En esa misma fecha, se publican los pliegos ya rectificados. El valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 11.959.835,60 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

La mesa de contratación mediante acuerdo adoptado el 23 de mayo de 2022, según consta en acta al efecto, excluye la oferta de la entidad ahora recurrente, respecto del lote 1, por no acreditar la viabilidad de su oferta inicialmente incursa en baja anormal o desproporcionada. Contra dicho acuerdo la entidad PREZERO ESPAÑA, S.A.U. (en adelante la recurrente), antes CESPA COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PÚBLICOS AUXILIARES, S.A.,

denominación con la que presentó oferta a la presente licitación, interpuso recurso especial en materia de contratación que fue tramitado con el número 236/2022. El mencionado recurso fue estimado parcialmente por este Tribunal mediante Resolución 388/2022, de 15 de julio.

Posteriormente, mediante resolución, de 5 de diciembre de 2022, el órgano de contratación adjudica el contrato a la entidad RAGA MEDIO AMBIENTE, S.A. (en adelante la entidad adjudicataria). Asimismo, en dicha resolución se acuerda rechazar la oferta de la entidad ahora recurrente, inicialmente incursa en baja anormal o desproporcionada, por no justificar su viabilidad, respecto del lote 1.

SEGUNDO. El 14 de diciembre de 2022, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ahora recurrente, contra la citada resolución de 5 de diciembre de 2022 en el que se contiene la exclusión de su oferta, respecto del lote 1.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, el 15 de diciembre de 2022, 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 tras ser reiterado el 20 de diciembre de 2022 fue recibido en este Órgano los días 20 y 21 de diciembre de 2022.

El 21 de diciembre de 2022, 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 las presentadas por la entidad adjudicataria.

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 Vera (Almería) 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, respecto del lote 1, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la adjudicación en un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

Aunque formalmente el recurso se interpone contra la resolución de adjudicación, materialmente se cuestiona la exclusión de la oferta de la entidad ahora recurrente por no acreditar su viabilidad.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación contenida en el procedimiento de recurso, la adjudicación del contrato fue adoptada por el órgano de contratación el 5 de diciembre de 2022, por lo que aun computando desde dicha fecha el recurso presentado el 14 de diciembre de 2022 en el registro de este Tribunal, 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.

1. De las actuaciones realizadas con carácter previo a la interposición del recurso 236/2022 estimado parcialmente por este Tribunal mediante Resolución 388/2022, de 15 de julio.

En síntesis, en la sesión de la mesa de contratación de fecha 4 de abril de 2022, tras detectar que la oferta presentada por la recurrente al lote 1 se encontraba incursa en presunción de anormalidad, se acordó solicitar a dicha entidad que justificara la viabilidad de su oferta.

En respuesta, la entidad recurrente presenta un extenso documento justificativo que fue examinado por el técnico municipal en informe de 20 de abril de 2022, en el que indica que: *«1.- Por parte de la empresa (…) [ahora recurrente] se presenta una detallada justificación de la baja presentada, la cual se basa en la experiencia de la empresa, cercanía de los servicios, beneficios de la cotización al incorporar operarios mediante contratos incentivados en materia de Seguridad Social; en cuanto a los costes, justifica una baja en una tabla detallada donde fundamenta el ahorro ofertado. Hay algunos argumentos que no deberían tenerse en cuenta a la hora de aceptar la baja, y es por ejemplo que tienen un gran stock en materiales al no quedarse con el concurso de parques y jardines de Almería, esta parte no debería aceptarse, ya que en el momento que se quede sin stock, los precios ya no serían los mismos, y por tanto puede verse afectado el resultado del servicio. También hay otro extremo que no justifica la baja, y es en ellos costes de materiales y productos, donde lo justifica indicando que tiene acuerdos firmados con los proveedores, los cuales no aporta.»*.

Asimismo, tras informar sobre otra entidad incursa en presunción de anormalidad, se afirma en el citado informe lo siguiente:

«Cualquier baja desproporcionada, hace suponer que pueda ir en perjuicio de un buen servicio público, como ya hemos visto con anteriores empresas que han llevado o llevan el mantenimiento de la limpieza viaria en la localidad, y que a consecuencia de una valoración baja no se realiza el servicio correctamente, quedando zonas abandonadas, ya que con el canon mensual establecido no pueden cubrir las necesidades.

Como la prioridad de este contrato, no es obtener un ahorro económico, sino un buen servicio público de limpieza, y viendo que éstas bajas pueden perjudicar el resultado del mismo, no se aceptan por el que suscribe, las ofertas incursas en bajas temerarias, debiendo la Mesa de Contratación pronunciarse al respecto, teniendo la última palabra en cuanto su aceptación o no.

Tal es el parecer del técnico que suscribe. No obstante, la Mesa de Contratación podrá acordar lo que estime procedente.».

En la sesión de la mesa de contratación de fecha 23 de mayo de 2022 en lo que aquí interesa se acuerda lo siguiente:

«ASUMIR EL INFORME del técnico municipal, por lo que se procede a:
- NO ADMITIR la justificación de la baja incursa en temeridad presentada por la mercantil CESPA, en cuanto que no ha quedado acreditado que la baja presentada puede cumplir con los estándares de calidad previstos en los pliegos, por los siguientes motivos:
**Respecto del personal, si bien detalla correctamente los costes que la contratación de personal con beneficios laborales repercutiría en el precio del contrato, sin ningún apartado indica ni relaciona qué personal es el indicado. A mayores, cuando en este contrato se incluye una cláusula de "subrogación de personal" en virtud del art. 130 LCSP, por lo que no queda claro si este personal será de nuevo ingreso o si se incumpliría la subrogación obligatoria. Con independencia de este extremo, no consta la relación del personal sino una declaración de su contratación, no pudiendo constatarse su aplicación al presente contrato en estudio.*
**En relación con los costes de maquinaria, la justificación del stock no puede entenderse aceptable puesto que no se acredita que con el mismo pudiera cubrir toda la vida del contrato, por lo que este valor no puede entenderse suficientemente justificado.*
**Por último, en cuanto a los compromisos con proveedores es una mera declaración de intenciones, porque ni siquiera aporta justificación en tal sentido, no entendiéndose acreditado documentalmente, por tanto, este extremo.»*.

Asimismo, la mesa de contratación tras poner de manifiesto su parecer sobre otra entidad incursa en presunción de anormalidad, indica lo siguiente: *«En conclusión, se entiende, por unanimidad de la Mesa de contratación, asumiéndose el informe técnico emitido, que no se ha acreditado suficientemente que las rebajas presentadas no puedan afectar a la calidad de los servicios, en los términos analizados en el Informe Técnico emitido, pudiendo por tanto, conllevar un incumplimiento de las prescripciones técnicas aprobadas.*
(...)».

En el citado escrito del recurso 236/2022, la recurrente rebate las consideraciones realizadas por el órgano de contratación respecto a los aspectos de su oferta que no considera justificados relativos, entre otros, al personal, a los costes de materiales y al compromiso de proveedores.

Por su parte, este Tribunal en la Resolución 388/2022 en sus consideraciones sobre la justificación de la viabilidad de la oferta analizó los motivos del recurso interpuesto estimándolos parcialmente e indicando en cuanto a los efectos de dicha estimación que:

«En definitiva, teniendo en cuenta lo alegado en el recurso, los términos genéricos del requerimiento de justificación de la viabilidad, el principio de proporcionalidad y que se trataba de la oferta que pudiera ser la económicamente más ventajosa, con carácter previo a su rechazo se le debería haber concedido a la ahora recurrente la oportunidad de formular aclaraciones sin que estas supongan modificación de la oferta, sobre los extremos que en el informe técnico y en el acta de la mesa de contratación se han indicado como relevantes para concluir que su oferta no es viable, al considerarla el órgano de contratación tan determinante y no haberla solicitado expresamente en el requerimiento.

Pues bien, procede la estimación parcial del recurso que conlleva la anulación del acuerdo de exclusión de la oferta, y la nulidad de la propuesta de adjudicación con retroacción de actuaciones al momento del análisis de la justificación de la oferta presentada por la recurrente para que se proceda por el órgano de contratación al análisis

de la misma, debiendo solicitar a la recurrente cuantas aclaraciones y documentación estime necesaria, en su caso, sin que sea posible añadir nuevos extremos no recogidos en la misma, ni modificar la oferta en su caso, tras lo cual deberá aceptar o rechazar la oferta, previo asesoramiento del servicio correspondiente, con la continuación, en su caso, del procedimiento de adjudicación. Respecto a la pretensión de readmisión de la oferta de la recurrente para su valoración y clasificación, no puede accederse ella por cuanto la función revisora de este Tribunal no puede suplir la función de valoración de la justificación de la oferta que compete únicamente al órgano de contratación, ex artículo 149 de la LCSP.».

2. De las actuaciones realizadas en el seno del procedimiento de licitación en ejecución de la Resolución 388/2022, de 15 de julio, de este Tribunal.

En lo que aquí concierne, la entidad ahora recurrente fue requerida para que, en un plazo no superior a tres días naturales, a contar desde el presente requerimiento, presente ante el órgano de contratación, la siguiente documentación justificativa de sus ofertas:

«- Desglose detallado de los costes de personal, indicándose cuadro de diferencias económicas, que justifique que los costes de personal se adecúan a la normativa de aplicación, con cumplimiento de los mínimos previstos en convenio colectivo. Así mismo, se deberá acreditar el cumplimiento de los deberes de subrogación del personal, en los términos descritos en los pliegos. Motivándose el ahorro de los costes realizados en la Memoria justificativa, según Informe de Dimensionamiento del servicio contratado por esta Corporación y que sirvió de base a la licitación, teniendo en cuenta los costes actuales del servicio.
En caso de obtener beneficios fiscales y/o laborales, deberá acreditar la rebaja que supone y el personal al cual afectará, con cumplimiento de los mínimos de subrogación de personal.

- Desglose detallado del ahorro de costes que supondrá la utilización de maquinaria eléctrica, en los términos indicados en la oferta, que indique el porcentaje de ahorro en el precio de licitación aprobado; teniendo en cuenta el mínimo de medios materiales previsto en los pliegos. Asimismo, deberá indicar los costes de amortización tenidos en cuenta en la oferta, que permitan reducir el importe de licitación previsto, salvo que la maquinaria sea propia de la licitadora y se encuentre debidamente amortizada, en cuyo caso deberá acreditar que la vida útil de la misma garantiza las condiciones de calidad del servicio previsto en los pliegos.

- Deberá detallar el stock de maquinaria que se indica se tendrá a disposición del contrato, en los términos ofertados, con documentación justificativa de la misma y no sólo una mera referencia a su stock.

- Se deberán presentar los acuerdos marco establecidos con aquellos proveedores a los que se aluden en las ofertas, que indiquen los precios que son más favorables que los previstos en la documentación que rige la licitación, sin que se haga alusión genérica a la existencia de los mismos, a los efectos de poder valorar su viabilidad. Indicándose los proveedores así como los materiales y suministros a los que afecta y la rebaja en los costes respecto a los precios generales de mercado.

La información presentada deberá detallar y justificar adecuadamente las documentaciones ya aportadas en la fase de requerimiento de las bajas temerarias, con detalle de las rebajas en cada uno de los campos justificados, como documentación complementaria y aclaratoria, sin que pueda con ello modificarse la oferta presentada inicialmente. Todo ello, en los términos de la Cláusula 16 del Pliego administrativo aprobado, en relación con el art. 149,4 de la Ley 9/2017, CSP.».

En respuesta, la entidad recurrente presenta un extenso y detallado documento justificativo dividido en los capítulos: *«2 Base de cálculos de Prezero: Justificación económica de la oferta presentada; 3 Comparativa costes presentados: Anexo Memoria Estudio económico Zonas Verdes frente a Prezero España; 4 Comparativa costes resumen del estudio económico; y 5 Documentación complementaria a la justificación económica presentada».*

Dicho documento justificativo fue examinado por el mismo técnico municipal en informe de 8 de noviembre de 2022 (en adelante informe de viabilidad), en el que indica expresamente respecto de la entidad ahora recurrente lo siguiente:

«En respuesta a la resolución 388/2022 de fecha 21 de julio de 2022, adoptada por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, se redacta el presente informe que completa el ya redactado en su día:

En relación al expediente de contratación del Lote 1 (...), se procede a redactar el presente informe valorando las justificaciones presentadas por las dos ofertas incursas en baja temeraria o desproporcionada, en base al artículo 85 del Reglamento de Contratos de las Administraciones Públicas, así como analizando las consideraciones del tribunal sobre la justificación de la viabilidad de la oferta.

1.- OFERTAS DESPROPORCIONADAS O TEMERARIAS:

Según el Acta de la Sesión de la Mesa de Contratación celebrada el pasado 16 de marzo de 2022, las empresas que ha presentado oferta desproporcionada o temeraria en base al artículo 85 del Reglamento de Contratos de las Administraciones Públicas, son:
- (…) [entidad ahora recurrente].
- (...).

Por parte de ambas empresas, se han presentado justificaciones de sus ofertas, en cumplimiento del citado artículo 85 del Reglamento de Contratos de las Administraciones Públicas.

Una vez examinada la documentación presentada me reafirmo y ratifico lo indicado en el informe de 20 de abril de 2022 y que a continuación se detalla:

1.- Por parte de la empresa (…) [ahora recurrente] se presenta una detallada justificación de la baja presentada, la cual se basa en:

1.1.- La experiencia de la empresa.

1.2.- Cercanía de los servicios.

1.3.- Beneficios en la cotización al incorporar operarios mediante contratos incentivados en materia de Seguridad Social.

1.4.- En cuanto a los costes, justifica una baja en una tabla detallada donde fundamenta el ahorro ofertado.

1.5.- Hay algunos argumentos que no deberían tenerse en cuenta a la hora de aceptar la baja, y es por ejemplo que tienen un gran stock en materiales al no quedarse con el concurso de parques y jardines en Almería, esta parte no

debería aceptarse, ya que en el momento que se quede sin stock, los precios ya no serían los mismos, y por tanto puede verse afectado el resultado del servicio.

1.6.- También hay otro extremo que no justifica la baja, y es en los costes de materiales y productos, donde lo justifica indicando que tiene acuerdos firmados con los proveedores, los cuales no los aporta.

A continuación procedo a analizar las consideraciones tenidas en cuenta por el Tribunal:

1.7.- En cuanto a lo indicado sobre el personal, donde el Tribunal indica que se ha de estimar la alegación ya que en el cuadro resumen de costes de personal se detalla si el mismo es subrogado o de nueva contratación, se informa que esto no justifica una baja temeraria, además en ningún momento en el informe técnico redactado en su día, se indicó que no se aceptara la baja por no indicar este detalle sobre el personal. En el anterior informe incluso se dice que los costes están detallados en las tablas aportadas. El que se detalle qué personal es subrogado o contratado de nuevo no es justificación de un precio tan bajo para el servicio. Por tanto no se puede estimar este punto. En cambio en dicho cuadro se diferencia el personal fijo y de sustitución, valorando más al fijo que al de sustitución, y le asignan una sustitución de 28 días anuales, mientras que presuponen un total de 217 días para el personal fijo. Este cálculo no es real, ya que no se sabe cuantas bajas va a haber al año, y mucho menos utilizar esta hipótesis para fundamentar la baja, valorando menos con menor coste al de sustitución, el cálculo de los costes de personal se tienen que hacer con el coste del personal fijo anual.

1.8.- En cuanto a lo indicado por el tribunal como anomalía del anterior informe técnico en lo referente a que no se aceptaba como justificación el stock de maquinaria, procedo a aclarar que esto no es cierto, y hace pensar que el tribunal no se ha leído correctamente el informe técnico emitido, ya que como se reitera en el apartado 1.5 del presente informe, me refería y me refiero a que no se debe tener en cuenta el gran stock en materiales, y no en maquinaria. Por supuesto el stock en maquinaria puede ser un ahorro, pero por supuesto no lo suficiente como para realizar una baja tan desproporcionada que puede afectar a la eficacia del servicio.

1.9.- En cuanto a lo indicado por el tribunal sobre la "ilegibilidad de los cuadros detallados por la empresa", se informa que en ningún momento en el informe técnico emitido en su día, se indicó este aspecto, todo lo contrario, como indico en el apartado 1.4 del presente informe, reitero lo que informé en su día sobre la inclusión de un una tabla detallada donde fundamenta el ahorro ofertado. Estos datos fueron analizados por el que suscribe, ratificando nuevamente que son costes que no justifican una baja tan diferenciada con el resto de ofertas. Además los datos indicados en las tablas presentadas, no son acompañados de ningún tipo de justificación que fundamente que los mismos son rendimientos y costes reales de la propia empresa empleados en contratos similares, y por tanto llevados a la práctica, y no se trata de unos datos puestos al azar para justificar la baja temeraria. Por tanto en este punto tampoco tiene que ser aceptada la justificación de baja desproporcionada.

1.10.- En cuanto a los costes de material, los cuales se intentaban justificar indicando que tienen acuerdos firmados con proveedores, pero que eran aportados; el tribunal indica que el órgano de contratación debería haberle requerido los mismos, algo que no estoy de acuerdo, ya que a la empresa se le da un plazo de tiempo para justificar la baja en los términos que ella vea conveniente, y si no lo ha aportado en tiempo y forma es porque o bien no los tiene o bien no lo ha visto conveniente, por tanto es algo que no se le debe requerir nuevamente, entendiéndose una ventaja sobre otras empresas. No obstante el órgano de contratación le ha requerido a la empresa nuevamente la justificación.

Una vez examinada la documentación presentada, se observa que vuelve a fundamentar la justificación de su baja temeraria en los mismos aspectos que los presentados en su día, por lo que no existe variación en cuanto a la valoración de la misma. Los cuadros de costes son lo mismos, incluso igual de "ilegibles" que la vez pasada, no sacando ninguna nueva conclusión sobre la baja temeraria ofertada.

Incluye nueva justificación sobre comparativa de costes de otros gastos, algo que no debería tenerse en cuenta, ya que la documentación a requerir, según el tribunal, era solo los acuerdos con las empresas proveedoras, pero de todas formas se han examinado, llegando a la conclusión de que son datos que no se fundamentan su procedencia para poder determinar que son reales y que han sido aplicados en contratos similares, y no y no se trata de uno datos puestos al azar para justificar la baja temeraria. Otro aspecto que no se puede admitir para la justificación de la baja económica presentada, es que la empresa propone una disminución de los Gastos Generales a un 1 % y del Beneficio Industrial a un 2 %, para justificar aún mas su oferta. Según el artículo 131 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, los gastos generales han de oscilar entre el 13 y el 17 %, nunca por debajo; igualmente el beneficio industrial está establecido en el 6 %, y nunca menos. Ya en el estudio económico de la licitación está muy por debajo, ya que los gastos generales son del 7 % y el beneficio industrial del 4%, bajar más, por tanto, estos porcentajes son una auténtica temeridad. Por todo ello, justificar la oferta económica en detrimento de dos coeficientes que por regla no pueden ser los indicados por el licitador, sería, además de no ajustarse a la legislación de aplicación, una competencia desleal frente a otros licitadores, además de una temeridad que puede poner en riesgo el correcto transcurso del servicio. A esto se le suma que bajando estos parámetros que son los establecidos en el reglamento, y por el pliego administrativo, también se puede entender que se incumple con el apartado d) del artículo 149.4 de la Ley de Contratos del Sector Público, el cual indica que no son justificables los precios por debajo de mercado.

En esta nueva documentación presenta algunos acuerdos firmados con proveedores, sobre todo de maquinaria y de gestión de residuos. Esta rebaja que justifican, solo supone entre un 5 y un 7 % del coste del servicio, no siendo suficiente este ahorro para justificar la baja desproporcionada ofertada. A tener en cuenta por la mesa de contratación, que uno de estos acuerdos está fechado el 28 de octubre de 2022, por lo que no los tenía en el momento de la presentación de la oferta original donde afirmaba tenerlos, siendo éste motivo para no ser aceptada.».

Acto seguido, la mesa de contratación en sesión celebrada el 9 de noviembre de 2022 adopta, entre otros, el siguiente acuerdo:

«Tras la lectura del informe, visto que tras el detenido estudio realizado por el técnico municipal se propone de nuevo la exclusión de las mercantiles incursas en ofertas anormalmente bajas, se acuerda, por unanimidad de los miembros de la Mesa, asumir el informe emitido por el técnico municipal, no aceptándose la justificación de las bajas temerarias.

Indicándose, expresamente, que no se puede tener en cuenta aquellas documentaciones que han sido aportadas por los licitadores y que tienen fecha posterior a la presentación de la oferta en el mes de febrero de 2022, entendiéndose que las mismas son documentación nueva que modificaría su oferta inicialmente presentada.

.- Por lo cual, se acuerda por unanimidad de la Mesa de Contratación, que ambas mercantiles QUEDARÁN EXCLUIDAS en el LOTE 1, al calificarse sus proposiciones como BAJAS TEMERARIAS INJUSTIFICADAS.».

Por último, el órgano de contratación en resolución de 5 de diciembre de 2022 en lo que aquí ha lugar, indica

como motivo de exclusión de la entidad ahora recurrente respecto del lote 1, que *«No se acepta la baja temeraria presentada, según informe técnico asumido por la Mesa de Contratación y este órgano de contratación, en su integridad (cuyo contenido consta en la Propuesta de Adjudicación notificada al licitador y publicada en el Perfil del Contratante).»*.

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. Al respecto, la recurrente interpone el presente recurso contra la resolución de 5 de diciembre de 2022 de adjudicación del contrato, en la que se contiene la exclusión de su oferta en el procedimiento de licitación del contrato citado en el encabezamiento, respecto del lote 1, solicitando a este Tribunal que con estimación del mismo declare la *«nulidad de la resolución recurrida, acordando asimismo la readmisión de mí representada en el procedimiento de licitación con retroacción de este a la fase de valoración de las ofertas presentadas, para que se valore y clasifique la presentada por (…) [la entidad ahora recurrente.»*.

La recurrente cuestiona el informe de viabilidad en el que se basa el órgano de contratación para rechazar su oferta, esgrimiendo hasta diez motivos en los que trata de rebatir los argumentos por los que su oferta se ha considerado inviable.

a) Sobre la diferencia real entre su oferta económica y la de la adjudicataria. Afirma el recurso que entre ambas proposiciones existe una diferencia anual de 25.214,76 euros o lo que es lo mismo, un 2,76%. Ello supone a su entender que el tono catastrofista del citado informe de viabilidad, en el que se reitera constantemente que la oferta presentada por su empresa no garantiza bajo ningún concepto la correcta prestación del servicio, se argumenta sobre una base de una desviación económica mínima entre lo que se considera adecuado e ideal y lo que es considerado completamente inviable.

b) Sobre los apartados 1.1 a 1.4. del informe de viabilidad. Indica la recurrente que dicho informe no discute ni contraviene en ningún extremo los argumentos esgrimidos por su empresa. Al respecto, señala que la aceptación de estos argumentos implica admitir la justificación del 90% de los costes del servicio que suponen el coste de personal ofertado, pese a incluir un importe superior al previsto en el estudio económico de base de la licitación.

c) Sobre el punto 1.5 del informe de viabilidad. Manifiesta la recurrente que ni en el requerimiento de documentación emitido por el órgano de contratación, ni en las exigencias de los pliegos, se indica que se aporte un detalle más allá del stock de equipos y maquinaria a disposición del servicio, por lo que ha de considerarse que no es un argumento que pueda servir de fundamento para no aceptar la baja, más aún cuando como se ha indicado anteriormente el principal coste del servicio (coste de personal) se acepta en el informe de viabilidad. Asimismo, señala que en cuanto a los precios, se ha facilitado en su justificación los diferentes acuerdos marco de productos y herramientas con fecha actual, lo que es garante de la viabilidad de los precios ofertado a fecha actual y durante la duración del contrato.

d) Sobre el punto 1.6 del informe de viabilidad. Indica el recurso que como se ha señalado antes en el punto 1.5, se han facilitado los acuerdos marcos firmados con proveedores que avalan los precios utilizados para el desarrollo y justificación de su oferta económica (anexo 5.3 Acuerdo marco sobre compra de útiles, herramientas y productos) así como el precio de compra de todos los vehículos y equipos adscritos a la oferta (anexo 5.4. Precio

proveedores vehículos y maquinaria) de fecha de firma 28 de octubre de 2022, lo que corrige la afirmación del informe de viabilidad, argumento que sirve asimismo para justificar el punto 1.10 del informe de viabilidad, dado que como se ha dicho se han aportado estos acuerdos marcos firmados.

e) Sobre determinadas afirmaciones contenidas en el punto 1.7 del informe de viabilidad. Del contenido del punto 1.7 de dicho informe, la recurrente rebate hasta cuatro de las afirmaciones que se vierten en dicho punto. Así:

e.1. La primera afirmación que combate es la siguiente: *«(…) además en ningún momento en el informe técnico redactado en su día, se indicó que no se aceptara la baja por no indicar este detalle sobre el personal (...)»*. Al respecto, la recurrente señala que dicha manifestación no es cierta, dado que precisamente es uno de los argumentos que se utiliza para indicar que no se justifica la procedencia del personal y, en consecuencia, que no puede validar los precios presentados por su empresa.

e.2. La segunda afirmación que cuestiona es la que señala que *«(…) en dicho cuadro se diferencia el personal fijo y de sustitución, valorando más al fijo que al de sustitución (...)»*. Sobre ello el recurso indica que efectivamente, y como no puede ser de otra manera cuando se hace un cálculo correcto de los costes de personal, el personal titular del contrato (operarios subrogados que tienen antigüedad en su base salarial) tiene un coste unitario superior al de un operario que no tenga esta antigüedad. En este sentido, por norma general y en busca del compromiso con el fomento del empleo que su empresa tiene, todas las suplencias de las ausencias de personal, bien por vacaciones bien por absentismo, son cubiertas con personal de nueva contratación y, en consecuencia, con un coste unitario menor (incluso para idéntica categoría profesional) ya que carece del plus de antigüedad que sí posee el personal titular de la plantilla. Al respecto, el recurso indica que éste detalle en los costes se puede ver perfectamente desglosado dentro de la justificación económica presentada por su empresa, concretamente en el apartado 2-Costes de personal, subapartado convenio colectivo estatal de jardinería: precios unitarios por categoría, presentado en las páginas 4, 5, 6 ,7 ,8 y 9 de la justificación.

e.3. En la tercera indicación que denuncia se afirma que *«(…) y le asignan una sustitución de 28 días anuales, mientras que presuponen un total de 217 días para el personal fijo. Este cálculo no es real, ya que no se sabe cuántas bajas va a haber al año, y mucho menos utilizar esta hipótesis para fundamentar la baja, valorando menos con menor coste al de sustitución, (...)»*. Al respecto, señala la recurrente que nuevamente parece que el técnico no ha entendido el concepto de días efectivos de trabajo o días teóricos, o está interpretando una información errónea de las tablas presentadas, que se contienen en la página 10 de su justificación en el subapartado días de servicio (que transcribe en el escrito de recurso). En este sentido, indica que dentro de estas tablas lo que se expone con alto nivel de detalle es en síntesis: i) que los días de trabajo por convenio no tienen por qué coincidir con los días efectivos de trabajo de un operario; ii) que los días efectivos de trabajo de un operario no tienen por qué coincidir con los días a efecto de coste; y iii) que los días indicados para cobertura de vacaciones y absentismos están correctamente calculados, que garantizan la prestación de los días de servicio exigidos en los pliegos y que garantizan el cumplimiento de los convenios y de la legalidad en materia de seguridad social.

e.4. Por último en la cuarta indicación se señala que *«(…) el cálculo de los costes de personal se tienen que hacer con el coste del personal fijo anual (...)»*. Al respecto, la recurrente indica que esta afirmación carece absolutamente de sentido, pues no existe ninguna razón, salvo el no entender bien los conceptos, que justifique actuar de esta forma en lo que respecta a la metodología de cálculo; es, sencillamente, una afirmación errónea que aparenta más ser una imposición subjetiva que algo objetivo, contrastable y, sobre todo, legal, lo que supone a su parecer que no se entienden ni se sostienen las afirmaciones emitidas en el informe de viabilidad, en relación

a estos asuntos, demostrando un desconocimiento importante y sustancial de las metodologías de cálculos de coste de personal en general.

f) Sobre determinadas afirmaciones contenidas en el punto 1.8 del informe de viabilidad. El recurso al igual que en apartado e) anterior, del contenido de dicho punto 1.8 del citado informe, rebate dos de las afirmaciones que se vierten en dicho punto. Así:

f.1. La primera afirmación indica que *«(…) no se aceptaba como justificación el stock de maquinaria, procedo a aclarar que esto no es cierto, y hace pensar que el tribunal no se ha leído correctamente el informe técnico emitido (...)»*. Sobre el particular la recurrente señala que con independencia de la posible certeza o no respecto a la admisibilidad o no de tal justificación, no es razonable ni justificable imputar al Tribunal una dejadez expresa de su función revisora.

f.2. La segunda indicación afirma que *«(…) me refería y me refiero a que no se debe tener en cuenta el gran stock en materiales, y no en maquinaria. Por supuesto el stock en maquinaria puede ser un ahorro, pero por supuesto no lo suficiente como para realizar una baja tan desproporcionada que puede afectar a la eficacia del servicio (...)»*. La recurrente al respecto señala que evidentemente no es cierto, pues el informe de viabilidad de 20 de abril de 2022 se refería exactamente a las dos cosas, tanto a materiales como a maquinaria, y lo que indicaba era que no se justificaba. Sin embargo en la nueva documentación aportada por su empresa para acreditar la viabilidad, se añadieron acuerdos marco, compromisos de proveedores y fichas técnicas que justifican un ahorro considerable en este campo, de tal forma que ya no se discute en el nuevo informe de viabilidad este ahorro, sino que el mismo no es suficiente como para realizar una baja tan desproporcionada que puede afectar a la eficacia del servicio. Sin embargo, afirma la recurrente que ha de recordarse, por una parte, que conforme a lo indicado en la letra a) del recurso la baja tan desproporcionada es únicamente un 2,76% superior a la que ha presentado la empresa propuesta como adjudicataria, y por otro lado, indica el informe de viabilidad que no es suficiente esta partida de ahorro como para justificar la oferta de su empresa y, evidentemente, así es, pues la misma se justifica en base a pequeños ahorros acumulados entre ésta y otras partidas.

g) Sobre determinadas afirmaciones contenidas en el punto 1.9 del informe de viabilidad. La recurrente al igual que en los apartados e) y f) anteriores, del contenido de dicho punto 1.9 de dicho informe, rebate dos de las afirmaciones que se vierten en dicho punto. Así:

g.1. La primera afirmación indica que *«(…) ratificando nuevamente que son costes que no justifican una baja tan diferenciada con el resto de ofertas (...)»*. Sobre ello la recurrente señala que nuevamente, como en el punto anterior (1.8), el informe de viabilidad vuelve a hacer ver que con los ahorros de este apartado no se justifica una baja tan diferenciada. Sin embargo, se afirma en el recurso que tal y como se ha indicado en el apartado anterior, su oferta se justifica en base a pequeños ahorros acumulados entre ésta y otras partidas, no debiendo admitirse afirmaciones “cuasi-demagógicas” como las vertidas en el informe de viabilidad.

g.2. La segunda indicación señala que *«(…) los datos indicados en las tablas presentadas, no son acompañados de ningún tipo de justificación que fundamente que los mismos son rendimientos y costes reales de la propia empresa empleados en contratos similares, y por tanto llevados a la práctica, y no se trata de unos datos puestos al azar para justificar la baja temeraria (...)»*. Al respecto, indica la recurrente que los datos presentados son fruto de su amplia experiencia, así se indica en la justificación y, puesto que aun poniendo rendimientos y demás tablas justificativas, esto seguiría siendo algo que dice su empresa y por lo tanto, no contrastable su veracidad. En ese sentido, a su entender con indicar que su empresa considera suficiente lo indicado en estas tablas para prestar el

servicio con la calidad requerida, y dado que en dos justificaciones económicas se ha reiterado el compromiso firme de prestar el servicio con la calidad exigida, no procede que el Ayuntamiento no valide éstos datos en contra del criterio de su empresa, más aún cuando ni siquiera puede presentar argumentos sólidos en contra de estos datos, indicando únicamente *«(…) y no se trata de unos datos puestos al azar para justificar la baja temeraria (...)»*, una simple sospecha subjetiva en lugar de una afirmación objetiva, lo contrario que ha hecho su empresa.

h) Sobre determinadas afirmaciones contenidas en el punto 1.10 del informe de viabilidad. El recurso al igual que en los apartados e), f) y g) anteriores, del contenido de dicho punto 1.10 del informe de viabilidad, rebate dos de las afirmaciones que se vierten en dicho punto. Así:

h.1. La primera indicación señala que *«(…) el tribunal indica que el órgano de contratación debería haberle requerido los mismos, algo que no estoy de acuerdo, ya que a la empresa se le da un plazo de tiempo para justificar la baja en los términos que ella vea conveniente, y si no lo ha aportado en tiempo y forma es porque o bien no los tiene o bien no lo ha visto conveniente, por tanto es algo que no se le debe requerir nuevamente (...)»*. Sobre el particular, afirma la recurrente que ello es una opinión subjetiva en contra del criterio del Tribunal, una vez más.

h.2. La segunda afirmación indica que *«(…) entendiéndose una ventaja sobre otras empresas (...)»*. Al respecto, la ventaja solo se habría producido si el Ayuntamiento solamente hubiese pedido aclaraciones a su empresa; y en cualquier caso, la culpa del trato discrecional habría sido suya, dado que el Ayuntamiento podría haber pedido aclaraciones a todas las empresas en cada uno de los aspectos que tuviese dudas, pues lo indicado por el Tribunal no era excluyente ni particular para este caso, sino que hizo retrotraer el procedimiento al momento en el que se solicitaron las justificaciones económicas a las empresas en presunción de anormalidad.

i) Sobre la reducción de los porcentajes de los gastos generales de estructura y del beneficio industrial. La recurrente afirma que la referencia al artículo 131 del RGLCAP es errónea puesto que dicho precepto en ningún caso fija límites a los porcentajes que establece ni por exceso ni por defecto, siendo inaplicable para sostener el argumento esgrimido por el informe de viabilidad, máxime cuando en el mismo se reconoce expresamente que el estudio económico de la licitación, esto es, el elaborado por la Administración licitante, fluctúa entre porcentajes contrarios a los presuntamente “legales”; a ello debe unirse la improcedente conexión que el informe de viabilidad
establece entre los citados porcentajes de gastos generales de estructura y de beneficio industrial y la referencia a los precios de mercado del artículo 149.4 de la LCSP, el cual se limita a obligaciones medioambientales, sociales o laborales, las cuales han quedado debidamente acreditadas en las diversas justificaciones presentadas por esta parte, tal y como ha dictaminado este Tribunal.

j) Sobre la inviabilidad de las ofertas con precios por debajo de mercado. Por último, la recurrente indica que adicionalmente y frente a la idea que parece derivar del informe de viabilidad por lo que respecta a la inviabilidad de las ofertas con precios por debajo de mercado, ha de indicarse que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha aclarado que el carácter oneroso de la institución contractual no debe confundirse con la existencia de ánimo de lucro por alguna de las partes contratantes. Este aspecto lo puso de relieve dicho Tribunal, por ejemplo, en su Sentencia de 23 de diciembre de 2009, asunto C-305/2008, Consorcio Nazionale Interuniversitario per le Scienze (ECLI:EU:C:2009:807). Asimismo, ha señalado que la onerosidad de un negocio no desaparece por el hecho de que en el intercambio de prestaciones la contraprestación que asume el poder adjudicador se corresponda con una retribución limitada, que ni tan siquiera alcance a reembolsar los gastos en que incurre el contratista para realizar el objeto del contrato. De acuerdo con la doctrina del citado Tribunal, la onerosidad no desaparece, aunque la contraprestación que recibe el contratista no solo no suponga la inexistencia de beneficio, sino que ni tan siquiera

alcance a cubrir todos los costes que le haya ocasionado la ejecución del contrato. En este sentido, señala que la exigencia de onerosidad de las directivas de contratación no habilita para rechazar, sin más, la oferta de una entidad licitadora por el hecho de que el importe económico de su oferta sea de cero euros.

Así las cosas, señala la recurrente que llegados al extremo, respecto a la admisibilidad de ofertar un precio «0» o simbólico por la ejecución de las prestaciones contractuales, aunque las resoluciones de los órganos de recursos contractuales son ricas en detalles, de forma generalizada consideran que la hipótesis planteada es factible siempre que en el global del contrato el ente contratante pague un precio real. Muchas de estas resoluciones explican que la forma en que la entidad licitadora distribuya entre las distintas unidades los precios —compensando unos con otros— responde a su estrategia empresarial legítima de oferta. Tal proceder no elimina la onerosidad del contrato por cuanto la onerosidad reside en la relación de causalidad entre las prestaciones de las partes y, en estos casos, el coste de las prestaciones realizadas a cero euros se retribuye o compensa con cargo al precio general del contrato, que no es de «0» euros. Por todo ello, no es asumible la referencia a presunta competencia desleal en la oferta de su empresa ni a infracción alguna con relación al concepto de precio de mercado cuando las bajas de otras licitadoras estén en porcentajes análogos o similares a la de su empresa.

Por último, concluye la recurrente a modo de resumen señalando que no obstante todo lo anterior, y frente a la completa y detallada respuesta por parte de su empresa al requerimiento de justificación de los costes de su propuesta, el acuerdo recurrido excluye dicha oferta sobre la base de que la justificación de la baja anormal se fundamenta en los mismo aspectos ya presentados en abril de 2022, no existiendo variación en cuanto a la valoración de la misma; y todo ello, sin especificarse en el acuerdo recurrido en qué tipo de costes se han producido los incumplimientos, cuál o cuáles son los extremos presuntamente no contestados y sin determinar las razones que justifican la falta de viabilidad de su propuesta, por lo que la resolución impugnada (i) no niega que la oferta presentada sea viable, sino que cuestiona su acreditación sin justificar dicho cuestionamiento; (ii) no niega que los diferentes costes unitarios desglosados, sean reales; (iii) no afirma que los costes a tener en cuenta sean superiores a los estimados en su oferta; y (iv) declara la inviabilidad de la oferta sin soporte argumental ni documental de ninguna clase.

En consecuencia, a su entender, el acuerdo recurrido se limita a determinar un presunto efecto sin concretar y/o especificar cuáles son los motivos y/o causas que justifican su conclusión de inadmisión de su oferta por no acreditar su viabilidad, todo ello en contra de la asentada doctrina de los tribunales administrativos respecto a la exigencia ineludible de que la resolución de rechazo a la justificación de anormalidad sea una disposición reforzada. Para apoyar su alegato trae a colación parte de algunas resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Indica el informe del órgano de contratación que el objeto del presente recurso especial se presenta frente a otro acuerdo (en lugar de contra la “propuesta de adjudicación” contra el acuerdo de adjudicación), pero se basa en los mismos argumentos que ya fueron esgrimidos y estudiados anteriormente por ese Tribunal en su Resolución 388/2022, es decir, su exclusión del proceso de licitación pública; y cuyo cumplimiento íntegro ya se dio por esta Corporación, al haberse solicitado nueva información complementaria, la cual fue objeto de nuevo estudio motivado, habiéndose emitido nuevo informe de valoración, lo suficientemente justificado, tal y como consta en el expediente a su razón, en el que quedan claramente informados los términos presentados por la entidad ahora recurrente.

Por tanto, a la vista de que las alegaciones presentadas redundan en el análisis de documentación ya aportada, este órgano de contratación se remite en su integridad al informe de alegaciones que obra en el expediente a su razón (número recurso 236/2022), que se da aquí por reproducido.

Concluye el informe al recurso afirmando que *«A la vista de todo lo anterior, y habiéndose presentado este nuevo recurso sobre la base de los mismos argumentos ya resueltos por este Tribunal Administrativo y cumplidos por esta Administración SE SOLICITA QUE SEAN DESESTIMADAS ÍNTEGRAMENTE las alegaciones presentadas, en cuanto que lo que pretende el recurrente es otorgar al Tribunal Administrativo una competencia que la Ley reserva al órgano de contratación (art. 149,6 LCSP), cual es la admisión o exclusión de las ofertas incursas en presunción de temeridad. En estos términos ya se manifestó el Tribunal en anterior Resolución, indicándose que estas facultades estaban reservadas al órgano de contratación, sin que pudieran asumirse por el Tribunal de Recursos Contractuales.»*.

3. Alegaciones de la entidad adjudicataria.

La entidad adjudicataria se opone asimismo a la pretensión de la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en las actuaciones del presente procedimiento, y debido a su extensión, aquí se dan por reproducidos. En síntesis basa su oposición al recurso en los siguientes aspectos: i) la oferta de la entidad ahora recurrente no es la que mejor relación calidad precio guarda; y ii) no haber aportado la ahora recurrente argumentos que conduzcan a la convicción de que su oferta se puede llevar a buen término.

SÉPTIMO. Consideraciones del Tribunal.

1. Sobre el principio de discrecionalidad técnica que rige en la determinación de si una oferta, incursa inicialmente en baja anormal o desproporcionada, está o no justificada su viabilidad.

Con carácter previo al análisis de los motivos en los que se funda el recurso, ha de tenerse en cuenta que de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, en la que cabe mencionar entre otras muchas la Resolución 90/2019, de 21 de marzo, y de los restantes Órganos de resolución de recursos contractuales, en la determinación de si una oferta, incursa inicialmente en baja anormal o desproporcionada, está o no justificada su viabilidad, rige el principio de discrecionalidad técnica, según el cual la actuación administrativa 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.

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

«Los órganos de contratación gozan de discrecionalidad técnica para valorar si la oferta es anormalmente baja, que encuentra su fundamento en la presumible imparcialidad del órgano de contratación, especialización de sus conocimientos, e intervención directa en el procedimiento de selección, de forma que solamente en los supuestos en que sea evidente la existencia de error en la valoración efectuada por el órgano de contratación es posible sustituir la decisión adoptada.

En el caso de autos, la decisión se ve amparada por un informe efectuado por órgano técnico extenso y motivado que analiza los aspectos de la oferta de la recurrente y la justificación dada por la misma respecto de la corrección de la oferta y la posibilidad de correcta ejecución del contrato.
(...)
En definitiva, el Órgano de Contratación a través del informe técnico ha motivado ampliamente las razones por las que no se entiende justificada la oferta, siendo esta desproporcionada o anormalmente baja en atención al criterio establecido en la Ley de Contratos y el Pliego.».

En este mismo sentido, cabe destacar las Resoluciones de este Tribunal 330/2021, de 16 de septiembre, 379/2021, de 8 octubre, 26/2022, de 21 enero, y 314/2022, de 10 de junio, entre otras.

En el supuesto que se examina, de lo expuesto se infiere que la recurrente no cuestiona el procedimiento contradictorio seguido para la justificación de la proposición de su oferta, ni que el informe de viabilidad de dicha oferta adolezca arbitrariedad, ni que se haya cometido desviación de poder, lo que plantea por un lado es que se incumple la exigencia ineludible de que la resolución de rechazo a la justificación de anormalidad contenga una motivación reforzada, y por otro lado varias alegaciones que cuestionan otros tantos motivos en los que a su juicio se basa el informe de viabilidad para afirmar que no se justifica la anormalidad de su oferta, pues entiende que dichos motivos no son adecuados.

2. Sobre el incumplimiento de la exigencia ineludible de que la resolución de rechazo a la justificación de anormalidad contenga una motivación reforzada.

2.1. Previa. Al respecto, como se ha expuesto, afirma la recurrente que el acuerdo recurrido se limita a determinar un presunto efecto sin concretar y/o especificar cuáles son los motivos y/o causas que justifican su conclusión de inadmisión de su oferta por no acreditar su viabilidad, sin que se haya motivado de forma reforzada el rechazo de su oferta.

Respecto a la motivación reforzada a la que aluda la recurrente en los supuestos de rechazo de un oferta inicialmente incursa en baja anormal, se ha pronunciado este Tribunal en varias ocasiones, entre otras en sus Resoluciones 194/2018, de 22 de junio, 38/2020, de 6 de febrero y 53/2020, de 14 de febrero.

En dichas resoluciones, se indicaba que es doctrina reiterada de este Tribunal y de los demás órganos competentes para la resolución del recurso especial que la exclusión de una oferta incursa en presunción de anormalidad requiere una motivación reforzada.

Al respecto, se ha de poner de manifiesto que, en cuanto a la documentación justificativa de la oferta inicialmente incursa en baja anormal o desproporcionada y a los informes técnicos sobre viabilidad de las mismas, con base en el artículo 149 de la LCSP, de aplicación al presente caso, 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, incursa 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 ya desde sus inicios 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 incursa 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»*.

Asimismo dicho Tribunal Central en su Resolución 867/2014, de 20 de noviembre, que comparte este Órgano, indica que *«Si la justificación del licitador se considera suficiente, nada obliga a que el informe incluya unos argumentos o motivación distinta o complementaria de la ya expuesta por el licitador. Si ésta se considera suficiente, nada exige que el asesor técnico recoja en el informe sus propias motivaciones motivando su aceptación»*, en el mismo sentido, las Resoluciones del citado Tribunal 1162/2017, de 12 de diciembre, 207/2018, de 2 de marzo, y 389/2018, de 23 de abril.

Sobre el particular, el 4 de julio de 2017, el Tribunal General de la Unión Europea (TGUE) ha emitido Sentencia, asunto T-392/15, en relación con un procedimiento de licitación de un contrato público de servicios, en la cual se analiza, entre otros extremos, el alcance de la obligación de motivación que incumbe al órgano de contratación cuando considera que la oferta seleccionada como más ventajosa en un procedimiento de contratación no es anormalmente baja. Según indica el TGUE, esta obligación de motivación tiene un alcance limitado, de manera que cuando un órgano de contratación selecciona una oferta, no está obligado a señalar expresamente, en respuesta a cualquier solicitud de motivación que le sea presentada, las razones por las cuales la oferta que ha seleccionado no le ha parecido anormalmente baja. En efecto, el Tribunal General señala que si la oferta ha sido seleccionada por el órgano de contratación, se deduce –implícita pero necesariamente– que este órgano ha considerado que no existían indicios de que dicha oferta fuera anormalmente baja.

En definitiva, en lo que aquí interesa, conforme a la doctrina expuesta, por un lado, en los supuestos en los que el órgano de contratación considere que se justifica adecuadamente la viabilidad de la oferta, no se requiere que se expliciten de manera exhaustiva los motivos de la aceptación, y por otro lado, si la justificación de la oferta inicialmente incursa en baja anormal o desproporcionada no se considera suficiente, la motivación del informe ha de ser más exhaustiva de forma que desmonte las justificaciones aportadas por la entidad licitadora.

A diferencia de lo que ocurría en la primera justificación cuyo rechazo originó el recurso 236/2022 que fue estimado parcialmente por este Tribunal en su Resolución 388/2022, en el que la motivación de la inviabilidad de la oferta se contenía en el informe de viabilidad y en el acuerdo de la mesa de contratación de 23 de mayo de 2022, ambos actos reproducidos en el apartado primero del fundamento quinto de la presente resolución. En el presente caso, como se ha expuesto, el órgano de contratación basa su rechazo en varios aspectos que recoge únicamente en el informe de viabilidad, en donde se concretan y especifican aquellos motivos o causas por los que entiende que la oferta no puede ser admitida. Ello no supone que en aquellos aspectos recogidos en la documentación acreditativa de la viabilidad de la oferta, en los que no se manifiesta el informe de viabilidad, que no los haya considerado adecuados, pues solo señala los que a su entender imposibilitan que la oferta pueda ser viable, sin que necesariamente tenga que explicitar las razones por las cuales determinada justificación le parece adecuada.

En este sentido, para su estudio y análisis se va a estructurar el informe de viabilidad de 8 de noviembre de 2022 en tres partes. En la primera parte (puntos 1.1 a 1.6) se contienen todos aquellos argumentos que se indicaron en el informe de viabilidad de 20 de abril de 2022, por lo que los mismos forman parten de la motivación del rechazo que ahora se examina. En palabras del mencionado informe de viabilidad de 8 de noviembre de 2022, *«me*

reafirmo y ratifico lo indicado en el informe de 20 de abril de 2022 y que a continuación se detalla». En la segunda parte del informe de viabilidad (puntos 1.7 a 1.10) se contienen según se señala en el mismo el análisis de las consideraciones tenidas en cuenta por este Tribunal en su Resolución 388/2020. Y en la tercera parte de dicho informe, se examina la nueva justificación de la oferta; en palabras del propio informe *«Una vez examinada la documentación presentada, se observa (...)»*.

2.2. Respecto a los apartados 1.1 a 1.4. el informe de viabilidad no discute ni contraviene en ningún extremo los argumentos esgrimidos por la entidad ahora recurrente, únicamente afirma que por parte de la empresa se presenta una detallada justificación de la baja presentada, la cual se basa en: *«1.1.- La experiencia de la empresa. 1.2.- Cercanía de los servicios. 1.3.- Beneficios en la cotización al incorporar operarios mediante contratos incentivados en materia de Seguridad Social. 1.4.- En cuanto a los costes, justifica una baja en una tabla detallada donde fundamenta el ahorro ofertado.»*.

Al respecto, el informe de viabilidad no se pronuncia en cuanto a su aceptación ni rechazo, lo que supone una insuficiente motivación, tanto para en el supuesto de admisión de la oferta como en el de rechazo de la misma, máxime cuando en el otro lote que conforme la licitación que se examina, esto es en el lote 2, ante justificaciones similares realizadas por la misma entidad ahora recurrente el informe de viabilidad se manifiesta expresamente.

Procede, pues, estimar en los términos expuestos la falta de motivación del informe de viabilidad respecto a los apartados 1.1 a 1.4, con objeto de que por parte del órgano de contratación se proceda a su concreción y adecuada motivación, en la forma que se expondrá al final de la presente resolución.

2.3. Sobre el resto del contenido del informe de viabilidad. En lo que resta del informe de viabilidad, sí se recogen los motivos o causas por las que el órgano de contratación ha rechazado la oferta, estando los mismos lo suficientemente motivados, unos de forma más sucinta que otros, pero en cualquier caso lo suficiente para que la entidad ahora recurrente pueda esgrimir un recurso lo suficientemente fundado. Cuestión distinta, que es lo que ocurre aquí, es que no se esté de acuerdo con los concretos y específicos motivos o causas por los que el informe de viabilidad (salvo los puntos 1.1 a 1.4) entiende que la oferta no puede ser admitida.

Se deben, pues, desestimar en el sentido expuesto los argumentos del recurso en los que se afirma que se ha incumplido la exigencia de una adecuada motivación del rechazo de la oferta, a excepción de los puntos 1.1 a 1.4 del informe de viabilidad.

3. Sobre la inadecuación de los motivos del rechazo de la oferta de la entidad ahora recurrente esgrimidos en el informe de viabilidad.

3.1. Sobre la primera parte (puntos 1.1 a 1.6) del informe de viabilidad de 8 de noviembre de 2022, en el que se contienen todos aquellos argumentos que se indicaron en el informe de viabilidad de 22 de junio de 2022.

Los aspectos recogidos en los motivos del recurso coincidentes con los puntos 1.1 a 1.6 del informe de viabilidad, ya fueron puestos de manifiesto por el informe de viabilidad de 22 de junio de 2022, y objeto de impugnación en el recurso 236/2022, o pudieron serlo, aunque no fue posible analizarlos y examinarlos completamente en la Resolución 388/2022, de 9 de septiembre, de este Tribunal, toda vez que la estimación del recurso lo fue en parte por un requerimiento del órgano de contratación de justificación de viabilidad genérico e impreciso.

En todo caso, en el informe de viabilidad de 8 de noviembre de 2022, en el que se contienen todos los aspectos, causas y motivos por los que se rechaza la oferta, el órgano técnico evaluador incluye expresamente los

argumentos indicados en el citado informe de viabilidad de 22 de junio de 2022, por lo que los mismos forman parten de la motivación del rechazo. En palabras del mencionado informe de viabilidad de 8 de noviembre de 2022, *«me reafirmo y ratifico lo indicado en el informe de 22 de junio de 2022 y que a continuación se detalla»* , ello impide aceptar la pretensión de inadmisión que alega el informe al recurso con base en la llamada por la doctrina "cosa juzgada administrativa".

Lo anterior supone que los argumentos esgrimidos en el recurso que ahora se examina respecto de los citados puntos 1.1 a 1.6 han de ser objeto de análisis en la presente resolución, junto con los recogidos de los motivos de rechazo incluidos en el informe de viabilidad.

Dicho lo cual, como se ha expuesto en el apartado 2.2 del presente fundamento, los puntos 1.1 a 1.4 del informe de viabilidad han sido analizados y estimados por falta de motivación, por lo que procedería en este grupo examinar solo los puntos 1.5 y 1.6 de mencionado informe de viabilidad; sin embargo, el contenido de dichos puntos está ampliado en los puntos 1.8 y 1.10 del informe, por lo que aquellos serán analizados más adelante conjuntamente con éstos últimos.

3.2. Sobre la segunda parte del informe de viabilidad (puntos 1.7 a 1.10) en el que se contiene según se señala en el mismo el análisis de las consideraciones tenidas en cuenta por este Tribunal en su Resolución 388/2020.

3.2.a) Dice el punto 1.7 del informe de valoración lo siguiente: «*En cuanto a lo indicado sobre el personal, donde el Tribunal indica que se ha de estimar la alegación ya que en el cuadro resumen de costes de personal se detalla si el mismo es subrogado o de nueva contratación, se informa que esto no justifica una baja temeraria, además en ningún momento en el informe técnico redactado en su día, se indicó que no se aceptara la baja por no indicar este detalle sobre el personal. En el anterior informe incluso se dice que los costes están detallados en las tablas aportadas. El que se detalle qué personal es subrogado o contratado de nuevo no es justificación de un precio tan bajo para el servicio. Por tanto no se puede estimar este punto. En cambio en dicho cuadro se diferencia el personal fijo y de sustitución, valorando más al fijo que al de sustitución, y le asignan una sustitución de 28 días anuales, mientras que presuponen un total de 217 días para el personal fijo. Este cálculo no es real, ya que no se sabe cuantas bajas va a haber al año, y mucho menos utilizar esta hipótesis para fundamentar la baja, valorando menos con menor coste al de sustitución, el cálculo de los costes de personal se tienen que hacer con el coste del personal fijo anual.*». (el subrayado es nuestro y coincide con las afirmaciones cuestionadas en el recurso).

Pues bien, como se señala en el recurso, en la primera parte del punto 1.7, en el que se concluye que «*Por tanto no se puede estimar este punto*», se cuestiona el fallo de la Resolución 388/2022 de este Tribunal.

Al respecto, ha de indicarse, como se ha expuesto anteriormente, que aun cuando el informe de viabilidad ha sido suscrito por personal técnico del Ayuntamiento, el mismo ha sido asumido en su integridad primero por la mesa y después por el órgano de contratación, que es quien tiene la competencia para aceptar o rechazar una oferta inicialmente incursa en baja anormal o desproporcionada, por lo que es el propio órgano de contratación quien cuestiona el contenido de la citada Resolución 388/2022 de este Tribunal, sin seguir el procedimiento legalmente establecido.

En efecto, dispone el artículo 59 de la LCSP relativo a los efectos de la resolución del recurso especial que:

«1. Contra la resolución dictada en este procedimiento solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en el artículo 10, letras k) y l) del apartado 1 y en el artículo 11, letra f) de su apartado 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, la resolución será directamente ejecutiva.

3. No procederá la revisión de oficio de la resolución ni de ninguno de los actos dictados por los órganos competentes para la resolución del recurso. (...)».

Al respecto, con independencia de que dicha Resolución 388/2022 de este Tribunal pueda ser o no firme o haya sido recurrida o no ante la jurisdicción contencioso-administrativa, lo cierto es que la primera parte del punto 1.7 del informe de viabilidad, asumido íntegramente por el órgano de contratación, sustantivamente combate la mencionada resolución, como ha quedado meridianamente claro en el contenido de dicho punto del informe de viabilidad reproducido anteriormente.

Así pues, resulta claro como se ha expuesto que la primera parte del citado punto 1.7 se efectúa formalmente para evaluar la viabilidad de la oferta de la entidad ahora recurrente, pero en el mismo se discuten argumentos esgrimidos por este Tribunal en su Resolución 388/2022. Sobre tal proceder, se ha de señalar la imposibilidad legal de reabrir la cuestión litigiosa, relativa a determinadas cuestiones sobre el rechazo de la oferta de la entidad ahora recurrente, ante este mismo Órgano con motivo de otro informe de viabilidad, porque la misma quedó ya zanjada en la mencionada Resolución 388/2022, y lo que ahora pretende el órgano de contratación no es sino forzar un cambio o modificación de criterio por parte del Tribunal que, legalmente, no es posible, puesto que no cabe que este Órgano pueda revisar sus decisiones, siendo así que la única vía de que dispone dicho órgano de contratación para combatir los argumentos de este Tribunal, sobre lo expuesto en la primera parte del punto 1.7 del informe de viabilidad, es la impugnación de la citada Resolución 388/2022 en la vía jurisdiccional contencioso administrativa.

En tal sentido, el artículo 59 de la LCSP viene a señalar que la resolución del recurso especial solo es susceptible de recurso contencioso administrativo, siendo directamente ejecutiva y sin que proceda la revisión de oficio de la misma. Como ya señalamos en nuestra Resolución 73/2013, de 3 de junio, y hemos reiterado en otras muchas posteriores, entre otras, en las 15/2019, de 22 de enero, 454/2021, de 11 de noviembre y 353/2022, 30 de junio; el Tribunal Supremo en su Sentencia, de 29 de mayo de 1995, reconoce que la resolución administrativa *«que entra a resolver el fondo de la controversia, y estima o desestima las pretensiones deducidas, deja definitivamente zanjada la cuestión»*.

En el mismo sentido, como expusimos en las citadas resoluciones, se pronuncia el Alto Tribunal en la Sentencia, de 12 de junio de 1997, al señalar que las resoluciones que concluyen los procedimientos *«de un modo ordinario tienen atribuidas, paralelamente a la sentencias jurisdiccionales firmes, los mismos efectos de la cosa juzgada formal (o imposibilidad de impugnación dentro de un mismo procedimiento de lo ya resulto o juzgado) y de la cosa juzgada material, tanto positiva (o prejudicial) como negativa (o excluyente de la posibilidad de volver a plantear, en un nuevo procedimiento, lo ya finiquitado en otro anterior, con elementos subjetivos y objetivos idénticos)»*.

En consecuencia, la primera parte del punto 1.7 del informe de viabilidad de 8 de noviembre de 2022 se debe estimar y procederse a su anulación.

Además se ha de poner de manifiesto que con la afirmación «*además en ningún momento en el informe técnico redactado en su día, se indicó que no se aceptara la baja por no indicar este detalle sobre el personal* », el informe de viabilidad de 8 de noviembre de 2022 para obviar que en la primera justificación cuyo rechazo originó el recurso 236/2022 que fue estimado parcialmente por este Tribunal en su Resolución 388/2022, la motivación de la inviabilidad de la oferta se contenía no solo en el informe de viabilidad de 20 de abril de 2022, sino también en el

acuerdo de la mesa de contratación de 23 de mayo de 2022, ambos actos reproducidos en el apartado primero del fundamento quinto de la presente resolución.

En la segunda parte del punto 1.7, el informe de viabilidad en síntesis viene a expresar que no es posible saber cuantas bajas de personal va a haber al año y que el cálculo de los costes de personal se tienen que hacer con el coste del personal fijo anual, no siendo posible valorar el personal de sustitución con menor coste que el fijo. Sobre ello, la recurrente afirma que como no puede ser de otra manera, cuando se hace un cálculo correcto de los costes de personal, los titulares del contrato (personal subrogado que tienen antigüedad en su base salarial) tiene un coste unitario superior al de las personas trabajadoras que no tenga esas antigüedades.

Pues bien, en este caso, ha de darse la razón a la recurrente pues el coste del personal de sustitución no tiene porque ser necesariamente igual del personal fijo, pudiendo ser normalmente menor si la persona que sustituye tiene menor antigüedad que la sustituida y mayor en caso contrario, siendo la empresa la que ha de tomar esa decisión al tratarse de una cuestión que entra dentro de su capacidad de organización empresarial.

Asimismo, ha de afirmarse la imposibilidad de una cifra exacta de las que personas que van a sustituirse, dado que se trata de un hecho futuro e incierto, pero si es posible estimar esa cifra en función de una serie de parámetros, sin que necesariamente el coste del personal que sustituye haya de ser igual al del sustituido.

Procede, pues, estimar en los términos expuestos la segunda parte del punto 1.7 el informe de viabilidad y procederse a su anulación.

3.2.b) Se afirma en el punto 1.8 del informe de viabilidad lo siguiente: «*En cuanto a lo indicado por el tribunal como anomalía del anterior informe técnico en lo referente a que no se aceptaba como justificación el stock de maquinaria, procedo a aclarar que esto no es cierto, y hace pensar que el tribunal no se ha leído correctamente el informe técnico emitido, ya que como se reitera en el apartado 1.5 del presente informe, me refería y me refiero a que no se debe tener en cuenta el gran stock en materiales, y no en maquinaria. Por supuesto el stock en maquinaria puede ser un ahorro, pero por supuesto no lo suficiente como para realizar una baja tan desproporcionada que puede afectar a la eficacia del servicio*.». (el subrayado es nuestro y coincide con las afirmaciones cuestionadas en el recurso).

Pues bien, al igual que ocurría en el punto anterior del informe de viabilidad, en la primera parte del punto 1.8, en su primer inciso se cuestiona el fallo de la Resolución 388/2022 de este Tribunal.

En este sentido, ha de estarse a lo analizado y afirmado en el apartado 3.2.a) anterior, por lo que dicho primer inciso del punto 1.8 del informe de viabilidad se ha de estimar y procederse a su anulación.

Respecto a la segunda parte del punto 1.8, indica la recurrente que en la nueva documentación aportada por su empresa para acreditar la viabilidad, se añadieron acuerdos marco, compromisos de proveedores y fichas técnicas que justifican un ahorro considerable en este campo, y que su oferta se justifica en base a pequeños ahorros acumulados entre ésta y otras partidas.

Pues bien, no se aprecia por este Tribunal que las alegaciones de la recurrente desvirtúen las apreciaciones realizadas en el informe de viabilidad, no habiéndose superado por parte del órgano técnico evaluador los límites de la discrecionalidad técnica.

Procede, pues, desestimarse en los términos expuestos el presente motivo del recurso.

3.2.c) Se señala en el punto 1.9 del informe de viabilidad que *«En cuanto a lo indicado por el tribunal sobre la "ilegibilidad de los cuadros detallados por la empresa", se informa que en ningún momento en el informe técnico emitido en su día, se indicó este aspecto, todo lo contrario, como indico en el apartado 1.4 del presente informe, reitero lo que informé en su día sobre la inclusión de un una tabla detallada donde fundamenta el ahorro ofertado. Estos datos fueron analizados por el que suscribe, ratificando nuevamente que son costes que no justifican una baja tan diferenciada con el resto de ofertas. Además los datos indicados en las tablas presentadas, no son acompañados de ningún tipo de justificación que fundamente que los mismos son rendimientos y costes reales de la propia empresa empleados en contratos similares, y por tanto llevados a la práctica, y no se trata de unos datos puestos al azar para justificar la baja temeraria. Por tanto en este punto tampoco tiene que ser aceptada la justificación de baja desproporcionada.».* (el subrayado es nuestro y coincide con las afirmaciones cuestionadas en el recurso).

Al respecto, al igual que ocurría en los puntos anteriores del informe de viabilidad, en la primera parte del punto 1.9, en su primer inciso se cuestiona nuevamente el fallo de la Resolución 388/2022 de este Tribunal.

Sobre el particular, ha de estarse a lo analizado y afirmado en el apartado 3.2.a) anterior, por lo que dicho primer inciso del punto 1.9 del informe de viabilidad se ha de estimar y procederse a su anulación.

Respecto a la segunda parte del punto 1.9, vuelve a indicar la recurrente que su oferta se justifica en base a pequeños ahorros acumulados entre ésta y otras partidas, asimismo señala que los datos presentados son fruto de su amplia experiencia, así se indica en la justificación y, puesto que aun poniendo rendimientos y demás tablas justificativas, esto seguiría siendo algo que dice su empresa y por lo tanto, no contrastable su veracidad, por ello entiende que con indicar que su empresa considera suficiente lo manifestado en estas tablas para prestar el servicio con la calidad requerida, y dado que en dos justificaciones económicas se ha reiterado el compromiso firme de prestar el servicio con la calidad exigida, su oferta ha de admitirse.

Así las cosas, tampoco en este caso se aprecia por este Tribunal que las alegaciones de la recurrente desvirtúen las apreciaciones realizadas en el informe de viabilidad, no habiéndose superado por parte del órgano técnico evaluador los límites de la discrecionalidad técnica.

3.2.d) Se manifiesta en el punto 1.10 del informe de viabilidad *«En cuanto a los costes de material, los cuales se intentaban justificar indicando que tienen acuerdos firmados con proveedores, pero que eran aportados; el tribunal indica que el órgano de contratación debería haberle requerido los mismos, algo que no estoy de acuerdo, ya que a la empresa se le da un plazo de tiempo para justificar la baja en los términos que ella vea conveniente, y si no lo ha aportado en tiempo y forma es porque o bien no los tiene o bien no lo ha visto conveniente, por tanto es algo que no se le debe requerir nuevamente, entendiéndose una ventaja sobre otras empresas. No obstante el órgano de contratación le ha requerido a la empresa nuevamente la justificación.».* (el subrayado es nuestro y coincide con las afirmaciones cuestionadas en el recurso).

Al respecto, al igual que ocurría en los puntos anteriores del informe de viabilidad, en el punto 1.10, se cuestiona de nuevo el fallo de la Resolución 388/2022 de este Tribunal.

En este sentido, ha de estarse a lo analizado y afirmado en el apartado 3.2.a) anterior, por lo que dicho punto 1.9 del informe de viabilidad se ha de estimar y procederse a su anulación.

3.3. Sobre la tercera parte del informe de viabilidad en la que se contiene según se señala en el mismo el análisis de la nueva justificación de la oferta.

Sobre el particular la recurrente cuestiona las afirmaciones vertidas en el informe de viabilidad, por un lado, respecto a la reducción de los porcentajes de los gastos generales de estructura y del beneficio industrial, y por otro lado, sobre la inviabilidad de las ofertas con precios por debajo de mercado.

En cuanto a los gastos generales de estructura y del beneficio industrial, se ha indicar *prima facie* que el artículo 131 del RGLCAP solo los regula para el contrato de obras, sin que le puede ser de aplicación en los términos en que está redactado a los contratos de servicios (v.g. entre otras, Resoluciones de este Tribunal 134/2021, de 8 de abril y 45/2022, de 21 de enero y 592/2019, de 30 de mayo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras). Tampoco puede admitirse la referencia que se hace en el informe de viabilidad al apartado d) del artículo 149.4 de la LCSP, pues la misma parte de entender que el citado artículo 131 del RGLCAP es de aplicación a los contratos de servicios.

Asimismo es preciso señalar que el contenido de los gastos generales de estructura (primer párrafo del artículo 101.2 de la LCSP), ha sido abordado en varias ocasiones por este Tribunal, entre las más recientes en su Resolución 586/2022, de 2 de diciembre, en la que en su fundamento sexto se afirmaba que serían los originados por el mero hecho de tener una actividad en funcionamiento y engloba los gastos necesarios para no cesar la actividad, pero que no están directamente relacionados con los productos o servicios que se ofrecen y por lo tanto no aumentan los beneficios de la empresa, por ejemplo, los costes del gas, electricidad y limpieza, entre otros. El Informe 40/19 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado los define como aquéllos que no tienen la consideración de coste del servicio, por cuanto no dependen directamente de la prestación de éste, sino que constituyen realmente costes derivados de la actividad general de la empresa, y que pueden responder a conceptos más o menos habituales y normalizados en el mercado.

Dichos costes generales de estructura dependen fundamentalmente del tipo de actividad y de la estructura organizativa de la empresa, por lo que es un coste relativamente conocido por cada empresa, de tal suerte que el declarado por la entidad licitadora para la ejecución del contrato es el único que puede tenerse en consideración, siempre y cuando lo justifique adecuadamente, pues es el que dicha entidad en su oferta ha afirmado que soporta por dicho concepto.

En el supuesto que se examina, la entidad ahora recurrente en la justificación de su oferta afirma que sus gastos generales de estructura suponen el 1% del resto de costes, lo que a priori podría parecer insuficiente, salvo que dicha entidad los justificase adecuadamente en los términos establecidos en los párrafos anteriores.

En todo caso, en la misma licitación, respecto al lote 2, la misma entidad ha establecido en la justificación de la anormalidad de aquella oferta un porcentaje del 5%, lo que resulta incongruente, de tal suerte que no es posible admitir por tanto que en una misma licitación, una misma entidad, tenga gastos generales de estructura tan dispares.

En cuanto al beneficio industrial, ha de indicarse que es una partida que depende exclusivamente de la voluntad de la entidad licitadora, por lo que dicho beneficio podría asumir en parte o en su totalidad el déficit que se genere en otras partidas de costes de la prestación.

En este sentido, en términos generales, si la licitadora ha omitido en la justificación de la viabilidad de su oferta determinados costes, a criterio del órgano de contratación, o los ha calculado en cuantía insuficiente, o no han sido debidamente acreditados, dichos costes deben disminuir el beneficio industrial estimado en su justificación, en cuanto ello sea posible, sin necesidad de que la entidad licitadora deba hacer una mención expresa sobre esta cuestión.

De forma similar se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en su Resolución 371/2022, de 6 de julio, y el Tribunal Administrativo Central del Recursos Contractuales, entre otras, en su Resolución 1966/2021, de 29 de diciembre.

Procede, pues, desestimar las alegaciones de la recurrente sobre los gastos generales de estructura y estimar las relativas al beneficio industrial, al artículo 131 del RGLCAP y al apartado d) del artículo 149.4 de la LCSP, en los términos analizados en el presente motivo del recurso.

4. Sobre el primer motivo del recurso relativo a la diferencia real entre su oferta económica y la de la adjudicataria.

Al respecto, afirma la recurrente que entre ambas proposiciones existe una diferencia anual de 25.214,76 euros o lo que es lo mismo, un 2,76%, lo que supone a su entender que el tono catastrofista del informe de viabilidad, en el que se reitera constantemente que la oferta presentada por su empresa no garantiza bajo ningún concepto la correcta prestación del servicio, se argumenta sobre una base de una desviación económica mínima entre lo que se considera adecuado e ideal y lo que es considerado completamente inviable.

Pues bien, para su análisis hemos de partir, en primer lugar, de que la oferta de la entidad ahora adjudicataria no estaba incursa en presunción de anormalidad, según consta en el acta de la mesa de contratación de fecha 4 de abril de 2022, lo que supone que no ha tenido que someterse a procedimiento alguno de justificación de viabilidad de su oferta, al no considerarse esta presumiblemente anormal con arreglo a los parámetros de los pliegos, y en segundo lugar, no procede determinar la viabilidad de las proposiciones en presunción de anormalidad mediante comparativas con otras ofertas.

En efecto, la verificación de la justificación debe centrarse en la viabilidad de la oferta y en ella se deben analizar aquellas partidas determinantes de que dicha oferta pueda o no ser cumplida razonablemente por la licitadora, con independencia de que pudiese haber o no otras empresas ofertantes. Asimismo, esa verificación solo debe limitarse a la viabilidad o posibilidad de cumplimiento del contrato desde la perspectiva de la oferta de cada licitadora, no en comparación con el resto, esto es, si es viable que la licitadora ofertante, y no otras, la ejecute.

Por ello, el juicio de viabilidad ha de centrarse en analizar si, con la justificación dada por la entidad licitadora, es posible que ésta ejecute adecuadamente el objeto del contrato por el precio y las condiciones ofrecidas, sin que el hecho de que la concurrencia en otras posibles licitadoras de los elementos justificativos de la baja presentada, pueda condicionar la viabilidad de la oferta que se examina individualmente considerada y no en relación con el resto (v.g. Resoluciones 69/2017, de 6 de abril, 75/2017, de 21 de abril, 5/2021, de 14 de enero y 416/2021, de 28 de octubre, de este Tribunal, entre otras).

Procede, pues, desestimar la presente alegación de la recurrente.

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 exclusión de la oferta de la entidad ahora recurrente del procedimiento de licitación respecto del lote 1 contenida, además de la adjudicación, en la resolución del órgano de contratación, de fecha de 5 de diciembre 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, de considerarlo necesario, a la entidad ahora recurrente cuanta 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 o el rechazo de la oferta de la entidad ahora recurrente por justificar o no su viabilidad, al haberse estimado parte de las alegaciones del recurso y desestimado otras, 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, si lo estima necesario, haya examinado la eventual información y documentación aportada 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, teniendo en cuenta además lo expuesto en la presente resolución, 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, 371/2022, de 6 de julio y 449/2022, de 15 de septiembre, 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 **PREZERO ESPAÑA, S.A.U.** contra la resolución, de 5 de diciembre de 2022, por la que se adjudica el contrato y se contiene la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación denominado “Servicio de limpieza viaria y mantenimiento de zonas verdes, en lotes, según pliegos” (Expediente 79/2021), respecto del lote 1, convocado por el Ayuntamiento de Vera (Almería) y, en consecuencia anular el acto impugnado para que por el órgano de contratación se procede 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, respecto del lote 1.

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.