



CORTES GENERALES

RESOLUCION DEL TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LAS CORTES GENERALES

(Procedimiento abierto para la contratación del servicio de mantenimiento de las instalaciones de baja tensión, cableado estructurado de voz y datos y climatización de los edificios del Defensor del Pueblo)

En el Palacio del Senado, a 24 de octubre de 2019

VISTOS sendos recursos especiales en materia de contratación interpuestos por [REDACTED] en representación de [REDACTED] (en adelante [REDACTED]), contra sendos acuerdos de la Junta de Coordinación y Régimen Interior del Defensor del Pueblo, de exclusión de la referida empresa y de adjudicación, recaídos en el procedimiento abierto para la contratación del servicio de mantenimiento de las instalaciones de baja tensión, cableado estructurado de voz y datos y climatización de los edificios del Defensor del Pueblo, el Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En virtud de acuerdo de la Junta de Coordinación y Régimen Interior del Defensor del Pueblo, adoptado en su reunión de 10 de abril de 2019, y a propuesta de la Junta de Contratación de Obras, Servicios y Suministros, se aprobaron los pliegos de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCA) y de prescripciones técnicas (en adelante PPT) del procedimiento abierto para la contratación del servicio de mantenimiento de las instalaciones de baja tensión, cableado estructurado de voz y datos y climatización de los edificios de Eduardo Dato 31 y Zurbano 42 del Defensor del Pueblo. Dichos pliegos se publicaron en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 15 de abril de 2019 y el anuncio de licitación en el BOE de 23 de abril de 2019.

Segundo. Se trata de un procedimiento abierto sujeto a regulación armonizada, con un presupuesto base de licitación, correspondiente a una duración inicial del contrato de 24 meses, de 86.000,00 euros sin IVA (104.060,00, IVA incluido), de conformidad con las cláusulas 2.1.3 (presupuesto base de licitación) y 2.1.6 (plazo de duración del contrato) del PCA, y un valor estimado de 189.200,00 euros sin IVA, de conformidad con la cláusula 2.1.2 del referido pliego.



CORTES GENERALES

Por otro lado, la cláusula 2.2.10 (ofertas con valores anormalmente bajas) se remite al Anexo XII en cuanto al establecimiento de “*los parámetros objetivos, en virtud de los cuales se entenderá que la proposición no puede ser cumplida por ser considerada anormalmente baja*”, precisando lo siguiente: “*En cualquier caso, identificado que la oferta incurre en presunción de anormalidad, se requerirá al licitador, dándole plazo suficiente para que justifique y desglose razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o de 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.*”

El citado Anexo XII se remite a su vez a los criterios del artículo 85 del 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 adelante RGLCSP).

Tercero. Finalizado el plazo de presentación de ofertas el 21 de mayo de 2019, la Junta de Contratación de Obras, Servicios y Suministros del Defensor del Pueblo procedió sucesivamente, en sus reuniones de 29 de mayo y 10 de junio de 2019, a la apertura del sobre Uno (documentación administrativa) y a la apertura del sobre Dos (oferta económica y propuestas evaluables mediante la aplicación de fórmulas), respectivamente, con el siguiente resultado en cuanto a la oferta económica:

LICITADORES	OFERTA	Valores normales/ Anormales*
	58.010,00	Anormalmente baja
	70.411,18	Normal
	72.737,60	Normal
	74.003,00	Normal
	83.325,61	Normal
	74.708,20	Normal
	81.050,00	Normal



CORTES GENERALES

LICITADORES	OFERTA	Valores normales/ Anormales*
	82.223,20	Normal

* Aplicando los criterios establecidos para el cuarto de los supuestos (cuatro o más licitadores) contemplados en el artículo 85 del RGLCSP, la proposición económica de [REDACTED] ofrece valores anormales, siendo en concreto inferior al umbral de temeridad (64.638,00) en 9,23 puntos porcentuales.

Cuarto. En la misma reunión citada de 10 de junio de 2019, la Junta de Contratación de Obras, Servicios y Suministros acordó requerir a la empresa [REDACTED] para que justificase y desglosase razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios o de costes.

En concreto, mediante comunicación de fecha 12 de junio de 2019, se requiere a la citada empresa con el siguiente contenido:

“se requiere al licitador para que detalle cuáles son las condiciones de la oferta susceptibles de determinar el bajo nivel del precio y, en particular, para que explique cómo queda garantizado por parte del licitador el cumplimiento de las obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social y laboral. Para ello deberá detallar en su informe los siguientes extremos:

¿Qué convenio de referencia han utilizado para determinar el costo de la mano de obra?

¿Qué salario base convenio han considerado para cubrir las 1.750 h/año?

¿Qué porcentaje de gastos sociales han previsto para el anterior salario base?

¿Qué porcentaje de gastos por despidos, suplencias por bajas y vacaciones han previsto, para los gastos de mano de obra?

¿Qué porcentaje de gastos generales han considerado para su oferta?

¿Qué porcentaje han previsto para los gastos auxiliares generados por la adscripción obligatoria de medios al contrato?

¿Qué porcentaje de beneficio han previsto en su oferta?”



CORTES GENERALES

Quinto. La empresa requerida presentó el 20 de junio de 2019 el documento titulado “Justificación valores anormales o desproporcionados”, del que cabe reseñar el desglose de costes, integrado por los costes estimados de “un oficial 1ª electricista (Convenio Siderometalurgia Comunidad de Madrid)”, los “materiales” y “herramientas (uniformes, herramientas, medios auxiliares, medios de comunicación, ordenador, Tablet y medidor de cable (amortizado en otros contratos)”, sobre cuyo total en dos años se suman un 6,11% por “gastos generales/estructura” y un 5% por “beneficio industrial” para obtener la cifra de la oferta económica presentada.

En relación con la partida de mano de obra se explica “el ahorro” (la no inclusión en el presupuesto estimado) del coste de un “Ingeniero responsable del servicio” y el de “sustitución de bajas, absentismo, huelgas...” o de “personal de refuerzo o tiempo parcial” y “atención 24 horas”, apelando a la circunstancia de su amortización en el coste de la estructura de la empresa.

En relación con la partida de materiales se señala que la empresa “obtiene grandes descuentos con los proveedores habituales” y “dispone de un almacén con multitud de materiales en stock, material sobrante de otros contratos”, y, respecto a la partida de herramientas, que “dispone de todos los medios técnicos necesarios para la correcta prestación del servicio” y, además, “anualmente existen medios ya amortizados por la finalización de contratos públicos.”

Con carácter general se indica que “La partida de beneficio industrial y gastos generales será justificativa de toda desviación producida en costes generales del contrato, que será incrementada de forma significativa por el beneficio obtenido en el mantenimiento correctivo.”

En relación con el Convenio colectivo aplicable, se indica que es el Convenio Colectivo del Sector de Industria, Servicios e Instalaciones del Metal, y, tras incluir la tabla del “salario base, los pluses del convenio y el coste de los seguros sociales”, referida al “Oficial 1ª”, se indica que “los precios unitarios de mano de obra indicados para el cálculo de la ejecución del contrato siguen rigurosamente el actual convenio vigente actualizado en mayo de 2019, lo cual garantiza la idoneidad del personal destinado al servicio, siendo un poco superiores al mínimo establecido en el pliego (1.756 horas frente a 1.750 del pliego), además el personal del contrato tendrá un coste de seguridad social algo inferior al ser personal indefinido (del 36,6% INDEFINIDO, al 37,8% OBRA Y SERVICIO, calculado).”



CORTES GENERALES

Sexto. El documento justificativo de la empresa fue objeto de análisis por el servicio técnico correspondiente del Defensor del Pueblo, que emitió, con fecha 20 de junio de 2019, el informe que obra en el expediente, cuyas conclusiones son la de considerar “la justificación presentada por [REDACTED] incompleta e inadecuada”, al entender que “las respuestas dadas son incompletas y responde parcialmente a las preguntas realizadas” y presentar “una valoración irreal”, al manifestar “la intención de compensar las posibles pérdidas con el coste de las reparaciones”, lo que “no está valorado en su justificación ni es parte del precio del presente concurso”.

Séptimo. Sobre la base del informe técnico que analiza la justificación presentada por la empresa [REDACTED] en respuesta al requerimiento que se le hizo, la Junta de Contratación de Obras, Servicios y Suministros acordó, en su reunión de 25 de junio de 2019, proponer la exclusión de la empresa referida, propuesta que, efectivamente, aprueba la Junta de Coordinación y Régimen Interior en su reunión de 25 de junio de 2019, comunicándose el acuerdo de exclusión mediante notificación de fecha 27 de junio de 2019, conocida por la entidad mercantil destinataria el 28 de junio de 2019 (según coinciden en afirmar tanto la empresa, como el órgano de contratación, en el escrito de interposición de recurso presentado por aquélla y en el informe sobre el mismo de ésta, respectivamente).

La motivación contenida en la notificación del acuerdo de exclusión se expresa en los siguientes términos:

“Recibida la contestación de [REDACTED] se dio traslado de la misma al servicio técnico correspondiente, que emitió un informe determinando que la justificación aportada no satisface el requerimiento practicado, al no haber dado respuesta el licitador a los extremos solicitados en el mismo que eran imprescindibles para comprobar la viabilidad de la oferta.

La justificación del bajo precio se sustenta sobre la absorción de los costes del contrato en los costes propios de la estructura de la empresa, así como en el margen de beneficio obtenido en otros contratos respecto a los cuales no se aporta información alguna, provocando incertidumbre que el contrato del Defensor del Pueblo se haga depender de los mismos.

Todo ello conduce a considerar no satisfactoria la justificación, porque la explicación del bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador es incompleta, no aporta los datos necesarios y se fundamenta en hipótesis y en elementos ajenos a la configuración de este contrato. Por lo tanto, se considera que la



CORTES GENERALES

adjudicación a favor del licitador [REDACTED] pondría en grave riesgo la buena ejecución del contrato.

A la vista de lo anterior y a la luz de lo establecido en el artículo 149.4 LCSP in fine, la Junta de Coordinación y Régimen Interior ha acordado, a propuesta de la Junta de Contratación de Obras, Servicios y Suministros, excluir al licitador [REDACTED] del procedimiento por entender que su proposición es inviable y no se encuentra debidamente justificado el bajo valor de su oferta económica.”

Octavo. En la misma reunión de fecha 25 de junio de 2019 la Junta de Coordinación y Régimen Interior del Defensor del Pueblo acordó aceptar la propuesta de adjudicación a favor de la empresa [REDACTED] primera clasificada, procediéndose, previa la presentación de la documentación preceptiva, a la efectiva adjudicación en favor de la misma, mediante acuerdo de aquel órgano, a propuesta de la Junta de Contratación de Obras, Servicios y Suministros, adoptado el 16 de julio de 2019. Este acuerdo fue publicitado con fecha 30 de julio de 2019.

Noveno. Con fecha 18 de julio de 2019, la empresa [REDACTED] presentó escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de exclusión de dicha empresa en el referido procedimiento de licitación, solicitando “(i) Anule y revoque íntegramente la Resolución de 27 de junio de 2019; e (ii) Imponga al DEFENSOR DEL PUEBLO tenga en consideración las justificación de la valoración de la oferta efectuada por [REDACTED] y en consecuencia, se acuerde la retroacción del procedimiento de licitación al momento en que se debió tener suficientemente justificada y explicada la valoración de la oferta de [REDACTED] continuando a partir de dicho momento con el resto de trámites del procedimiento de licitación”, así como la adopción de “MEDIDA PROVISIONAL CONSISTENTE EN LA SUSPENSION DEL PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACION DEL CONTRATO”.

A pesar de que en la notificación del acuerdo de exclusión de fecha 27 de junio de 2019, se señalaba el Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales como órgano competente para la resolución del recurso especial en materia de contratación que cabía, potestativamente, interponer contra aquel acuerdo, el mismo se dirigió erróneamente al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, presentándose (el 18 de julio de 2019) en el Registro General del Ministerio de Hacienda, desde donde fue remitido al Defensor del Pueblo, que, a su vez, lo trasladó al Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales, en cuyo registro tuvo entrada con fecha 25 de julio de 2019.



CORTES GENERALES

Décimo. La misma empresa, ████████ interpuso un segundo recurso, contra el acuerdo de adjudicación del contrato en el procedimiento indicado, dirigiéndolo en esta ocasión al Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales, y presentándolo con fecha 21 de agosto de 2019 en el Registro de Cortes Generales, desde donde se trasladó a este Tribunal, en cuyo registro tuvo entrada con fecha 2 de septiembre de 2019.

Mediante este recurso, se solicita del Tribunal que “acuerde la anulación del Acuerdo de Adjudicación, acordando la retroacción del procedimiento de licitación al momento en que se debió valorar la Oferta de mi representada, y continuando a partir de dicho momento con el resto de trámites del procedimiento de adjudicación del contrato.”

Undécimo. Dada la especial configuración normativa del Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales, recogida en la Resolución de 21 de diciembre de 2010, de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, en reunión conjunta, por la que se crea dicho Tribunal (BOE de 25 de enero de 2011), el mismo no pudo iniciar su funcionamiento sino a partir del 17 de septiembre de 2019, una vez designados el Diputado y Senador que, junto con un Interventor de las Cámaras, lo integran.

En reunión celebrada el 20 de septiembre de 2019, el Tribunal adoptó, en relación con los referidos recursos, el siguiente acuerdo:

“1. Disponer, al amparo de lo dispuesto en el artículo 56.1 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 relación con el artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, su tramitación acumulada.

2. Considerando lo dispuesto en el artículo 56.2 de la precitada Ley 9/2017, remitir al órgano de contratación los escritos de interposición de los recursos y reclamar de aquél el expediente de contratación y el informe correspondiente.

3. Comunicar este acuerdo al recurrente y al órgano de contratación.”

Asimismo, el Tribunal acordó en la misma reunión delegar en el Secretario del mismo “la adopción de los actos de dirección del procedimiento que permitan el desarrollo de los trámites de instrucción procedentes.”

Duodécimo. Recibido el expediente de contratación y el informe correspondiente del órgano de contratación, el Tribunal adoptó en su reunión celebrada el 1 de octubre de 2019, el siguiente acuerdo:



CORTES GENERALES

“1. Considerando que, por virtud de lo dispuesto en el artículo 53 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, la interposición del recurso presentado contra el acuerdo de adjudicación en el procedimiento de contratación referido ha producido la suspensión automática de dicho procedimiento, decayendo, al haber perdido su finalidad propia, la solicitud de medida provisional de suspensión contenida en el escrito de interposición del recurso contra el acuerdo de exclusión, mantener la suspensión automática mencionada hasta que la resolución de los recursos acuerde su levantamiento.

2. Comunicar este acuerdo al recurrente y al órgano de contratación.”

Decimotercero. Completado el expediente de contratación, con fecha 2 de octubre de 2019, con, entre otros, los datos de los restantes licitadores a efectos de notificaciones, el Secretario del Tribunal, en virtud de la delegación conferida por éste, dio traslado a aquéllos, en la misma fecha, de los recursos interpuestos por ██████████ otorgándoles un plazo de cinco días hábiles, para que, si lo estimasen oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniese, sin que se haya recibido contestación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Recibidos los recursos objeto de la presente resolución, el Tribunal acordó su tramitación acumulada y, recibidos el expediente de contratación e informe correspondiente del Defensor del Pueblo, resolvió mantener la suspensión automática derivada de la interposición de recurso contra el acuerdo de adjudicación, sin que ambos acuerdos supusiesen un juicio definitivo sobre la concurrencia de los requisitos de admisibilidad de ambos recursos, cuyo examen, por razones de economía procedimental, derivados de la perentoriedad de los plazos de tramitación de este tipo de recurso, quedó diferido a esta resolución.

Segundo. Este Tribunal es competente para conocer de ambos recursos, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución de 21 de diciembre de 2010, de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, por la que se crea el Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales (BOE, de 25 de enero de 2011), aprobada sobre la previsión contenida en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (recogida luego en la disposición adicional primera bis del Texto Refundido de la misma Ley, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y actualmente en la disposición adicional cuadragésima cuarta de la Ley 9/2017, de 8 de



CORTES GENERALES

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-), en cuya virtud *“los órganos competentes de las Cortes Generales establecerán, en su caso, el órgano que deba conocer, en su ámbito de contratación, del recurso especial (en materia de contratación)”*.

Tercero. Según el artículo 1 de la precitada Resolución de 21 de diciembre de 2010, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal, los actos relacionados en el apartado 2 del artículo 310 de la Ley de Contratos del Sector Público (actual artículo 44 de la LCSP) cuando se refieran a contratos que pretendan concertar el Congreso de los Diputados, el Senado, las Cortes Generales, la Junta Electoral Central y el Defensor del Pueblo, siempre que los mismos estén incluidos en los tipos recogidos en el primer apartado del mismo artículo (actual artículo 44 de la LCSP).

Los requisitos señalados se cumplen en los recursos considerados, al impugnar el primero, el acuerdo de exclusión de la recurrente en el procedimiento para la contratación del servicio de mantenimiento de las instalaciones de baja tensión, cableado estructurado de voz y datos y climatización de los edificios del Defensor del Pueblo, y el segundo, el acuerdo de adjudicación en el mismo procedimiento, ambos actos susceptibles de recurso especial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.2., letras b) y c) de la LCSP, y tratarse de un contrato de servicios con un valor estimado superior a cien mil euros y, por tanto, susceptible de dicho recurso especial.

Cuarto. Ambos recursos han sido interpuestos dentro del plazo de quince días hábiles establecido en el artículo 50.1 de la LCSP, pues el promovido contra el acuerdo de exclusión lo fue el 18 de julio de 2019 (fecha de entrada en el Registro General del Ministerio de Hacienda) y el presentado contra el acuerdo de adjudicación lo fue el 21 de agosto de 2019 (fecha de entrada en el Registro de Cortes Generales), siendo así que las notificaciones se produjeron con fechas 28 de junio y 30 de julio de 2019, respectivamente, según se desprende de los datos del expediente.

El hecho de que el primero de los recursos fuera erróneamente dirigido al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y presentado en el Registro General del Ministerio de Hacienda, puede acaso calificarse, como hace el órgano de contratación en el informe remitido a este Tribunal, de “defecto formal”, pero no es un defecto invalidante ni supone, como afirma dicho informe, un incumplimiento de lo preceptuado en el artículo 51.3 *in fine* de la LCSP al señalar que *“los escritos presentados en registros distintos de los dos citados específicamente en el párrafo anterior, deberán comunicarse al Tribunal de manera*



CORTES GENERALES

inmediata y de la forma más rápida posible”, pues es claro que la obligación así establecida recae sobre la unidad responsable del registro administrativo afectado, y en efecto, en cumplimiento de tal obligación, aquel recurso fue remitido al Defensor del Pueblo y desde esta Institución trasladado a este Tribunal.

Quinto. En cuanto al requisito de la legitimación, contemplado en el artículo 48 de la LCSP, es indudable que, considerado cada recurso individualmente, la mercantil recurrente cumple aquel requisito en ambos recursos, dada su condición de licitadora cuya oferta, además, ha sido objeto de exclusión en el procedimiento y que, de no haberse producido la misma, habría sido la adjudicataria del contrato. Ahora bien, de estimarse, después de examinarse el primer recurso, que el acto de exclusión es conforme a Derecho, desaparecería la legitimación para recurrir el acuerdo de adjudicación, pues al no poder ser ya adjudicataria, carecería de interés legítimo en impugnar la adjudicación (puede verse en este sentido, entre otras, las resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 283/2019, 949/2019 o 1005/2019).

Sexto. No es necesario, sin embargo, esperar el resultado del examen del primer recurso, que determinase si la recurrente reúne la legitimación requerida para interponer recurso contra el acuerdo de adjudicación, para que este Tribunal se pronuncie ya sobre la inadmisión de este último, ya que el mismo adolece del incumplimiento de un requisito de procedibilidad que deriva de la imposibilidad de que el acuerdo de exclusión de un licitador sea impugnado en dos momentos procedimentales distintos.

Es, en efecto, doctrina asentada de los tribunales de recursos contractuales (tanto el central como los territoriales -entre otras, Resolución 640/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, con cita de otras anteriores; resoluciones 77 y 100/2013 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid; resolución 89/2015 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón; o resolución 92/2018, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía), que tiene su origen en la Circular 3/2019 de la Abogacía General del Estado (apartado A.12), que la LCSP permite dos posibilidades de recurso contra los acuerdos de exclusión de un licitador que dicten las mesas o los órganos de contratación: el recurso especial contra el acto de trámite cualificado (actual artículo 44.2.b) LCSP), que podrá interponerse en el plazo de quince días hábiles a partir del día siguiente a aquél en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción (artículo 50.1.c) LCSP), y el recurso especial contra el acto de adjudicación, que podrá interponerse en el mismo plazo a partir del día siguiente a aquél en que se haya notificado ésta (artículo 50.1.d) LCSP).



CORTES GENERALES

Ambas opciones, empero, no son acumulativas (ni, cabe añadir, alternativas), sino subsidiarias, criterio que entraña determinadas consecuencias para la Administración y para los interesados. Desde el punto de vista de la mesa u órgano de contratación, abre, en el caso de exclusión de licitadores u ofertas, la posibilidad de bien notificar la exclusión con carácter previo, en el momento de producirse, a los licitadores afectados, para los que la misma pone fin al procedimiento de contratación, bien hacerlo a través de la notificación de la adjudicación, de forma simultánea a todos los licitadores (tanto al adjudicatario, como al resto de licitadores, admitidos y excluidos). La primera es la recomendada y la seguida en el caso litigioso presente, si bien es cierto que no es preceptiva, antes bien, la modalidad de notificación explícitamente recogida en la LCSP es la de la resolución de adjudicación, que, conforme al artículo 151, debe incluir a *“los candidatos descartados”* y *“licitadores excluidos”*, con el propósito declarado de posibilitar la interposición de *“recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación”*, a cuyo efecto la resolución habrá de contener *“la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado una candidatura”* o *“los motivos por los que no se haya admitido su oferta”*.

Desde el punto de vista del licitador afectado por un acuerdo de exclusión, el criterio de subsidiariedad indicado significa, con carácter general, que, interpuesto recurso contra el acuerdo de exclusión como acto de trámite cualificado notificado al producirse el mismo, no cabe reproducirlo bajo la apariencia formal de impugnar el acto posterior de adjudicación. La LCSP permite que, subsidiariamente, en el caso de no haberse notificado con carácter previo el acuerdo de exclusión, que el licitador afectado recurra el acuerdo de adjudicación, en el que han de exponerse las razones de aquélla, pero no ampara la posibilidad de impugnar el mismo acto en dos momentos procedimentales distintos, ya hubiera sido resuelta la primera impugnación en el momento de presentarse la segunda (por impedirlo el efecto de cosa juzgada que, de forma similar a las sentencias, tienen las resoluciones administrativas) ya (como sucede en el presente caso) estuviera pendiente de resolver el primer recurso al presentarse el segundo (por impedirlo el criterio de subsidiariedad comentado, que persigue evitar una “doble acción”).

En el caso considerado, este requisito de subsidiariedad no se cumple en el recurso deducido por la mercantil ██████ contra el acuerdo de adjudicación, ya que dicho recurso impugna el acuerdo de exclusión que recayó sobre la misma, siendo así que con carácter previo le fue notificado dicho acuerdo y presentó contra el mismo el oportuno recurso.

Este Tribunal coincide, pues, con la afirmación del órgano de contratación en el informe remitido a este Tribunal, de que el segundo recurso “se debería inadmitir por reiteración”, y ha de declarar la inadmisión del recurso deducido por la mercantil ██████



CORTES GENERALES

contra el acuerdo de adjudicación, y entrar a examinar el fondo del asunto planteado en el primer recurso, interpuesto directamente contra el acuerdo de exclusión de aquélla del procedimiento de licitación.

Séptimo. Dos son los motivos que fundamentalmente esgrime la recurrente contra el acuerdo que la excluyó del procedimiento de licitación considerado.

Mediante el primero de ellos, refiere “una falta absoluta de motivación del acuerdo de exclusión”, por cuanto éste se habría adoptado “sin argumentar ni puntualizar que puntos del Informe aportado por ██████████ son los que considera «incompletos» ni cuáles son los puntos que considera como «necesarios no aportados»”. En apoyo de esta alegación invoca la recurrente el artículo 151 de la LCSP y la doctrina sobre la necesidad de motivación de las resoluciones administrativas, concluyendo en la indefensión que le habría generado la ausencia de motivación de la resolución recurrida.

En segundo lugar, la mercantil ██████████ alega que la justificación aportada de la valoración de su oferta en respuesta al requerimiento que se le hizo sería “suficiente y de conformidad con lo requerido por el órgano de contratación”. Frente a tal justificación, la respuesta del órgano de contratación adolecería de falta de claridad (“no expone con claridad los motivos y razones que le llevan a concluir que la oferta está insuficientemente justificada”) y de ausencia de verificación de la imposibilidad de cumplimiento satisfactorio de la oferta (“no verifica que la oferta (...) no pueda ser cumplida de forma satisfactoria”), al tiempo que no habría tenido en cuenta la doctrina sobre el alcance de la justificación de las ofertas desproporcionadas, que no ha de ser exhaustiva sino destinada a llevar al órgano de contratación a la convicción de la viabilidad de la oferta, siendo así que la recurrente habría justificado el “ahorro que le permite ejecutar el contrato de ser la adjudicataria”. En definitiva, al decir de la recurrente, la “falta de exteriorización de razones objetivas” en la respuesta del órgano de contratación a la justificación aportada por ██████████ habría desembocado en una resolución arbitraria, concluyendo aquélla con el *petitum* transcrito en el número noveno de los antecedentes de hecho.

Por su parte, el informe del órgano de contratación afirma, de contrario, que el acuerdo de exclusión “estaba suficientemente motivado”, por lo que no habría “existido indefensión alguna para el licitador ni arbitrariedad en la decisión”, y argumenta la insuficiencia de la justificación de la anormalidad de la oferta siguiendo la estructura del informe técnico en el que se fundamenta la resolución recurrida. Dicha estructura se basa a su vez en las preguntas contenidas en el requerimiento que se hizo a la empresa COMSA para que justificara su oferta, incurso en valores anormales.



CORTES GENERALES

Así, respecto a las preguntas “¿Qué convenio de referencia han utilizado para determinar el coste de la mano de obra?”; “¿Qué salario base convenio han considerado para cubrir las 1.750 h/año?” y “¿Qué porcentaje de gastos sociales han previsto para el anterior salario base?”, el informe del órgano de contratación señala que el licitador responde solo respecto de uno de los dos perfiles que se adscribían al contrato (oficial 1ª electricista), mientras que para el otro (Técnico responsable del servicio) se limita a referir sus funciones principales y afirmar que su coste está amortizado en la estructura de la empresa, sin aportar valoración alguna.

Con relación a la pregunta “¿Qué porcentaje de gastos por despidos, suplencias por bajas y vacaciones han previsto, para los gastos de mano de obra?”, el informe del órgano de contratación considera que este apartado “debería incluir un porcentaje sobre el salario bruto de los dos perfiles ofertados como «mano de obra directa», y, sin embargo el licitador no aporta la información solicitada, afirmando que sus costes se asumirán por «la estructura de [REDACTED]»”.

En relación con la pregunta “¿Qué porcentaje han previsto para los gastos auxiliares generados por la adscripción obligatoria de medios al contrato?”, el informe señala que el licitador justifica la previsión de un coste de 451,15 euros para “Herramientas” (“uniformes, herramientas, medios auxiliares, medios de comunicación, ordenador y Tablet, medidor de cable (amortizado en otros contratos)”, con el comentario de que “[REDACTED] dispone de todos los medios técnicos necesarios para la correcta prestación del servicio” y “además, anualmente existen medios ya amortizados por la finalización de contratos públicos”, lo que, según el informe referido, supondría que “el licitador propone la utilización de medios ya amortizados en otros contratos para la prestación de servicios en el Defensor del Pueblo y no los valora”.

Por último, en relación a las preguntas “¿Qué porcentaje de gastos generales han considerado para su oferta?” y “¿Qué porcentaje de beneficio han previsto en su oferta?”, que el licitador responde consignando en el estudio de costes los porcentajes del 6,11% y del 5%, respectivamente, acompañándolos de la observación de que “la partida de beneficio industrial y gastos generales será justificativa de toda desviación producida en costes generales del contrato, que será incrementada de forma significativa por el beneficio obtenido en el mantenimiento correctivo”, el informe del órgano de contratación es más explícito que el informe técnico en que se fundó el acuerdo recurrido pues, además de constatar que “el licitador propone compensar las desviaciones en estos conceptos con el beneficio obtenido por las reparaciones futuras que se realicen como mantenimiento correctivo”, subraya que esta hipótesis es errónea pues el mantenimiento correctivo está contemplado en el objeto del



CORTES GENERALES

contrato licitado, en términos tales que corresponderá al Defensor del Pueblo el material utilizado y a la empresa contratista la mano de obra y los equipos auxiliares necesarios, sin establecerse costes adicionales al precio del contrato.

En definitiva, según el informe del órgano de contratación, la justificación aportada respecto a la anormalidad de la oferta en cuestión “presenta elementos incompletos” y, en particular, “sustenta la compensación de sus costes sobre los beneficios obtenidos del mantenimiento correctivo, entendiendo de manera errónea que el contrato prevé pagos con cargo a esa prestación”, por lo que concluye, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 149.4 *in fine* LCSP, en que la exclusión acordada por el órgano de contratación es ajustada a Derecho.

Octavo. El Tribunal examinará los motivos de impugnación en orden inverso al seguido por la recurrente, preguntándose en primer lugar si, con los datos que obran en el expediente y las alegaciones de aquélla y del órgano de contratación, la valoración como insatisfactoria de la justificación aportada por la empresa [REDACTED] acerca de la anormalidad de su oferta es infundada, resultando la resolución recurrida arbitraria, como alega la citada mercantil, o por el contrario es, por razonable y proporcionada, ajustada a Derecho. En segundo lugar, considerará si aquella resolución cumple con el requisito de estar motivada.

La premisa normativa está contenida en el artículo 149 de la vigente LCSP, que en el marco de lo dispuesto por las directivas europeas sobre contratación pública (en concreto, Directiva 2014/24/UE), articula, para el caso de que una oferta contenga valores anormalmente bajos, conforme a parámetros objetivos predeterminados en los pliegos, un procedimiento contradictorio, en los siguientes términos:

“Artículo 149. Ofertas anormalmente bajas.

1. En los casos en que el órgano de contratación presuma que una oferta resulta inviable por haber sido formulada en términos que la hacen anormalmente baja, solo podrá excluirla del procedimiento de licitación previa tramitación del procedimiento que establece este artículo.

(...)

4. 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.



CORTES GENERALES

La petición de información que la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación dirija al licitador deberá formularse con claridad de manera que estos estén en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta.

Concretamente, la mesa de contratación o en su defecto el órgano de contratación podrá pedir justificación a estos licitadores sobre aquellas condiciones de la oferta que sean susceptibles de determinar el bajo nivel del precio o costes de la misma y, en particular, en lo que se refiere a los siguientes valores:

- a) El ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción.
- b) Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras,
- c) La innovación y originalidad de las soluciones propuestas, para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.
- d) 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.
- e) O la posible obtención de una ayuda de Estado.

En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.

En todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen 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.

Se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador cuando esta sea incompleta o se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico.

5.

(...)

6. La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación evaluará toda la información y documentación proporcionada por el licitador en plazo y, en el caso de que se trate de la mesa de contratación, elevará de forma motivada la correspondiente propuesta de aceptación o rechazo al órgano de contratación. En ningún caso se acordará la aceptación de



CORTES GENERALES

una oferta sin que la propuesta de la mesa de contratación en este sentido esté debidamente motivada.

Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuatro, estimase que la información recabada no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador y que, por lo tanto, la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la mejor oferta, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo 150. En general se rechazarán las ofertas incursas en presunción de anormalidad si están basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde una perspectiva técnica, económica o jurídica.”

Por su parte, el PCA se acomoda al referido marco normativo y precisa los parámetros objetivos conforme a los cuales se entenderá que una proposición es anormalmente baja (número segundo de los antecedentes de hecho).

El procedimiento establecido parte del supuesto de que una oferta con valores anormales o desproporcionados incurre solo en una presunción de inviabilidad, que el licitador podrá destruir a través de la información que la mesa u órgano de contratación debe requerirle, y con la que aquél habrá de justificar el bajo nivel del precio o costes de la oferta. A la audiencia del licitador (basada en un requerimiento de información formulado con “claridad” y en una respuesta “justificativa” “razonada” y “detallada”) debe seguir el pertinente “asesoramiento técnico del servicio correspondiente”, configurándose así aquella información y este asesoramiento como los dos elementos principales que habrá de valorar libre y razonadamente, conforme a las reglas de la sana crítica (artículo 348 LEC), el órgano de contratación para formar juicio acerca de si la oferta es viable, esto es, si puede ser cumplida con garantías sobre la adecuada ejecución del contrato de conformidad con lo exigido en los pliegos.

El procedimiento así descrito coincide en lo esencial con el previsto en la regulación legal anterior (artículo 152 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público) y por ello puede completarse su caracterización, a la luz de la doctrina de los tribunales de recursos contractuales elaborada en el marco de aquella regulación, con la indicación de no ser exigible que la justificación de la oferta desproporcionada sea exhaustiva (la vigente Ley exige de los licitadores con ofertas anormalmente bajas que “*justifiquen y desglosen razonada y detalladamente*”, pero ello es diferente de la exhaustividad), tratándose más bien “de dar explicaciones que justifiquen de forma satisfactoria el (...) bajo nivel de precios o de costes propuestos y, por tanto, despejen la presunción inicial de anormalidad de la baja ofertada, de



CORTES GENERALES

forma que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede cumplir normalmente la oferta en sus propios términos”, con el corolario de que “tales argumentos o justificaciones deberán ser, en su caso, más profundos, sólidos, detallados o extensos cuanto mayor sea la anormalidad de la baja” (resolución 791/2018 TACRC con cita de resoluciones anteriores). Asimismo que la función del Tribunal no es sustituir la valoración técnica del órgano de la administración sino comprobar si la manifestación de juicio sobre la viabilidad de una oferta es razonable y que, por tanto, no incurre en ilegalidad o arbitrariedad (entre otras, resolución 1147/2018 TACRC).

La vigente LCSP ha introducido, no obstante, dos previsiones nuevas, como son un mandato taxativo dirigido al órgano de contratación, en cuanto que deberá rechazar una oferta anormalmente baja en el caso de que lo sea por incumplimiento en las obligaciones (entre otras) en materia laboral, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, así como un criterio interpretativo conforme al cual *“se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador cuando esta sea incompleta o se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico”* (artículo 149.4. *in fine*).

Justamente, frente a lo alegado por la recurrente, al afirmar, retóricamente, que la información aportada para explicar la anormalidad de su oferta era “pormenorizada” y “de conformidad con lo requerido”, y justificativa del ahorro en que se basaba la misma, el Tribunal considera que aquella información es incompleta y se funda en un cálculo de costes inadecuado desde el punto de vista económico-financiero, con el resultado de que el acuerdo de exclusión ha de estimarse indudablemente fundado y ajustado a Derecho, de conformidad con lo dispuesto en el precitado último párrafo del apartado 4 del artículo 149 de la LCSP.

Entre las objeciones planteadas en el informe técnico al que se refiere la resolución recurrida, reproducidas y ampliadas después en el informe remitido al Tribunal por el órgano de contratación, ha de considerarse de escasa relevancia la referente a la respuesta dada por el licitador a la pregunta sobre el porcentaje previsto para los gastos auxiliares generados por la adscripción obligatoria de medios al contrato, pues la nota aclaratoria al coste anual estimado en el apartado de “Herramientas” (451,15 euros), según la cual “██████████ dispone de todos los medios necesarios para la correcta prestación del servicio” y “anualmente existen medios ya amortizados por la finalización de contratos públicos”, que ciertamente supone, como afirma el órgano de contratación, la utilización de medios ya amortizados en otros contratos para la prestación de servicios en el Defensor del Pueblo, puede razonablemente



CORTES GENERALES

aceptarse, teniendo en cuenta las circunstancias del licitador, en cuanto a organización empresarial se refiere, a las que éste alude extensamente en su respuesta.

Diferente valoración merecen las objeciones planteadas en relación con las respuestas dadas por el licitador a las preguntas relacionadas con los medios personales adscritos al contrato, y en particular a las preguntas sobre el convenio utilizado para determinar el coste de la mano de obra y el salario base y gastos sociales considerados. Y ello porque, tratándose de un contrato de servicios, en el que el papel atribuido a los medios humanos es preponderante, el coste estimado de los mismos y la justificación del ahorro en dicha partida son de la mayor relevancia.

A este respecto debe tenerse presente la exigencia establecida en los pliegos del procedimiento de licitación considerado, de una adscripción obligatoria de determinados “medios personales” al contrato, concretados en el PCA (Anexo VI) en los siguientes términos:

- *“Oficial con cualificación técnica mínima de Técnico en la especialidad de Instalaciones Eléctricas o de Climatización y en jornada diaria de días laborables según lo establecido en el PPT y en la oferta del adjudicatario.”*
- *“Gestor de contrato con cualificación técnica mínima de Técnico Superior a disposición de incidencias las 24 h del día los 365 días del año.”*

El PPT por su parte desarrolla (apartado III A) la anterior previsión, considerada obligación esencial del contrato (Anexo XV PCA), especificando las funciones de cada uno de estos perfiles, y estipulando respecto al primero que “dispondrá su base de operaciones en el propio edificio del Defensor del Pueblo” y “su disponibilidad será desde las 8 de la mañana hasta finalizar las horas del cómputo anual distribuidas en jornadas laborales diarias”. Esta última indicación, a su vez, debe ponerse en relación con el número de horas anual mínimo exigido en el PPT (1.364 horas -apartado II-), que los licitadores podían incrementar en su oferta, como efectivamente hicieron todas las empresas, también la recurrente (1.750 horas), incremento evaluable mediante la fórmula objetiva establecida en el Anexo XII del PCA.

Pues bien, como se señala en el informe técnico que analiza la respuesta de la empresa ██████ en relación a la anomalía de su oferta, a las preguntas mencionadas el licitador solo responde en relación a uno de los dos perfiles considerados como de adscripción obligatoria al contrato (el oficial 1º electricista), limitándose la información aportada en



CORTES GENERALES

relación con el otro perfil (Técnico Responsable del servicio), a una descripción de sus tareas y una referencia a que su coste está amortizado en la estructura de la empresa.

La omisión de información en este punto es relevante, aunque se admitiera en hipótesis la posibilidad de excluir, en el cálculo de costes, el del Técnico Responsable, ya que la falta de respuesta explícita sobre el Convenio Colectivo aplicable al mismo (solo se especifica la tabla salarial conforme al convenio aplicable respecto al Oficial 1º electricista) priva al órgano de contratación de la posibilidad de verificar el cumplimiento de las obligaciones en materia laboral, sobre el que debe velar inexcusablemente por mandato de la Ley. Pero es que, además, la elusión del coste de uno de los dos perfiles de adscripción obligatoria al contrato, a través de su dilución en los gastos de estructura de la empresa, debe reputarse una práctica económico-financiera del todo inadecuada, desde luego para la empresa en sí, pero sobre todo, en lo que interesa al órgano de contratación y a la resolución de este recurso, desde la perspectiva de su proyección sobre el contrato en cuestión, pues rebaja el rigor de la oferta y compromete seriamente su viabilidad.

Se vislumbra además, a través de esta práctica, una confusión, en la interpretación del PPT, entre la obligatoriedad del desempeño de una jornada en días laborales en la misma sede del órgano de contratación (que solo alcanza al oficial 1º electricista), y la adscripción obligatoria al contrato, que alcanza no solo a éste sino también al Técnico Responsable del servicio, debiendo presupuestarse el coste de éste en función de la dedicación estimada del mismo (o, en su caso, de la pluralidad de Técnicos de la categoría requerida de los que pueda disponer la plantilla de la empresa) al contrato, pero en modo alguno prescindir en absoluto de su repercusión presupuestaria a efectos de éste.

Esta misma confusión trasluce en otro elemento que agrava la inadecuación del método de cálculo de la proposición de la recurrente. Dicho elemento se apunta en las conclusiones del informe técnico en que se funda el acuerdo de exclusión (número sexto de los antecedentes de hecho), pero se explicita con mayor claridad en el informe del órgano de contratación sobre el recurso. Se trata de la hipótesis manejada por la empresa [REDACTED] conforme a la cual las “desviaciones” que puedan producirse en los “costes generales del contrato” se compensarían con la “partida de beneficio industrial y gastos generales”, la cual a su vez “será incrementada de forma significativa por el beneficio obtenido en el mantenimiento correctivo”.

Mal pueden compensar las “desviaciones”, las partidas de “gastos generales” y “beneficio industrial” (cifradas por la empresa [REDACTED] en unos porcentajes del 6,11% y 5%, respectivamente), no tanto porque tales porcentajes sean inferiores a los supuestamente



CORTES GENERALES

exigidos según el informe técnico en que se funda la resolución recurrida (pues ni los porcentajes del 13 al 17 por 100 y del 6 por 100 establecidos en el artículo 131 del RGLCSP, para los conceptos de “gastos generales de estructura” y “beneficio industrial”, respectivamente, son aplicables, pues se predicán del contrato de obras -que no es el caso- y para la elaboración del presupuesto base de licitación -que tampoco lo es-, ni se establece una exigencia similar en los pliegos-) sino porque en la “pormenorizada” justificación que aporta la empresa no se contiene explicación alguna sobre la elección de aquellos porcentajes y no de otros.

Pero sobre todo, es absolutamente inadecuado esperar compensar las desviaciones que paladinamente se reconocen como probables con un beneficio por mantenimiento correctivo. Tal inadecuación se produciría desde luego en el supuesto de que los pliegos hubieran contemplado la posibilidad de que el mantenimiento correctivo pudiera facturarse adicionalmente al precio del contrato, pues, siendo por naturaleza dicho tipo de mantenimiento incierto, fundar en el mismo la compensación de eventuales pérdidas en la ejecución del contrato socava la viabilidad de la oferta. Pero es que en el caso considerado ni siquiera tal posibilidad está contemplada en los pliegos del contrato, ninguna de cuyas cláusulas y prescripciones se refieren a la misma. Antes bien, que el mantenimiento correctivo forma parte del precio del contrato, sin que se prevea un beneficio adicional para el contratista derivado del mismo, se desprende de diferentes previsiones de los pliegos, a saber: la inequívoca inclusión del mantenimiento correctivo en el objeto del contrato (apartado I PPT); la consideración como evaluable, entre los criterios de adjudicación, de “la reducción en el tiempo de asistencia a averías” (Anexos VIII y XII del PCA); o la caracterización hecha de los trabajos de mantenimiento correctivo en el PPT (apartados II.A.5, II.B.7 y II.C.2), como aquellos subsiguientes a los de mantenimiento preventivo (“corrige los defectos o insuficiencias observadas en los equipamientos o instalaciones”) y los derivados del “servicio urgente a averías” (“destinado a dar respuesta a las necesidades perentorias de la Institución para la resolución de averías”), estipulándose que tales trabajos deberán ser debidamente documentados y precisándose que “el material utilizado será a cargo del Defensor del Pueblo”, mientras que “la empresa adjudicataria aportará la mano de obra y los equipos auxiliares” (sin que tales indicaciones se acompañen de previsión alguna de que estos trabajos supongan costes adicionales al precio del contrato). Ciertamente el PCA prevé la posibilidad de modificación del contrato hasta el límite de un 20% de incremento del precio de licitación (computado en el valor estimado del contrato -apartado E del cuadro resumen del PCA), cuando sea necesario realizar un número de horas mayor al mensual ofertado por el licitador “por motivos técnicos, de ampliación o reparación de instalaciones” (Anexo XVI del PCA), pero tal previsión refuerza justamente la interpretación de que los trabajos de mantenimiento



CORTES GENERALES

correctivo forman parte del objeto y precio del contrato, sin que, por otro lado, por tratarse de una posibilidad incierta en cuanto a su realización, pueda fundarse en ella una expectativa de beneficio adicional.

En definitiva, el carácter incompleto de la información facilitada, en particular en lo que se refiere al Convenio Colectivo aplicable y costes de los medios personales de adscripción obligatoria al contrato, y la nítida inadecuación del cálculo de costes en que se basa la oferta, en concreto por lo que respecta a la incompleta estimación de los correspondientes a la mano de obra y a la expectativa de compensación de pérdidas sobre la base de una hipótesis errónea como es la de obtener beneficios por unos trabajos (mantenimiento correctivo) que, conforme a las previsiones de los pliegos, forman parte del objeto y precio de contrato, sin ser susceptibles de generar de modo ordinario un beneficio adicional (siendo como es, al propio tiempo, incierta la posibilidad de modificación del contrato), podían ser razonablemente interpretados por el órgano de contratación (como efectivamente así lo fueron) como confirmatorios de la inviabilidad de la oferta, y, en consecuencia, su exclusión ha de estimarse fundada y ajustada a lo dispuesto en el artículo 149.4 último párrafo de la LCSP.

Noveno. Queda por examinar si las razones que avalaron la exclusión de la mercantil COMSA quedaron suficientemente plasmadas en la motivación del acuerdo correspondiente o, por el contrario, dicho acuerdo adolece de falta de motivación suficiente o, incluso, como aduce aquélla en su primer motivo de impugnación, de “ausencia absoluta de motivación”.

Indudablemente, como afirma la recurrente, la motivación es un requisito esencial de los actos administrativos y, justamente, su razón de ser reside en la salvaguarda del derecho de defensa del administrado, o, en este caso, del licitador excluido. Como se expone, entre otras muchas, en la resolución 79/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en relación con la exigencia de motivación referida al acuerdo de adjudicación (y que es aplicable a la predicable de un acuerdo de exclusión, como el ahora examinado) “lo determinante para acordar la nulidad del acto resolutorio del procedimiento de adjudicación no es tanto el contenido del mismo, como el hecho de que el licitador recurrente no haya podido tener conocimiento de sus motivos”, con la consecuencia, dicho sea en los términos empleados por la resolución 671/2018 del mismo Tribunal, de que “aun siendo la motivación escueta o sucinta, no habrá de apreciarse un vicio de «falta de motivación» si aquélla, aunque no sea todo lo explicativa que sería de desear, ha permitido a su destinatario conocer las razones del acto adoptado y, por ende, combatirlo”.



CORTES GENERALES

En el caso considerado, la recurrente fija su atención en las conclusiones finales del acuerdo de exclusión (conforme a las cuales el órgano de contratación considera “no satisfactoria la justificación, porque la explicación del bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador es incompleta, no aporta los datos necesarios y se fundamenta en hipótesis y en elementos ajenos a la configuración del contrato”, con la consecuencia de que “la adjudicación a favor del licitador ██████ pondría en grave riesgo la ejecución del contrato”, siendo su proposición “inviabile”), soslayando que tales conclusiones (no ayunas de contenido) están precedidas de dos ideas previas con las que el órgano de contratación sintetiza la valoración efectuada en el oportuno informe del servicio técnico correspondiente de la justificación aportada por ██████ acerca de la anormalidad de su oferta, a saber: “la justificación aportada no satisface el requerimiento practicado, al no haber dado respuesta el licitador a los extremos solicitados en el mismo que eran imprescindibles para comprobar la viabilidad de la oferta” (idea que hay que poner en relación con las concretas preguntas formuladas en aquel requerimiento, transcritas en el número cuarto de los antecedentes de hecho) y que “la justificación del bajo precio se sustenta sobre la absorción de los costes del contrato en los costes propios de la estructura de la empresa, así como en el margen de beneficio obtenido en otros contratos, respecto a los cuales no se aporta información alguna, provocando incertidumbre que el contrato del Defensor del Pueblo se haga depender de los mismos”. Aun en el caso de que los términos del acuerdo de exclusión notificado hubieran suscitado dudas al licitador afectado, el mismo tenía la posibilidad de acceder al expediente para conocer el contenido íntegro del informe técnico en el que se funda aquel acuerdo y al que el mismo hace explícita referencia, pues, parafraseando de nuevo al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, “la insuficiencia de motivación de una resolución puede quedar subsanada por cualquier informe que conste en el expediente y al que tenga acceso el recurrente ya que lo principal de la exigencia de la motivación en los acuerdos de exclusión y adjudicación (...) es que los licitadores puedan ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva e impugnar con conocimiento de causa una resolución en materia contractual que les perjudica, sin que en ningún caso por desconocimiento de los motivos que justifican aquella, pueda provocársele indefensión” (resolución 70/2015).

A este respecto, ciertamente, el Informe técnico al que se refiere el acuerdo de exclusión notificado ofrece una concreción mayor acerca de las objeciones planteadas a la respuesta de la empresa sobre la anormalidad de su oferta, especialmente por lo que se refiere a su carácter incompleto y a la inadecuación de la estimación de costes derivada de la absorción de buena parte de los mismos en la estructura de la empresa y de la hipótesis de compensación de las posibles desviaciones con los beneficios que se deriven de la facturación adicional por mantenimiento correctivo. Hay que reseñar también que, en relación a esta



CORTES GENERALES

última hipótesis, el referido informe es menos explícito que el remitido al Tribunal por el órgano de contratación, el cual desarrolla y enfatiza dicho extremo, pero esta circunstancia no impide considerar que la motivación incluida en la resolución recurrida es suficiente, tanto por el contenido en sí de la misma como por la facultad que asistía a la recurrente para acceder al expediente y conocer los términos exactos del informe técnico al que se refiere explícitamente aquélla, sin que pueda afirmarse en modo alguno que cause indefensión. A mayor abundamiento, un hipotético planteamiento de la posibilidad de retroacción del procedimiento para que el órgano de contratación integrase de manera óptima las razones en que se basó para excluir a la recurrente ni es exigible ni posible desde el punto de vista del principio de economía procesal, contrario a una medida de tal índole de la que no derivaría alteración del sentido del acto impugnado. Debe pues rechazarse con rotundidad el motivo de impugnación referido a la ausencia de motivación del acuerdo de exclusión.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por ██████████, en representación de ██████████ ██████████, contra el acuerdo de la Junta de Coordinación y Régimen Interior del Defensor del Pueblo, de exclusión de la referida empresa en el procedimiento para la adjudicación del servicio de mantenimiento de las instalaciones de baja tensión, cableado estructurado de voz y datos y climatización de los edificios del Defensor del Pueblo, e inadmitir el recurso formulado contra el acuerdo de adjudicación recaído en el mismo procedimiento.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa. Contra la misma sólo cabrá interponer recurso contencioso-administrativo, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en el plazo de dos meses, conforme a lo dispuesto en el artículo 59.1



CORTES GENERALES

de la Ley de Contratos del Sector Público y en el artículo 3.2 de la Resolución de 21 de diciembre de 2010, de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, por la que se crea el Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales (publicada en el BOE, de 25 de enero de 2011) así como en los artículos 12.1 c) y 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Fernando de Rosa Torner

Rafael Simancas Simancas

Eugenio de Santos Canalejo