

Recurso 461/2018**Resolución 160/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 21 de mayo de 2019.

VISTA la reclamación en materia de contratación interpuesta por la entidad **CONSTRUCCIONES SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ-SANDO, S.A.** contra el acuerdo de adjudicación, de 5 de noviembre de 2018, de la entidad contratante relativo al contrato de obras denominado “Ampliaciones y mejoras en las redes de colectores del Sector Marbella–La Víbora. Tramo Río Real–Los Monteros” (Expte. 2513, 41/2018, Gestiona 7770/2017), convocado por la entidad pública empresarial Abastecimiento de Agua y Saneamiento de la Costa del Sol, S.A. (ACOSOL), ente instrumental adscrito a la Mancomunidad de Municipios de la Costa del Sol Occidental, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 19 de julio de 2018, se publicó en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión



Europa núm. 2018/S 137-313755, el anuncio de la licitación, mediante procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del contrato asciende a 5.917.359,99 euros y entre quienes presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la entidad ahora reclamante, con el compromiso de constituir una unión temporal de empresas, según consta en la documentación que obra en el expediente de contratación.

SEGUNDO. El 5 de noviembre de 2018, la entidad contratante acordó la adjudicación del contrato mencionado en el encabezamiento de esta resolución a favor de la unión temporal de empresas formada por las entidades CONSTRUCCIONES OTERO, S.L. y PRODESUR CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS, S.A. (en adelante UTE OTERO-PRODESUR).

TERCERO. Con fecha 26 de diciembre de 2018, se presenta en el Registro de este Tribunal escrito de reclamación en materia de contratación interpuesto por parte de la entidad CONSTRUCCIONES SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ-SANDO, S.A. (en adelante SANDO), que junto con la entidad SANEAMIENTOS MARÍTIMOS, S.A. presentaron oferta al procedimiento de licitación con el compromiso de constituir una unión temporal de empresas (en adelante UTE SANDO-SAMASA). Dicho escrito de reclamación se dirige contra el acuerdo de adjudicación, de 5 de noviembre de 2018, del contrato mencionado en el encabezamiento de esta resolución.

CUARTO. La Secretaría de este Tribunal, el 27 de diciembre de 2018 dio traslado a la entidad contratante de la reclamación presentada y le solicitó el informe sobre la misma, el expediente de contratación y el listado de las entidades licitadoras participantes en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificación, informándole, asimismo, que siendo el acto recurrido



la adjudicación operaba la suspensión automática del procedimiento de adjudicación. Parte de la documentación solicitada tuvo entrada el 2 de enero de 2019 en el Registro telemático único de la Junta de Andalucía y el resto, el 4 de enero de 2019, en el Registro de este Tribunal.

QUINTO. La entidad contratante, mediante escrito que tuvo su entrada en el Registro electrónico de este Tribunal el 29 de enero de 2019, solicitó a este Órgano que diera prioridad en su resolución a la reclamación interpuesta al existir razones de interés público que hacen necesaria la realización de las obras que se licitan.

Al respecto, este Tribunal en sesión celebrada el día 31 de enero de 2019 acuerda denegar la solicitud anterior.

SEXTO. Con fecha 31 de enero de 2019, la Secretaría del Tribunal dio traslado de la reclamación al resto de entidades licitadoras concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que formularan las alegaciones que estimaran oportunas, habiéndolas presentado en el plazo establecido la UTE OTERO-PRODESUR.

SÉPTIMO. En la tramitación de la presente reclamación con carácter general se han cumplido los plazos legales salvo el previsto para resolver, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. A la presente licitación le es de aplicación la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en adelante Ley 31/2007) y



demás legislación aplicable en materia de contratación, de conformidad con lo establecido en su artículo 1.

Al respecto, el acto impugnado en el presente supuesto procede de una empresa pública que se rige por la citada Ley 31/2007, cuyo artículo 3 dispone en su apartado primero que *«Quedarán sujetas a la presente ley, siempre que realicen alguna de las actividades enumeradas en los artículos 7 a 12, las entidades contratantes que sean organismos de derecho público o empresas públicas y las entidades contratantes que sin ser organismos de derecho público o empresas públicas, tengan derechos especiales o exclusivos según se establece en el artículo 4»*.

Por su parte, el apartado primero de la disposición adicional segunda del mismo texto legal prevé que *«Se entenderán como entidades contratantes a efectos del artículo 3, con carácter enunciativo y no limitativo, las que se enumeran a continuación:*

1. Entidades contratantes del sector de la producción, transporte o distribución de agua potable: (...)

Otras entidades públicas dependientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales y que operan en el ámbito de la distribución de agua potable (...)».

En este sentido, la entidad ACOSOL ostenta la condición de entidad contratante de las previstas en la citada Ley 31/2007 conforme a sus estatutos que disponen que *«La Sociedad tendrá por objeto la prestación de servicios relativos al ciclo integral del agua, a efectos meramente enunciativos, se expresan las siguientes actividades: (...)*».

En consecuencia, este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 y 4 de 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), por remisión del



artículo 101.1 de la Ley 31/2007, 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 y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

En efecto, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato promovido por un poder adjudicador de una entidad local andaluza. En este sentido, de la entidad ACOSOL es accionista único la Mancomunidad de Municipios de la Costa del Sol Occidental, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución de las reclamaciones en materia de contratación del convenio, a tales efectos, formalizado el 29 de agosto de 2013 entre la entonces Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y la citada Mancomunidad, al amparo de lo dispuesto en el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico en su redacción anterior al Decreto 120/2014, de 1 de agosto, puesto que en el mismo se atribuye la competencia para la resolución de recursos y reclamaciones contractuales contra los actos de dicha Mancomunidad y de sus entes instrumentales que tengan la condición de poderes adjudicadores.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la reclamante para la interposición de la reclamación dada su condición de empresa que ha licitado con el compromiso de constituir con otra una unión temporal, de acuerdo con los artículos 48 de la LCSP y 24.2 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual (en adelante el Reglamento), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre. Este último precepto dispone que *«En el caso de que varias empresas concurren a una licitación bajo el compromiso de constituir unión temporal de empresas para el caso de que resulten adjudicatarias del contrato, cualquiera de ellas podrá interponer el recurso, siempre que sus derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso»*.



TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si la reclamación se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de reclamación en esta vía, de conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la Ley 31/2007.

El objeto de la presente licitación es un contrato de obras, cuyo valor estimado es superior a 5.548.000 euros, convocado por una entidad contratante de las previstas en el artículo 3.1 de la Ley 31/2007 y el objeto de la reclamación es el acuerdo de adjudicación, por lo que el acto recurrido es susceptible de reclamación en materia de contratación al amparo de los artículos 16 b) y 101 y siguientes de la citada Ley 31/2007.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición de la reclamación, el artículo 104.2 y 3 de la Ley 31/2007 dispone que *«2. El procedimiento se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles, a contar desde el siguiente al de la publicación en su caso de la licitación del contrato en el «Diario Oficial de la Unión Europea» cuando se interponga contra dicha licitación, desde que se anuncie en el perfil de contratante del órgano de contratación o desde que los licitadores tengan conocimiento de la infracción que se denuncia.*
3. La presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano competente para resolver la reclamación.».

En el supuesto examinado la notificación de la adjudicación le fue practicada a la reclamante el 10 de diciembre de 2018, por lo que al haberse presentado la reclamación el 26 de diciembre de 2018 en el Registro de este Tribunal, la misma se ha interpuesto dentro del plazo legalmente establecido.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión de la reclamación presentada, procede el estudio de los motivos en que la misma se sustenta.



La reclamante solicita que, previos los trámites oportunos, se estime la reclamación y acuerde la nulidad del acuerdo de adjudicación por falta de motivación y desproporcionalidad de la decisión de no admitir la justificación de la viabilidad de la oferta relativa al fomento de empleo de la UTE SANDO-SAMASA, para que se le asigne la puntuación correspondiente al criterio de fomento de empleo y tras una nueva clasificación de las entidades licitadoras adjudicar el contrato a su favor.

En síntesis, la reclamación se funda en que, a juicio de la reclamante, por una lado, no está motivada la decisión de entender la entidad contratante que su oferta -la de la UTE SANDO-SAMASA- no es viable y, por otro lado, que con la justificación que realiza queda acreditada que su proposición es admisible, no considerando que contenga valores anormales que impidiesen su viabilidad.

Por su parte, la entidad contratante y la UTE OTERO-PRODESUR -como interesada en el procedimiento- en su informe a la reclamación y en las alegaciones a la misma, respectivamente, se oponen a los argumentos esgrimidos por la empresa reclamante en los términos reflejados en sus escritos y que, constando en las actuaciones del procedimiento de reclamación, aquí se dan por reproducidas.

Con carácter previo al análisis de la presente reclamación procede pronunciarse sobre la petición formulada por la reclamante mediante otrosí digo primero en el que solicita y argumenta que se proceda a la acumulación de la presente reclamación al recurso especial en materia de contratación que ha interpuesto frente al acuerdo de adjudicación del contrato de obras de «*Ampliación y mejora del ramal este de las conducciones principales de abastecimiento a la Costa del Sol Occidental. Tramo: Urbanización Torreblanca. Expediente 2589, 34/2018*») convocado por ACOSOL. Al respecto, ha de manifestarse que no es posible proceder a lo solicitado por la reclamante, toda vez que el recurso especial en



materia contratación que cita fue inadmitido por este Tribunal en su Resolución 22/2019, de 29 de enero.

SEXTO. Vistas las alegaciones de las partes procede su análisis. Al respecto la cláusula 1.3 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) dispone que *«El procedimiento de licitación se regirá por lo establecido en este Pliego, en la Memoria Descriptiva y Cuadro de Precios; en la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector público, Ley 31/2007 de 30 de octubre, sobre Procedimientos de Contratación en los Sectores del Agua, la Energía, los Transportes y los Servicios Postales, por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo (RPLCSP), por el que se desarrolla parcialmente la LCSP, así como por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (...).».*

En este sentido, este Tribunal ha de poner de manifiesto, como tantas otras veces (v.g. Resoluciones 120/2015, de 25 de marzo, 221/2016, de 16 de septiembre, 45/2017, 2 de marzo, 200/2017, de 6 de octubre y 333/2018, de 27 de noviembre, entre otras muchas), que los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las empresas licitadoras, por lo que, en virtud del principio de “pacta sunt servanda”, y teniendo en cuenta que ni la reclamante ni el resto de entidades licitadoras impugnaron los pliegos en su día, necesariamente ha de estarse ahora al contenido de los mismos.

En lo que aquí interesa, la cláusula 37 del pliego de prescripciones técnicas dispone lo siguiente:

«Fomento de empleo (hasta 15 puntos).

Compromiso firmado por parte del licitador de llevar a cabo en la ejecución de la obra que nos atañe, la contratación de trabajadores que se encuentren en situación legal de desempleo.

En el compromiso del licitador, se deberá indicar el total de días de fomento de empleo, entendiéndose éste como el sumatorio de los días cotizados en la Seguridad



Social de todos los trabajadores contratados para la ejecución de las obras de referencia que procedan de situación legal de desempleo.

Para el cómputo de los días de fomento de empleo se deberá cumplir con los siguientes requisitos:

-Los trabajadores cuyos días se computarán para el fomento de empleo deberán estar inscritos como demandantes de empleo antes de la fecha de inicio de la relación laboral.

-Se computarán como días de fomento de empleo únicamente los días cotizados en la Seguridad Social entre la fecha de acta de comprobación de replanteo y la fecha de acta de recepción de la obra (ambos inclusive).

-Para la justificación de los días de fomento de empleo, el adjudicatario deberá entregar la documentación necesaria (contratos de trabajo, informes de vida laboral, certificados de inscripción como demandante de empleo, TC1, TC2, etc...) siguiendo las instrucciones del órgano de contratación.

En caso de que la documentación resultase insuficiente o no adecuada para la justificación de los días de fomento de empleo, se requerirá al adjudicatario en plazo no inferior a cinco días para su subsanación.

El incumplimiento del compromiso de fomento de empleo por parte del adjudicatario se considerará incumplimiento del contrato imputable a éste.

La valoración de la contratación de trabajadores se efectuará hasta un máximo de 15 puntos. Se asignará la máxima puntuación a aquella oferta que ofrezca un mayor número de días siempre que no incida en oferta desproporcionada tal y como se determina en el párrafo siguiente, el resto de ofertas se valorarán proporcionalmente aplicando la fórmula que se propone (...).

Se entenderá que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas cuando:

Se supere la media del número de días ofertados más cinco (5) puntos porcentuales de dicha media.

El cálculo del umbral para la determinación de la propuesta desproporcionada se hará según la siguiente fórmula (...).

Cualquier número de días de fomento de empleo ofertado que sean superior o igual al umbral para la determinación de propuesta desproporcionada (UPT) se considerará una oferta desproporcionada.



En los supuestos de oferta desproporcionada, se requerirá, conforme lo estipulado en el Artículo 149 de la LCSP, que los licitadores justifiquen su oferta, pudiéndose dar las siguientes posibilidades:

-Presenta documentación justificativa de la oferta y se estima, puntuándose mediante la fórmula indicada.

-No presenta documentación justificativa de la oferta, o la presenta, pero se desestima por considerar que la ejecución del contrato sería inviable debido a esa oferta desproporcionada en cuanto al número de días de fomento de empleo ofertado. En este caso se considerará que la oferta del licitador no puede ser cumplida como consecuencia de valores anormales o desproporcionados, excluyéndose de la clasificación, procediéndose a una nueva asignación de puntos, en la que obtendrá 15 puntos la empresa con la mejor oferta de fomento de empleo que no se haya incurrido en oferta desproporcionada.».

Por su parte, la mesa de contratación en sesión celebrada el 25 de octubre de 2018 transcribe y acepta el informe técnico, de la misma fecha, de justificación de viabilidad de las ofertas inicialmente incursas en baja anormal o desproporcionada. El citado informe indica en lo que aquí interesa, tras relacionar aquellas entidades que en el criterio recogido en la citada cláusula 37 “fomento de empleo” del PPT han presentado una oferta anormalmente **alta**, entre las que se encuentra la UTE SANDO-SAMASA, que “*Estudiadas las justificaciones presentadas por las empresas a requerimiento efectuado por ACOSOL, S.A. en fecha 16 de octubre de 2018 (...).*

Se concluye que en ninguna de las justificaciones que se aportan se establecen diferencias respecto del resto de concursantes que demuestren unas condiciones ventajosas a la hora de ofertar, sino más bien una vocación de cumplimiento amparados en explicaciones numéricas tras el análisis de los puntos a cumplir. Por ello, no se consideran justificadas ninguna de ellas”.

Al respecto, la reclamante afirma que la decisión de no justificación no realiza ni un mínimo esfuerzo de motivación. En este sentido, indica que la verificación de la oferta inicialmente incurra en baja anormal única y exclusivamente debe



limitarse a la viabilidad o posibilidad de cumplimiento del contrato, por lo que la mera alegación abstracta de que *"en ninguna de las justificaciones que se aportan se establecen diferencias respecto del resto de concursantes que demuestren unas condiciones ventajosas a la hora de ofertar"*, sin explicar por qué su oferta no es viable no puede servir de motivación de la decisión adoptada por la mesa de contratación, sin que quepa un rechazo genérico de las ofertas sin atender a las justificaciones presentadas individualmente.

Por su parte, la entidad contratante en su informe a la reclamación señala que la justificación de la no viabilidad de la oferta de la UTE SANDO-SAMASA está motivada de forma suficiente. En este sentido, indica que la misma no tiene una ventaja competitiva respecto a las demás licitadoras que le permita considerarse una oferta más ventajosa, siguiendo el artículo 149.4.b) de la LCSP que condiciona la justificación a argumentar las condiciones excepcionalmente favorables a la hora de ejecutar las obras.

Al respecto, señala que los poderes adjudicatarios no tiene por qué soportar las circunstancias propias y distintas de cada entidad licitadora, con relación al resto de ellas, tal y como pretende la entidad reclamante.

Asimismo, el informe a la reclamación hace referencia a la discrecionalidad técnica que manifiesta regir en esta materia. Al respecto, afirma que el informe técnico, de 25 de octubre de 2018, en que se apoya la mesa de contratación y posteriormente, la entidad contratante al asumir la propuesta de aquélla, sí contiene las razones que avalan la decisión adoptada, sin que se aprecie en las mismas error, criterio arbitrario ni desviación de poder que lleve a sostener la superación de los límites de la discrecionalidad técnica que opera en este ámbito, pues en última instancia estamos ante una cuestión de apreciación técnica por parte de un servicio especializado.



De igual forma, la entidad contratante sostiene que en el supuesto examinado, al contrario de lo que ocurre en la Resolución 194/2018, de 22 de junio, de este Tribunal, la justificación de calificación de la baja no es un criterio subjetivo, por contra esta viene determinada por la aplicación de una fórmula matemática conocida, con unos cálculos que a la vista de las ofertas es determinable y con unos umbrales que están totalmente determinados, por lo que no le sería atribuible la falta de la motivación reforzada.

Por último, la UTE OTERO-PRODESUR -como interesada en el procedimiento- en sus alegaciones a la reclamación considera en términos parecidos a la entidad contratante que la justificación de la no viabilidad de la oferta de la UTE SANDO-SAMASA está motivada de forma suficiente.

SÉPTIMO. Pues bien, el régimen jurídico de las proposiciones incursas inicialmente en valores anormales, conforme se establece en el PCAP, se regula en el artículo 149 de la LCSP, en concreto en lo que aquí interesa en los apartados 4 y 5, en términos similares a lo recogido en los apartados 3 y 4 del artículo 152 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Conforme a dichos apartados, una vez determinada que una oferta resulta inicialmente anormal de conformidad con los parámetros objetivos previstos en los pliegos que rigen el contrato, la mesa o el órgano de contratación, en su caso, han de seguir un procedimiento contradictorio.

En este sentido, debe requerirse a la entidad licitadora o licitadoras que la justifiquen y, una vez presentada la documentación justificativa, la verificación 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; en todo caso, dicha verificación no puede



realizarse sobre aspectos o características técnicas de la oferta que ya fueron analizadas previamente en su momento procedimental oportuno.

Asimismo, esa verificación solo debe limitarse a la viabilidad o posibilidad de cumplimiento del contrato desde la perspectiva de la oferta de cada licitadora; en este sentido, la normativa sobre justificación de ofertas presuntamente anormales no impone de forma absoluta la necesidad de valorar la coherencia económica de la oferta en sí misma considerada, sino si es viable que la empresa ofertante la ejecute, de ahí que cobren especial importancia las condiciones de la propia licitadora.

No cabe, por tanto, al menos como principio, extender ese análisis de viabilidad de la oferta a aquellas partidas de la misma que quedan al arbitrio de la entidad licitadora, como ocurre con los gastos generales o el beneficio industrial, quien las puede incluir en el porcentaje que estime pertinente, sin que los pliegos, ni las reglas de contratación establezcan fórmulas o porcentajes para la determinación o inclusión de tales partidas económicas. En este sentido se ha manifestado este Tribunal, entre otras, en sus Resoluciones 28/2016, 11 de febrero, 294/2016, de 18 de noviembre, 328/2016, de 22 de diciembre, 26/2017, de 3 de febrero, 138/2017, de 5 de julio y 30/2018, de 8 de febrero, así como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en su Resolución 1157/2015, de 18 de diciembre.

En todo caso, si en el análisis de viabilidad de la oferta inicialmente anormal se comprueba que la misma lo es porque se vulnera la normativa sobre subcontratación o no cumple las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201 de la LCSP, el órgano de contratación la rechazará así como si la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por la entidad licitadora cuando esta sea



incompleta o se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico.

En el supuesto examinado, dicho procedimiento contradictorio se ha seguido, cuestión que no pone en duda la reclamante, al manifestar que se ha realizado un trámite de alegaciones, la aportación por su parte de la documentación justificativa de su oferta e informe técnico respecto de la viabilidad de la misma; lo que realmente denuncia la reclamante es que, a su juicio, por un lado, la decisión de entender la entidad contratante que su oferta no es viable no esta motivada y, por otro lado, que con la justificación que realiza queda acreditada que su proposición es admisible, no considerando que contenga valores anormales que impidiesen su viabilidad.

Procede, pues, en primer lugar analizar si el informe técnico, de 25 de febrero de 2018, en que se concluye que la UTE SANDO-SAMASA no justifica la viabilidad de su oferta está o no suficientemente motivado.

Al respecto, se ha de poner de manifiesto que, en cuanto a la documentación justificativa de la oferta inicialmente incurso en baja anormal o desproporcionada y a los informes técnicos sobre viabilidad de las mismas, con base en el artículo 152 del TRLCSP, 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, incurso 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 incurra 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 incurra 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.

En el supuesto examinado, este Tribunal considera que la motivación del informe técnico sobre inviabilidad de la oferta es insuficiente. En este sentido, como se ha expuesto, el mismo considera que no se justifica la viabilidad de la oferta pues la misma no establece diferencias respecto del resto de entidades licitadoras que demuestren una condiciones ventajosas, afirmando al respecto el informe a la reclamación que el artículo 149.4.b) de la LCSP condiciona la justificación a argumentar las condiciones excepcionalmente favorables a la hora de ejecutar las obras. Sin embargo, dichas condiciones han de serlo de cada entidad licitadora en particular, de ahí que cobren especial importancia las condiciones de la propia licitadora, pero no necesariamente con referencia al resto de ellas, circunstancia que puede representar un indicio para entender que la oferta no es viable, pero en modo alguno puede ser el único motivo sobre el que recaiga el peso de la justificación de la inviabilidad de la oferta.

Por ese motivo, no es posible admitir el alegato de la entidad contratante cuando en el informe a la reclamación manifiesta que los poderes adjudicatarios



no tiene porqué soportar las circunstancias propias y distintas de cada entidad licitadora, pues es precisamente las circunstancias excepcionalmente favorables de que disponga la empresa o empresas inicialmente incursas en baja anormal para prestar los servicios lo que debe determinar, entre otras cuestiones, si es posible o no que cumplan adecuadamente la prestación.

Asimismo, el informe a la reclamación manifiesta que en esta materia rige la discrecionalidad técnica, afirmación que este Tribunal comparte, sin embargo, en el supuesto examinado se han superado los límites de la misma, en concreto, la motivación adecuada, circunstancia esta que como se ha expuesto no concurre en el presente caso.

Tampoco es posible admitir el alegato de la entidad contratante en el que indica que la justificación de la calificación de la oferta como inviable viene determinada por la aplicación de una fórmula matemática conocida, con unos cálculos que a la vista de las ofertas es determinable y con unos umbrales que están totalmente determinados, por lo que no le sería atribuible la falta de la motivación reforzada -más exhaustiva-, y ello porque el que los parámetros para identificar una baja anormal sean objetivos es una exigencia de la propia normativa contractual (artículo 149.2 de la LCSP) que en modo alguno puede eximir de la obligación de motivar adecuadamente la inviabilidad de una oferta con argumentos que desmonten las justificaciones aportadas por la entidad licitadora incursa inicialmente en baja anormal. Piénsese, por ejemplo, en los supuestos en los que los citados parámetros objetivos hacen referencia al precio, que son los más habituales, en los que generalmente la calificación de una oferta como inicialmente incursa en baja anormal viene determinada por la aplicación de una fórmula matemática conocida, por ejemplo cierto porcentaje sobre la baja media, con unos cálculos que a la vista de las proposiciones es determinable y con unos umbrales que están totalmente determinados, y ello, no exime a la entidad contratante de la obligación de motivar adecuadamente la inviabilidad de una oferta en los términos expuestos.



Por los motivos citados en el párrafo anterior, no es posible compartir las afirmaciones que hace la entidad contratante en el informe a la reclamación cuando dispone lo siguiente: *«Entiende el Órgano de Contratación que la inserción para determinar el umbral de oferta anormalmente baja de una fórmula matemática introduciendo un valor absolutamente objetivo, siendo este valor determinable solamente después de conocer las distintas ofertas, motiva suficientemente el no puntuar el parámetro de FOMENTO AL EMPLEO a aquellas entidades que superen ese umbral sin tener que justificar el órgano de contratación (o la mesa de contratación) la no valoración de ese ítem, al ser establecido por el PPTP y el PCAD y ser conocido por todas las licitadoras.*

Abundando sobre el tema el criterio además es conocido por todos los licitadores y hubiese sido mas razonable la impugnación de los Pliegos, pues una vez se produce la oferta se están aceptando por las licitadoras, el hecho indubitado que sobrepasar el umbral marcado por la media aritmética por la aplicación de la fórmula matemática va a traer como resultado no ser puntuado en el referido criterio.

Entiendo que esto es independiente de la imposición legal establecida en el Artículo 149.4 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, del deber de requerir al licitador o licitadores que las hubieren presentado dándoles plazo suficiente para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o CUALQUIER OTRO PARÁMETRO EN BASE AL CUAL SE HAYA DEFINIDO LA ANORMALIDAD DE LA OFERTA, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos.».

En consecuencia, en base a las consideraciones efectuadas, procede estimar el presente motivo de la reclamación declarando que la inviabilidad de la oferta de la UTE SANDO-SAMASA en el criterio controvertido está motivada de forma insuficiente.

OCTAVO. Como segunda parte y última de la reclamación, la entidad reclamante afirma que con la justificación que realiza queda acreditada que su



proposición es admisible, no considerando que contenga valores anormales que impidiesen su viabilidad.

En este sentido, la reclamante solicita de este Tribunal que tras la declaración de viabilidad de su oferta se le asigne la puntuación que le corresponda en el criterio de fomento de empleo y tras una nueva clasificación de las entidades licitadoras se adjudique el contrato a su favor.

Sin embargo, dicha pretensión no puede atenderse debiendo inadmitirse, pues este Tribunal tiene exclusivamente una función revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad, sin que pueda sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación, en este caso de la entidad contratante, única a la que corresponde dictar el acto solicitado por la reclamante. A mayor abundamiento, este Órgano no puede realizar el juicio técnico sobre viabilidad que demanda la reclamante, ni puede amparar con criterios jurídicos aspectos técnicos que escapan de su esfera de conocimiento y control.

Resta por analizar los efectos de la estimación en la que este Tribunal ha declarado que la inviabilidad de la oferta de la UTE SANDO-SAMASA en el criterio controvertido está motivada de forma insuficiente.

En este sentido, la reclamante afirma que la falta de motivación no podría nunca subsanarse mediante la justificación a posteriori.

Al respecto, este Tribunal ha puesto de manifiesto, referido a la valoración de los criterios de adjudicación evaluables mediante un juicio de valor, extrapolable a los supuestos en los que se evalúa la viabilidad de una oferta, que cuando en la valoración existe una carencia absoluta de justificación técnica en las puntuaciones, tal proceder inadecuado de la Administración no puede subsanarse tras la reclamación por la vía de motivar y explicitar el criterio



técnico en aquellas puntuaciones donde se ha omitido, pues se estaría dando la posibilidad de construir a posteriori un razonamiento técnico a partir de unas puntuaciones preexistentes, cuando en todo caso el proceso lógico debe ser el inverso (v.g. Resoluciones de este Tribunal 300/2016, de 18 de noviembre y 183/2017, de 19 de septiembre, entre otras).

Sin embargo, en el supuesto examinado, como se ha analizado anteriormente no existe una carencia absoluta de justificación técnica de la inviabilidad de la oferta de la UTE SANDO-SAMASA, sino una insuficiente motivación de la misma que no puede acarrear la nulidad del procedimiento, como ocurre en los supuestos de carencia absoluta, pudiendo la entidad contratante completar la justificación técnica de la inviabilidad de la oferta, incurriendo inicialmente en baja anormal, en los términos expuestos en la presente resolución, de forma que permita a la entidad ahora reclamante, si lo estima conveniente, interponer una reclamación fundada.

En el mismo sentido, en relación con la valoración de los criterios de adjudicación evaluables mediante un juicio de valor, se ha manifestado este Tribunal, entre otras, en su Resolución 16/2018, de 22 de enero, en la que se indica en lo que aquí interesa que *«Por tanto, hemos de concluir que, en el supuesto examinado, ni el informe técnico de valoración de las proposiciones técnicas en el lote 6, ni la resolución de adjudicación de dicho lote se encuentran suficientemente motivados, habiéndose infringido lo dispuesto en el artículo 151.4 del TRLCSP.*

Es por ello que procede estimar el recurso interpuesto y anular la resolución de adjudicación en cuanto al lote impugnado, con retroacción de las actuaciones al momento de emisión del citado informe técnico, a fin de que se proceda a efectuar una nueva evaluación de las ofertas de la adjudicataria y de la recurrente que contenga una motivación adecuada y suficiente, con respeto estricto de las puntuaciones ya asignadas. Asimismo, la retroacción acordada no será obstáculo para que se mantenga la validez de aquellos actos y trámites cuyo contenido hubiera permanecido igual de no haberse cometido la infracción denunciada», y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras muchas, en su



Resolución 308/2017, de 31 de marzo, que en su fundamento de derecho séptimo señala que *«A la vista de lo anterior, constatada la insuficiencia de la motivación recogida en el informe de valoración de las ofertas, debemos estimar parcialmente el recurso, reponiendo las actuaciones (artículo 47.2 TRLCSP) al tiempo inmediatamente anterior a la emisión del informe técnico de valoración de las ofertas en cuanto se refieren a los criterios evaluables mediante juicio de valor, a fin de que por parte de los servicios técnicos se emita una evaluación suficientemente fundada de la ofertas de la recurrente y adjudicataria del contrato –que no podrá alterar la puntuación inicialmente otorgada, por impedirlo el artículo 150.2 TRLCSP; Resolución 13/2014-, tanto en lo referido a los criterios sujetos a juicio de valor como a los de valoración automática»*.

En definitiva, visto lo manifestado anteriormente, la corrección de la infracción legal cometida, y que ha sido analizada y determinada en los fundamentos de derecho quinto a octavo de esta resolución, debe llevarse a cabo anulando el acuerdo de adjudicación impugnado, conforme a lo establecido en dichos fundamentos, con retroacción de las actuaciones al momento del dictado del informe técnico, de 25 de octubre de 2018, de justificación de viabilidad de las ofertas inicialmente incursas en baja anormal o desproporcionada, para que se complete la justificación técnica de la inviabilidad de la oferta de la UTE SANDO-SAMASA , con continuación en su caso del procedimiento, conservando la validez de aquellos actos y trámites cuyo contenido hubiera permanecido igual de no haberse cometido la infracción.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente la reclamación en materia de contratación interpuesta por la entidad **CONSTRUCCIONES SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ-SANDO, S.A.** contra el acuerdo de adjudicación, de 5 de noviembre de 2018,



de la entidad contratante relativo al contrato de obras denominado “Ampliaciones y mejoras en las redes de colectores del Sector Marbella–La Víbora. Tramo Río Real–Los Monteros” (Expte. 2513, 41/2018, Gestiona 7770/2017), convocado por la entidad pública empresarial Abastecimiento de Agua y Saneamiento de la Costa del Sol, S.A. (ACOSOL), ente instrumental adscrito a la Mancomunidad de Municipios de la Costa del Sol Occidental y, en consecuencia, anular el mismo debiendo actuarse en el sentido expuesto en el fundamento de derecho octavo de la presente resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 106.4 de la Ley 31/2007, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. Notificar la presente resolución a las partes 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.

