

TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

RECURSO Nº.- 9/2019

RESOLUCIÓN Nº.- 9/2019

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

En Sevilla, 9 de abril de 2019.

Visto el recurso especial en materia de contratación del artículo 44 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, interpuesto por J.C.R.B., en nombre y representación de la entidad DOC 2001, S.L contra el acuerdo de la Mesa de Contratación del Instituto Municipal de Deportes del Ayuntamiento de Sevilla, en relación con el contrato de “Servicio de Actividades Deportivas en los Centros Deportivos Municipales de gestión directa del Instituto Municipal de Deportes del Ayuntamiento de Sevilla” (Expediente 2018/000647) tramitado por el Instituto Municipal de Deportes (en adelante IMD), este Tribunal adopta la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 5 de junio de 2018 se remite al DOUE anuncio de licitación del contrato de “Servicio de Actividades Deportivas en los Centros Deportivos Municipales de gestión directa del Instituto Municipal de Deportes del Ayuntamiento de Sevilla” (Expediente 2018/000647) tramitado por el IMD mediante procedimiento abierto, con un valor estimado de 17.391.425,89 €, publicándose éste en la Plataforma de Contratación del Sector Público, junto con los Pliegos y Anexos correspondientes, el día 8 de junio.

SEGUNDO.- Tras la oportuna publicación, se presentaron a los diversos lotes los licitadores que constan en la Diligencia de 12 de julio de 2018 del encargado del registro, concretamente y en lo que respecta a los Lotes 5 y 6, fueron, en concreto los siguientes:

A. **Lote 5:** «CAMPUSPORT, S.L.», «DOC 2001, S.L.», «CLECE, S.A.», «EULEN, S.A.» y «FERROVIAL SERVICIOS, S.A.»

B. **Lote 6:** «CAMPUSPORT, S.L.», «DOC 2001, S.L.», «SANTAGADEAGESTIÓN A., S.A.», «FERROVIAL SERVICIOS, S.A.», «EULEN, S.A.» y «CLECE, S.A.».

La Mesa de contratación del IMD, con fecha 29 de noviembre de 2018, propuso la adjudicación de todos los lotes, que fue acordada por el Consejo de Gobierno en su sesión extraordinaria de 18 de enero de 2019, sobre la cual se interpuso Recurso Especial en materia de contratación, resuelto por este Tribunal en fecha de 22 de febrero ordenando la retroacción del expediente «*al momento de valoración y cálculo*»

de las eventualidades anormalidades en que pudieran incurrir las ofertas presentadas», lo que determinó un nuevo cálculo.

Con fecha 27 de febrero, la Mesa de Contratación del IMD, acepta el nuevo informe técnico de valoración de ofertas, del que se deriva que *“solo 3 ofertas, las tres de la empresa «CAMPUSPORT, S.L.», incurrir en presunción de anormalidad (oferta de «administración y accesos» de 17,82% del Lote 5; y ofertas de «limpieza y mantenimiento» de 24,90% y «administración y accesos» de 29,96%, del lote 6), por lo que procedería respecto a ellas proceder en la forma prevista en el artículo 149 LCSP. No obstante, como ese requerimiento ya se practicó, y la empresa lo contestó por escritos presentados en fecha de 12 de noviembre de 2018, y, por último, el servicio técnico, en informe de 22 de noviembre del mismo año, entendió que las ofertas estaban debidamente justificadas, se estima la posibilidad de conservar esos trámites, según autoriza el artículo 51 de la Ley 39/2015, por lo que se está en situación de elevar la correspondiente propuesta de adjudicación del contrato”, acordando, en consecuencia, la conservación de los actos del trámite del artículo 149 de la LCSP en los términos que se expresan en su Acuerdo, para a continuación proponer la adjudicación de los diferentes lotes a las siguiente empresas:*

Lote 5.- CAMPUSPORT, SL

Lote 6.- CAMPUSPORT, SL

El acuerdo de la Mesa se traslada a los interesados el día 5 de marzo, constando su recepción por parte del recurrente ese mismo día.

El Consejo de Gobierno del IMD, en sesión celebrada el 7 de marzo, acuerda que en cumplimiento de la resolución de 22 de febrero de 2019 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Sevilla, que ordenaba la retroacción del expediente *«al momento de valoración y cálculo de las eventualidades anormalidades en que pudieran incurrir las ofertas presentadas»*, revocar el anterior Acuerdo de 19 de enero de 2019 que adjudicaba los diferentes lotes del contrato, y, conservar los trámites del incidente del artículo 149 de la LCSP respecto a las tres ofertas de *«CAMPUSPORT, S.L.»* que incurrían en presunción de anormalidad, y clasifica las ofertas por orden descendiente, con el siguiente resultado respecto a los lotes 5 y 6:

LOTE 5:

- 1 CAMPUSPORT, S.L. 96,00
- 2 DOC 2001, S.L. 91,87
- 3 CLECE,S.A. 49,71
- 4 EULEN,S.A 44,48
- 5 FERROVIAL SERVICIOS, S.A. 33,24

LOTE 6:

- 1 CAMPUSPORT 93,59
- 2 DOC 2001, S.L. 79,47
- 3 SANTAGADEA GESTIÓN A., S.A. 69,86
- 4 FERROVIAL SERVICIOS, S.A. 69,84
- 5 EULEN,S.A 63,79
- 6 CLECE,S.A. 49,97

En el citado acuerdo, finalmente, se propone la adjudicación de los lotes a:

LOTE 5: CAMPUSPORT, S.L. (CIF. B41814153) en la cantidad de 890.528,98 € (IVA EXCLUÍDO), Importe 21% IVA 187.011,09 €, TOTAL IVA INCLUIDO 1.077.540,07 €. Con los porcentajes de mejora incluidos en su oferta (*% Baja actividades deportivas*):

9,03%; %, *Baja limpieza y mantenimiento: 15,71%; % Administración y accesos: 17,82% y Oferta de la bolsa de reparaciones: 11.745,00 €*

LOTE 6: CAMPUSPORT, S.L. (CIF. B41814153) en la cantidad de 915.059,84 € (IVA EXCLUIDO), Importe 21% IVA 192.162,57 €, TOTAL IVA INCLUIDO 1.107.222,41 €. Con los porcentajes de mejora incluidos en su oferta (*% Baja actividades deportivas: 14,86%; % Baja limpieza y mantenimiento: 24,90%; % Administración y accesos: 29,96% y Oferta de la bolsa de reparaciones: 11.745,00 €.*

El citado Acuerdo se publica en la Plataforma de Contratación, notificándose a los interesados, constando su recepción por el recurrente con fecha 11 de marzo del presente.

TERCERO.- Con fecha 22 de marzo de 2019, la mercantil «DOC 2001, S.L.» interpone, en el registro del IMD, recurso especial en materia de contratación contra el Acuerdo de la Mesa de Contratación de fecha 27 de febrero, respecto a la adjudicación de los lotes 5 y 6 del expediente de contratación del «*Servicio de Actividades Deportivas en los Centros Deportivos Municipales de gestión directa del Instituto Municipal de Deportes del Ayuntamiento de Sevilla (Expt.- 2018/000647)*», por entender contraria a derecho la aceptación de la justificación de la oferta efectuada por CAMPUSPORT.

Teniendo conocimiento de la interposición del recurso en el Registro del IMD, por parte de este Tribunal se solicita el envío de copia del expediente, acompañado del preceptivo informe, con fecha 25 de abril.

Consta en la documentación remitida, la notificación a los licitadores, el 26 de marzo, de la interposición del recurso, dando oportuno trámite de alegaciones, constando en el expediente remitido el acuse de su recepción por parte de Ferrovial y AOSSA, pero no la del resto de interesados, entre ellos CAMPUSPORT.

Con fecha 3 de abril se reciben las alegaciones efectuadas por la mercantil CAMPUSPORT, habiéndose remitido éstas al IMD el día anterior, en las que se manifiesta, de forma detallada, sobre las diferentes alegaciones efectuadas por la recurrente, defendiendo la procedencia de la desestimación de las mismas.

Con fecha 5 de abril se recibe en este Tribunal informe del IMD en relación al recurso de referencia, acompañado de documentación relativa al expediente.

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 sus normas de funcionamiento, aprobadas por la Junta de Gobierno el 6 de julio de 2018.

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 legitimidad**, de conformidad con el art. 48 de la LCSP, la recurrente, se encuentra legitimada.

En cuanto al **plazo de interposición**, el art. 50 de la LCSP, establece que el plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación es de 15 días hábiles, considerándose presentado en plazo.

En relación 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 del TRLCSP 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.

Nos encontramos ante un contrato de servicios con un valor estimado que supera los umbrales establecidos, respecto del cual, conforme al transcrito art. 44.1, y el 44.2, se concluye la posibilidad de recurrir el acto de la Mesa, por el que se acuerda y propone la admisión, y la consecuente adjudicación, a una oferta, cuya anormalidad no se considera justificada por parte de la recurrente.

En efecto, no es el acuerdo de adjudicación el objeto del recurso, la recurrente se refiere en todo momento al Acuerdo de la Mesa, argumentando en contra de la justificación de la anormalidad, por lo que hemos de entender que es la admisión de la oferta incurso, en principio, en anormalidad, lo que se impugna, de hecho el recurrente se ampara en lo dispuesto en el art. 44.2. b).

TERCERO.- E escrito de interposición del recurso viene a plantear la improcedencia de la propuesta, por entender que las ofertas de CAMPUSPORT debieron ser excluidas, y ello básicamente por una razón: no justificación de la baja anormal.

Con carácter previo al análisis de las alegaciones, y a la vista de algunas de las consideraciones efectuadas por el recurrente, este Tribunal quiere aclarar y poner de manifiesto, que el argumento básico de nuestra Resolución de 22 de Febrero aludida, fue la constatación de un error en el cálculo de las anomalías de las ofertas, que se efectuó no en valores absolutos, sino en porcentajes, circunstancia que determinó, a nuestro juicio, la necesidad de depurar oportunamente el expediente, resolviendo, en consecuencia, la retroacción de actuaciones al momento de la valoración y cálculo de las eventuales anomalías en que pudieran incurrir las ofertas presentadas, no procediendo en ningún momento a entrar en la consideración del resto de las alegaciones efectuadas por las partes.

El escrito de recurso, pone de manifiesto las siguientes cuestiones:

1.- En cuanto a los Lotes 5 y 6, entiende el recurrente que la empresa CAMPUSPORT no ha procedido a justificar los precios de forma unitaria, lo cual contraviene lo establecido en el Pliego, pretendiendo hacer una justificación general, cuando a cada tipo de actividad se le asignan un número de horas que puede variar. Considera la recurrente que cada tipo de servicio se tiene que justificar su baja anormal o temeraria con horas que le corresponden y no en la globalidad del servicio.

Para responder a esta cuestión, el centro gestor, manifiesta en su informe que en el punto 5 del Anexo I de los PCAP que rigen la licitación se establece de manera clara e inequívoca los documentos a aportar por los licitadores para justificar una oferta anormal o desproporcionada, sin que en ningún caso se establezca la obligatoriedad de justificar la temeridad como pretende la recurrente. En concreto los documentos que pueden presentar los licitadores son los siguientes:

“X Documentación justificativa del cálculo del coste del personal adscrito al contrato que garantice que la oferta cubre los salarios fijados en el convenio colectivo sectorial de aplicación.

X Documentación justificativa del ahorro que cubra el porcentaje de baja por el que la oferta ha incurrido en anormalidad.

X Condiciones especialmente favorables de que disponga para ejecutar las prestaciones incluidas en el contrato.

X Cualquier otra evidencia documental acreditativa de la viabilidad de la oferta.”

Se argumenta, así pues, que los Pliegos no exigen, como alega el recurrente, que se justifiquen los precios de forma unitaria, tal y como concluye, asimismo la responsable del contrato en el informe de fecha 3 de abril de 2019, *“...Que la justificación de la viabilidad del contrato ha de venir determinada por el presupuesto base de licitación sin IVA, sobre el que las diferentes empresas licitadoras imputarán la totalidad de sus costes directos e indirectos, referidos fundamentalmente al cumplimiento de las prestaciones objeto del contrato. Esto supone que las empresas licitadoras no están obligadas a justificar exhaustivamente cada uno de los componentes (precios/hora de los diferentes servicios objetos del contrato) de la oferta económica incurso en anormalidad o desproporcionada, sino que tratarán de argumentar de modo que*

permita al órgano de contratación llegar a la convicción de que el contrato en su conjunto se puede llevar a cabo”.

2.- El recurrente alega que en el lote 6 no se puede justificar una baja temeraria en la cual dos tipos de horas de servicio van por debajo del convenio colectivo de aplicación incluso sin incluir gastos de obligado cumplimiento. En dos de los 3 precios de categorías (Servicio accesos y administración y servicio mantenimiento y limpieza) dichos costes son superiores a los precios ofertados. Se considera que Campusport S.L. incurre en varios errores en la justificación de la viabilidad del Lote 6 en concreto en la consideración de que el personal de actividades está en la categoría 4.1 y realmente es la categoría 3.2 y plasma unos ingresos por mantenimiento de sala de musculación de 6.118 euros siendo el precio de la mejora de 11.745 euros por máquina.

3.- CAMPUSPORT S.L. obtendría un beneficio en el Lote 6 del 2% en los cálculos realizados, cantidad con la que tendría que afrontar los gastos estructurales y beneficio.

En relación a estas cuestiones, señala el centro gestor que se comparten los argumentos del informe de la Jefa de Sección de Instalaciones de fecha 03/04/2019, el cual efectúa las siguientes consideraciones:

.- En el Capítulo VI “Clasificación del Personal”, Artículo 40 “Grupos Profesionales” del IV CONVENIO COLECTIVO ESTATAL DE INSTALACIONES DEPORTIVAS Y GIMNASIOS, establece:

• Que pertenecen al grupo 3.2, los monitores multidisciplinares. “Se entiende como tal el trabajador que imparte más de una disciplina o actividad dirigida diferentes, independientemente de la instalación o medio donde se imparta, incluyendo los socorristas y/o monitores de sala, que también impartan otra disciplina o actividad dirigida.”

• Que pertenecen al grupo 4.1, “...oficial de 2ª de mantenimiento de instalaciones, oficial administrativo 2ª, recepcionista, taquillero, socorrista, monitor unidisciplinar, dependiente tienda propia dentro de las instalaciones deportivas, encargado de limpieza.”

.- En la justificación económica financiera aportada por la mercantil CAMPUSPORT, S.L. con relación a la oferta presentada, para los lotes V y VI, se hace constar:

.- Que el convenio de aplicación durante el desarrollo del contrato será el “IV Convenio Colectivo Estatal de Instalaciones deportivas y Gimnasios” (Código de convenio 99015105012005), aportando información sobre los diferentes conceptos tenidos en cuenta en la masa salarial de los trabajadores afectos al contrato.

.- Que con relación a la categoría laboral de los trabajadores afectos al servicio:

• En el Lote V, diferencian entre personal a subrogar, sustituciones del personal a subrogar y nuevas contrataciones.

En todos ellos, se aplica un precio/hora conforme a la información publicada en los pliegos (personal a subrogar) y convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios en vigor.

• En el Lote VI, al no existir relación de personal a subrogar, el cálculo de costes ha sido realizado según convenio, en todos sus apartados, incluido categoría laboral.

El citado informe concluye, en consecuencia, que:

“1. Que la justificación económica presentada por la mercantil CAMPUSPORT S.L. contempla, conforme a lo establecido en el PCAP, en su apartado “ingresos”, el importe íntegro del presupuesto base de licitación sin IVA, no pudiéndose considerar su justificación como insuficiente o inadecuada por la omisión o error de elementos de escasa entidad en relación a la totalidad del importe.

Concretamente, nos referidos a la inclusión errónea, por la empresa CAMPUSPORT S.L., de los ingresos derivados por el Mantenimiento de la Salas de Musculación, los cuales no cobrarían como consecuencia directa de su oferta y que asciende a un total de 5.953,71€, lo que equivale a un 0,0068% del presupuesto base de licitación sin IVA.

2. Que como consecuencia directa de lo expuesto en el párrafo anterior, el nº de horas previsible de prestación de los diferentes servicios, será como mínimo, el establecido en el Pliego de Prescripciones Técnicas para los diferentes lotes, con su importe económico equivalente. Si bien, al ser el presupuesto de licitación coincidente con el de adjudicación, la oferta presentada por la mercantil CAMPUSPORT S.L., provocará un aumento en el número de horas de servicio que tendrán que ejecutarse durante la vigencia del contrato. Con ello, la mercantil CAMPUSPORT S.L., obtendrá un menor beneficio por hora de servicio ejecutado pero dispondrá de un mayor volumen de horas de servicio.

3. Que con respecto a los precios hora ofertado por la mercantil CAMPUSPORT S.L. en el LOTE VI, y con objeto de mantener una visión global sobre la viabilidad de su oferta, estos deben ser valorados en relación con la viabilidad del proyecto en su conjunto y no de forma aislada. En este sentido, se adjunta cuadro comparativo entre la oferta presentada, los precios horas establecidos por convenio y categorías laborales implicadas en los diferentes servicios objeto de contrato.”

Finalmente se remite al informe emitido con fecha 22 de noviembre de 2018, donde se informaba que conforme a los informes justificativos aportados por la empresa CAMPUSPORT S.L., con fecha 12 de noviembre de 2018, para los lotes V y VI, se respetaban las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes, siempre según convenio, así como los costes asociados a la correcta ejecución del contrato.

4.- El hecho sobrevenido de la subida del SMI que supone un incremento de un 22,3% que no podrá ser soportado por la empresa CAMPUSPORT S.L.

Sobre esta cuestión, argumenta el centro gestor que *“El hecho sobrevenido de la subida del SMI aprobado por el Real Decreto Legislativo 1462/2018, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el salario mínimo interprofesional (SMI) para 2019, elevó éste de 735,9€ (24,3€/día) a 900€ (30€/día), lo que supone un incremento de un 22,3%, con la consiguiente revisión de la cotización de a la Seguridad Social, afecta por igual a todas las ofertas presentadas en esta licitación y no sólo a la oferta de Campusport S.L.”*, trayendo a colación el informe emitido por la abogacía del Estado de fecha 1 de febrero de 2019, y lo que concluye la doctrina al respecto: *” Aunque el informe de la Abogacía del Estado, no lo dice expresamente, se deduce que el incremento de costes en los contratos que pueda suponer la subida del SMI, ha de ser asumida por los contratistas dentro del «riesgo y ventura» general a todos los contratos. Si no puede absorber esos costes o incumple las obligaciones contractuales, se debería resolver el contrato por causa imputable al contratista, con los efectos que ello tiene de acuerdo con lo previsto en la LCSP.”*, concluyendo que *“además de afectar esta subida del SMI a todas las oferta presentadas y ser una “causa sobrevenida” ya que surge con posterioridad a la presentación de las mismas no podemos pretender ni exigir a la adjudicataria que justifique este extremo, la LCSP*

exige que los precios que se oferten por los licitadores se adjunten a los precios del mercado en el momento de aprobación de los pliegos, y tal como concluye la doctrina en el devenir del contrato, el empresario valorará si le interesa desistir o puede solucionar el problema sin incumplir sus obligaciones contractuales” y reiterando que de los dos informes técnicos emitidos y que constan el expediente se deduce que las ofertas presentadas por CAMPUSPORT S.L. son viables y pueden ser cumplidas por el licitador, quedando por tanto justificadas las ofertas.

CUARTO.- Es doctrina reiterada del TACRC la que sostiene, que 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, y, en consecuencia, la apreciación 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”* (Resolución 257/2016, de 8 de abril de 2016, Resolución 106/2016). En este sentido, no se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, ni resulta necesario que por parte del licitador se proceda al desglose 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 (Resoluciones nº 269/2015, de 22 de mayo, nº 465/2015, de 23 de marzo de 2015, nº 290/2016, de 22 de abril de 2016, nº 425/2016, de 10 de junio de 2016, 17/2016, de 15 de enero, entre otras), debiendo tales argumentos o justificaciones ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta (Resoluciones 1061/2015, de 20 de noviembre, 86/2016, de 5 de febrero, 149/2016, de 19 de febrero ,559/2014 y 662/2014).

A la vista de dicha documentación, el rechazo de la oferta exige de una resolución “reforzada” que desmonte las justificaciones del licitador, señalándose, además, que en la revisión de la decisión del órgano de contratación en estos casos no opera la doctrina de la “discrecionalidad técnica”, pues no se trata de acreditar el cumplimiento de la oferta, fase procedimental ya superada, sino de razonar porqué la misma es seria y viable (Resoluciones nº 82/2015, 328/17).

Como señala el citado Tribunal en su Resolución nº 1152/2015, de 18 de diciembre: *“Desde esta perspectiva, una vez determinada, de conformidad con los pliegos que rigen el contrato, que una oferta económica resulta anormal o desproporcionada, el órgano de contratación requerirá al licitador que la justifique y, una vez presentada esa justificación, el examen deberá centrarse en la viabilidad de la oferta económica, analizando las partidas que puedan determinar si cabe que la misma sea razonablemente cumplida por el oferente, o no, sin referencia, lógicamente, a aspectos técnicos de la oferta, los cuales, por hipótesis, se han examinado en trámites previos. Pues bien, en lo que a ese examen se refiere, éste sólo puede tener alcance limitado, en los términos expuestos de esa viabilidad o posibilidad de cumplimiento del contrato desde la perspectiva de la oferta realizada por cada licitador, incurso en esa desproporcionalidad, pero no cabe extender, al menos como principio, ese análisis a aquellas partidas que, como ocurre con los gastos generales o el beneficio industrial, quedan al arbitrio del licitador o empresario quien los puede incluir en el porcentaje que estime pertinente, sin que los pliegos, o menos las reglas de contratación determinen fórmula o porcentajes para la determinación o inclusión de tales partidas económicas. En suma, ese examen que corresponde efectuar al órgano de contratación deberá limitarse a la consideración de entender o no justificada la oferta de forma suficiente con la aportación explicativa o documental que realice el empresario. Entrando en el caso que nos ocupa, el licitador recurrente, presentó, en el*

trámite que analizamos, una memoria o justificación pormenorizada, centrando su explicación en los aspectos que afectaban a las partidas que considera principales, esto es medios materiales y personales, y fijando las que se corresponden con gastos generales y beneficio industrial, y ello se efectúa en un documento inteligible y completo, desde la perspectiva de este Tribunal, para alcanzar el fin perseguido por el trámite legalmente establecido, conteniendo a tales efectos una explicación o justificación suficiente de la oferta económica y de la baja efectuada, con lo que debemos entender suficiente esta explicación para que el licitador y el propio órgano de contratación obtengan satisfacción en sus legítimos intereses, continuar en el procedimiento, el primero, y obtener una explicación suficiente de la viabilidad de la oferta, el segundo. Dicho esto, lo que no cabe de manera alguna, es que obtenida una explicación razonable o suficiente por el órgano de contratación, este trate de considerar inviable la oferta económica, mediante la discusión de partidas que en nada afectan a esa posibilidad de cumplimiento de la misma, como ocurre cuando lo que se discute son las partidas de gastos corrientes, que en principio, se trata de gastos propios del empresario, o costes del mismo, derivados, directa o indirectamente del contrato desarrollado y, en general, de difícil individualización, y en todo caso, de determinación libre para el licitador, o, como ocurre también con el propio beneficio industrial que se incluye por el empresario licitador en la cuantía que se estime adecuada pero sin que en principio se atisben reglas que exijan que los mismos se adecúan a una cuantía o proporción específica en el contrato.”

En esta línea, la resolución 328/17, trayendo a colación la número nº 17/2016, incide en la consideración de la oferta en su totalidad, destacando que *“Así las cosas, y teniendo siempre presente que en el ámbito que nos ocupa no se trata de examinar la corrección en el cálculo de una o varias partidas de la oferta, sino de apreciar si la misma, en su conjunto, resulta económicamente viable, para lo que debe servir de pauta de comprobación el porcentaje de baja respecto del presupuesto de licitación así como la mayor o menor desproporción de la oferta económica presuntamente temeraria respecto del resto de las admitidas”*

En consonancia con ello, la doctrina de este Tribunal se recoge en nuestra Resolución 22/2018, en la que, con mención expresa a diversas Resoluciones del Tribunal Administrativo Central sobre la justificación de la viabilidad de las ofertas económicas incursas en presunción de anormalidad,(Resoluciones números 276/2011, de 16 de noviembre, 298/2011, de 7 de diciembre, 280/2012, de 5 de diciembre, 284/2012, de 14 de diciembre, Resolución 42/2013, de 23 de enero, 142/2013, 202/2013, de 29 de mayo, 508/2013, de 14 de noviembre, 559/2014, de 22 de julio, 826/2014, de 31 de octubre, 832/2014, de 7 de noviembre, 225/2015, de 6 de marzo de 2015 y 297/2015 de 30 de marzo, 374/2015, 180/2017...), considerábamos que *“El hecho de que una oferta incluya valores anormales o desproporcionados no implica 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”* y que *“la decisión sobre la aceptación o no de “la justificación de la viabilidad de las ofertas incursas en valores anormales o desproporcionados corresponde 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 de una oferta incursa en presunción de temeridad 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 el mismo 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.

En el análisis de la justificación de la oferta económica es, además, reiterada la doctrina que relaciona la justificación presentada con el contenido del requerimiento efectuado (Resolución nº 180/2017), esto es: *“la suficiencia de la información aportada por el licitador ha de ser enjuiciada a la vista de la concreta información solicitada por el órgano de contratación, de tal modo que si el órgano de contratación considera imprescindible que se justifique un determinado aspecto de la oferta necesariamente lo ha de indicar en su requerimiento”*, así como que la obtención de un beneficio inferior al habitual no implica automáticamente la temeridad de la oferta presentada sino que a lo que ha de atenderse es a si las condiciones económicas ofertadas comprometen la viabilidad del contrato, considerando si , dadas las condiciones de la licitadora, es viable ó no que pueda ejecutar el contrato con la oferta presentada. En este sentido se manifiestan las Resoluciones nº 379/2014 y 843/2015, manifestando que *“no vulnera las normas sobre temeridad el que se adjudique el contrato a una empresa que va a ejecutarlo disminuyendo sus beneficios por debajo de lo que sería esperable o incluso a pérdidas o porque pueden existir muchas y muy diferentes motivaciones para ejecutar el contrato en esas condiciones”*. La Resolución 80/2016, plantea incluso que *“(…) no vulnera las normas sobre temeridad el que se adjudique el contrato a una empresa que va a ejecutarlo disminuyendo sus beneficios por debajo de lo que sería esperable o incluso a pérdidas o porque pueden existir muchas y muy diferentes motivaciones para ejecutar el contrato en esas condiciones”*, añadiendo que *“las normas sobre temeridad no imponen de manera absoluta la necesidad de valorar la congruencia económica de la oferta en sí misma, sino si es viable que la empresa licitadora la ejecute”*, punto en el que *“cobran especial importancia las condiciones de la propia empresa licitadora”*.

A la vista de lo expuesto, hemos de concluir que efectivamente, es el órgano de Contratación quien, considerando la justificación efectuada y los informes, ha de estimar si la oferta puede o no ser cumplida, si bien ni las alegaciones ni los informes tienen carácter vinculante para el órgano de contratación que debe sopesar adecuadamente ambos y adoptar su decisión en base a ellos, debiendo tal apreciación, ser consecuencia de una valoración de los diversos elementos

concurrentes y de las características de la empresa licitadora, debiendo, en caso de rechazo, justificar adecuada y motivadamente su decisión.

En el caso que nos ocupa, resulta que la empresa justifica la viabilidad económica de su oferta con base en una serie de argumentos que cabe considerar objetivamente razonables y atendibles, el órgano de contratación a la vista de éstos y los informes técnicos emitidos, la considera viable, constando, además, que la desviación en cuanto a la media, a los propios umbrales de anormalidad y a la propia oferta realizada por el recurrente, tanto en su totalidad como en los servicios concretos, no es elevada (Lote V Administración y Acceso.- Oferta CAMPUSPORT 9,5102 €, ANORMALIDAD.- 9,603 €, Oferta recurrente.- 9,8007 €. Lote VI, Limpieza y mantenimiento.- Oferta CAMPUSPORT 9,1500 €, ANORMALIDAD.- 9,46 €, Oferta recurrente.- 10,3002 €. Administración y Acceso.- Oferta CAMPUSPORT 8,1053 €, ANORMALIDAD.- 9,13 €, Oferta recurrente.- 10,0009 €)

Teniendo en cuenta, pues, las justificaciones y los informes aportados, puede concluirse que, conforme a lo dispuesto en el art. 149 de la LCSP, los Pliegos que rigen la licitación y la doctrina consolidada al efecto, las condiciones alegadas por la licitadora inicialmente incurso en anormalidad, pueden entenderse razonables y suficientes para justificar la oferta, por lo que la admisión a licitación por parte de la Mesa de Contratación se estima ajustada a derecho.

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

RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por J.C.R.B., en nombre y representación de la entidad DOC 2001, S.L contra el acuerdo de la Mesa de Contratación del Instituto Municipal de Deportes del Ayuntamiento de Sevilla, en relación con el contrato de "Servicio de Actividades Deportivas en los Centros Deportivos Municipales de gestión directa del Instituto Municipal de Deportes del Ayuntamiento de Sevilla" (Expediente 2018/000647) tramitado por el Instituto Municipal de Deportes.

SEGUNDO.- Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58 de la 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.