

TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

RECURSO Nº.- 5/2023
RESOLUCIÓN Nº.- 11/2023

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
DEL AYUNTAMIENTO DE SEVILLA**

En Sevilla, a 16 de marzo de 2023.

Visto el escrito presentado, en nombre y representación de la mercantil ALVAC S.A., mediante el que se interpone recurso especial en materia de contratación contra la Resolución de 18 de enero de 2023, por la que se adjudica el contrato de **“Servicios de jardinería para las sociedades mercantiles locales miembros de la “Corporación de Empresas Municipales de Sevilla, A.I.E.”**, Expte. CEMS 12/22, tramitado por la Corporación de Empresas Municipales de Sevilla (en adelante CEMS), este Tribunal adopta la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 14 de octubre de 2022 se publican en la Plataforma de Contratación del Sector Público, Anuncios de licitación y Pliegos, rectificadas posteriormente el 10 de noviembre, correspondientes al contrato de **Servicios de jardinería para las sociedades mercantiles locales miembros de la “Corporación de Empresas Municipales de Sevilla, A.I.E.”**

Vencido el plazo de presentación, y tras la tramitación oportuna, el 16 de noviembre de 2022, se publica en la Plataforma el Informe de valoración de los criterios sujetos a juicio de valor y el Acta de la Mesa de Contratación, de la misma fecha, en la que Mesa asume el informe referido y procede a la apertura del Sobre nº 3, en el que se contiene la documentación relativa a los criterios de valoración automática.

Tras la apertura del Sobre nº 3 y la comprobación de la documentación presentada, por la Mesa se acuerda requerir a TRATAMIENTOS AGRÍCOLAS BRENES, AEMA y EXPLOTACIONES LAS MISIONES, dándoles plazo de cinco días hábiles para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente sus ofertas, incursas en presunción de anormalidad.

Los servicios técnicos, tras el análisis de la documentación aportada, concluyen con fecha 09/12/2022, que dicha documentación justifica la oferta de las empresas TRATAMIENTOS AGRÍCOLAS BRENES y AEMA, sin embargo, considera que la empresa EXPLOTACIONES LAS MISIONES no justifica su oferta, por lo que procede su exclusión.

Efectuada la valoración económica de las ofertas, y junto a la suma de la puntuación técnica sujeta a juicio de valor, la Mesa de contratación elevó al órgano de contratación, la propuesta de adjudicación a la empresa TRATAMIENTOS AGRÍCOLAS BRENES, S.L., adoptándose con fecha 18 de enero la Resolución de adjudicación.

SEGUNDO.- Con fecha 9 de febrero del año en curso, se traslada a este Tribunal, por parte del Registro General, recurso especial en materia de contratación, en relación con en el expediente 12/22 de la Corporación de Empresas Municipales de Sevilla, A.I.E., presentado en Registro el día 8 de febrero por la representación de la mercantil ALVAC S.A.

Recibido el recurso, por parte del Tribunal, se traslada el mismo, así como la documentación que lo acompaña, a la unidad tramitadora, solicitando la remisión del correspondiente informe, así como de la documentación referida en el art. 56 de la LCSP.

Solicitado por el recurrente el acceso al expediente, mediante Resolución 4/2023 de 14 de febrero, se concede al recurrente acceso solicitado, en las oficinas de la CEMS, por plazo de diez días, para que proceda a completar su recurso.

El mismo día 14, conforme a la Resolución 4/2023, la CEMS traslada la misma a la recurrente, constando su lectura ese mismo día, comunicando que:

“En relación con el recurso número 5/2023 interpuesto por la entidad ALVAC, S.A., contra la adjudicación del Expte para la contratación de los Servicios de jardinería para las sociedades mercantiles locales miembros de la “Corporación de Empresas Municipales de Sevilla, A.I.E.”, Expte. CEMS 12/22, y en cumplimiento de lo establecido en el artículo 57 de la Ley de Contratos del Sector Público, les damos traslado de la Resolución número 4/2023 del Tribunal ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DEL AYUNTAMIENTO DE SEVILLA, comunicada hoy día 14/02/2023.

Asimismo, les comunicamos que pueden consultar el expediente en las oficinas de la EMASESA (C/ Escuelas Pías, 1, despacho de la Jefa de Secretaría y Contratación de EMASESA, tfno. 955 477 351, amontojo@emasesa.com), previa solicitud de cita en horario de 8:00 a 15:00 horas de lunes a viernes”.

Consta en el expediente correo remitido por ALVAC, con fecha 16 de febrero, en el que solicitan que el acceso se efectúe el día 21 de febrero, así como la materialización de éste en esa fecha.

El día 27 de febrero, por parte de la recurrente, se presenta en el Registro el escrito de ampliación, al objeto de completar el recurso. Trasladado éste al Órgano de Contratación, con fecha 3 de marzo se recibe en el Tribunal el informe de éste, manifestando el traslado a los interesados para alegaciones.

Con fecha 8 de marzo, se receptionan las alegaciones formuladas por Servicios Ambientales del Sur S.L. (SADESUR), en las que se expresa el acuerdo con las alegaciones expuestas por la entidad recurrente *“que ponen de manifiesto la nulidad del procedimiento y la indebida inclusión de la entidad adjudicataria en el seno del mismo”*, defendiendo la nulidad del procedimiento en su totalidad, *“pues la retroacción de actuaciones, no es dable por cuanto ya se han abierto los sobres objeto de valoración*

mediante fórmulas, lo cual afectaría al carácter secreto de las proposiciones”, solicitando se dicte resolución mediante la que acuerde:

1º Declarar la nulidad del Acuerdo de Adjudicación del contrato objeto del Recurso por todos los motivos expuestos, y no resultando ya posible retrotraer el procedimiento por los motivos expresados, Declarar la nulidad del Procedimiento de contratación convocado en su conjunto, ello en mérito a cuantas causas de nulidad y su fundamentación se detallan y efectúan por referencia en el presente escrito.

3º En mérito a todo lo anterior, Declarada la nulidad del procedimiento en su totalidad, se convoque en su caso, nuevo procedimiento para la adjudicación del contrato, con cumplimiento de las prescripciones legales que resulten procedentes.

El 9 de marzo se reciben alegaciones efectuadas por la mercantil TRATAMIENTOS AGRÍCOLAS BRENES, S.L., en las que responde a los extremos puestos de manifiesto por la recurrente, manifestando, además, que ha justificado debidamente su oferta, sin incoherencias ni alteraciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Este Tribunal es competente para resolver en virtud de lo dispuesto en el artículo 46.4 de la LCSP y de conformidad con los acuerdos del Excmo. Ayuntamiento Pleno de Sevilla de 25 de Mayo de 2012, por el que se crea el mismo, el de 28 de septiembre de 2018, por el que se efectúa el nombramiento de su titular y el acuerdo de la Junta de Gobierno de fecha 6 de julio de 2018, por el que se adapta la regulación, composición y funcionamiento del Tribunal a las nuevas prescripciones de la Ley 9/2017, aprobándose sus normas de funcionamiento.

SEGUNDO.- Con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo planteadas, procede analizar los requisitos relacionados con la admisión del recurso.

En relación a **la legitimación**, de conformidad con el art. 48 de la LCSP, la recurrente se encuentra legitimada.

En cuanto al **ámbito objetivo del recurso**, hemos de analizar si ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la LCSP, es susceptible de recurso en esta vía.

El artículo 44.1 de la LCSP establece que:

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condiciónn de poderes adjudicadores:

- a) *Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.*
- b) *Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.*
- c) *Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.(...).*”

En su apartado 2, el art. 44 determina las actuaciones recurribles, estableciendo que podrán ser objeto del recurso las siguientes:

“a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.

c) Los acuerdos de adjudicación.

d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.

e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.

f) Los acuerdos de rescate de concesiones.

A la vista de ello, ha de concluirse que el recurso, dirigido contra la adjudicación de un contrato encuadrable en los artículos transcritos, resulta admisible.

Por lo que respecta al plazo, conforme al art. 51 LCSP, el recurso, presentado el 8 de febrero, fue interpuesto en plazo.

Por lo que respecta a escrito mediante el cual se completa el recurso, de acuerdo con el art. 52, y como señala el órgano de contratación en su informe, “Como consta en el expediente, el 14 de febrero se notificó a ALVAC (con acuse de recibo del mismo día) la Resolución 4/2023 de ese Tribunal por la que se concedió *al recurrente acceso al expediente instruido para la contratación de “Servicios de jardinería para las sociedades mercantiles locales miembros de la “Corporación de Empresas Municipales de Sevilla, A.I.E.”, Expte. CEMS 12/22, tramitado por la Corporación de Empresas Municipales de Sevilla, en las oficinas de la CEMS, por plazo de diez días, para que proceda a completar su recurso.*

El plazo de diez días otorgado es el dispuesto en el art. 52.3 de la LCSP, y en virtud de lo dispuesto en su Disposición adicional duodécima de la norma se ha de entender que son días naturales, por lo que el recurrente disponía de plazo hasta el 24 de febrero. El sello del registro telemático del Ayuntamiento de Sevilla indica que la ampliación del recurso fue presentada el 27 de febrero, por lo que no debe admitirse ni ser tenida en cuenta por el Tribunal”.

La solicitud de acceso al expediente en el procedimiento de recurso especial se regula en el artículo 52 de la LCSP en términos similares a los que ya figuraban en los artículos 16 y

29.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre. La finalidad que persigue este procedimiento es evitar la indefensión del recurrente de tal manera que la privación de este derecho por el órgano de contratación no sea la causa de un recurso especial insuficiente o carente de fundamentación jurídica (ver, por ejemplo, la Resolución 436/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC).

Conforme al citado art. 52 de la LCSP:

“1. Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en la Ley.

2. Los interesados podrán hacer la solicitud de acceso dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud. La presentación de esta solicitud no paralizará en ningún caso el plazo para la interposición del recurso especial.

3. El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado 1 anterior no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo legalmente establecido. Ello no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso, en cuyo caso el órgano competente para resolverlo deberá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo de diez días, con carácter previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar su recurso. En este supuesto concederá un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados para que efectúen las alegaciones que tuvieran por conveniente.”

El Real Decreto 814/2015, cuyo artículo 16 recoge el acceso al expediente de contratación pública, se pronuncia en los siguientes términos:

Artículo 16 Acceso al expediente de contratación

1. Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en los artículos 140 y 153 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

La solicitud de acceso al expediente podrán hacerla los interesados dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud.

2. El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado anterior por el órgano de contratación no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Ello no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso con los efectos establecidos en el artículo 29.3 del presente reglamento.

Por su parte, el artículo 29 del mismo Real Decreto 814/2015, dispone sobre la **“Puesta de manifiesto del expediente y alegaciones”**:

1. La puesta de manifiesto del expediente a los restantes interesados comparecidos en el procedimiento de adjudicación para formular alegaciones, se hará por la Secretaría del Tribunal durante el plazo de cinco días hábiles de conformidad con lo dispuesto en los artículos 46.3 del

texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y 105.3 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre.

2. Los interesados podrán tomar cuantas notas necesiten para formular sus alegaciones y solicitar copia o certificado de aquellos documentos contenidos en el expediente que sean indispensables para ejercer su derecho de defensa, que se expedirán por la Secretaría siempre que los medios disponibles lo permitan y no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos.

La Secretaría no estará obligada a aceptar ninguna solicitud genérica respecto de la expedición de copias.

3. Cuando el recurrente hubiera solicitado en el trámite previsto en el artículo 16 vista del expediente y el órgano de contratación se la hubiera denegado, el Tribunal, a la vista de lo alegado en el escrito de interposición y del informe del órgano de contratación, podrá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas, con carácter previo al trámite de alegaciones, y por plazo de cinco días hábiles, para que proceda a completar su recurso, concediendo en este supuesto un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados comparecidos en el procedimiento para que efectúen alegaciones.

Como señalaba el Tribunal Constitucional en la Sentencia resolutoria del recurso de inconstitucionalidad núm. 4261-2018, el art. 52.3 LCSP fija el plazo (diez días) para que el recurrente puede acceder al expediente, a los efectos de completar su recurso y con carácter previo al trámite de alegaciones y tiene como objetivo favorecer el acceso al expediente de contratación en condiciones que permitan al recurrente articular su defensa. Por ello, cuando el acceso se produce con posterioridad a la interposición del recurso, se prevé un trámite para completar el recurso, coherentemente seguido de un plazo para que los restantes interesados (órgano de contratación y terceros) puedan reaccionar a dicho complemento, destacando que la introducción de estos trámites, tiene como objeto salvaguardar las garantías de publicidad y transparencia, así como la de igualdad en el acceso al recurso, asegurando un tratamiento común para todos los operadores por parte de todas las administraciones públicas (STC 141/1993, FJ 5, entre otras).

Ahora bien, se trata de plazos preclusivos, que computan desde la puesta a disposición del expediente, no pudiendo quedar al arbitrio del solicitante de acceso el dies a quo para el cómputo. De la literalidad de los art. transcritos, se deriva que el plazo concedido lo es para acceder y completar el recurso, iniciándose al día siguiente de la comunicación, no siendo admisible que, conociendo la puesta a disposición el 14 de febrero, el día 16 posterior se solicite que el acceso se materialice el día 21 y se dilate el complemento del recurso hasta el día 27, cuando ya han transcurrido 13 días desde el siguiente a la comunicación.

En el ámbito de la contratación administrativa, los plazos establecidos por días en la Ley, se entenderán referidos a días naturales, salvo que en la misma se indique expresamente que solo deben computarse los días hábiles, ello, conforme a lo dispuesto en la Disposición adicional duodécima de la Ley de Contratos. A diferencia de la previsión contenida en el art. 52, en el art. 29.3 del Real Decreto 814/2015, el plazo previsto es de 5 días hábiles, por lo que la presentación del escrito el 27 de febrero supera tanto los 10 días naturales, como los 5 hábiles, derivándose de ello que la presentación del complemento al recurso, como señala el Órgano de Contratación, es extemporánea, por lo que no procede su consideración a efectos de la resolución del recurso.

TERCERO.- Cumpliéndose los requisitos respecto del objeto, legitimación y plazo del recurso presentado el 8 de febrero de 2023, y conforme al escrito de interposición, la impugnación se fundamenta en la disconformidad de la recurrente con la aceptación, por parte del órgano de contratación, de la justificación de la oferta, inicialmente incurrida en anormalidad, efectuada por la adjudicataria, por considerar que *“en la justificación de la anormalidad se han tenido en cuenta criterios nuevos presentados por la mercantil TRATAMIENTOS AGRÍCOLAS BRENES, que inicialmente no estaban contemplados en su propuesta técnica por cuanto en el informe técnico no han sido revelados, y sin embargo en la justificación de la anormalidad sí se han planteado, lo que hace inviable por consiguiente la justificación de la anormalidad”* (medios humanos y materiales)

El órgano de contratación, por su parte, defiende en el informe remitido al Tribunal que *“resultan algo confusas las alegaciones presentadas. Entendemos que ALVAC basa su recurso, por un lado, en discutir algunos aspectos del informe de valoración de ofertas conforme a criterios sujetos a juicio de valor, y, por otro, discute la aceptación por parte del órgano de contratación de la justificación de la anormalidad de la oferta del adjudicatario.”*

En cuanto a lo primero, considera que *“Se compara la puntuación otorgada al recurrente y al adjudicatario en el criterio sujeto a juicio de valor *Medios de control de realización de los trabajos y Procedimiento de control de la calidad*, en el que se valoran con hasta 10 puntos los siguientes aspectos: *Medios, procedimientos y/o uso de tecnologías innovadoras y tendentes a la mejora del servicio y al control de realización de los trabajos y al procedimiento de control de calidad y productividad. Se valorará el enfoque y su planteamiento realista tanto en su planificación espacial como temporal, en coherencia con los medios propuestos y las prescripciones establecidas en los Pliegos*”, aclarando que “Lo que se valora en este criterio no es que se utilice un programa informático u otro, sino que el enfoque del plan de control de calidad sea realista y coherente con los medios propuestos y las tareas prescritas en los pliegos. Siendo las dos ofertas completas y coherentes en este aspecto a juicio de los servicios técnicos, han obtenido la misma puntuación.*

Respecto a que se haya puesto de manifiesto en la valoración de la oferta de ALVAC que el incremento de medios humanos no se considera que aporte una diferencia sustancial, la propia recurrente se muestra conforme con la puntuación obtenida. En cualquier caso no argumenta nada en contra de lo expuesto en el informe de valoración.

Vista la puntuación otorgada a las ofertas de ALVAC y TAB en su parte técnica, no es discutible que la oferta de ALVAC es sensiblemente superior; lo que determina la desventaja de ALVAC es la oferta económica.

Sobre las cuestiones relacionadas con la admisión de la oferta presuntamente anormal del adjudicatario, señala el informe que *“Parece ser que el recurrente entiende que no se debía haber aceptado por el órgano de contratación la justificación de la anormalidad de la oferta presentada por el adjudicatario porque ésta se basaba en unos medios técnicos y humanos que no eran los que se había ofertado. Así, indican que el adjudicatario (TRATAMIENTOS AGRÍCOLAS BRENES –TAB en adelante–) no ofertó vehículos y maquinaria eléctrica, y sin embargo, justifica en parte el precio de su oferta en el bajo consumo de combustible por utilizar vehículos y maquinaria eléctrica”, defendiendo que “A esta conclusión llega ALVAC a partir de la lectura del informe de valoración de las ofertas conforme a criterios sujetos a juicio de valor y del informe de admisión de la oferta del adjudicatario tras la justificación de la anormalidad. Sin embargo, el informe de valoración de la oferta conforme a juicio de valor no recoge una descripción exhaustiva de los medios ofertados por los licitadores –no tiene por qué hacerlo, pues*

las ofertas constan en el expediente--, limitándose a plasmar de forma resumida aquellos aspectos de cada oferta que han determinado que la valoración sea mejor o peor.

En cuanto a los medios técnicos, lo cierto, sin embargo, es que TAB oferta el uso de vehículos híbridos (apartado 2.1.1. de su memoria, pág. 2.133 del expte.) y propone activar en estos el uso de gasolina solo *cuando el vehículo circule a velocidad alta, pero constante, y, por tanto, el consumo de combustible sea mínimo*, y considera que suponen un ahorro de combustible importante (pág. 2.133 y 2.134 del expte.). Asimismo oferta casi toda la maquinaria eléctrica (apartado 2.1.2 de su memoria, pág. 2.136 y siguientes del expte.). Finalmente, dedica un apartado de su oferta al compromiso medioambiental y al control exhaustivo del uso del combustible (apartado 2.1.4 de su memoria, pág. 2153).

Posteriormente, en la justificación del coste de su oferta (pág. 2.487 del expediente), se refiere a la *partida nº 6 consumo de combustible* teniendo en cuenta que la mayoría de vehículos y maquinaria son eléctricos, pero no todos, es decir, de forma coherente con lo ofertado.

En cuanto a los medios humanos, el recurrente pone en duda que el adjudicatario haya contemplado todos los gastos de personal que la subrogación –obligatoria por convenio— conlleva y que haya justificado todos estos costes. No basta para plantear un recurso alegar la simple duda. Aquí entraba en juego la diligencia del recurrente para presentar en tiempo y forma su ampliación del recurso debidamente argumentada, tras haber obtenido la vista del expediente e incluso copia de casi toda la oferta del adjudicatario y de su justificación de la anormalidad (pág. 2744 del expte). No queda desvirtuada por tanto la admisión de la anormalidad de la oferta de TAB pues, en lo que toca a los gastos de personal, se basa en la justificación aportada (pág. 2480 a 2482 del expte.) que los servicios técnicos de la CEMS han considerado razonable y ajustada al convenio colectivo de aplicación, tal y como exige el art. 149.4 de la LCSP, sin que, conforme a la doctrina asentada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, sea necesario justificar exhaustivamente la oferta. Se cita al respecto, por todas, la resolución 306/22 (las negritas son nuestras):

(...)

En cuanto al coste del programa GEXTOR ofertado por el adjudicatario, el recurrente únicamente alega que no han podido comprobar su coste, sin aportar ningún fundamento jurídico que conlleve que se pueda revocar la adjudicación.”

Por lo expuesto, se propone al Tribunal la desestimación del recurso especial en materia de contratación interpuesto.

En sus alegaciones al recurso, SADESUR se muestra de acuerdo con las alegaciones expuestas, solicitando la declaración de nulidad del procedimiento, debiendo recordarse en este sentido, la inexistencia en el procedimiento de recurso de un trámite de adhesión, no pudiendo utilizarse el trámite de alegaciones para plantear un recurso.

El escrito de alegaciones presentado por el adjudicatario, TRATAMIENTOS AGRÍCOLAS BRENES, defiende la debida justificación de su oferta.

CUARTO.- Expuestas las alegaciones de las partes, hemos de partir de la doctrina acuñada por este Tribunal sobre la anormalidad y sobre la discrecionalidad técnica en la emisión de juicios de valor y presunción de veracidad de los informes técnicos de la administración.

Como venimos manteniendo (Resoluciones 21/2017, 1/2018, 22/208 o 9/2019), la apreciación de que la oferta tiene valores anormales o desproporcionados no es un fin en sí misma, sino un indicio para establecer que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ello.

La determinación de si es posible el cumplimiento de la proposición o no, *“debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que concurren en la oferta y de las características de la propia empresa licitadora no siendo posible su aplicación automática”*. En este sentido, no se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, ni resulta necesario que por parte del licitador se proceda al desglose pormenorizado de la oferta económica, ni a una acreditación exhaustiva de los distintos componentes de la misma, sino de explicar la viabilidad y seriedad de la oferta, de proveer de argumentos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo, debiendo tales argumentos o justificaciones ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta.

El rechazo de la oferta inicialmente incurra en presunción de anormalidad exige de una resolución *“reforzada”* que desmonte las justificaciones del licitador, debiendo el órgano de contratación justificar adecuada y motivadamente su decisión. Por el contrario, cuando se aprecie la viabilidad de la oferta, a la vista y consideración de la justificación presentada, no es necesario que se incluya una motivación exhaustiva de lo que ha llevado al órgano de contratación a concluir su viabilidad.

La apreciación corresponde al órgano de contratación (ST junio 2020 TSJ en relación con la Res. 1/2018 TARCA), el cual goza de discrecionalidad técnica para valorar si la oferta es anormalmente baja, lo que encuentra su fundamento en la presumible imparcialidad de sus técnicos, especialización de sus conocimientos, e intervención directa en el procedimiento de selección, de forma que solamente en los supuestos en que sea evidente la existencia de error en la valoración efectuada por el órgano de contratación es posible sustituir la decisión adoptada.

El hecho de que una oferta incluya valores anormales o desproporcionados no implica, pues, su exclusión automática de la licitación, sino la necesidad de conferir trámite de audiencia al contratista para que justifique la viabilidad económica de la proposición y de recabar los asesoramientos técnicos procedentes, correspondiendo la decisión sobre la aceptación o no de la justificación de la viabilidad al órgano de contratación, atendiendo a los elementos de la proposición y a las concretas circunstancias de la empresa licitadora, y valorando las alegaciones del contratista y los informes técnicos emitidos, ninguno de los cuales tienen carácter vinculante, si bien, en caso de exclusión, es exigible que se fundamenten los motivos que justifiquen tal exclusión mediante una resolución *“reforzada”*, mientras, por el contrario, en caso de conformidad, no se requiere que se expliciten de manera exhaustiva los motivos de aceptación.

En este sentido se manifiestan las Directivas sobre contratación pública, concluyéndose que la exclusión de una oferta es una medida extrema que requiere de fundamentación suficiente, si bien tal fundamentación no ha de tener ese carácter exhaustivo cuando lo que se concluye es su viabilidad. La Directiva sobre contratación pública (Directiva

2014/24/UE, de 26 de febrero), en su artículo 69.3, *“el poder adjudicador evaluará la información proporcionada consultando al licitador. Solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos...”*, y en el mismo sentido el artículo 84.3 de la Directiva de sectores excluidos (Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero), al establecer que *“la entidad adjudicadora evaluará la información proporcionada consultando al licitador. Solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos, teniendo en cuenta los elementos mencionados en el apartado 2”*. En esta línea, se pronuncia igualmente el Tribunal Central en la Resolución 832/2014, de 7 de noviembre de 2014, o la nº 559/2014 de fecha 22 de julio, considerando que *“ (...) esto no implica, ni quiere decir, que aquellos otros casos en los que se considere que el licitador ha dado razones suficientes para considerar que la oferta es viable a pesar de su apariencia de anormalidad o desproporción, se deba aducir necesariamente una motivación distinta de la ya expuesta en su escrito por el licitador. Siendo ésta suficiente, nada exige que el asesor técnico verifique no sólo la realidad de lo alegado sino también, si entiende justificada que la proposición no incurre en anormalidad que la haga inviable, recoja en el informe sus propias razones motivando el porqué de la razón que asiste al interesado”*. En el mismo sentido, Resoluciones 867/2014, 1162/2017, de 12 de diciembre, 207/2018, de 2 de marzo, o 389/2018, de 23 de abril.

Este Tribunal acoge en diversas Resoluciones (Resoluciones 19/2019, 22/2019, 48/2019, 51/2019 y 52/2019, 5/2020, 13/2020, 16/2020, 18/2020, 21/2020, 22/2020, 25/2020 y 33/2020, 1/2022, 3/2022 o 4/2022) la consolidada doctrina sobre la discrecionalidad técnica de la Administración, reiteradamente sostenida tanto por los órganos de resolución de recursos en materia de contratación como por nuestro Tribunal Supremo, y que se resume en que tratándose de cuestiones que se evalúan o enjuician aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos.

El análisis del Tribunal sobre la valoración técnica de los criterios de adjudicación de esta naturaleza debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración tales como las normas de competencia y procedimiento, la no aplicación de criterios de arbitrariedad o discriminatorios y el respeto a los principios de la contratación, verificando que, no existiendo un error material, la valoración se ajusta a los cánones de la discrecionalidad técnica y existe motivación adecuada y suficiente. Ello, teniendo, además, en cuenta, la presunción de acierto y veracidad de los informes técnicos municipales, por la cualificación técnica de quienes los emiten, entendiéndose que sólo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o se han dictado en clara discriminación de los licitadores (TACRC 618/2016, 52/2015, 177/2014, 788/2017, Navarra 23/2017, Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2009 (RJ 2010/324), Sentencia de 7 de julio de 2011 (recurso de casación nº 4270/2009), Sentencia de 18 de julio de 2006 (recurso de casación nº 693/2004).

La motivación se vuelve, así, trascendental y como señala la STS de 13 de julio de 1984: *«lo discrecional se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso, mientras que lo arbitrario, o no tiene motivación respetable sino pura y simplemente la conocida como sit pro ratione voluntas, o la que ofrece lo es tal que escudriñando en su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación su carácter realmente indefendible y su inautenticidad. Por ello el primer criterio de deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario es la motivación, porque si no hay motivación que la sostenga el único apoyo de la decisión será la voluntad de quien la adopte”*.

En el caso que nos ocupa, el informe técnico que valora la justificación de la oferta presentada por la adjudicataria, suscrito por cuatro personas, pertenecientes respectivamente a la CEMS, EMASESA, LIPASAM y TUSSAM, señala que TRATAMIENTOS AGRÍCOLAS BRENES:

“Presenta en su escrito detalle del presupuesto licitado justificando partida por partida.

- Personal: los cálculos se realizan en base al convenio efectivo en la licitación, explicando que parte de la baja se debe a la jubilación de un operario con un elevado sueldo, que será sustituido por otro mas joven con menor coste salarial.
- Maquinaria: Presenta detalle por unidad, incluido el coste de amortización de la misma.
- Vehículos: Al igual que en el epígrafe anterior, se adjunta detalle de todos los vehículos, así como de los gastos de amortización pendientes
- Productos fitosanitarios: La empresa justifica su bajo precio al ser distribuidora oficial y directa de importantes firmas de casas de productos fitosanitarios y nutricionales, referencia en el mundo de los fitosanitarios así como en la agricultura ecológica, productos nutricionales, abonos, raticidas y artículos necesarios en la agricultura.
- Vertedero: Cuenta con maquinaria ya amortizada e instalaciones propias. El único coste es una instalación aledaña por 1.500€
- Combustible: El coste de combustible es reducido al ser la maquinaria 100% eléctrica
- Herramientas: detalle el coste unitario por empleado
- Vestuario: detalla las partidas por empleado, mejorando incluso lo recogido en convenio.
- EPIs: Explica detalle de gasto en EPI por categoría
- Seguros: Es un gasto fijo, incluyendo seguro de vehículos y RC
- Formación: coste unitario por curso y empleado
- Gastos generales Aplica un 3% de gastos generales
- Beneficio sobre gastos programados de 23.475€

Por todo ello, se considera que TRATAMIENTOS AGRÍCOLAS BRENES, justifica la desproporción o anomalía en la que ha incurrido su oferta.”

La Mesa de Contratación, en su sesión de 14/12/2022 conoce y asume el informe de los servicios técnicos, manifestando el Acta que “Los servicios técnicos, tras el análisis de la documentación aportada, concluyen con fecha 09/12/2022, que dicha documentación justifica la anomalía incurrida en el caso de las empresas TAB y AEMA, sin embargo considera que la empresa EMSA no justifica la anomalía incurrida, por lo que la mesa acuerda la admisión de las ofertas presentadas por TAB y AEMA, y la exclusión de la oferta presentada por EMSA, la notificación a EMSA de su exclusión, y la publicación del informe de los servicios técnicos en el perfil de contratante.”

La finalidad de la legislación de contratos, como ya decíamos, es que se siga un procedimiento contradictorio para evitar rechazar las ofertas con valores anormales o desproporcionados sin comprobar antes su viabilidad. No se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo. Y obviamente, tales argumentos o justificaciones deberán ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta.

En aplicación de dicha doctrina de la discrecionalidad técnica, únicamente cabe revisar las valoraciones técnicas efectuadas por la Administración en caso de que se acredite que dicha presunción de acierto debe desvirtuarse por error manifiesto, arbitrariedad o defecto grave del procedimiento, por ello, a la hora de dilucidar sobre si la decisión se ajusta o no a Derecho, este Tribunal ha de limitarse a constatar que la misma no incurre en manifiesto

error, es arbitraria o se ha adoptado prescindiendo del procedimiento legal para su adopción.

En nuestro caso, lo expuesto en el informe de 7 de diciembre de 2022 no resulta inverosímil o arbitrario, no acreditándose infracción o desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega.

En el caso que nos ocupa, la adjudicataria presenta escrito de justificación en el que adjunta *“PRESUPUESTO, detallado por partidas, que servirá de base para justificar nuestra Oferta Económica”*, desglosando, a lo largo de 15 páginas, *“cada partida para descomponer y obtener nuestros costes y poder dar explicación viable a la oferta entregada por nuestra empresa”*, resultando que los servicios técnicos y el órgano de contratación han considerado sus argumentos razonables y atendibles, estimando la viabilidad de la oferta.

En consecuencia, teniendo en cuenta, pues, las justificaciones y los informes aportados, puede concluirse que la valoración de los servicios técnicos, puede entenderse como razonable y suficiente, en lo que a este Tribunal corresponde enjuiciar, sin que se acredite ni se aprecie arbitrariedad o error en el ejercicio de la discrecionalidad técnica que a los órganos evaluadores corresponde.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este **TRIBUNAL**

RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación planteado por la mercantil ALVAC S.A., contra la Resolución de 18 de enero de 2023, por la que se adjudica el contrato de **“Servicios de jardinería para las sociedades mercantiles locales miembros de la “Corporación de Empresas Municipales de Sevilla, A.I.E.”**, Expte. CEMS 12/22, tramitado por la Corporación de Empresas Municipales de Sevilla.

SEGUNDO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

TERCERO.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

CUARTO.- 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 58.2 LCSP.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo 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.

LA TITULAR DEL TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES