

Recurso 495/2023
Resolución 555/2023
Sección Tercera

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

Sevilla, 3 de noviembre de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las entidades **ACTÚA, SERVICIOS Y MEDIO AMBIENTE S.L.** y **ACER PROYECTOS Y OBRAS, S.L.**, que licitaron con el compromiso de constituir una unión temporal de empresas, contra la resolución, de 22 de septiembre de 2023, del órgano de contratación de adjudicación del contrato denominado «Servicio de conservación, mantenimiento y mejora integral de zonas verdes y espacios ajardinados dentro del término municipal de Fuengirola» (Expediente 031/2023-CONTR), convocado por el Ayuntamiento de Fuengirola (Málaga), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 7 de abril de 2023, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El 10 de abril de 2023, los pliegos de la contratación fueron puestos a disposición de las personas interesadas a través del citado perfil.

Posteriormente, el 27 de abril de 2023, se publicó en el mencionado perfil una rectificación del anuncio de licitación y de los pliegos. El 2 de mayo de 2023, dicha rectificación del anuncio de licitación, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea.

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.

El órgano de contratación mediante resolución, de 22 de septiembre de 2023, acuerda entre otras cuestiones y por este orden excluir la oferta de las entidades ACTÚA, SERVICIOS Y MEDIO AMBIENTE S.L. y ACER PROYECTOS Y OBRAS, S.L., que licitaron con el compromiso de constituir una unión temporal de empresas, por no acreditar la viabilidad de su proposición inicialmente incurso en baja anormal o desproporcionada, y adjudicar el contrato a la entidad ALTHENIA S.L.U. (en adelante la entidad adjudicataria).

SEGUNDO. El 13 de octubre de 2023, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por las citadas entidades ACTÚA, SERVICIOS Y MEDIO AMBIENTE S.L. y ACER PROYECTOS Y OBRAS, S.L. (en adelante la recurrente o la UTE recurrente), contra la citada resolución de 22 de septiembre de 2023 del órgano de contratación en la que se contenía la exclusión de su oferta.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, el 16 de octubre de 2023, 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 19 de octubre de 2023 se recibe finalmente el mismo día 19 de octubre de 2023.

Finalmente, el día 24 de octubre de 2023, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndose recibido en plazo 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 Fuengirola (Málaga) no ha manifestado que disponga 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 ahora recurrente para la interposición del recurso 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»*. En este sentido se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en su Resolución 57/2021, de 18 de febrero.

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.

Aun cuando formalmente el recurso se interpone contra la adjudicación, materialmente la recurrente cuestiona la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación



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 resolución de adjudicación fue adoptada el 22 de septiembre de 2023, por lo que, aun computando desde dicha fecha, el recurso presentado el 13 de octubre de 2023 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 de licitación que culminaron con la exclusión de la oferta de la recurrente.

En lo que aquí concierne, mediante escrito de fecha 14 de julio de 2023 la persona titular de la secretaría de la mesa de contratación requiere a la ahora recurrente para acredite la viabilidad de su oferta, inicialmente incurrida en baja anormal o desproporcionada, en los siguientes términos:

«Que de acuerdo con la fórmula prevista en la el (sic) Anexo I del Pliego de Cláusulas administrativas particulares, su oferta incurre en presunta baja temeraria.

Que en base a lo dispuesto en el artículo 149.4 LCSP: “Cuando la mesa de contratación, o en su defecto el órgano de contratación hubiere identificado una o varias ofertas incursas en presunción de anormalidad, deberá 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”.

Requerir a la Unión Temporal de Empresas (...) para que, en el plazo de cinco días hábiles, a contar desde el siguiente al envío de esta comunicación, justifique la oferta presentada en el referido procedimiento, mediante la aportación de toda la documentación que a juicio del licitador pueda justificar:

- a) Los precios y costes de su oferta.*
- b) El ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción.*
- c) Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras,*
- d) La innovación y originalidad de las soluciones propuestas, para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.*
- e) El respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral, y de subcontratación, no siendo justificables precios por debajo de mercado o que incumplan lo establecido en el artículo 201 LCSP.*
- f) O la posible obtención de una ayuda de Estado.».*

En respuesta, la entidad ahora recurrente presenta un documento justificativo formalizado el 24 de julio de 2023 dividido en cinco puntos: «1. Objeto de la memoria; 2. Justificación del importe ofertado y su viabilidad técnico-económica; 3. Estrategia empresarial en la propuesta realizada; 4. Justificación temeridad de los precios ofertados por trabajos extraordinarios y por suministro/medición; y 5. Documentación (memoria de justificación, anexo I: requerimiento de justificación, anexo II: certificado de clasificación empresarial, anexo III: ofertas de proveedores y anexo IV: cuentas anuales empresas que conforman la ute.».



Por acuerdo de la mesa de contratación en sesión celebrada el 26 de julio de 2023, dicho documento justificativo fue trasladado a los servicios técnicos municipales para su examen, que fue efectuado por la persona titular de la jefatura de zonas verdes, evacuando el correspondiente informe el 31 de julio de 2023 (en adelante informe de viabilidad), en el que se indican, tras recoger los apartados que denomina antecedentes y sobre la documentación presentada por la unión temporal de empresas, en lo que aquí concierne expresamente las siguientes conclusiones:

«1 En el apartado primero, Objeto de la Memoria, hace alusión al “Recurso nº 896/2020, Resolución nº 1120/2020, de 16 de octubre de 2020, que su finalidad es determinar que la oferta es viable, sin que sea necesaria una acreditación exhaustiva, frente a la necesidad de que una exclusión de la oferta tenga que tener una motivación reforzada”.

El Criterio de Adjudicación objeto de requerimiento no se refiere a la oferta económica propuesta por los licitadores, que se corresponde, según lo establecido en el PCAP al CRITERIO Nº2 valorado con 25 puntos, y que una justificación de baja podría atender a este Recurso nº 896/2020, sino que por el contrario, tiene que ver con la aplicación de descuentos sobre los precios unitarios de la Base de Precios de Paisajismo para la ejecución de partidas extraordinarias y de suministro/medición, con lo que la justificación habrá de ser suficientemente clara de manera que se asegure una correcta ejecución de estos trabajos, siendo necesaria una acreditación exhaustiva de cada una de las partidas.

2 En el planteamiento presentado usa de referencia la cantidad destinada a Gastos Generales y Beneficio Industrial del contrato para justificar que este valor será superior a los costes derivados de trabajos extraordinarios y que en aquellos casos en los que no se cumplan los compromisos adoptados, podrían asumirse con la ejecución de este importe, o incluso apela al ‘Riesgo y Ventura’ y Solvencia Económica de la UTE, pero esta suposición no se ha tenido en cuenta el 5% sobre el precio anual del contrato correspondiente a trabajos sujetos a canon fijo que será de ejecución obligatoria como Trabajos suministro/medición, tal como se recoge en la página 10 del PPT, con lo que la premisa de base para su justificación no es correcta.

3 Incluye cartas de compromiso de las empresas relacionadas a continuación: (...).

En todas ellas, el compromiso adquirido es el de aplicar un % de descuento igual o superior al ofertado por la U.T.E. ACTÚA-ACER sobre los precios unitarios recogidos en la Base de Precios de Paisajismo, pero en ningún caso se aporta el listado de los productos que distribuyen o descripción de los trabajos que realizan con lo que no es posible conocer si con estas empresas se cubren los conceptos incluidos en el Capítulo P.- Productos y Materiales de la BBP, ni se justifica la viabilidad de los descuentos según precios habituales de mercado, sin afectar a la calidad de los materiales instalados o a las especificaciones técnicas de las maquinarias y vehículos necesarios para la ejecución de los trabajos.

4 Entre los conceptos incluidos en los precios unitarios se encuentran los relacionados con los costes de mano de obra. No se aporta justificación alguna en el documento presentado que asegure el cumplimiento de lo establecido en los Convenios Colectivos de referencia.

En definitiva, la justificación de la oferta dada por el licitador no asegura un cumplimiento adecuado de las prestaciones a contratar con respecto a las condiciones establecidas en el PPT.

En tales condiciones, ante la elevada desproporción de la oferta y su insuficiente justificación, se estima que se debe rechazar la justificación realizada por la U.T.E (...), excluyendo su oferta y realizando la propuesta de adjudicación a la siguiente mejor oferta económica no incurso baja temeraria.».



Acto seguido, la mesa de contratación en sesión celebrada el 1 de agosto de 2023, tras reproducir en su integridad el citado informe de viabilidad, adopta entre otros el siguiente acuerdo:

«excluir de la licitación a la UTE (...) [ahora recurrente] al considerar su oferta como oferta anormalmente baja en cuanto al precio ofertado por los trabajos extraordinarios y por suministro/medición (Porcentaje de descuento sobre los precios unitarios recogidos en la base de los precios de paisajismo para la ejecución de los trabajos extraordinarios y trabajos por suministro/medición), conforme a lo determinado en el informe emitido por los servicios técnicos de la Concejalía de Ecología Urbana, con fecha 31 de julio de 2023 (CSV: 14614147413017024114), anteriormente transcrito.».

Por último, el órgano de contratación en resolución de 22 de septiembre de 2022 en lo que aquí ha lugar indica como motivo de exclusión de la UTE, que *«de acuerdo con el informe técnico emitido por los servicios técnicos de la Concejalía de Ecología Urbana, con fecha 31 de julio de 2023 (CSV: 14614147413017024114), al considerar su oferta como anormalmente baja en cuanto al precio ofertado por los trabajos extraordinarios y por suministro/medición (Porcentaje de descuento sobre los precios unitarios recogidos en la base de los precios de paisajismo para la ejecución de los trabajos extraordinarios y trabajos por suministro/medición).».*

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 22 de septiembre de 2022 del órgano de contratación, en la que se contiene la exclusión de su oferta en el procedimiento de licitación del contrato citado en el encabezamiento, solicitando a este Tribunal que *«lo estime, y anule la decisión de exclusión de la oferta de la UTE (...) [ahora recurrente] retro trayendo el procedimiento al momento previo a la exclusión, para que resulte puntuada también con los criterios de mera aplicación de fórmulas matemáticas del Sobre 3 y se proceda a una nueva clasificación de las ofertas en que resulte la oferta mejor puntuada; y subsidiariamente que se retrotraiga el procedimiento al momento anterior al requerimiento de justificación de anormalidad de las ofertas para que se concreten de manera precisa los extremos a justificar o la documentación a aportar, al ser conforme a Derecho.».*

En síntesis, la recurrente en su recurso se opone al rechazo de su oferta, inicialmente incurso en baja anormal o desproporcionada, afirmando que es improcedente considerar que su oferta es anormalmente baja dado que fue adecuadamente justificada. En este sentido, para argumentar su pretensión esgrime los tres motivos de recurso siguientes y por este orden: i) el requerimiento efectuado fue genérico; ii) la UTE justificó adecuadamente su oferta; y iii) el informe de viabilidad, y la decisión del órgano de contratación que en éste se funda, no es apto para la exclusión de la oferta y no analiza adecuadamente la justificación de la UTE en relación con el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), las exigencias legales y la doctrina aplicable.

1.1. Sobre que el requerimiento efectuado fue genérico.

Indica la recurrente que el requerimiento que efectuó el Ayuntamiento no concretó los específicos aspectos que pretendía fueran aclarados o acreditados, simplemente se limitó a citar, extraer y parafrasear el contenido del artículo 149.4 de la LCSP, sin señalar siquiera el concreto porcentaje por el que supuestamente se incurría en anormalidad. Además, a su entender, ha de tenerse en cuenta que los parámetros por los que se apreció inicialmente la anormalidad no son los clásicos relativa a la oferta económica, sino que consistía en un descuento sobre la “Base de Precios de Paisajismo”, por lo que la concreción de los diversos aspectos que querían ser aclarados era una obligación para la mesa de contratación que cobraba mayor sentido. Por ello, no



procede considerar que la justificación de la anormalidad de la oferta no es lo suficientemente clara, explicativa o concreta, o que faltó documentación en la justificación, si precisamente el requerimiento de la justificación ha sido algo genérico. En apoyo de sus argumentos cita y reproduce en parte la Resolución 251/2021, de 24 de junio, de este Tribunal.

1.2. Sobre que la UTE justificó adecuadamente su oferta.

Afirma la UTE recurrente que ofreció ante este genérico requerimiento una justificación completa y detallada de su oferta en general y en el criterio C.3º, donde se establecían los parámetros de anormalidad.

En el apartado 1 de su justificación -Memoria-, se recogían los antecedentes del procedimiento y se calculaba incluso el porcentaje por el que la oferta se encontraba supuestamente en situación de anormalidad.

En el apartado 2 -Justificación del importe ofertado y su viabilidad técnico-económica-, se explicaba con detalle la estructura y capacidad de las empresas de la UTE, su estructura, cualificación e idoneidad de medios humanos y materiales, solvencia y experiencia en servicios previamente prestados, políticas de acuerdos y fidelización de proveedores, metodología empleada para efectuar la propia oferta, etc.

En el apartado 3 -Estrategia empresarial en la propuesta realizada-, se efectuó una enumeración de las favorables condiciones de la UTE que le permitieron elaborar la oferta con carácter general.

Y en el apartado 4 -Justificación anormalidad de los precios ofertados por trabajos extraordinarios y por suministro/medición-, se abordaba la oferta efectuada sobre el concreto criterio C.3º del PCAP, indicando que el 65% de porcentaje de baja efectuado había podido efectuarse por los acuerdos y convenios con empresas proveedores habituales en la zona de actuación y a nivel nacional, que propiciaban precios más competitivos, acompañándose como anexo III, diversas cartas de compromiso de todos los proveedores en los que éstos se comprometían expresamente a efectuar el porcentaje de descuento de cuanto menos el 65% sobre los precios unitarios de la base de paisajismo. Para reforzar su alegato manifiesta extraer a modo de ejemplo una de ellas, que inserta como imagen en el recurso. Tras lo cual, indica que el concreto porcentaje de baja se acreditó mediante una explicación sencilla, razonada y justificada, acompañando documentos probatorios. Asimismo, por último, señala que en este apartado se efectuaba una valoración de los importes que implicaba esta baja del 65%, tanto en sí misma como respecto a la totalidad del presupuesto del contrato, y la facultad de la UTE de asumir a costa del beneficio a obtener del contrato o a su propia costa eventualidades en los precios rebajados, afirmando que ello lo abordará con más en detalle en el tercero y último de los motivos del recurso.

1.3. Sobre que el informe de viabilidad no es apto para la exclusión de la oferta y no analiza adecuadamente la justificación de la UTE en relación con el PCAP, las exigencias legales y la doctrina aplicable.

En el presente motivo de recurso, cuestiona la recurrente el informe de viabilidad. Al respecto, señala que dicho informe en el apartado de conclusiones es donde explica los motivos por los que no considera adecuada la justificación de la UTE. En este sentido, indica que se va a centrar en las conclusiones 3 y 4, pues es donde se aborda la justificación dada por la UTE de los acuerdos de los proveedores, siendo las conclusiones 1 y 2 consideraciones de carácter jurídico que analizará separadamente.

Respecto de la conclusión 3, tras reproducirla en su integridad, afirma que los argumentos vertidos en la misma, que clasifica en dos, no resultan razonables. En cuanto al primero de ellos, indica que en el informe de viabilidad se afirma que no se incluye en las cartas *«el listado de los productos que distribuyen o descripción de los trabajos que realizan con lo que no es posible conocer si con estas empresas se cubren los conceptos incluidos en el Capítulo*



P.- Productos y Materiales de la BBP», argumento que a su entender no es razonable. En este sentido, señala que estos trabajos de suministro/medición y extraordinarios no están definidos de modo exhaustivo en la cláusula 9 y 10 del pliego de prescripciones técnicas (PPT), dado que son trabajos de naturaleza heterogénea, extraordinaria y residual, complemento de los trabajos sujetos al pago por canon fijo que sí se definen pormenorizadamente en todo el título III del PPT.

Por lo tanto, a su entender, no puede exigirse a la licitadora que en la justificación de la oferta pormenorizase las cartas de compromiso hasta un punto que abarcase cada una de ellas determinados precios concretos del capítulo P *“Productos y Materiales”* de la *“Base de Precios de Paisajismo”*, para comprobar que en su conjunto abarcasen todos los precios de ese capítulo P; de hecho, en el requerimiento en ningún caso se mencionaba que tenía que justificarse el porcentaje de descuento en relación a cada concreto precio de la totalidad de la *“Base de Precios de Paisajismo”* o de su capítulo P. Acto seguido manifiesta que para una mejor apreciación y de manera separada para facilitar la lectura del presente recurso, como documento 10, adjunta nota explicativa sobre la *“Base”* en relación con las manifestaciones del informe de viabilidad, así como un enlace a la propia *“Base”* que puede ser consultada para mejor apreciación.

En este sentido, señala que, ante la generalidad del requerimiento, cada proveedor en su carta de compromiso enumera de manera indicativa diversas prestaciones del ámbito de su actividad, sin que hubiera podido conocer que tenía que referenciarlas de manera exhaustiva y además con relación al capítulo P. Es más, en las cartas de compromiso para que no haya dudas se menciona que el 65% es respecto a la *“Base de Precios de Paisajismo”* por lo que se puede entender incluido obviamente este capítulo P, aunque no se hubiera efectuado ningún desglose.

Además, afirma que las cartas de compromiso se elaboran por proveedores que tienen como objeto de su actividad comercial productos y servicios que van más allá de ese concreto capítulo P *“Productos y Materiales”*, dada la naturaleza heterogénea de estos trabajos, para una mejor prestación del servicio, por lo que ante la generalidad del requerimiento, afirma, mi representada requirió a sus proveedores las cartas de compromiso que consideró que abarcaban el grueso de los trabajos de las Cláusula 9 y 10 del PPT y, en su caso, igualmente se habrían presentado aquellas otras que se hubieran requerido por la mesa de contratación puesto que la UTE dispone de muchos más acuerdos al estar compuestas por empresas con gran implantación nacional y local.

En todo caso, si esta exigencia fuera asumible que no lo es, por la citada doctrina de ese Tribunal se debería haber requerido concretamente este aspecto si esa era la duda sobre el porcentaje de baja ofertado, es decir, si ese porcentaje de alguna forma abarcaba la totalidad de unos determinados precios de la *“Base”*.

En cuanto al segundo de los argumentos vertidos en la conclusión 3, esto es que *«ni se justifica la viabilidad de los descuentos según los precios habituales de mercado, sin afectar a la calidad de los materiales instalados o a las especificaciones técnicas de las maquinarias y vehículos necesarios para la ejecución de los trabajos»*, al igual que en el anterior manifiesta la recurrente que tampoco resulta razonable. Al respecto, indica que la cláusula 43 del PPT, relativa a las herramientas, útiles, materiales y elementos auxiliares, establece un criterio de control por los servicios técnicos municipales para cada caso en concreto, no remitiéndose a supuestos criterios estandarizados de calidad que se fijasen en la *“Base de Precios de Paisajismo”*, base que como su propio nombre indica se refiere a los precios de cada partida que describe, a la que alude también con algunas características técnicas generales, pero no se adentra en parámetros de calidad. En todo caso, entiende la recurrente que se trata de una cuestión propia de la ejecución del contrato que será verificada por el servicio técnico municipal, que es el que debe aprobar los concretos parámetros de calidad de los materiales en la memoria técnica valorada que se necesita para estos trabajos según las cláusulas 9 y 10 del PPT. Asimismo, el recurso hace referencia a las cláusulas 39 a 42 del PPT en las que se alude a la maquinaria y vehículos, reproduciendo en parte o en su



totalidad las cláusulas 39 y 41, tras lo cual señala que el órgano de contratación ha considerado que la oferta de la UTE dispone de la solvencia técnica necesaria y que cumple el PPT, por lo que las especificaciones técnicas de vehículos y maquinaria se consideran ya cumplidas y en caso de necesitarse medios adicionales se pondrían a disposición para la ejecución de las prestaciones como indica el PPT; además ésta es una cuestión de ejecución del contrato controlada por los servicios técnicos municipales, conforme a las cláusulas 39 y 41 del PPT, por lo que tampoco en este caso la calidad se verá afectada porque tendrá un control municipal previo.

Respecto a la conclusión 4 del informe de viabilidad, que se reproduce en el recurso, la recurrente manifiesta que le resulta sorprendente esta mención puesto que la “Base de Precios de Paisajismo” precisamente recoge precios unitarios que engloban el coste de la mano de obra que, en su caso, fuera necesaria para alguna partida; es por lo tanto una base de precios en la que no se desagrega ni se alude a costes laborales que, en su caso, correspondieran

según los convenios colectivos que pudieran resultar aplicables. En este sentido, afirma que la oferta de la UTE cumple el Convenio colectivo estatal de jardinería 2021-2024, que es el señalado en el anexo I del PCAP y en el PPT, lo que no ha sido cuestionado por el órgano de contratación en ningún momento. Sobre ello a su entender, lo que no puede el órgano de contratación es excluir a una oferta únicamente por la duda respecto a un hipotético incumplimiento de “*Convenios Colectivos de referencia*”, sin indicar siquiera cuales son y además con una inversión de la carga probatoria para la licitadora porque es el órgano de contratación el que, en su caso, ha de comprobar que las ofertas son anormalmente bajas porque no cumplen los convenios colectivos aplicables según el artículo 149.4 LCSP, que reproduce en parte.

En cuanto a las conclusiones 1 y 2, que igualmente reproduce, la recurrente afirma que la UTE en su documento de justificación alegó a la doctrina de los Órganos que resuelven el recurso especial, respecto a que la anormalidad de la oferta ha de valorarse sobre el conjunto de ésta y con la finalidad de comprobar si la oferta puede o no ser cumplida. En este sentido, cita y reproduce en parte las siguientes resoluciones: 1120/2020, de 16 de octubre, 701/2016, de 9 de septiembre y 106/2016, de 5 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y 320/2021, de 10 de septiembre, de ese Tribunal, indicando tras lo cual que las consideraciones del informe de viabilidad son erróneas, puesto que la oferta ha de ser considerada en su conjunto, y en caso de que la empresa tuviera pérdidas (supuesto hipotético y que no concurre en el presente caso), obviamente podrían ser compensadas tanto con el beneficio industrial y gastos generales de los concretos trabajos extraordinarios como con los del canon fijo, en definitiva, con todo el contrato, e incluso a costa de los resultados de la empresa en su conjunto y no únicamente en relación con el contrato.

Concluye el recurso, afirmando que la anormalidad de la oferta ha de ser valorada en su conjunto y la finalidad de este trámite en la LCSP es verificar si «*la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de los valores anormales*», conforme al artículo 149.6 de la LCSP y a lo señalado reiteradamente por la doctrina de los órganos de resolución de recursos contractuales. Sin embargo, a su juicio, el informe técnico municipal no ha constatado la imposibilidad de cumplir la oferta, porque la conclusión sobre su inviabilidad parte de unos razonamientos erróneos que no encuentran amparo en la legislación de contratos ni en los pliegos, y por el contrario la UTE justificó adecuadamente tanto este apartado concreto de su oferta como en su totalidad siendo evidente que la oferta puede ser cumplida dada la escasa entidad de ese porcentaje de descuento que implica el criterio C.3º.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

2.1. Sobre que el requerimiento efectuado fue genérico.



Señala el informe al recurso que la justificación que en su día se presentó por la UTE en contestación al requerimiento objeto de controversia, contiene una extensión de 153 páginas, en dicho documento la UTE se centra en los elementos que responderían a un requerimiento concreto, intentando justificar la baja ofertada del 65%, exorbitada con respecto del resto de ofertas presentadas por las demás entidades licitadoras, y que cumple con los términos que el órgano de contratación requirió fehacientemente, a pesar de que la recurrente la entiende como genérica, por tanto, se contempla que entendió perfectamente el carácter del requerimiento que ella misma denomina “*genérico*” pero que, sin embargo, lo presentó como concreto, por lo que en atención a todo esto, se considera que la pretensión de la recurrente no es otra que retrotraer los efectos para poder obtener presuntamente “*una segunda oportunidad*”, presumiendo por tanto que asume el requerimiento en términos concretos.

2.2. Sobre que la UTE justificó adecuadamente su oferta y sobre que el informe de viabilidad no es apto para la exclusión de la oferta y no analiza adecuadamente la justificación de la UTE en relación con el PCAP, las exigencias legales y la doctrina aplicable.

Indica el informe al recurso que siguiendo la línea doctrinal del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, por todas la Resolución 124/2022, de 3 de febrero, que cita en parte, la exposición de la recurrente de su capacidad económica y solvencia no es el objeto del requerimiento que se le realizó, sino analizar si la justificación aportada se considera por el órgano de contratación debidamente motivada para ejecutar correctamente la prestación objeto del contrato sin mermar la calidad de los recursos materiales y humanos empleados para su ejecución, es decir, la viabilidad de la oferta.

Asimismo, en cuanto a las cartas de compromiso, cita las Resoluciones 559/2014 y 662/2014 del citado Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, indicando que *«Es también doctrina de este Tribunal, que la exhaustividad de la justificación aportada por el licitador habrá de ser tanto mayor cuanto mayor sea la baja en que haya incurrido la oferta, por relación con el resto de ofertas presentadas. Y del mismo modo, a menor porcentaje de baja, menor grado de exhaustividad en la justificación que se ofrezca»*.

Al respecto, señala que a mayor abundamiento, una carta de compromiso se realiza en el marco de negociaciones entre empresas para futuros contratos, que pueden tener carácter vinculante sin embargo se trata de un documento delicado para apreciar su vinculación; y en el caso de las cartas presentadas por la recurrente no recogen extremos como listado de los productos que distribuyen, descripción de los trabajos que realizan, descripción de responsabilidades, pactos de exclusividad o lo que es mucho más importante, la duración temporal de aplicación de los descuentos, lo que significa que puede darse un hipotético caso en el que la recurrente deje de disfrutar del descuento que le aplique su proveedor, a los dos, tres, cuatro, etc. meses de haber sido adjudicataria del contrato estando obligada, por contra, a asumir ese descuento en virtud de la oferta presentada y vinculante durante toda la duración del contrato, incluidas prórrogas, por lo que el órgano de contratación no puede ni debe asumir expectativas como garantía de buena ejecución del contrato.

En cuanto a que en el informe de viabilidad no queda justificado que un descuento del 65% sobre precio unitario (al que se aplicará por ende en el precio unitario/hora de mano obra) asegure el cumplimiento del Convenio colectivo, y esto es así y se ratifica, no se presenta detalle de cómo asumirá un descuento del 65% en tales costes (subvenciones, convenios con otras empresas, etc).

Concluye el informe al recurso afirmando que por todo lo anteriormente expuesto, se ratifica el informe de viabilidad no encontrándose en el recurso planteado por la UTE una nueva fundamentación para un cambio de criterio de dicho informe.



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, por un lado, en que la oferta de la UTE no se encuentra correctamente justificada, por lo que su exclusión es conforme a derecho, y por otro lado, que el recurso no enerva la discrecionalidad técnica de la entidad contratante y la presunción de acierto y veracidad de sus actos.

SÉPTIMO. Consideraciones del Tribunal sobre que el requerimiento efectuado para justificar la anormalidad de la oferta fue genérico.

Indica la recurrente en síntesis que el requerimiento que efectuó el Ayuntamiento no concretó los específicos aspectos que pretendía fueran aclarados o acreditados. Por su parte, el informe al recurso señala que la UTE en la documentación justificativa de la anormalidad de su oferta se centra en los elementos que responderían a un requerimiento concreto.

Pues bien, como se ha expuesto, el informe de viabilidad en lo que aquí interesa se estructura fundamentalmente en cuatro apartados o conclusiones, en la primera de ellas analiza el correspondiente al objeto de la memoria de la documentación aportada por la UTE para justificar su viabilidad. En el informe de viabilidad indica que sería necesaria una acreditación exhaustiva de cada una de las partidas que conforme los precios unitarios de la base de precios de paisajismo para la ejecución de partidas extraordinarias y de suministro/medición.

En la conclusión tercera del informe de viabilidad, relativo a las cartas de compromiso, se señala que en ningún caso se aporta el listado de los productos que distribuyen o descripción de los trabajos que realizan, con lo que no es posible conocer si con estas empresas se cubren los conceptos incluidos en el capítulo P, de productos y materiales de la base de datos de paisajismo, ni se justifica la viabilidad de los descuentos según precios habituales de mercado, sin afectar a la calidad de los materiales instalados o a las especificaciones técnicas de las maquinarias y vehículos necesarios para la ejecución de los trabajos.

Por último, en la conclusión cuarta del informe de viabilidad, respecto de los costes de mano de obra incluidos en los precios unitarios, se afirma que no se aporta justificación alguna en el documento presentado que asegure el cumplimiento de lo establecido en los convenios colectivos de referencia.

Al respecto, las afirmaciones del informe de viabilidad de la necesidad de una acreditación exhaustiva de determinadas partidas, de ausencia de listados de productos, de falta de justificación de la viabilidad de los descuentos según precios de mercado sin afectar a ciertas calidades y de falta de justificación que permita asegurar el cumplimiento de los convenios colectivos de referencia, no pueden compartirse por este Tribunal.

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



Máxime en este supuesto, en que el requerimiento efectuado por el órgano de contratación es genérico e impreciso, pues se limita a reproducir parte del tercer párrafo del artículo 149.4 de la LCSP. En este sentido, la suficiencia de la información ofrecida por la licitadora para justificar o acreditar la viabilidad de su oferta debe analizarse a la vista y en función de lo solicitado en el requerimiento por el órgano de contratación, de tal modo que, si este considera imprescindible que se desglose, justifique o acrediten determinados aspectos de la proposición necesariamente lo ha de indicar en su requerimiento. De lo contrario, como sucede en el supuesto que se examina, la motivación del rechazo de la oferta recogida en los apartados uno, tres y cuatro del informe de viabilidad ha de considerarse puramente formal e insuficiente, pues no se analiza en qué medida dichas partidas, cartas de compromiso o coste de mano de obra inciden en la viabilidad de la oferta.

Así las cosas, teniendo en cuenta lo alegado en el recurso, los términos genéricos del requerimiento de información, la motivación en gran medida formal del informe de viabilidad, el principio de proporcionalidad y la necesidad de una motivación sustantiva en el sentido expuesto, para excluir una oferta que es la económicamente más ventajosa, debiera haberse concedido a la UTE la oportunidad de aclarar y/o completar la información, sin que ello suponga modificar la oferta, al considerarla la mesa o el órgano de contratación tan determinante y no haberla solicitado expresamente en el requerimiento.

En sentido similar se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en sus Resoluciones 213/2020, de 18 de junio, 331/2020, de 8 de octubre, 352/2022, de 30 de junio, 449/2022, 15 de septiembre, 491/2022, de 14 de octubre y 318/2023, de 6 de junio. Así como, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en sus Resoluciones, 1079/2018, de 23 de noviembre y 76/2022, de 20 de enero.

En su defensa, el órgano de contratación en su informe al recurso en síntesis señala que en la documentación presentada por la UTE en contestación al requerimiento objeto de controversia, contiene una extensión de 153 páginas, centrándose en los elementos que responderían a un requerimiento concreto, por lo que entendió perfectamente el carácter del requerimiento que ella mismo denomina genérico pero que, sin embargo, lo presentó como concreto.

Dicha afirmación del órgano de contratación no puede compartirse pues, a pesar de la extensión y contenido de dicha justificación, el informe de viabilidad en su mayor parte denuncia la falta de justificación o de acreditación de determinados aspectos que el órgano de contratación considera imprescindibles para justificar la viabilidad. Ello supone que la UTE no entendió como concreto el requerimiento efectuado, dado que no adivinó los aspectos que el órgano de contratación consideraba necesario justificar o acreditar para que fuese admitida su oferta.

Procede, pues, estimar el presente motivo del recurso en cuanto a las afirmaciones del informe de viabilidad relativas a la necesidad de una acreditación exhaustiva de determinadas partidas, de ausencia de listados de productos, de falta de justificación de la viabilidad de los descuentos según precios de mercado sin afectar a ciertas calidades y de falta de justificación que permita asegurar el cumplimiento de los convenios colectivos de referencia.

OCTAVO. Consideraciones del Tribunal sobre que la UTE justificó adecuadamente su oferta y sobre que el informe de viabilidad no es apto para la exclusión de la oferta y no analiza adecuadamente la justificación de la UTE en relación con el PCAP, las exigencias legales y la doctrina aplicable.

La UTE recurrente en su escrito de recurso, además de exponer en síntesis el contenido de su documento justificativo de viabilidad de su oferta, cuestiona todas y cada una de las conclusiones del informe de viabilidad. En este sentido, los argumentos que esgrime la recurrente se refieren, en gran medida, a aquellos aspectos que



conforme al informe de viabilidad no resulta justificada o acreditada la oferta de la UTE, en los términos que el órgano de contratación considera necesarios.

Pues bien, la estimación del anterior motivo del recurso por haberse efectuado un requerimiento genérico en los términos analizados, y con ello la anulación de la resolución de 22 de septiembre de 2022 del órgano de contratación, en la que se contiene la exclusión de la oferta de la UTE y la necesidad de dictar otro nuevo donde se formule un requerimiento en los términos examinados anteriormente, supone que en el nuevo acto de aceptación o rechazo que se dicte se deberán reflejar las cuestiones analizadas en el fundamento anterior.

En ese sentido, una vez dictado el nuevo acto de exclusión, en su caso, y comunicado en legal forma a la UTE será cuando se pueda apreciar si la exclusión, en su caso, de su oferta contiene todos los elementos exigibles. En efecto, una vez que el órgano de contratación proceda a dar cumplimiento a lo expresado anteriormente respecto al requerimiento de justificación de la anormalidad de la oferta en los términos analizados, podrá verificarse en su caso lo ahora denunciado por la recurrente (v.g. Resoluciones, 231/2018, de 30 de julio, 99/2019, de 4 de abril, 323/2019, de 10 de octubre, 30/2022, de 21 de enero y 296/2023, de 26 de mayo, entre otras muchas, de este Tribunal y, en sentido similar, Resolución 883/2018, 5 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

A mayor abundamiento, por parte de este Tribunal se va a proceder a analizar aquellas alegaciones esgrimidas por las partes que pueden considerarse que no están afectadas por la estimación del motivo de recurso examinado en el fundamento anterior.

Así, respecto a la indicación contenida en la conclusión 3 del informe de viabilidad, en la que la recurrente señala que no puede exigirse a la licitadora que en la justificación de la oferta pormenorizase las cartas de compromiso, no puede aceptarse, dado que para la justificación de la viabilidad de una oferta el órgano de contratación, en función de la baja ofertada que en este caso se sitúa en un 65% de determinados precios unitarios, pueda requerir ex artículo 149.4 de la LCSP la información y documentación que considere necesaria para permitir verificar la viabilidad de la oferta.

En cuanto a la apreciación contenida en la conclusión 3 del informe de viabilidad, en donde se señala que *«ni se justifica la viabilidad de los descuentos según los precios habituales de mercado, sin afectar a la calidad de los materiales instalados o a las especificaciones técnicas de las maquinarias y vehículos necesarios para la ejecución de los trabajos»*, la recurrente en síntesis viene a afirmar que dicha indicación es una cuestión propia de la ejecución del contrato que será verificada por el servicio técnico municipal, que es el que debe aprobar los concretos parámetros de calidad de los materiales, entre otros, en la memoria técnica valorada que se necesita para estos trabajos según determinadas cláusulas del PPT, afirmación que tampoco puede ser compartida por este Tribunal, dado que dicho control que han de realizar los servicios técnicos municipales se refiere al periodo de ejecución del contrato, no a la justificación de la viabilidad de la oferta que se realiza en el plazo de presentación de solicitudes de participación, en la que la entidad incurso inicialmente en ella ha de acreditar que con la propuesta realizada puede realizar el objeto del contrato en los términos previstos en los pliegos, con independencia de las vicisitudes que puedan ocurrir en la ejecución del contrato.

Por último, respecto a lo expuesto en las conclusiones 1 y 2 del informe de viabilidad, afirma la recurrente que las consideraciones del mismo son erróneas, puesto que la oferta ha de ser considerada en su conjunto, y en caso de que la empresa tuviera pérdidas (supuesto hipotético y que no concurre en el presente caso), obviamente podrían ser compensadas tanto con el beneficio industrial y gastos generales de los concretos trabajos extraordinarios como con los del canon fijo, en definitiva, con todo el contrato, e incluso a costa de los resultados de la empresa en su conjunto y no únicamente en relación con el contrato.



Pues bien, este Tribunal está de acuerdo en parte con la recurrente. En efecto, en cuanto a que la oferta ha de ser considerada en su conjunto, y no como defiende el informe de viabilidad que señala que los parámetros de anormalidad no se refieren a la oferta económica, sino a la aplicación de descuentos sobre los precios unitarios de la base de precios de paisajismo, ha de darse la razón a la recurrente.

En este sentido, este Tribunal en la Resolución 110/2019, de 11 de abril, indicaba que *«los precios por hora de trabajo ofertados han de considerarse en el conjunto o globalidad de la oferta y como señala el TACRC en su Resolución 370/2018, de 13 de abril, el órgano de contratación debe considerarse ajeno a los componentes del coste que los licitadores hayan tomado en consideración para formular sus proposiciones, no careciendo de lógica que pueda hacerse una oferta más baja en una de las prestaciones o servicios del contrato que pueda compensarse con la realizada en otra partida o componente del mismo»*.

También en su Resolución 280/2019, de 10 de septiembre, este Tribunal señalaba en síntesis que los precios unitarios ofertados han de considerarse en el conjunto o globalidad de la oferta, pudiendo hacerse una propuesta más baja en una de las prestaciones o servicios del contrato que pueda compensarse con la realizada en otra partida o componente del mismo.

Asimismo, en su Resolución 374/2020, de 6 de noviembre, confirmada entre otras en la 459/2023, de 22 de septiembre, este Órgano afirmaba que *«En el supuesto aquí analizado, existen varios criterios de adjudicación - unos de evaluación automática y otros sujetos a juicio de valor- siendo de aplicación lo dispuesto en el apartado 2 b) del citado precepto legal que remite, en cuanto a los parámetros de identificación de ofertas anormales, a lo que establezcan los pliegos, sin más indicación que el mandato de que sean objetivos y vayan referidos a la oferta en su conjunto.»*

En el mismo sentido lo ha declarado el Tribunal Supremo, en su Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo nº 1.828/2019, de 17 de diciembre de 2019, declarando en su fundamento quinto que *«La respuesta a la cuestión planteada por el auto de admisión. Tal como hemos anticipado, la respuesta que ha de darse a la cuestión planteada por el auto de admisión ha de ser que, en las circunstancias del caso, en los contratos del sector público con precios referidos a componentes de la prestación, la determinación de si una oferta incluye valores anormales o desproporcionados, a efectos de la aplicación de los artículos 152 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y 85 del Reglamento de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ha de efectuarse en relación con la oferta global y completa presentada por el licitador»*.

En la misma línea cabe citar la Resolución 1228/2017, de 29 de diciembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, cuando establece que *«En relación con los contratos en que para la determinación del precio se sigue un sistema de “precios unitarios”, de manera que la oferta de cada licitador no está integrada por un “valor” global, que determina el precio por el que ofrece prestar el servicio objeto del contrato, en conjunto, sino por un “valor” por cada unidad en que se descomponga el servicio, de acuerdo con lo previsto en los pliegos, de manera que el precio que finalmente llegue a percibir el contratista seleccionado dependerá del número de unidades que le sean efectivamente encargadas durante la vigencia del contrato, es doctrina de este Tribunal que para la fijación del “umbral de temeridad” debe tenerse en cuenta el conjunto de las actuaciones que integran el objeto del contrato, no siendo congruente con la finalidad de la figura de las “ofertas con valores anormales o desproporcionados” su fijación por referencia a cada uno de los artículos o servicios en que el contrato se descompone, individualmente considerados, y sin tener en cuenta el conjunto.*

De esta manera, se permite que los licitadores puedan hacer una oferta más baja en una de las prestaciones o servicios a contratar, que se compense con otra más ajustada al presupuesto de licitación, en otra u otras de las prestaciones (en este sentido, Resolución 669/17 o, más claramente, Resolución 824/17, en la que se afirma que “no



carece de lógica ni es temerario, en principio, hacer una oferta más baja en una de las prestaciones o servicios a contratar, que se compense con otra más ajustada al presupuesto de licitación en otra u otras de las prestaciones”».

Por los mismos motivos expuestos, ha de darse la razón a la recurrente cuando afirma que los déficits de determinadas partidas de costes podrían ser compensadas con el beneficio industrial. En efecto, este Tribunal en una de sus resoluciones más recientes, en concreto en la Resolución 467/2023, de 22 de septiembre, ha puesto de manifiesto que el beneficio industrial 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 (v.g., entre las más recientes, Resoluciones de este Tribunal 371/2022, de 6 de julio, 22/2023 y 24/2023 de 13 de enero y 50/2023 a 54/2023, de 23 de enero, y del Tribunal Administrativo Central del Recursos Contractuales, entre otras, en su Resolución 1966/2021, de 29 de diciembre).

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 (Resoluciones de este Tribunal 22/2023 y 24/2023, de 13 de enero y 467/2023, de 22 de septiembre).

En el presente caso, no consta que en la evaluación de la viabilidad de la oferta de la UTE ahora recurrente el órgano de contratación haya tenido en cuenta la posibilidad de que la supuesta insuficiencia de la partida referida a la aplicación de descuentos sobre los precios unitarios de la “*Base de Precios de Paisajismo*” para la ejecución de partidas extraordinarias y de suministro/medición, pueda ser considerada válida si se puede entender subsumida dentro de la oferta global o del beneficio industrial, más bien todo lo contrario pues como se ha expuesto dicho informe de viabilidad afirma que los parámetros de anormalidad no se refieren a la oferta económica, sino a la aplicación de descuentos sobre los precios unitarios de la base de precios de paisajismo.

En cuanto a los gastos generales de estructura, éstos como cualquier otro coste siempre que se acredite que los mismos se han justificado en exceso, pueden absorber los déficits de otras partidas de costes, pues como se ha expuesto para la viabilidad de la oferta ha de considerarse ésta en su conjunto.

Asimismo, discrepa este Tribunal con la afirmación de la recurrente en la que señala que en caso de que la entidad licitadora tuviera pérdidas, éstas podrían ser compensadas incluso a costa de los resultados de la empresa en su conjunto, pues con carácter general ello impide que quede garantizada la correcta ejecución del contrato.

Por último, ha de indicarse que el órgano de contratación en el informe al recurso hace determinadas apreciaciones sobre las cartas de compromiso que este Tribunal no puede compartir. Así manifiesta el informe en esencia que puede darse un hipotético caso en el que la recurrente deje de disfrutar del descuento que le aplique su empresa proveedora, circunstancia que no solo le podría ocurrir a la UTE ahora recurrente, sino a cualquier entidad que pudiese ser la adjudicataria, y que entraría dentro del riesgo y ventura al que la persona contratista está expuesta en la ejecución de cualquier contrato y que puede repercutir en el beneficio que espera obtener.

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

La corrección de las infracciones legales cometidas, y que han sido analizadas y determinadas en los fundamentos de derecho quinto a octavo de la presente resolución, debe llevarse a cabo anulando la resolución de 22 de septiembre de 2023 del órgano de contratación de adjudicación del contrato, en la que se contiene la



exclusión de la oferta de la UTE del procedimiento de licitación, con retroacción de las actuaciones al momento previo a su dictado, para que se proceda por la mesa o el órgano de contratación a requerir a la citada UTE cuanta información y documentación complementaria considere precisa a los efectos de justificar la viabilidad de su oferta, sin que pueda dicha unión temporal modificar la misma, en los términos recogidos en los citados fundamentos de derecho, con continuación del procedimiento de licitación en su caso.

En este sentido, dada las funciones exclusivamente revisoras de los actos emanados de los poderes adjudicadores que competen a este Tribunal, no le es posible declarar la aceptación de la oferta de la UTE por justificar su viabilidad, al haberse estimado parte de las alegaciones del recurso, siendo esta una función que únicamente compete al órgano de contratación, ex artículo 149 de la LCSP, de tal suerte que en el supuesto examinado una vez que la mesa o el órgano de contratación, en cumplimiento de la presente resolución y previo requerimiento al efecto, haya examinado la eventual información y documentación que haya aportado la citada UTE a los efectos de justificar la viabilidad de su oferta, sin que ello en ningún momento pueda suponer modificación de la misma, podrá efectuar una apreciación conjunta de todos los elementos concurrentes y decidir el órgano de contratación de forma motivada, previa propuesta de la mesa en su caso, la aceptación o rechazo de la oferta de dicha UTE (v.g. entre otras Resoluciones 171/2021, de 6 de mayo, 196/2021, de 20 de mayo, 215/2021, de 27 de mayo, 497/2021, de 25 de noviembre y 371/2022, de 6 de julio, de este Tribunal).

Con respecto a la modificación de la oferta, este Tribunal quiere poner de manifiesto lo analizado en la Resolución 586/2022, de 2 de diciembre, que en lo que aquí concierne, en la consideración tercera de su fundamento de derecho sexto indicaba lo siguiente:

«Tercera. Sobre la inalterabilidad de la oferta incluida su justificación en su caso.

Conforme al principio de inalterabilidad de la oferta, una vez formulada la misma, no resulta atendible cualquier planteamiento que de modo directo o indirecto suponga su alteración y, por ende, su acomodación para conseguir la adjudicación del contrato. Dicho principio es acorde a la normativa contractual, pues, de aceptarse subsanaciones, correcciones o aclaraciones que fueran más allá de errores que afecten a defectos u omisiones de carácter fáctico, se estaría aceptando implícitamente la posibilidad de que las proposiciones fueran modificadas de forma sustancial después de haber sido formuladas, presentadas y justificadas en su caso, siendo tal posibilidad radicalmente contraria a la filosofía más íntima de los procedimientos para la adjudicación de contratos públicos, pues rompe frontalmente con los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia, consagrados en los artículos 1 y 137 de la LCSP.

En este sentido, se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en sus Resoluciones 106/2017, de 19 de mayo, 263/2017, de 5 de diciembre, 322/2020, de 1 de octubre y 455/2022, 15 de septiembre, así como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras muchas, en sus Resoluciones 319/2014, de 25 de abril, 612/2016, de 22 de julio y 610/2021, de 21 de mayo y, entre otros, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid, en sus Resoluciones 89/2019, de 28 de febrero y 282/2021, de 18 de junio, entre otras.

Así las cosas, una entidad licitadora razonablemente informada y normalmente diligente, cuando pretende presentarse a una licitación lo conveniente, sensato y prudente es realizar un proceso más o menos complejo para elaborar y confeccionar su oferta de la forma más competitiva posible, debiendo realizar un estudio lo más preciso que pueda de cuáles son los costes en los que incurriría con la ejecución del contrato al que pretende presentarse, esbozando los mismos en directos, que serían aquellos en los que puede incurrir una empresa y que, de manera inequívoca, se usan para la realización y producción de los productos o servicios, entre los que cobran enorme importancia los de mano de obra sobre todo en la ejecución de los servicios, e indirectos, que serían los que, siendo



necesarios, no son directamente imputables a la producción de un bien o servicio en particular, tales como alquiler de edificios y coste de instalaciones temporales, entre otros.

Asimismo, a los costes directos e indirectos han de añadirse los gastos generales de estructura, 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. Por último, el beneficio industrial es la parte del precio que se corresponde con el beneficio de la persona empresaria o contratista, siendo su importe el que la empresa estime pertinente.

En definitiva, una vez elaborada y confeccionada la oferta por la entidad licitadora en el supuesto que la misma haya que justificarla, al haber incurrido inicialmente en presunción de anormalidad, simplemente dicha entidad licitadora ha de reproducir el proceso que realizó al formular su oferta, de tal suerte que no tiene más que documentar, si no lo hizo al confeccionarla, el proceso seguido para su elaboración.

Así las cosas, por el principio de inalterabilidad de la oferta, una vez formulada la misma, incluida la justificación de su viabilidad en su caso, no resulta atendible cualquier planteamiento que de modo directo o indirecto suponga su alteración y, por ende, su acomodación para conseguir la adjudicación del contrato. Ello supone que en los supuestos de justificación de una oferta inicialmente incurso en baja anormal, como ocurre en el supuesto que se examina, no es posible alterar la oferta inicialmente formulada ni, por ende, la justificación presentada de haber sido preciso formular una aclaración de la misma en todo o en parte, y ello aunque el importe total sea el mismo. En este sentido, cualquier modificación o alteración de las ofertas presentadas, incluidos los supuestos de justificación de su viabilidad, iría en contra del principio de igualdad de trato, dado que la regla sin excepción es que no cabe modificar la oferta una vez formulada (v.g. Resolución 4/2021, de 14 de enero, 377/2021, de 8 de octubre y 567/2021, de 23 de diciembre, entre otras muchas).».

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las entidades **ACTÚA, SERVICIOS Y MEDIO AMBIENTE S.L.** y **ACER PROYECTOS Y OBRAS, S.L.**, que licitaron con el compromiso de constituir una unión temporal de empresas, contra la resolución, de 22 de septiembre de 2023, del órgano de contratación de adjudicación del contrato denominado «Servicio de conservación, mantenimiento y mejora integral de zonas verdes y espacios ajardinados dentro del término municipal de Fuengirola» (Expediente 031/2023-CONTR), convocado por el Ayuntamiento de Fuengirola (Málaga) y, en consecuencia, anular el acto impugnado para que se proceda por el órgano de contratación en los términos expuestos en los fundamentos de derecho quinto a noveno de la presente resolución.

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



TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

