Recurso 468/2022
Resolución 613/2022
Sección Tercera

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

Sevilla, 16 de diciembre de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FISSA FINALIDAD SOCIAL, S.L.** contra la resolución del órgano de contratación, de 8 de noviembre de 2022, por la que se adjudica el contrato denominado "Servicio de limpieza centros de participación activa para personas mayores" (Expte. CONTR 2022 0000324270), respecto del lote 2, tramitado por la Delegación Territorial en Sevilla de la Consejería de Inclusión Social, Juventud, Familias e Igualdad, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado 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 y en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 5.231.855,20 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 normas reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada disposición legal.

La mesa de contratación en sesión celebrada el 22 de septiembre de 2022, acordó proponer al órgano de contratación la exclusión de la oferta presentada por FISSA FINALIDAD SOCIAL, S.L., respecto del lote 2, al considerar que la citada entidad no había justificado de forma suficiente la viabilidad de su proposición en los términos exigidos en el artículo 149 de la LCSP.

El 8 de noviembre de 2022, el órgano de contratación dictó resolución por la que adjudica el contrato, respecto del lote 2, a la entidad AURUM SERVICIOS INTEGRALES, S.A. La notificación de la adjudicación se remitió a la recurrente y se publicó en el perfil de contratante, respectivamente, los días 8 y 9 de noviembre de 2022.

SEGUNDO. El 25 de noviembre de 2022 tuvo entrada en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por FISSA FINALIDAD SOCIAL, S.L. (en adelante FISSA o la recurrente) contra la citada resolución de adjudicación, de 8 de noviembre de 2022.

El mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación,

solicitándole informe al mismo así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución, posteriormente lo solicitado fue recibido en este Órgano.

Por la Secretaría del Tribunal se concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo establecido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora, respecto del lote 2, en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto, el recurso se interpone contra la adjudicación de 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.

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 asunto. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

Como se ha indicado FISSA recurre desde una perspectiva formal la resolución de adjudicación, de 8 de noviembre de 2022, si bien desde una perspectiva material el escrito de impugnación denuncia la ausencia de motivación del acuerdo de exclusión de su oferta al considerar el órgano de contratación que no había justificado la viabilidad de su proposición previamente detectada como anormal o desproporcionada según los parámetros establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) en los términos previstos en el artículo 149 de la LCSP.

Según figura en el expediente remitido por el órgano de contratación, el 27 de junio de 2022, tuvo lugar la segunda sesión de la mesa de contratación en la que tras la apertura del sobre 3, se detectan que dos ofertas

presentan valores anormales o desproporcionados, entre ellas la de la recurrente, por lo que se acuerda proceder a solicitar la documentación justificativa de la viabilidad de su oferta.

Tras la recepción de la documentación requerida por la mesa de contratación, se emite informe técnico de viabilidad, el 19 de septiembre de 2022, en el que se analiza la doctrina existente sobre la cuestión relativa a las ofertas incursas en valores anormales y se indica: *«La justificación y documentación presentada por la empresa licitadora "Fissa Finalidad Social" no es aceptable, ya que la oferta incumple determinadas condiciones laborales del personal a subrogar al no respetar los costes salariales establecidos en el Anexo XXV del PCAP».* Más adelante se afirma: *«Cualquiera que sea la estrategia comercial o la voluntad del licitador, ésta debe formularse de un modo que se respete el cumplimiento de la normativa de aplicación, y en este caso concreto, la normativa laboral integrada por el convenio colectivo de aplicación. La mera declaración de voluntad de cumplir un convenio colectivo, cuando al mismo tiempo se presenta una proposición que lo infringe abiertamente, no constituye una actuación susceptible de ser amparada por el marco jurídico vigente».* Finalmente, en el informe se concluye que: *«Se procede a rechazar su oferta tras comprobar que es anormalmente baja porque vulnera la normativa en base a lo establecido en el art. 149.4 y art. 201 de la Ley de Contratos del Sector Público».*

El 22 de septiembre de 2022, tuvo lugar tercera sesión de la mesa de contratación en la que, según se manifiesta en el acta levantada al efecto, a la vista del contenido del informe técnico de viabilidad, de 19 de septiembre, se propone al órgano de contratación la exclusión de la oferta de la recurrente por considerar que la misma no está suficientemente justificada.

Finalmente, el 8 de noviembre de 2022, el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación de la que se desprende de forma implícita la aceptación por este de la propuesta de la mesa de contratación sobre la exclusión de la oferta de la recurrente, respecto del lote 2 ya que no se recoge de forma expresa la exclusión de la proposición de la recurrente.

Pues bien, como se ha indicado la recurrente argumenta principalmente que el acuerdo de exclusión de su oferta respecto del citado lote, entendiendo por tal los razonamientos incluidos en el informe de viabilidad, de 19 de septiembre de 2022, adolece de falta de motivación. En este sentido, afirma que la exhaustiva justificación que aportó permitía sobradamente al órgano de contratación llegar a la certeza de que se observaban las determinaciones del Convenio Colectivo de aplicación a la hora de confeccionar la oferta y, de este modo, que la recurrente se comprometía a dar cumplimiento a las mismas. Sin embargo, manifiesta que el órgano de contratación no argumenta el rechazo de su oferta, dándose la circunstancia de que ni tan siquiera se produce un acto expreso de exclusión más allá de la mera propuesta de la mesa de contratación.

Concluye argumentando que de la justificación de su oferta se desprende, sin lugar a dudas, el cumplimiento del convenio colectivo de trabajo de ámbito provincial para el sector de limpieza de edificios y locales de Sevilla actualmente vigente, no siendo de recibo -a su juicio- que la mesa ni el órgano de contratación admitan el Informe técnico de viabilidad que propone su rechazo, toda vez que el mismo se presenta totalmente infundado y carente de motivación que explique las razones por las que se reputa que su proposición no cumple con las obligaciones contenidas en los pliegos, viéndose, así, excedido el margen de discrecionalidad técnica que le corresponde a la Administración.

Finalmente, solicita que se estime su recurso declarando la improcedencia de la exclusión de su oferta y que se ordene la retroacción de las actuaciones para que se admita y se valore su proposición.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone en su informe al recurso a las alegaciones de FISSA. En primer lugar alega que los pliegos son la ley del contrato y por tanto vinculantes tanto para el órgano de contratación como para los licitadores. Sobre lo anterior, argumenta que la recurrente fue excluida dado que su oferta no respeta los pliegos. En este sentido manifiesta: *«Esto es lo que ha ocurrido en el presente caso en el que, según el Informe técnico, la oferta de la recurrente incumple el convenio colectivo de aplicación al no respetarse los costes salariales previstos en el Anexo XXV del pliego, debiéndose recordar que, como bien señala el Informe técnico, la subrogación debe darse en las mismas condiciones que tenían los trabajadores con la empresa saliente, señalando el artículo 12 del convenio colectivo de aplicación que "los trabajadores de la empresa saliente pasarán a estar adscritos a la nueva titular de la contrata que vaya a realizar el servicio, respetando ésta los derechos y obligaciones que disfruten en la empresa saliente del servicio."».*

Sobre la motivación de la exclusión indica que la decisión adoptada se encuentra suficientemente motivada ya que no es necesario tampoco que sea demasiado extensa o prolija sino que basta con que sea sucinta siempre que la interesada pueda conocer las razones de la decisión adoptada, como así ha acontecido en el presente caso. En este supuesto, afirma que la motivación de la exclusión es suficiente y adecuada teniendo en cuenta además que de una simple comparación de la oferta de la licitadora con el cuadro del Anexo XXV se percibe que determinados costes totales de los trabajadores a subrogar se encuentran por debajo de lo que deben percibir según convenio, todo ello sin tener en cuenta los distintos cambios sustanciales en las condiciones de trabajo que propone *ab initio* la oferta, sin perjuicio de lo que pueda hacer en virtud de su potestad de organización la que resulte adjudicataria y conforme a los procedimientos legalmente establecidos.

Por tanto, afirma que la motivación que se ha dado de la exclusión es más que suficiente ya que FISSA conoce perfectamente cuál es la razón por la que se le ha excluido del procedimiento. Prueba de que es suficiente la motivación y ha permitido a la interesada conocer las razones de su exclusión es que la misma no ha invocado ningún vicio de nulidad del acto administrativo y en especial una posible indefensión de la supuesta irregularidad.

Es más, argumenta que en el *petitum* ni siquiera pretende, que se le dé una explicación más prolija sino más bien que ese Tribunal sustituya a los órganos administrativos intervinientes en el procedimiento de contratación de cara a que se dé por buena la viabilidad de la oferta presentada. Bajo el abrigo de una supuesta falta de motivación, más que una explicación más prolija de su exclusión, lo que pretende la actora es obtener un pronunciamiento de ese Tribunal sobre la viabilidad de su oferta, algo que excede de sus competencias.

Afirma, que lo cierto es que en este caso está claro que tanto si se hace la motivación adicional solicitada por la interesada como si no, el sentido del acto no puede ser otro que la exclusión de la licitadora, no siendo de la competencia de este Tribunal pronunciarse sobre los aspectos técnicos de la oferta ni sobre materias propias de la legislación laboral, por lo que en este caso la supuesta irregularidad cometida no tiene ninguna relevancia para el sentido del acto que no puede ser otro que la exclusión. Dado que su oferta es anormalmente baja porque incumple el convenio colectivo de aplicación al prever unas condiciones distintas a las determinadas en Anexo XXV del Pliego, el cual es obligatorio cumplir por todos los licitadores en sus ofertas.

Concluye indicando, que en tanto que la recurrente solicita que se anule la exclusión de la recurrente con retroacción de las actuaciones, no para que se motive la resolución, sino para que se tome en consideración y se clasifique su oferta, el órgano entiende que este *petitum* no puede ser satisfecho por el Tribunal en tanto que

tiene unas competencias exclusivamente revisoras por lo que en virtud del principio de congruencia procedería la desestimación del recurso.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Procede a continuación analizar el objeto del recurso que se centra en analizar si el acuerdo del órgano de contratación de exclusión de la oferta de la recurrente por no quedar justificada la viabilidad de su oferta resulta suficientemente motivada y si procede como solicita la recurrente la retroacción de las actuaciones al momento de la valoración de las ofertas para que se incluya la suya y se continúe el procedimiento.

Pues bien, respecto de la motivación de la exclusión de la oferta de la recurrente se ha de comenzar indicando que como manifiesta FISSA la misma no se encuentra ni en la resolución de adjudicación, en la que no se realiza mención a la exclusión que debe entenderse tácitamente adoptada, ni en la proposición de la mesa de contratación adoptada en su sesión de 22 de septiembre de 2022, en la que tan solo se contiene la citada propuesta de exclusión a la que se acompaña el siguiente texto: *«por estimar que la oferta ni aporta datos que garanticen la correcta realización del servicio como consecuencia de la inclusión de valores anormales que no han sido justificados».* Efectivamente, hay que acudir al informe de viabilidad en el que sí se contiene un razonamiento mínimo sobre el motivo que finalmente conllevó la exclusión de la proposición.

El citado informe de viabilidad de 19 de septiembre de 2022, incluye un análisis de los preceptos jurídicos aplicables a las ofertas incursas en valores anormales y de la doctrina sobre la cuestión y de forma concreta motiva la falta de justificación de la viabilidad de la proposición de la recurrente con el siguiente contenido: *«La justificación y documentación presentada por la empresa licitadora "Fissa Finalidad Social" no es aceptable, ya que la oferta incumple determinadas condiciones laborales del personal a subrogar al no respetar los costes salariales establecidos en el Anexo XXV del PCAP».* Más adelante se indica: *«Se procede a rechazar su oferta tras comprobar que es anormalmente baja porque vulnera la normativa en base a lo establecido en el art. 149.4 y art. 201 de la Ley de Contratos del Sector Público».*

Sobre lo anterior, 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 en la que se concreten las causas por las que no se haya admitido la justificación de la viabilidad e la proposición.

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 152 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) aprobado por el derogado Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, con una redacción muy similar en lo que aquí interesa al 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 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.

Aplicando esta doctrina al presente supuesto, resulta que la única motivación de la exclusión de la oferta de la recurrente la encontramos en el citado informe de viabilidad de 19 de septiembre de 2022, en el mismo nos encontramos, como se ha reproducido, con un razonamiento genérico del que no se puede desprender de forma precisa los motivos por los que no queda acreditada la viabilidad de la proposición. Como este Tribunal ha indicado en otras ocasiones ante supuestos similares (v.gr. Resolución 53/2020, de 14 de febrero):

> *«Pues bien, como puede apreciarse, la motivación es genérica (por ejemplo, no determina cuales son las partidas afectadas por la ausencia de descomposición; ni las partidas del capítulo 8 a las que se refiere; ni en el estudio de los costes directos cuales son los capítulos que presentan una baja considerable en relación con los precios de mercado, no se especifican cuales son los precios de mercado, etc.).*
> *Como hemos advertido anteriormente 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, lo que no ocurre en el presente supuesto en los que se hace de forma breve y genérica.*
> *Dado que es en el momento de la emisión del citado informe cuando debió motivarse adecuadamente la exclusión, no cabe suplir dicha carencia mediante la motivación incluida en el informe del órgano de*

contratación al recurso, ya que se ha privado a la entidad recurrente de la posibilidad de cuestionar dicha motivación en el momento de su interposición».

En consecuencia, procede estimar este motivo del recurso, anulando el acto de adjudicación y retrotrayendo el procedimiento al momento anterior a la elaboración del informe técnico sobre la justificación de la oferta para que, en su caso, se motive de forma suficiente el rechazo de la proposición de la recurrente.

Respecto de la pretensión de FISSA relativa a que se tome en consideración su oferta y que se valore y clasifique, se ha de concluir -como indica el órgano de contratación- que la misma no puede ser acogida por este Tribunal, ya que la valoración de la documentación presentada requiere un juicio técnico del órgano de contratación que no puede ser sustituido por este Tribunal, por lo que la misma debe ser desestimada.

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

La corrección de la infracción legal cometida, y que ha sido analizada y determinada en los fundamentos de derecho de esta resolución, debe llevarse a cabo anulando la resolución de la adjudicación con retroacción de las actuaciones al momento de la emisión del informe técnico de viabilidad a los efectos de que se elabore uno nuevo en el que se desarrolle el concreto motivo que ha conllevado la exclusión, es decir, que *«incumple determinadas condiciones laborales del personal a subrogar al no respetar los costes salariales establecidos en el Anexo XXV del PCAP»* de forma que incluya una valoración más exhaustiva que desmonten las justificaciones aportadas por la entidad licitadora, en caso contrario se deberá proceder a su admisión.

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 **FISSA FINALIDAD SOCIAL, S.L.** contra la resolución del órgano de contratación, de 8 de noviembre de 2022, por la que se adjudica el contrato denominado "Servicio de limpieza centros de participación activa para personas mayores" (Expte. CONTR 2022 0000324270), respecto del lote 2, tramitado por la Delegación Territorial en Sevilla de la Consejería de Inclusión Social, Juventud, Familias e Igualdad, este Tribunal y, en consecuencia, anular la adjudicación y retrotraer el expediente al momento previo a la elaboración del informe técnico sobre la valoración de la documentación presentada para justificar la viabilidad de la oferta.

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 2.

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.