



ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

**SENTENCIA Nº 76 /2023**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA**

**RECURSO Nº 948/2021**

ILUSTRÍSIMOS/A SEÑORES/A:  
PRESIDENTE  
D. FERNANDO DE LA TORRE DEZA  
MAGISTRADO/A/O  
Dª MARÍA ROSARIO CARDENAL GÓMEZ  
D. SANTIAGO MACHO MACHO

Sección Funcional 2ª

En la Ciudad de Málaga, a 18 de enero de 2023

Esta Sala ha visto el presente el recurso contencioso-administrativo número 948/2021, interpuesto por el Procurador Sr. Duarte Diéguez, nombre de SACROG 85, S.L., asistida por el Letrado Sr. Gómez Lozano, frente a resolución del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DEL AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, representado y defendido por Letrado de la Asesoría Jurídica Municipal.

Interviene como parte interesada SEÑALIZACIONES JICA ANDALUZA, S.L., representada por el Procurador Sr. Coto Domínguez y asistida por el Letrado Sr. Gómez González.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Santiago Macho Macho, quien expresa el parecer de la Sala.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el reseñado en la encabezamiento fue presentado escrito el 2/12/2021 en esta Sala interponiendo recurso contencioso-administrativo contra la resolución 37/2021 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga de 21 de octubre de 2021.

**SEGUNDO.-** El recurso es admitido en Decreto de 13/12/21 que también acuerda su tramitación conforme a lo dispuesto en el capítulo I del título I de la Ley 29/1.998.

Seguido el curso de los autos es sustanciada demanda con escrito recibido el 28/03/22, donde es expuesto cuanto es tenido por oportuno para pedir Sentencia por la que se declare la nulidad de pleno Derecho y tan solo subsidiariamente la anulabilidad y anule y deje sin efecto el acuerdo de exclusión, con retroacción del procedimiento de licitación al momento inmediatamente anterior a la exclusión de mi mandante, para que, con inclusión de la oferta presentada por mi mandante, y dando por válida la justificación de la baja, se dicte nueva Resolución por la que, tras la clasificación de las ofertas, se requiera a mi mandante para presentar la documentación previa adjudicación, por ser la oferta económicamente más ventajosa.

Subsidiariamente para el caso en que, por haber finalizado el contrato licitado, una eventual Sentencia estimatoria fuese inejecutable, se conceda a mi representada una indemnización por equivalente, a determinar en el posterior incidente de ejecución de Sentencia.





ADMINISTRACIÓN  
DE

Todo ello con expresa condena en costas a la contraparte.

Dado traslado a la Administración para contestar a la demanda, fue realizada mediante escrito de 13/05/22, donde expone cuanto considera oportuno para pedir sentencia por la que desestime el recurso, declarando no haber lugar a lo pedido.

Dado traslado a la parte interesada para contestar a la demanda, presenta escrito de 17/07/22, donde expone cuanto considera oportuno para pedir sentencia por la que desestime el recurso declarando no haber lugar a lo pedido.

**TERCERO.-** En Decreto de 21/06/22 es fijada la cuantía del recurso en indeterminada.

En auto de 23/06/22 es recibido el pleito a prueba, admitidas y tenidas por practicadas la pruebas que en el mismo constan, y acordado pasar los autos a conclusiones, presentadas por la parte recurrente a 18/07/22, por la Administración recurrida a 18/08/22, y por la parte interesada a 6/09/22.

Con Diligencia de 12/09/22 los autos quedaron pendientes de señalamiento para deliberación votación y fallo, acto que tuvo lugar el pasado día once.

**CUARTO.-** En la tramitación de este procedimiento se han observado las exigencias legales, con la demora derivada de la acumulación de asuntos.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

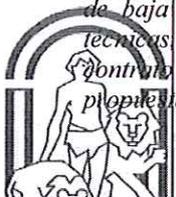
**PRIMERO.-** Objeto del recurso presente es determinar si se ajustan a derecho la Resolución 37/2021 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga de 21 de octubre de 2021 que acuerda desestimar el Recurso Administrativo Especial en materia de contratación contra la Resolución de 12 de agosto de 2021 de la Directora General del Área de Contratación y Compras del Ayuntamiento de Málaga, que acepta la propuesta de la Mesa de contratación de excluir a la ahora recurrente del procedimiento de licitación del contrato de "Servicios destinado a la conservación y mantenimiento de los colegios y edificios municipales, dividido en once lotes "Expt. 141/2020".

**SEGUNDO.-**La parte recurrente expone, en síntesis:

- Sin perjuicio del reseñado acto administrativo, que formalmente constituye el objeto de la presente demanda, conviene hacer una sucinta relación de antecedentes. Así:

i) Con fecha 27 de julio de 2018, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento Málaga -en ejercicio de las competencias que tenía atribuidas en materia de contratación por la disposición Adicional Segunda del Real Decreto Legislativo 3/2011, Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, entonces vigente-, a la vista de la propuesta del Teniente de Alcalde-Delegado del Área de Economía y Hacienda, previo Acuerdo de la Mesa de Contratación de 18 de junio de 2018, fundamentado en el Informe Técnico emitido por el Coordinador de Distritos Municipales de 15 de junio anterior, adoptó el siguiente Acuerdo -documento unido no 1, pág 42 de 44, punto 9º-:

*"9º.- Adjudicar la contratación del SERVICIO DE RENOVACIÓN DE EQUIP AMIENTOS PÚBLICOS. DIVIDIDO EN ONCE LOTES. LOTE 7: DISTRITO CARRETERA DE CÁDIZ. EXPEDIENTE. 30/18, a la entidad Sacrog 85, S.L., con CIF: B93122430, en la cantidad de 456.658,10€, 21% de IVA incluido, cifra igual al tipo de licitación, aplicándose el porcentaje único de baja ofertada del 49,76%, a los precios contenidos en el Anexo al pliego de condiciones técnicas y un plazo de ejecución contado a partir del día hábil siguiente al de la formalización del contrato en documento administrativo y hasta el 31 de diciembre de 2019, de conformidad con la propuesta efectuada por la Mesa de Contratación anteriormente transcrita."*





ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

ii) La referida adjudicación, a una oferta presuntamente en baja desproporcionada, ex. art. 85 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, al estar por debajo de 10 unidades porcentuales de la media aritmética de la ofertas presentadas en ese lote -documento unido n.o 1, pag. 9 de 44, último párrafo- viene precedida del requerimiento del Servicio de Coordinación de Distritos del Ayuntamiento a SACROG 85, S.L. -efectuado con fecha 11 de mayo de 2018-, a los efectos de que formulase las oportunas aclaraciones acerca de su oferta.

iii) Con fecha 17 de mayo siguiente, mi representada cumplimenta el requerimiento, que se estructura con arreglo al siguiente esquema- documento unido no 1, página 15 de 44-:

*“Con fecha 17 de mayo, la empresa Sacrog 85, S.L., presenta en esta Coordinación de Distritos documentación justificativa de su oferta, que se estructura de la siguiente forma:*

*1. Antecedentes*

*2. Descripción del Servicio: originalidad de las soluciones propuestas.*

*Soluciones Técnicas adoptadas*

*3. Justificación económica del Servicio*

*4. Condiciones favorables en la ejecución del contrato*

*5. Respeto de las condiciones de protección del empleo y a las disposiciones relativas a las condiciones de trabajo vigentes en el lugar de ejecución del contrato*

*7. Ayuda del Estado*

*8. Solvencia de la empresa*

*9. Conclusiones*

*10. Anexos”*

iv) Analizada por el Área de Coordinación de Distritos la justificación de la oferta, -documento unido no 1, pág. 15 a 20- el órgano requirente formula un resumen, señalando los aspectos más reseñables, acompañado de la conclusión técnica subsiguiente -documento unido no 1, pags. 20 y 21-:

*“Analizado el informe presentado por la empresa SACROG 85, S.L., debemos señalar a modo de resumen los aspectos más reseñables que son los siguientes:*

*- El Beneficio Industrial se reduce de un 6% a un 2%, dado que la situación económica de la empresa permite asumir un menor beneficio, al tener un beneficio acumulado hasta 2017 que asciende a 611.991,31€.*

*- Los Gastos Generales se ven reducidos de un 13% a un 8,20% justificado en que la estructura provincial de la empresa le permite mantener esos porcentajes, por el volumen de facturación que ha pasado de 973.984,71€ en 2014 a 1.327.602,30 en 2017*

*- Los Costes Indirectos se reducen de un 6% al 5% dado que la empresa dispone de la gran mayoría de maquinaria necesaria para la realización de las tareas que pueden ser requeridas por los distritos, así como vehículos necesarios para el desplazamiento de dichos equipos*

*- Incremento entorno a un 25% en el precio de oficiales y peones de la construcción respecto al expediente 220/16 del que resultó adjudicataria Sacrog 85, S.L., actualmente prorrogado y en ejecución. Este hecho redundará en un mayor beneficio para Sacrog 85 S.L. en base a su estrategia empresarial concebida en base a la posesión de una amplia plantilla de personal propio.*

*- El 87% de sus trabajadores tienen la consideración de indefinidos, beneficiándose de la ventaja que representa que el tipo de cotización a la Seguridad Social por la contingencia de desempleo de todo este personal es más reducido, siendo para 2018 el 8,30% para contratos temporales y el 7,05% para indefinidos.*

*- La reducción de costes directos se debe a los descuentos en tarifas y acuerdos marco que la empresa consigue en las negociaciones de contratación y compras con subcontratistas y proveedores.*

*- La empresa pone a disposición del servicio instalaciones cercanas a los distritos donde se van a ejecutar los trabajos, concretamente 2 oficinas, una de ellas situada en el distrito de Campanillas, que es uno de los distritos objeto de licitación, y la otra en Alhaurín de la Torre, además de dos almacenes, uno en el distrito campanillas y otro en Alhaurín de la Torre. Esto permite que los gastos generales por desplazamientos sean inferiores.*





ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

- Sacrog 85, S.L., se compromete a poner a disposición de los servicios medios personales que se relacionan en un listado de personas, en las que consta su categoría y experiencia, así como un organigrama de a empresa con curriculums del Jefe de Obra, Jefe de Producción, Encargado de Obra civil y Encargado de edificación.

- Analizados los documentos presentados por Sacrog 85, S.L. se comprueba que la empresa disfruta de una serie de ayudas del Estado, (que han sido debidamente justificadas documentalmente) como son: subvención de la Cámara de Comercio, Incentivos para la prevención de siniestros laborales, bonificación por formación continuada, libertad de amortización y diferentes deducciones en el Impuesto de Sociedades, lo que permite una reducción de sus gastos generales.

Se adjunta copia del informe presentado por la empresa

A la vista de la documentación presentada por la empresa Sacrog 85, S.L., se entiende que su oferta queda debidamente justificada, por lo que la misma queda estimada para el análisis de la ofertas de los diferentes lotes en lo que participa."

v) Sin solución de continuidad, próxima la finalización de la ejecución del referido contrato 30/18, lote 7 (SACROG 85, S.L. ejecutó el lote 7 del contrato 30/18 a plena satisfacción del órgano de contratación, en las dos anualidades de duración del contrato y en la prórroga, de una más, prevista en los Pliegos, como acreditan los oportunos certificados -Legajo 3, folios 8497, 8501 y 8508-; y se incorporan también al presente escrito como documento unido n.o 2.), el Ayuntamiento de Málaga saca a concurso un nuevo contrato para la prestación de los mismos servicios: expediente 141/20, ahora denominado "SERVICIO DESTINADO A LA CONSERVACIÓN Y MANTENIMIENTO DE COLEGIOS Y EDIFICIOS MUNICIPALES, DIVIDIDO EN 11 LOTES".

Los Pliegos del Contrato 30/18, -documento unido no 3- Pliego de Condiciones Económico-Administrativas Particulares; y documento unido n.o 4, Pliego de Condiciones Técnicas- y los Pliegos del Contrato 141/20 -Legajo 3, folios 1 a 57, Pliego de Condiciones Económico-Administrativas Particulares; y Legajo 3, folios 67 a 90, Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares-, son idénticos en cuanto a previsiones de ofertas anormalmente bajas -remitiéndose ambos a la normativa legal de contratos de aplicación en el momento y al R.D. 1098/2001, sin establecer criterio especial alguno (El PCEAP del expediente 30/18 -documento unido n.o 3, cláusula 23, folios 20 y 21-, se remite a los supuestos contemplados en el artículo 85 del Real Decreto 1098/2001 y al procedimiento del art. 152 del entonces vigente Real Decreto Legislativo 3/2011, Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público; mientras que el PCEAP del expediente 141/20 -Legajo 3, cláusula 24, folios 39 y 40-, se remite a lo dispuesto en el RD 1098/2001 y al procedimiento del art. 149 LCSP.-); pero difieren en cuanto a determinación del precio: el 30/18 incluye en el precio el beneficio industrial y los gastos generales -que ya no podrán añadirse posteriormente-, mientras que el 141/20 los excluye -por lo que deberán ser objeto de adición posterior-; en cuanto a cuadros de precios, el 30/18 cuenta con unas veinticuatro mil seiscientas (24.600) partidas de precios unitarios -que incluyen como se ha dicho costes directos, costes indirectos, gastos generales y beneficio industrial-, mientras que el 141/20 cuenta con unas veintiséis mil cuatrocientas partidas (26.400) de precios unitarios -que incluyen costes directos e indirectos, constituyendo precios de ejecución material, a los que habrá que añadir posteriormente los gastos generales y el beneficio industrial, legajo 3, folios 91 a 7774-. A su vez estas partidas, en ambos expedientes, se descomponen en decenas de miles de precios simples.

En lo referido a ofertas anormalmente bajas, la cláusula 24 del Pliego de Cláusulas Administrativas -expediente 141/20-, reproduce determinados apartados del art. 149 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), con el siguiente tenor -legajo 3, cláusula 24, folios 39-40-:

"24.- CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO, OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS Y CRITERIOS DE DESEMPATE.

.../...

En el caso de que una proposición pueda considerarse anormalmente baja, se dará audiencia al licitador afectado y se tramitará el procedimiento previsto en el art. 149 LCSP, en el que solicitará el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.

El Órgano de Contratación rechazará las ofertas si comprueba que son anormalmente bajas por cuanto vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en





ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201 de la Ley 1/2013 de 27 de febrero de 2013 de la LCSP. Se entenderá 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.”

vi) Mi representada formuló oferta a los Lotes que eran de su interés, del contrato 141/20, especificando cómo prioridad el Lote n.º 7 -lote que aún en esos momentos estaba ejecutando, expediente de contratación 30/18, Lote 7, Carretera de Cádiz-. Con arreglo a lo preceptuado, tanto en unos como en otros Pliegos, todas las ofertas debían realizarse con una baja única -baja única ofertada contrato 30/18, 49,76%; baja única ofertada contrato 141/20, 49,92%-

Las ofertas formuladas por SACROG 85, S.L. quedaron encuadradas entre aquellas presuntamente incursas en situación de anormalidad, de manera que se le requiere la oportuna justificación -fecha de registro de salida del requerimiento, 5 de mayo de 2021, Legajo 3, folios 7775 a 7786-.

Por medio del citado requerimiento se le confiere a mi representada un plazo de 5 días hábiles para que -Legajo 3, folio 7786-

“justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a los efectos, en lo que se refiere a los siguientes valores:

- El ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción.

- Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.

- La innovación y originalidad de las soluciones propuestas, para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras. - El respeto de las 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.

- Posible obtención de una ayuda de Estado.

- Cualquier otra solución adicional que estime oportuna.”

vii) Con fecha 19 de mayo de 2021 SACROG 85, S.L. procede a presentar -en el Lote 7- idéntica justificación a la aportada en el procedimiento de adjudicación de ese mismo Lote en el contrato que venía ejecutando, adaptando ésta a la estructura y esquema del requerimiento que se le formuló, pero con contenido actualizado a la situación de la mercantil en ese momento -Legajo 3, folios 7787 a 8758 (La justificación formulada por SACROG 85, S.L. para su oferta en el Lote 7, no figura en la versión digitalizada del Legajo 3, folios 7787 a 8758, en el orden en el que fue presentada. Los anexos documentales se han colocado antes que la carátula, esquema, contenido justificativo e índice de anexos documentales, siendo el orden de presentación justamente el contrario, esto es:- Carátula, esquema, contenido justificativo e índices de anexos, folios 8580 a 8758; - Anexo documental, folios 7787 y 8578.)-, formulando con carácter previo renuncia a presentar justificación en el resto de las ofertas -Legajo 3, folio 8579-.

viii) Mediante informe técnico del Área de Coordinación de Distritos, de 2 de julio de 2021, se rechaza la justificación y se concluye su exclusión en la valoración de los criterios de adjudicación -Legajo 3, folios 8759 a 8807-. El referido informe no efectúa análisis, síntesis o resumen alguno de la justificación aportada para el Lote 7, siendo los siguientes párrafos la única argumentación que sustenta la conclusión -Legajo 3, folio 8776 y 8777-:

“SACROG

SACROG presenta justificación de oferta anormalmente baja en referencia al lote 7, declarando que, bajo su responsabilidad no presentan justificación a los lotes 2, 3, 4, 8, 9, 10 y 11 de los que deberá ser excluida a la hora de llevar a cabo la respectiva valoración de ofertas.

Respecto de las posibles ofertas de proveedores de materiales u otros conceptos del cuadro de precios, no quedan acreditados documentalente. Tan sólo se aportan tarifas, presupuestos y facturas que no abarcan la totalidad de las unidades del cuadro de precios, por lo que no puede garantizarse la rebaja en los precios de la totalidad de los materiales que serán necesarios para las distintas actuaciones que se realizarán a lo largo de la vida del contrato.

Los gastos generales se reducen a un 7,98 % fundamentado en la estructura de carácter provincial





ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTITIA

con la que cuenta la licitadora. Sin embargo, no se observa soporte documental o cálculo alguno que demuestre la realidad del porcentaje aducido. Por ello, consideramos que no queda demostrado que los gastos generales de la licitadora puedan ser reducidos de un 13 % a un 7,98 %.

Por su parte, los costes indirectos se reducen de un 6% a un 3% sobre la base de ser propietaria de la maquinaria, medios auxiliares y medidas de protección colectivas e individuales, así como los vehículos necesarios para los desplazamientos de los equipos, de los que algunos son vehículos eléctricos, lo que supone un ahorro de combustible añadido. Con independencia de que la amortización y consumo de energía o combustible de la maquinaria y los vehículos a utilizar en los trabajos a realizar deberían incluirse en los costes directos, una vez más la justificación carece de los datos necesarios que acrediten que, con los elementos de que dispone la empresa, los costes indirectos de cualquiera de las unidades de obra que constan en el cuadro de unidades puede reducirse de un 6% a un 3%.

Respecto de las posibles ofertas de proveedores de materiales, las cartas de compromiso aportadas no incluyen una oferta concreta. Tan sólo se limitan a declarar que serán proveedores de la licitadora si esta resultara adjudicataria. Asimismo, los cuadros de materiales de proveedores, presupuestos y tarifas no abarcan el cuadro de unidades completo del contrato. Por ello, debemos considerar que no queda acreditada la rebaja aducida, establecida en un intervalo que oscila entre el 10% y el 70%, de las unidades del cuadro de precios y, por tanto, de los costes directos. Con todo lo anterior consideramos que las licitadoras

- SACROG 85, S.L.

No han acreditado adecuada y suficientemente sus ofertas anormalmente bajas, por lo que se procede a su exclusión en la valoración de los criterios de adjudicación.”

ix) Con fecha 13 de agosto de 2021 se le notifica a mi representada la Resolución de 12 de agosto de 2021, de la Directora General de Contratación del Área de Contratación y Compras del Ayuntamiento de Málaga (en adelante, “el Acuerdo de Exclusión”)-por delegación de la Junta de Gobierno Local, art. 21.v, Acuerdo 7 mayo 2021-, en virtud de la cual, entre otros extremos, se acuerda lo siguiente-legajo 1, folio 102, último párrafo:

“Acepta la propuesta realizada por la Mesa de Contratación en la sesión celebrada, el día 8 de julio de 2021, de rechazar las ofertas presentadas por las empresas Ingeniería y Obra Civil Viasa, S.L.U., CIF B93240836, (Lotes 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11), D. Antonio José González Pedraja, DNI 44377032L, (Lotes 1 a 11), Ntic. Soc. Coop. Andaluza, CIF F92844604, (Lotes 6 y 7), Polaria Proyectos y Obras, S.A., CIF A93400646, (Lotes 1 a 11), Conformas Rehabilitación y Obra Nueva, S.L., CIF B92084714, (Lotes 1 a 11), Earth Ingeniería, S.L., CIF B93024404, (Lotes 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10 y 11), y Sacrog 85, S.L., CIF B93122430, (Lotes 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10 y 11), incursas en presunción de valores anormales, excluyéndolas de la clasificación de las proposiciones presentadas, al estimarse que las ofertas no pueden ser cumplidas.”

La referida Propuesta de la Mesa de Contratación, de 8 de julio de 2021, se fundamenta in allunde en el informe del Técnico de Coordinación de Distritos, de 2 de julio de 2021.

x) Interpuesto por mi representada, con fecha 6 de septiembre de 2021, Recurso Especial en materia de contratación contra la Resolución de 12 de agosto anterior -Legajo 1, folios 1 a 24-, el TARCAytoMálaga requiere al órgano de procedencia del acto recurrido, con fecha 7 de septiembre, el expediente de contratación completo, el informe preceptivo y la relación de posibles interesados -Legajo 1, folio 108-.

Sin que conste el órgano solicitante, se incorpora al expediente del recurso especial que tramitaba el TARCAytoMálaga -Legajo 1, folio 114- un nuevo informe del Técnico de Coordinación de Distritos, de 15 de septiembre de 2021, evacuado por el mismo técnico que emitió el de 2 de julio, del siguiente tenor literal:

“INFORME

En relación con el expediente 141/20 correspondiente al CONTRATO DE SERVICIOS DESTINADO A LA CONSERVACIÓN Y MANTENIMIENTO DE COLEGIOS Y EDIFICIOS MUNICIPALES, el funcionario que suscribe informa lo siguiente:





ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

Con fecha 4 de mayo de 2021 fue emitido informe por el Técnico del Área de Coordinación de Distritos y Proyectos Integrados relativo a la documentación a requerir a la licitadora SACROG 85 S.L., con CIF B93122430, cuya oferta está incurrida en presunción de anormalidad.

Examinado el informe por Mesa de Contratación se acordó, por unanimidad, requerir a la citada entidad, para que en el plazo de cinco días hábiles presenten los documentos indicados en el mencionado informe.

Con fecha 2 de julio de 2021 se emitió informe propuesta de adjudicación por la que se plantea a la Mesa de Contratación la exclusión de la licitadora SACROG 85 S.L., por no justificar adecuadamente ninguno de los puntos requeridos por el artículo 149 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Que ha tenido entrada en el Área de Coordinación de Distritos y Proyectos integrados petición de informe relativo al recurso especial en materia de contratación presentado por la licitadora SACROG 85 S.L., contra la Resolución de la Teniente de Alcalde Delegada del Área de Contratación y Compras, de fecha 12 de agosto de 2021, por la que se excluye a la recurrente del procedimiento de licitación.

Que, dada la motivación para la propuesta de exclusión de la licitadora, no se observa en el escrito de recurso nueva documentación que, habiendo podido ser entregada en el momento de la comunicación de la necesidad de justificación de la oferta anormalmente baja, ponga de manifiesto errores u omisiones que hubieran de ser tenidas en cuenta en la resolución que se adoptó.

Asimismo, tampoco se observan datos económicos que demuestren contradicciones u errores en la motivación del informe técnico.

En conclusión, como funcionario emisor, me ratifico en mi informe emitido con fecha 2 de julio de 2021 por el que se proponía la exclusión de la licitadora SACROG 85 S.L. con C.I.F B 93122430."

Por su parte, la recurrida remite al Tribunal Administrativo el informe requerido, de fecha 6 de octubre de 2021 -Legajo 1, folios 115 a 149-; el expediente de contratación, en el que no incluyó ni los Pliegos, ni la justificación formulada por la entonces ofertante del Lote 7, ni el original del denominado Informe Técnico del Área de Coordinación de Distritos de 2 de julio de 2021 -documentos que hoy forman parte del complemento de expediente administrativo, Legajo 3 del presente recurso contencioso-; y la relación de posibles interesados, que consta de 34 empresas -Legajo 1, folios 148 y 149-, a ninguna de las cuales consta se efectuase notificación alguna, salvo el trámite de audiencia que se ofrece a una de ellas, al que se hará referencia en el Hecho Undécimo.

xi) En el procedimiento de tramitación del Recurso Especial, el TARCAYtoMálaga no confirió a la reclamante trámite de audiencia -ni le dio traslado del informe del Servicio de Coordinación de Distritos de 15 de septiembre de 2021, ni del informe de la recurrida de 6 de octubre de 2021-. Si bien en la Diligencia con la que se remite el expediente requerido por la Sala al Servicio de Contratación y Compras -Legajo 1, folio 0-, parece constar lo contrario -EMPLAZAMIENTO ALEGACIONES PARTE INTERESADA, páginas 150 a 153-, en realidad tal trámite consiste en la audiencia conferida -con fecha 7 de octubre de 2021, inmediatamente antes de dictar resolución y por plazo de cinco días hábiles-, a la empresa que resultó adjudicataria del Lote 7 -personada posteriormente en el presente recurso contencioso como codemandada-.

xii) Finalmente, con fecha 21 de octubre de 2021, el TARC dicta la Resolución 37/2021, de 21 de octubre, desestimatoria del Recurso Especial, que constituye el objeto del presente Recurso Contencioso-Administrativo.

- Sobre la presunción de legalidad y acierto de los actos administrativos.

La Resolución recurrida, en tanto acto administrativo emanado de una Administración pública, goza con carácter general de los caracteres de legalidad y presunción de acierto y veracidad que se derivan de la previsión contenida en el artículo 39.1 de la Ley 39/2015, que dispone que (...)

Ahora bien, dicha presunción de acierto y veracidad, como ha sido ampliamente admitido por la jurisprudencia<sup>5</sup>, se trata de una PRESUNCIÓN DE NATURALEZA IURIS TANTUM, que en consecuencia puede ser enervada mediante prueba en contrario.



- CONTROVERSIA JURÍDICA QUE SE DIRIME EN EL RECURSO.

Esta parte no discute la inclusión de sus ofertas entre las anormalmente bajas, sino que efectuado el requerimiento para que las justificase, en los términos y criterios de la normativa de aplicación y los pliegos, al formular renuncia a todas las ofertas distintas al Lote 7 estas ya no pueden ser calificadas como inviables -no pueden ser cumplidas-, dado que el procedimiento para su valoración terminó de manera anormal -por desistimiento de la licitadora- y el órgano de contratación carece de elementos de juicio para calificarlas; y en lo que se refiere al Lote 7, la justificación requerida a mi representada ha sido valorada introduciendo criterios no justificados dentro de la discrecionalidad técnica, que la vician de arbitrariedad y en ningún caso constituyen fundamentación hábil, dado que son contrarios a la normativa legal y reglamentaria de aplicación y a los Pliegos.

Esto es, el TARCAytoMálaga ha dado por ajustado a derecho, de una parte, aquello en lo que el acto objeto de Recurso Especial excede al Informe de 2 de julio de 2021, del Técnico del Area de Coordinación de Distritos -que en lo referido a las ofertas de mi representada para el resto de lotes distintos al Lote 7 no permite fundamentar decisión alguna-; y, de otra, aquello en lo que el acto objeto de Recurso especial en materia de contratación incorpora -in aliunde- del referido informe de 2 de julio de 2021, la exclusión de mi representada del concurso para la adjudicación del Lote 7, que entendemos no amparada en la discrecionalidad técnica, incurre en arbitrariedad y resulta contraria al Pliego, ley del contrato.

- ACTO OBJETO DEL RECURSO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO. ANÁLISIS LÓGICO FORMAL Y MATERIAL DEL MISMO.

El acto ahora objeto de recurso contencioso, bien mediante simple reproducción o bien mediante transcripción literal, consiste casi en su totalidad en el informe de la recurrida de 6 de octubre de 2021, esto es, el informe evacuado por el propio servicio autor del acto objeto de Recurso Especial -informe del que, como hemos hecho referencia en los Hechos de esta Demanda, no se dio traslado para alegaciones a la recurrente, a pesar de que iba a constituir, como se detallará seguidamente, el núcleo de la resolución desestimatoria-.

Como resultado de esas operaciones, el órgano de contratación -ente recurrido en el Recurso Especial que tramitó el TARCAytoMálaga- ha fijado todos los hechos, las posiciones de las partes -incluyendo las posiciones y argumentos de la recurrente-, y gran parte de los Fundamentos de Derecho de la Resolución 37/2021 del TARCAytoMálaga -desestimatoria del Recurso Especial-.

El esquema mediante el cual se incorporan a la Resolución del Recurso Especial las posiciones de la recurrida -como ya se ha dicho, mediante simple reproducción o a través de su transcripción literal- es el siguiente -la primera mención de cada binomio se refiere al apartado correspondiente del Informe de la parte recurrida de 6 de octubre de 2021; mientras que la segunda se refiere al apartado del mismo rótulo de la Resolución 37/2021, de 21 de octubre de 2021-:

Antecedente de Hecho Primero (completo), a Antecedente de Hecho Primero (completo)

Antecedente de Hecho Segundo (completo), a Antecedente de Hecho Segundo (parcial) (Se completa el referido apartado con una descripción de los lotes en los que se dividía el contrato, correcta; y un monumental dislate que el acto de exclusión, objeto del recurso especial, incorpora por error de la propuesta de la Mesa de Contratación: SACROG 85, S.L no fue excluida del concurso en todos los lotes por inviabilidad de todas sus ofertas, calificación que el informe técnico sólo concluye en el Lote 7 -único Lote para el que la ofertante formuló justificación, renunciando a presentarla en los restantes-. Este error jurídico es advertido, conforme avanza la Resolución 37/2021, por el propio Tribunal Administrativo, dado que la Resolución ahora objeto de recurso contencioso realiza mas adelante la oportuna corrección -FD Sexto, pag. 25/35, último párrafo-, eso si, añadiendo otro error -la ofertante no siguió en su justificación el esquema del requerimiento-, que resulta comprensible dado que el órgano gestor no remitió al TARCAytoMálaga el informe de justificación de la oferta presentado por la reclamante -nótese que tampoco formó parte del expediente administrativo remitido a la Sala al primer requerimiento-.)

Antecedente de Hecho Tercero (completo) a Antecedente de Hecho Tercero (completo) Antecedente





ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

de Hecho Cuarto (completo) a Antecedente de Hecho Cuarto (completo)  
Antecedente de Hecho Quinto (completo) a Antecedente de Hecho Quinto (completo) Antecedente  
de Hecho Sexto (completo) a Antecedente de Hecho Séptimo (completo) (La reproducción del Informe  
de 2 de julio de 2021 del Área de Coordinación de Distritos es aquí parcial, solo referida al Lote 7.) Antecedente  
de Hecho Séptimo (parcial) (En lo referido a SACROG 85, S.L.), a Antecedente de Hecho Octavo  
(completo) Antecedente de Hecho Octavo (completo) a Antecedente de Hecho Noveno (completo)  
Antecedente de Hecho Décimo (completo) a Fundamento de Derecho Cuarto (completo)  
Fundamento de Derecho Cuarto (completo) a Fundamento de Hecho Décimo (completo)  
Fundamento de Derecho Quinto, Sexto, Séptimo y Octavo (completos) a Fundamento de Derecho  
Quinto (completo) (En este Fundamento de Derecho Quinto se ha transcrito un párrafo -último párrafo, pag.  
17/35, Resolución 37/2021- que el Tribunal Administrativo no ha advertido, en el copia y pega, que corresponde a  
la argumentación sobre la justificación de otra ofertante y no a la argumentación que el informe técnico realiza  
sobre la oferta de SACROG 85, S.L.)

Teniendo en cuenta que los Fundamentos de Derecho Primero (competencia del Tribunal), Segundo  
(identificación del acto objeto de Recurso Especial) y Tercero (legitimación y personación de la  
recurrente) son puramente procesales, el acto ahora objeto de recurso contencioso administrativo se  
sostiene, exclusivamente, en los Fundamentos de Derecho Sexto (A) y Séptimo (B), que veremos  
con detalle inmediatamente.

A).- En el Sexto, se expone el cumplimiento, a juicio del Tribunal Administrativo, de los requisitos  
procedimentales en materia de baja anormal -se ha efectuado el requerimiento del art. 149.1 LCSP y  
se ha evacuado el informe técnico del Área de Coordinación de Distritos, de 2 de julio de 2021-. A  
la vista de ese informe técnico, se dice, el órgano de contratación consideró inviable la propuesta  
(Como hemos expuesto en los hechos de esta demanda, incurriendo en error flagrante, el acto objeto de Recurso  
Especial considera también inviables las ofertas de la ahora actora en las que no se formuló justificación, por  
renuncia voluntaria de la ofertante a las mismas, incurriendo en vicio determinante de nulidad.).

Como puede apreciarse, hemos identificado con corrección la cuestión que se dirime en el presente  
Recurso Contencioso-Administrativo, el ajuste a derecho de la respuesta ofrecida en ese informe  
técnico a la justificación de la oferta formulada por mi representada, en lo referido al Lote 7 -que  
esta parte considera viciado de arbitrariedad- y el error de derecho en el que incurre el acto  
confirmado en vía de Recurso Especial, al calificar de inviables el resto de ofertas de la ahora actora  
-en las que el procedimiento que se inicia con el requerimiento del art. 149.1 LCSP termina de  
manera anormal, al mediar desistimiento de la ofertante-.

Este Fundamento de Derecho Sexto -además de identificar el flagrante error que vicia al acto objeto  
de Recurso Especial, que no proviene del Informe de valoración de 2 de julio de 2021, e incurrir  
motu proprio en otros (para acreditar lo que se dice basta transcribir el último párrafo de la página 25/35,  
Resolución 37/2021: "En nuestro caso, según el informe técnico de 2 de julio de 2021 la baja realizada por la  
empresa recurrente a la relación de precios incluidos en el PCT (cuadro de precios de 5.787 páginas-), era para los  
lotes -2, 3, 4, 8, 9, 10 y 11 s/pliego- del 49,92%, aunque en el momento de la justificación renuncia a todos los  
lotes ofertados excepto al n.º 7, sin embargo, la justificación en lugar de seguir el esquema del requerimiento  
notificado, que mas arriba hemos transcrito, la empresa recurrente en su escrito de viabilidad .../..." Como puede  
apreciarse, se yerra al excluir de la relación de ofertas y lotes al n.º 7; se yerra al atribuir a la justificación un  
orden o esquema distinto al del requerimiento efectuado y se yerra al atribuir 5.787 páginas al cuadro de precios  
-que en realidad cuenta con 7.683 páginas como puede apreciarse en el Legajo 3, páginas 93 a 774-. Nótese,  
como ya se ha mencionado y se volverá a mencionar mas adelante, que el TARCAYtoMálaga no dispuso ni de los  
Pliegos ni de la justificación aportada por la empresa, que no se incluyeron en el expediente que el órgano gestor  
le remitió-. Pero el Tribunal Administrativo acierta de lleno al referirse a que la justificación se ciñó al Lote 7,  
única oferta de las formuladas por mi representada a la que el órgano de contratación podría calificar de  
inviable.-), se "desnuda" al informe técnico con el simple mecanismo de re-ordenar sus cuatro  
párrafos con arreglo a la sistemática de los arts. 130 y 131 del R.D. 1098/2001 -el quinto, primer  
párrafo en la exposición de argumentos que hace el informe, constituye el origen del error flagrante  
al que nos referíamos antes, y una vez advertido, es omitido por el propio Tribunal Administrativo-.

La página 26 del acto objeto de recurso dice así -concluye parcialmente en la página 27-:

7-En cuanto a los conceptos que pueden incluirse en los llamados "costes directos" del art. 130 del  
RD-1098/2001:



- Sobre las ventajas en compras de materiales y/o ofertas de proveedores los documentos que aportan con la justificación de la oferta no acreditan la especial ventaja:

JUSTICIA el cuadro de materiales de proveedores, tarifas y comparativos no incluye ofertas para todas las unidades señaladas, que ni siquiera abarca el cuadro completo de unidades de precios del contrato (v. anexo al PCT).

- Los acuerdos con proveedores, las cartas de compromisos aportadas, no incluyen una oferta concreta, no especifican la rebaja de precios en materiales, limitándose a declarar que se comprometen a ser proveedores de la licitadora (lo que este Tribunal ha comprobado).

- Por ello considera que no queda acreditada la rebaja aducida, establecida en un intervalo del 10% al 70% de las unidades del cuadro de precios (v. anexo al PCT).

- En cuanto a los conceptos incluidos en "costes indirectos" del art. 130 del RD 1098/2001:

- Los han reducido de un 6% previsto en el Pliego -v. Anexo "0" <apartado 6> del PCEA-, a la mitad (3%), con el argumento de que son propietarios de la gran mayoría de la maquinaria y medios auxiliares, necesarios para hacer los trabajos y los vehículos para los desplazamientos de los equipos, de los que algunos son vehículos eléctricos, por el ahorro de combustible.

- El informe técnico cuestiona que la amortización y el consumo de combustible o energía se incluya en esta partida, en lugar de en la de costes directos.

- Y estima que faltan datos que acrediten, que con los elementos de los que dispone la empresa, los costes indirectos de cualquiera de las unidades de obra que constan en el cuadro de precios (v. anexo del PCT) pueda reducirse de un 6% al 3%.

- En cuanto a los conceptos previstos en el art. 131 del RD 1098/2001, de 12 de octubre, como:

- Los llamados "gastos generales de estructura", que el reglamento cifra entre el 13 al 17 por 100 y el presupuesto base de licitación lo había fijado en el 13% -v. Anexo "0" <apartado 6> del PCE- sin embargo SACROG 85, S.L. lo ha reducido, sin base documental acreditativa al 7,98%. Con el argumento de que es una empresa con estructura provincial (aunque en la documentación solo acredita que tenga su sede en Málaga capital, y no justifica sede en otras localidades de la provincia).

Por todo ello, el informe de 2 de julio de 2021 del Técnico del Área de Coordinación de Distritos, estima que SACROG 85, S.L. no ha justificado de forma adecuada la anormalidad de su oferta (Nótese que ya no se refiere a "ofertas", como hace el acto objeto de Recurso Especial, sino a "oferta"), por lo que propone su exclusión para la valoración del resto de criterios de adjudicación."

Si bien el referido informe de 2 de julio de 2021 se analizará con detalle conforme avance el presente Escrito de Demanda, baste reseñar aquí que no hay un solo argumento técnico hábil en esa esquematización, que se sustenta exclusivamente sobre argumentos estereotipados y razonamientos apodícticos -singularmente representado en la referencia que se hace a los conceptos previstos en el art. 131 del RD 1089/2001 cuando, en realidad, solo se refiere a uno de ellos, los gastos generales de estructura-, y en criterios introducidos ex novo por el propio informe de valoración, contrariando la normativa que regula la exclusión de ofertas, por estimarlas inviables, y el mismísimo Pliego -ley del contrato-.

Salvando las deficiencias sintácticas -que no se deben aquí al corta y pega, puesto que el argumento no forma parte de aquellos que ofrece el informe de 2 de julio de 2021, que como veremos mas adelante sólo afirma la estructura provincial de la empresa-, nos vamos a permitir recrear uno de los "añadidos" que el Tribunal Administrativo hace al informe de 2 de julio, dado que además de revelador, resulta un argumento tan "potente" como ocurrente: SACROG 85, S.L. afirma que es una empresa de estructura provincial, pero "solo" acredita que tiene sede en Málaga capital y no en ninguna otra localidad de la provincia -sin duda, habría quedado mucho mas "homogéneo" de haberse reprochado que no acreditase tener sede en todas las localidades de la provincia-. En realidad, si el Tribunal Administrativo hubiese tenido acceso a la justificación de SACROG 85, S.L., lo habría comprobado: la empresa acredita tener dos sedes técnico-administrativas y dos almacenes, en Málaga capital y Alhaurín de la Torre (Málaga), aportando al efecto incluso los contratos en virtud de los cuales tiene la disponibilidad de esos locales.

Dos detalles al paso de lo antes dicho:





ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

• nunca se le ha requerido a ninguna de las empresas participantes en el concurso un desglose de precios con el detalle de todas las unidades de obra contempladas en el pliego, decenas de miles de precios descompuestos, a su vez desglosados en otras decenas de miles de precios unitarios, sino una oferta genérica que abarcara a la totalidad de esos precios; es más,

• nunca se le ha requerido a mi representada que justificase su oferta con referencia a todas las unidades de obra -excusa de repertorio, simple estereotipo/afirmación apodíctica, en suma, nuevo criterio que en ningún caso entra dentro del concepto discrecional de juicio técnico-, dado que el cuadro de precios contempla decenas de miles precios simples, gran parte de los cuales no serán nunca objeto de facturación a lo largo de la ejecución del contrato - que si bien se reputa de servicios, su objeto no es otro que llevar a cabo las pequeñas obras/reparaciones, sin proyecto técnico, que los distritos vayan necesitando, desconocidas a priori, pero necesariamente integradas por algunos de los miles de unidades de obra simple que se recogen en el Pliego-.

Esto es, a mi representada se la ha excluido del procedimiento de adjudicación del Lote 7, estimando que su oferta era inviable, introduciendo ex novo en el informe de valoración un requisito/criterio objetivo no contemplado ni en la normativa de aplicación, ni en el Pliego. (Nótese, por otra parte, que la introducción de este requisito en la fase de valoración de la justificación podría constituir discriminación no justificada de unos licitadores sobre otros, en el sentido de las directivas europeas que se trasponen a nuestro ordenamiento jurídico, en diversas reformas legislativas desde la Ley 30/2010, de 5 de agosto.)

Esto que se afirma es algo que, sin ningún género de dudas, el Tribunal Administrativo habría comprobado de responder a la realidad las referencias que los párrafos transcritos hacen a los Pliegos o a la justificación presentada por SACROG 85, S.L. - como ya se ha dicho, consta en el expediente que ni los unos ni la otra formaron parte de la documentación que le remitió el órgano de contratación-. Si bien es cierto que el Tribunal habría podido acceder a los primeros a través de la Plataforma de Contratación del Estado -lo cual, de haberse producido, habría desvirtuado la "argumentación" que realiza-, por contra, resulta lisa y llanamente imposible que el Tribunal haya comprobado ningún extremo de la justificación presentada por mi representada dado que no está disponible por ningún medio digital.

Llamamos la atención sobre esta última cuestión porque guarda relación con la calificación que haremos del Recurso que ha tramitado el Tribunal Administrativo: no el Especial que contempla la norma, con independencia, autonomía, inmediación e imparcialidad, sino una especie de Reposición ordinaria, de garantías rebajadas respecto al Recurso Especial, donde se ofrece al mismísimo órgano recurrido una segunda oportunidad en la que retornar sobre sus posiciones, matizando/perfilando el acto objeto de recurso especial.

B).- Finalmente, el Fundamento de Derecho Séptimo se refiere a los motivos de impugnación consignados en nuestro recurso:

- Necesidad de que el informe técnico, que constituye motivación única de la propuesta de la Mesa de Contratación -y por ende de la decisión del órgano de contratación- esté suficientemente motivado -necesidad que el Tribunal Administrativo comparte con nosotros-, pero que, como hemos visto en el Fundamento de Derecho Sexto, entiende satisfecha a pesar de que introduce un criterio objetivo no contemplado en la normativa de aplicación y el mismo Pliego y sobre el que no se le había solicitado justificación alguna.

• La aplicabilidad al caso de la doctrina referida a la "discrecionalidad técnica" de la administración -que el Tribunal Administrativo comparte con nosotros-, pero que considera satisfecha en el referido informe, que sostiene ausente de error, desviación de poder o arbitrariedad. Y, finalmente,

• Sobre los antecedentes de la reclamante, adjudicataria y ejecutante a satisfacción del mismo lote en el contrato anterior, con baja casi idéntica, también en presunción de valores anormales, con idéntica justificación, pero con conclusión técnica diametralmente opuesta, que el Tribunal no comparte con nosotros, dado que esos antecedentes, sostiene, sólo guardan relación con la solvencia técnica de la empresa y, en ningún caso, pueden considerarse en la justificación de la oferta;

• afirmación que no sólo es contraria al propio Pliego que dice haber tenido cerca, sino que se integra propiamente en la técnica retórica denominada falacia del hombre de paja: SACROG 85 S.L. jamás ha sostenido que por ser adjudicataria del anterior contrato y Lote ya tenía justificada su oferta





ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

presuntamente anormal -afirmación que el Tribunal ha traído del informe de la recurrida de 6 de octubre, de donde proceden las tres respuestas que nos ofrece el Fundamento de Derecho Séptimo- pretensión de mi representada, contratista habitual del Ayuntamiento de Málaga, al elegir el expediente 30/18 no era otra que traer a colación un antecedente idéntico al expediente 141/20 -que permite incluso una baja mayor que el anterior, por lo que se ha expuesto en materia de beneficio industrial y gastos generales, no incluidos ahora en los precios-, pero bien pudo elegir otros para acreditar cual ha sido la práctica continuada del órgano de contratación a la hora de evaluar las justificaciones de las ofertas en baja. De hacerse preciso, a la vista de la contestación a la presente demanda, con gusto se procederá a exponerlas.

En síntesis, el TARCAytoMálaga en lugar de tramitar y resolver el Recurso Especial que configura la norma, con independencia, imparcialidad e igualdad entre las partes, se ha trasmutado en mero apéndice del órgano de contratación y, rebajando las garantías del Recurso Especial, ha tramitado algo que recuerda muchísimo a una Reposición ordinaria, ofreciendo a la reclamante los argumentos de la reclamada, en una especie de segunda vuelta, con apariencia de imparcialidad e independencia que el examen que hemos hecho de la Resolución muestran ausentes (Deben señalarse aquí dos cuestiones diferentes: - El TARCAytoMálaga actúa sometido a su Reglamento Orgánico -Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Málaga de 25 de octubre de 2012, de creación del Tribunal Especial y aprobación de su reglamento orgánico-, y restante normativa de aplicación -que en lo no previsto, en materia de procedimiento, se remiten al procedimiento administrativo común-, pero en todo caso configurado como un "órgano especializado e independiente con relación al órgano adjudicador del contrato" -BOPMA n.º 210, 31.10.2012, pag. 36, 2ª columna, 4º párrafo a partir de la entradilla, último inciso-; y, - La carencia de medios materiales y/o personales que denuncia el propio Tribunal Administrativo - tercer párrafo, pag. 13 de 35, del acto objeto del presente contencioso-, no habilita/autoriza que mute en mero apéndice del órgano de contratación.).

Resulta fuera de toda duda el carácter preceptivo del trámite de audiencia al reclamante en el procedimiento del recurso especial en materia de contratación -con carácter previo al dictado de la resolución correspondiente, ex art. 82 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, LPAC-, dada la remisión supletoria que efectúa el apartado 1 del art. 56 LCSP, que debe interpretarse a la luz de lo dispuesto en el art. 52.3 del mismo texto legal. Si, en los supuestos en los que el órgano de contratación hubiera negado al recurrente el acceso al expediente, el Tribunal Administrativo viene obligado a permitir ese acceso con anterioridad al trámite de alegaciones, tal trámite siempre es preceptivo. Nótese que ni el informe de 6 de octubre de 2021 del órgano de contratación al Tribunal -que constituye el núcleo de la Resolución 37/2021 del TARCAytoMálaga-, ni el informe del Área de Coordinación de Distritos de 15 de septiembre de 2021 -que pretende ratificar el de 2 de julio de 2021- fueron trasladados a la recurrente, y, en ese trámite, pudo subsanar el Tribunal esa anomalía -ex art. 82.4 LPAC-.

Baste decir por ahora que si conseguimos acreditar que el denominado informe técnico de 2 de julio de 2021, de evaluación de la justificación ofrecida por mi representada, no se ajusta a derecho, la Resolución del TARCAytoMálaga resultará nula de pleno derecho.

**- ACTO CONFIRMADO MEDIANTE LA DESESTIMACIÓN DEL RECURSO ESPECIAL. MOTIVACIÓN IN ALLIUNDE. VULNERACIÓN DE LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS.**

De entrada, debemos señalar que, mediante la desestimación íntegra del acto objeto de Recurso Especial, el TARCAyto Málaga confirma íntegramente el acto objeto del mismo, incluso una vez comprobado el exceso, por error, que concurre en el mismo - declarando que las ofertas de los lotes en los que no se formuló justificación son inviables-.

Como hemos visto, el acto confirmado íntegramente en el Recurso Especial incorpora un error flagrante -que el propio Tribunal Especial ha advertido-, que proviene de la Propuesta de la Mesa de Contratación: yendo mucho más allá del Informe Técnico de 2 de julio, que dice constituir única motivación in alliunde excluye las ofertas de mi representada en los Lotes 2, 3, 4, 8, 9, 10 y 11 al estimar que las mismas no pueden ser cumplidas. Dicho de otra manera, la única oferta de mi representada que el informe de 2 de julio estima no puede ser cumplida es la correspondiente al Lote 5, aquella en la que formuló justificación y el procedimiento al efecto concluyó normalmente.





ADMINISTRACION  
DE

Pues bien, constatado el vicio -error flagrante- el acto objeto de Recurso Especial -la Resolución de 2 de agosto de 2021, de la Directora General del Área de Contratación y Compras del Ayuntamiento de Málaga- es confirmado íntegramente, en lugar de ser corregido y anulado

parcialmente. Es cierto que la renuncia a presentar justificación en las ofertas a los Lotes 2, 3, 4, 8, 9, 10 y 11 conduce a la exclusión de la clasificación de las proposiciones presentadas en esos Lotes -por decisión voluntaria/desistimiento del licitador- pero atribuirles a esas ofertas la calificación de que son inviables y no pueden ser cumplidas -decisión que corresponde al órgano de contratación tras el examen de la justificación-, obviamente, resulta contrario a derecho.

Es el momento pues de que desmenecemos el informe que sirve de justificación a la propuesta de la Mesa de Contratación -que ya sabemos ex ante-, viciada de error en lo que se aparta de aquello que le sirve de justificación -in allunde-.

El reiterado informe técnico de 2 de julio de 2021, relativo a la valoración de la justificación presentada por mi representada para el Lote 7, consta de cinco párrafos.

Excluyendo el primero, que ya ha sido ampliamente considerado a lo largo de la presente demanda, el segundo y el quinto dicen literalmente lo mismo: en materiales no se acredita la rebaja de precios para todas las unidades del cuadro del contrato. El tercero se refiere a gastos generales (que la licitadora reduce con arreglo al dato objetivo de su estructura de carácter provincial) y el cuarto a costes indirectos (que la licitadora reduce con arreglo a datos objetivos de la propiedad de medios auxiliares, de protección, maquinaria y vehículos para desplazamientos y/o transporte). En ambos casos se rechaza la justificación aportada, dado, se dice, que con esa justificación no queda acreditado que los gastos generales y costes indirectos para todas las unidades de obra del contrato pueden reducirse al porcentaje especificado en la oferta. Esta es pues la ratio decidendi del informe: la conexión íntegra y radical entre baja ofertada -ya sea en materiales, gastos generales o costes indirectos- y la totalidad de los precios.

Como ha quedado acreditado, el PCAP se limita a reproducir determinados apartados del art. 149 LCSP y el requerimiento efectuado se limita a transcribir, en particular, los valores del apartado 4 de ese artículo. Por tanto, ni en el Pliego -ley del contrato- ni en la normativa de aplicación se establece criterio alguno relativo a la necesidad de justificar la rebaja ofertada en todas las unidades del cuadro de precios. Por tanto -dado que no figura en el requerimiento-, debemos identificar dónde se ha introducido tal requisito.

En el apartado CONSIDERACIONES GENERALES del propio informe de 2 de julio donde se introduce ex novo, en principio se dice, sólo para considerar materiales o unidades de obra:

*“Por su parte, en el ámbito de los materiales o unidades de obra, es importante recordar que el expediente de contratación recoge un cuadro de unidades finito y determinado en nomenclatura y precio, es decir, considerar rebajas realizadas por proveedores en unidades distintas a las recogidas en el pliego no justifica, en modo alguno, el bajo nivel de precios ofertado, pues no queda acreditado que el licitador, de resultar adjudicatario, pueda obtener una reducción de precios en las unidades que necesariamente formarán parte de los distintos encargos.*

*Del mismo modo, acreditar una rebaja de tan sólo, una parte de las unidades del cuadro de precios no garantiza la capacidad de la empresa para mantener el nivel de precios en aquellos encargos en los que se incluyan unidades para las que no se acredita la rebaja del proveedor.”*

Acierta realmente el informe cuando califica al cuadro de unidades de “finito” -en el sentido de “no infinito”-. No puede negarse que el cuadro de precios, que consta de aproximadamente 26.400 partidas, que se descomponen a su vez en decenas de miles de precios simples, es finito.

Introducido el criterio -ex novo- en el informe de valoración -en principio, sólo para aplicarlo a una de las partidas que integran costes directos-, se aplicará posteriormente a todas las partidas de costes directos e indirectos, que el mismo informe señala necesitadas únicamente de datos objetivos. Así, cuando se refiere a gastos generales de estructura y beneficio industrial (costes indirectos) se dice:

*“No obstante lo anterior, como no puede ser de otro modo, su determinación en la oferta debe estar justificada en base a datos objetivos y no arbitrarios que acrediten los porcentajes alcanzados en ambos conceptos.”*

Acierta indudablemente el informe al introducir la calificación apropiada: la inclusión ex novo de





ADMINISTRACIÓN

JUSTIFICACIÓN

ese criterio -y su extensión a todos los conceptos del art. 131 de RLCSP- vicia de arbitrariedad al informe de valoración, dado que tal criterio ni se desprende de los Pliegos, ni de la normativa de aplicación, ni puede ser exigido a posteriori, puesto que sólo podría llegar a calificarse la oferta como inviable cuando se refleje meridianamente la falta de justificación con el incumplimiento de alguno de los requisitos establecidos en los pliegos; incumpla normas laborales, sociales o económicas; sea incompleta o se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico.

Contrariamente a lo que sostiene el órgano de contratación al referirse a esta cuestión, la referencia que hacíamos a precedentes y antecedentes, en vía de Recurso Especial -y su correlativa aportación documental- no tenían como objetivo -exclusivo- justificar la baja de un expediente pasado con uno futuro-. Nuestra pretensión no era otra que mostrar como la discrecionalidad técnica -que esta parte no niega, pero si acota- puede conducir a una conclusión errónea -en realidad, absurda, como efectivamente ha ocurrido-: que el órgano de contratación intente negar, basándose en la discrecionalidad técnica, aquello que afirma, prístina y meridianamente, nada menos que con actos propios -los precedentes y antecedentes-. Y esta tensión - discrecionalidad técnica vs. actos propios- en derecho, no tiene más que una solución.

Como señalamos antes, con menos precisión, el resultado al que llega el órgano de contratación -basándose en la discrecionalidad técnica, como ha quedado dicho-, constituye lo que en términos lógicos se conoce como una "reducción al absurdo", que no tiene más virtualidad que servir para desechar el argumento -esto es, constituye prueba suficiente de que el informe técnico no está suficientemente motivado, que es la opción, en el orden lógico, que primero corresponde seleccionar, o/y, que en ese informe técnico se ha cometido un vicio, un exceso: la arbitrariedad-. Evidentemente, como no puede ser de otra manera, esta parte afirma con rotundidad que puede cambiarse de criterio -justificándolo adecuadamente al efectuar el requerimiento o, con plenas garantías, tras su incorporación a los Pliegos-, pero constituye un imposible pretender cambiar de criterio a la vez que se afirma lo contrario mediante actos propios-los precedentes y antecedentes, que no solo muestran que la oferta puede ser cumplida, sino cumplida a plena satisfacción del órgano contratante-. Por ello entendemos que por la contraparte se ha vulnerado la doctrina de los actos propios

El propio Tribunal Supremo, en su antigua sentencia de 8 de noviembre de 1895, viene en certificar el origen romano de este principio, al señalar: (...)

La doctrina civilista, por su parte, viene en explicar este principio de diversa manera. Así, y entre otros muchos, Díez-Picazo concluye que: (...)

Por su parte, Quirós Lobo (vid. Los principios generales del derecho en la doctrina laboral, Aranzadi, Madrid [1984]), lo conceptualiza de la siguiente manera: (...)

Será el Tribunal Constitucional quien otorgue las claves, al afirmar que: (...)

Con posterioridad, el Tribunal Supremo, a través de una extensa jurisprudencia, establecerá las bases, requisitos y contenido de esta regla. Así: (...)

Por otro lado, la regla según la que nadie puede ir contra sus propios actos constituye una verdadera norma jurídica, emanada de la buena fe, límite impuesto al ejercicio de los derechos subjetivos (art. 7 del Código Civil), de modo que la iniciativa de su aplicación corresponde en exclusiva a los Tribunales, sin necesidad de previa invocación de las partes, conforme al brocardico iura novit curia, que permite a los mismos resolver los litigios con aplicación de normas distintas de las invocadas por los litigantes, por más que respetando siempre los hechos alegados y la causa de pedir (STS 353/2005, de 18 de mayo).

Expuesto y resuelto lo anterior, definitivamente, debe señalarse que el art. 149.4 LCSP establece una relación cerrada -numerus clausus- de aquellos valores sobre los que la mesa puede solicitar información adicional a las empresas que hubiesen formulado una oferta incurrida en presunción de anormalidad. Pues bien, la solicitud que se efectuó a SACROG 85, S.L. transcribía literalmente esos valores, sin que en ningún momento se le solicitara que desglosara económicamente la oferta -en todos los precios- para poder valorar su viabilidad, sino que desglosara y justificara el bajo nivel de precios o coste o de cualquier otro parámetro en virtud de cual hubiese obtenido la anormalidad de





ADMINISTRACION DE JUSTITIA

su oferta. Nótese que el mecanismo lógico en el que opera la justificación (argumentos) es el de llevar al órgano de contratación de A (oferta anormalmente baja) a B (viabilidad/inviabilidad de la misma razonada), a través de la valoración técnica (valoración de argumentos), conforme al siguiente esquema lógico:

A (oferta) + justificación e informe técnico → B (viabilidad/inviabilidad razonada)

Pero, al establecer requisitos y criterios no impuestos por la norma y pliegos - sorprendentemente impuestos bajo la coartada de una estricta objetividad-, el mecanismo lógico se pervierte, de manera que ahora la justificación (argumentos), sin informe técnico (valoración de argumentos) no lleva adonde la norma prevé, sino a otro estado distinto B', en el que sin razón fundamentada se declarará la viabilidad/inviabilidad de la oferta conforme a otro esquema lógico distinto al legal:

A + justificación sin informe técnico → B' (viabilidad/inviabilidad sin fundamentación)

Según ese nuevo esquema, que excluye el juicio técnico discrecional y lo sustituye por un criterio objetivo la Resolución de exclusión -el acto de trámite que decidía directa o indirectamente sobre el fondo del expediente y constituyó el objeto del Recurso Especial-, a la vez que denomina al cuadro de precios del expediente como "cuadro de unidades finito", reprocha a la recurrente algo que no había sido objeto de requerimiento: la falta de acreditación de la rebaja de todas y cada una de las unidades del cuadro de precios, alejándose innegablemente de la finalidad de las justificaciones en presunción de temeridad que deben ofrecer al órgano de contratación argumentos que permitan explicar la viabilidad y seriedad de la oferta.

Dicho de otro modo y de la forma mas gráfica posible: ¿qué razones aporta, para avalar la viabilidad/inviabilidad de una oferta, el que esta acredite que la licitadora obtendrá de sus proveedores -ex ante- idéntica rebaja en todas y cada una de las unidades de materiales? La respuesta es bien simple: Ninguna. Es evidente que el silogismo esta mal construido: de ese hecho -acreditar la rebaja de proveedores ex ante, para todas y cada una de las unidades del cuadro de precios de materiales-, no se deriva, inequívoca y necesariamente, aquella conclusión -viabilidad/inviabilidad de la oferta-, dado que son otros muchos los elementos que han llevado al licitador a formular su oferta en la forma en que lo hizo.

Por tanto, afirmaciones estereotipadas o apodícticas sobre la ausencia de "soporte documental o cálculo alguno" no constituyen argumento hábil para considerar inviable la reducción de gastos generales o costes indirectos de la licitadora, sin remitirse concreta y específicamente al abundantísimo soporte documental de la justificación de mi representada en conceptos como alquileres de oficinas y almacenes, estructura organizativa, organigrama de personal, gastos financieros y fiscales, etc, que permiten alcanzar las reducciones que se exponían. Ítem más, debe recordarse que el art. 131 RGLC no establece ningún porcentaje para el caso de los costes indirectos y que, conforme al pliego del contrato -cláusula 4-, estamos ante un contrato en el que las necesidades son desconocidas -"...) A medida que aparezcan necesidades para cada una de las Juntas de Distrito, independientemente de su importe y volumen, el responsable del contrato correspondiente podrá requerir al respectivo adjudicatario"- . Así pues, ¿qué tipo de cálculo puede ofrecerse sobre reducción de costes en cualquier unidad de obra de la incluidas en el cuadro que aún no se conoce? Es que, en realidad, al pervertirse el mecanismo lógico legal, esto deja de ser relevante: ya sólo importa que lo ofrecido se refiera a todas la unidades de obra. Si las necesidades son desconocidas, ¿a qué cálculos de costes se refiere el informe técnico que concluye la inviabilidad de nuestra oferta en el Lote 7?, ¿a cálculos hipotéticos?

Obviamente, en la justificación se evitaron los cálculos hipotéticos o fundados en prácticas inadecuadas, que la ley proscribe, fundamentando siempre con arreglo a nuestra experiencia como prestadora de servicios y, ante el desconocimiento de las necesidades concretas, argumentando de manera genérica, como no puede ser de otra forma, pero acreditando los conceptos de reducción de gasto, como no se discute de adverso.

Por ello procede estimar el recurso.



- ASPECTOS DOCTRINALES SOBRE OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS.

Vamos a referirnos, en primer lugar, a la Resolución del TACRC 121/2012, que entendemos ilustra

con claridad el cambio de criterio operado en la materia que nos ocupa: (...)

La legislación contractual de 2017 sigue esa estela lógicamente, pero, además, a diferencia de la legislación anterior la presentación de una oferta anormalmente baja no va a tener consecuencia alguna, al menos no determinante, sobre su admisibilidad. En efecto, si en la legislación anterior las cautelas para prevenir el riesgo de incumplimiento contractual desembocaban, o bien en la exclusión de la oferta, o bien en el reforzamiento de las garantías que se exigían al adjudicatario, en la norma vigente las previsiones legales tan solo contemplan la previsión de que se establezcan los mecanismos adecuados para realizar un seguimiento pormenorizado de la ejecución del contrato, con el objetivo de garantizar la correcta ejecución de éste sin que se produzca una merma en la calidad de los servicios, las obras o los suministros contratados.

De esta forma, y en el actual marco regulatorio, lo que permite que una oferta sea considerada anormalmente baja, y se exijan con ello cumplidas explicaciones al licitador que incurre en ésta, es la estimación de que la proposición no puede ser cumplida por el licitador en los términos propuestos, sin incumplir al mismo tiempo sus obligaciones en el orden social, laboral y medioambiental. La información justificativa, tal como está diseñado el procedimiento contradictorio de verificación de la oferta anormal o desproporcionada, va dirigida a convencer al órgano de contratación de que con la oferta formulada, anormalmente más baja en comparación con las demás del mismo procedimiento competitivo, y con la justificación de su desglose, se pueden cumplir las prestaciones objeto del contrato, de manera que si la justificación es insuficiente o motivadamente no garantiza adecuadamente la ejecución del contrato, atendiendo a la inicial presunción y para preservar el interés público de la licitación la oferta ha de ser rechazada.

Es preciso señalar que el tribunal europeo ha dejado claramente establecido que la motivación adecuada para aceptar que una oferta incurre en la calificación de anormalmente baja, ha de responder a dos cuestiones distintas:

- Por un lado, en lo que se refiere a sus características financieras, que esa oferta no respeta en particular la normativa del país en el que los servicios deberían ejecutarse, en materia de remuneración del personal, de aportaciones al régimen de seguridad social y de respeto de las normas de seguridad y salud en el trabajo;
- Y de otro, que se ha comprobado fehacientemente que el precio propuesto no incluye la totalidad de los costes inducidos por los aspectos técnicos de la oferta seleccionada (sentencia de 15 de octubre de 2013, European Dynamics Belgium y otros/EMA, T-638/11, EU:T:2013:530, apartado 68).

Es decir, para la jurisprudencia europea, junto al aspecto formal referido a la obligación de otorgar trámite de audiencia al licitador que es el aspecto siempre destacado, lo relevante e imprescindible es cumplir con la obligación de verificación de la viabilidad de los elementos de la oferta que pesa sobre el poder adjudicador.

Para continuar exponiendo la doctrina sobre la materia, debemos citar la Resolución 705/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales: (...)

También la Resolución 213/2020 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía: (...)

Seguidamente, la Resolución 1079/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales: (...)

Resulta de interés traer a colación la Resolución 859/2018 del TARC: (...)

También debemos citar el Informe de la Junta Superior de Contratación Administrativa de Valencia 2/2018, de 27 de febrero de 2018: (...)

Además resulta ilustrativa la RESOLUCIÓN no303/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (...)

Tenemos que mencionar la Resolución 364/2020 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. (...)

La Resolución 77/2018 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, ilustra con claridad la necesidad del requisito de la motivación de la exclusión en el informe del órgano de contratación. En relación con ese informe, el TACRC (por todas, Resoluciones 24/2011,





de 9 de febrero, y 72/2012, de 21 de marzo), extrae las siguientes conclusiones: (...)  
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE GRANADA (...)

Y finalmente, la Resolución 142/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que resume su doctrina sobre el particular: (..)

En definitiva, en lo que aquí interesa, si la justificación de la oferta inicialmente incurso en baja anormal o desproporcionada no se considera suficiente, la motivación del informe ha de ser exhaustiva de forma que desmonte las justificaciones aportadas por la entidad licitadora. Y en lo que se refiere a la justificación que ha de ofrecer el licitador, no es preciso que se justifique de forma exhaustiva todos los términos de su oferta, sino de ofrecer una justificación fundada que permita al órgano de contratación que el contrato se puede llevar a cabo. Y en este último extremo es donde debemos considerar que la empresa licitadora ya era adjudicataria de un contrato con idéntico objeto, con una baja casi idéntica y que había sido ejecutado a satisfacción completa de la administración contratante.

Por tanto, la simple aplicación de esas premisas a los elementos fácticos que hemos explicado anteriormente, nos ofrece como resultado si el órgano de contratación ha errado en su cometido, pues entendemos que ha quedado sobradamente acreditado que el precio ofertado no contiene anomalías en su justa cuantificación y, aun siendo anormalmente bajo, queda garantizada la correcta ejecución del contrato sin que se pongan en cuestión la correcta aplicación de normas laborales, sociales o económica.

**- LA RESOLUCIÓN RESPETUOSAMENTE RECURRIDA ES NULA DE PLENO DERECHO POR AUSENCIA O INSUFICIENCIA DE MOTIVACIÓN Y VINCULACION DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO.**

En segundo lugar, debemos señalar la flagrante ausencia o insuficiencia de motivación y vinculación del informe técnico que trae causa de la Resolución respetuosamente recurrida.

El informe técnico evaluador de nuestra oferta por estar incurso en presunción de temeridad no ha contradicho las justificaciones ofrecidas por mi representada. En el citado informe, se hace un análisis absolutamente estereotipado de algunas de las justificaciones ofrecidas, que no cumple los parámetros exigibles, en cuanto motivación reforzada, que lleve a tener por acreditada la inviabilidad de la oferta. Como ha quedado expuesto, SACROG 85, S.L. presentó justificación de oferta en presunción temeridad exclusivamente en el Lote 7 - distrito Carretera de Cádiz-, que fue su preferencia no1, con una baja sobre el cuadro de precios del 49,92 %.

En la parte final de la página 25, resolución 37/2021, advertimos un flagrante error al citar literalmente lo siguiente: “debemos tener en cuenta que la oferta de la recurrente implica: de un PBL de 507.526,30 euros la oferta presentada ha sido de 254.169,17 euros”

Aclarar que la oferta de la recurrente es una baja al cuadro de precios, y siendo el PBL de 507.526,30 más IVA la adjudicación será por el mismo importe. Hecho acreditado en la formalización del Expediente 141/20 y en la propia acta del resolución del mismo.

La elección del Lote 7, como prioridad 1, no es casual, dado que en el momento de la licitación del expediente 141/20, SACROG 85 S.L. era la prestadora del servicio del Lote 7, en el expediente de contratación predecesor con el mismo objeto, esto es, Expte. 30/18, SERVICIOS EN EQUIPAMIENTOS PÚBLICOS, cuya ejecución finalizó el 31 de diciembre de 2020, y en el que resultó adjudicataria con una baja del 49,76 %. En dicho expediente la mercantil a la que represento resultó adjudicataria ya que el órgano de contratación entendió justificada la oferta en presunción de temeridad, según notificación de adjudicación de fecha 27/07/2018 -al tratarse de documentación de otro expediente, se anexa al presente recurso, especificando las páginas 14, in fine, a 22, inicio, que prueban lo que aquí se dice-, en la que fueron aceptados argumentos idénticos a los ahora rechazados.

Corresponde pues analizar tanto la justificación, argumentos y material probatorio, ofrecidos por SACROG 85, S.L relativos a la viabilidad de su oferta, la respuesta ofrecida por el órgano de contratación a esas argumentaciones y pruebas y, finalmente, el precedente administrativo. En su





ADMINISTRACIÓN  
JUSTITIA

exposición nos vamos a tomar la licencia de invertir ese orden, a los efectos de la mayor claridad posible, haciendo referencia, en primer lugar, al precedente administrativo.

SACROG 85, S.L. fue la adjudicataria de idéntico lote en el contrato idéntico (Expte. 30/18) al que se refiere la Resolución objeto de Recurso (Expte. 141/20), tal como acreditaba en la documentación relativa a la justificación de oferta en presunción de temeridad del expediente 141/20 -apartado 4.5: "Experiencia en obras y Servicios similares realizados con éxito y actualmente en ejecución", Anexo no17-, adjuntando los certificados de buena ejecución del citado Expte 30/18 -viable y ejecutado a satisfacción, lo cual supone, indudablemente, una garantía de la viabilidad de su oferta, en idéntico lote en el expediente que nos ocupa, 141/20-.

Debemos destacar aquí que las ofertas de SACROG 85, S.L. en ambos expedientes difieren en sólo 0,16 puntos porcentuales, siendo reseñable lo siguiente:

- El cuadro de precios del Expte. 141/20 incluye unas 26.400 partidas de precios unitarios, que incluyen coste directo y coste indirecto, constituyendo precios de ejecución material, a los que habrá que añadir el 13% de Gastos generales y el 6% de beneficio industrial.
- El cuadro de precios del Expte. 30/18 incluye unas 24.600 partidas de precios unitarios, que incluyen coste directo, coste indirecto, gastos generales y beneficio industrial.
- La variación del precio unitario de las partidas coincidentes en ambos expedientes es inferior al 0.20% de media, lo que indica que el cuadro de precios del Expte. 141/20 arroja sobre el precio final casi un 19% extra en concepto de Gastos Generales y Beneficio industrial, que el cuadro de precios del Expte. 30/18 no contemplaba.

La simple exposición de esos hechos, incuestionables, prueba que el cuadro de precios del Expte. 141/20 es mucho más favorable que el de su predecesor, Expte. 30/18, en el que SACROG 85, S.L. resultó adjudicatario de idéntico lote al que se refiere este recurso: aún estando incurso en una baja idéntica, la justificación que formuló, idéntica a la que ahora realiza, fue estimada, los trabajos contratados se realizaron con éxito, en el plazo previsto, y el Ayuntamiento de Málaga expidió el oportuno certificado de buena ejecución.

Continuemos señalando hechos incontestables. La oferta presentada para el lote 7 se aproxima al umbral de anormalidad fijado en el requerimiento, es decir, se incurre en presunción de temeridad por un porcentaje del 6,05 %. El importe para los dos años del contrato para ese lote es de 507.526,30 € +IVA, lo que supondría en términos económicos una desproporción de 30.705,34 € + IVA en los dos años de contrato, y anualmente una desproporción de 15.352,67 € + IVA. Diferencia que no introduce la posibilidad de que ahora sea rechazado lo que antes se admitió y se llevó a cabo a satisfacción, salvo que se haya errado en la exclusión.

Debe recordarse, además, que la recurrente en la citada documentación relativa a la justificación de oferta en presunción de temeridad, expediente 141/20, en su punto no 9: "Constitución de garantías. Garantías adicionales" de la justificación de presunción de temeridad aportada-, constituyó además de la garantía definitiva establecida, una garantía complementaria por importe de 25.376,315 euros equivalentes al 5 por ciento del importe de adjudicación por estar incurso en presunción de anormalidad, según se establece en la cláusula 8 del pliego de condiciones económico-administrativas que rigen el contrato.

Sacrog acepta esta garantía adicional que concreta el pliego, la ley del contrato, evidentemente, debido a su elevada solvencia económica en relación al contrato, que acreditó en su justificación y que como no podía ser de otra manera no se rebatió.

Además como otra solución adicional para convencer al órgano de contratación de que la ejecución del contrato en ningún caso estaría en riesgo, acredito su solvencia técnica y económica, con multitud de certificados de buena ejecución de expedientes similares muchos de ellos para el propio ayuntamiento de Málaga, incluyendo además los del citado expte predecesor 30-18. Basando estos argumentos en el punto número 6 del art 85 del propio RGLP.

Desestiman este argumento, en las páginas 21 y 22 de la resolución 37/2021 relatando que la solvencia, se exige para la presentación de ofertas, reconociendo después que existe relación entre la solvencia y la oferta, para afirmar finalmente que con la solvencia no basta para justificar la oferta. Con esta afirmación faltan a la realidad de nuestra justificación, ya que es apoyo





ADMINISTRACION  
DE ARGUMENTO.

fundamental para la misma nuestra experiencia y nuestra solvencia y no es ni mucho menos el único

JUSTIFICACIÓN muy ilustrativo para la Sala a la que tenemos el honor de dirigirnos, efectuar una comparativa un poco más pormenorizada del expediente predecesor -30/18, en el que resultó adjudicataria- y del que nos ocupa ahora -expediente 141/20, en el que se excluyó-, recuérdese en idéntica baja, con idéntica justificación, para el mismo lote.

Nos remitimos, en aras de economía procesal, a nuestro recurso especial formulado en su día.

De la comparativa más detallada se corrobora lo que antes se dijo, así como que ambos expedientes de servicios tienen el mismo objeto y en los dos se desconocen las necesidades. Esto es, en el 141/20, para la confección de presupuestos y facturación de todas las operaciones de conservación y mantenimiento, el cuadro de precios unitarios irá afectado por un aumento del 13% (trece por ciento) de gastos generales y un 6% (seis por ciento), de beneficio industrial, mientras que en el Expte. 30/18 el cuadro de precios lleva incorporados los gastos generales y beneficio industrial.

Como ya se ha dicho, y ahora se amplía, ambos expedientes de contratación - constituido por más de VEINTISEIS MIL partidas con precios unitarios en el caso del Expte. 141/20 y más de VEINTICUATRO MIL partidas con precios unitarios en el caso del Expte. 30/18, a su vez están descompuestas en decenas de miles de precios simples-. Los cuadros de precios sólo difieren (cuantitativamente) en menos de un 10% en cuanto al número de partidas y en menos de un 0.20% en cuanto a la variación media del total de los precios coincidentes en ambos expedientes -sin contar el 19% extra en concepto de Gastos Generales (13%) y Beneficio Industrial (6%) que contempla el Expte: 141/20-.

Expuesto lo anterior, debe señalarse que el art. 149.4 LCSP establece una relación cerrada - numerus clausus- de aquellos valores sobre los que la mesa puede solicitar información adicional a las empresas que hubiesen presenten una oferta incursa en presunción de anormalidad. Pues bien, la solicitud que se efectuó a SACROG 85, S.L. transcribía literalmente estos valores, sin que en ningún momento se le solicitara que desglosara económicamente la oferta para poder valorar su viabilidad, sino que desglosara y justificara el bajo nivel de precios o coste o de cualquier otro parámetro en virtud de cual hubiese obtenido la anormalidad de su oferta.

Pero, en la Resolución de exclusión -el acto de trámite que decide directa o indirectamente sobre el fondo del expediente-, a la vez que se denomina al cuadro de precios del expediente como "cuadro de unidades finito", se reprocha a la recurrente -lo que no había sido objeto de requerimiento-: la falta de acreditación de la rebaja de todas y cada una de las unidades del cuadro de precios, así como una acreditación exhaustiva de los distintos componentes de la misma, alejándose innegablemente de la finalidad de las justificaciones en presunción de temeridad, cuyos fundamentos son ofrecer al órgano de contratación argumentos que permitan explicar la viabilidad y seriedad de la oferta.

Como muestra de este posicionamiento, conviene traer a colación la Resolución nº 685/2016 del TARC. (...)

De manera que en la justificación remitida se detallaron punto por punto aquellos elementos que suponían un gran ahorro, y que permitían realizar oferta en los términos en los que mi representada la formuló. Incluso, a los efectos de ampliar explicaciones, se realizó la justificación aclarando en cada apartado la referencia a los puntos correlativos del requerimiento efectuado.

Sin embargo, el Informe Técnico de la mesa no rebate estas explicaciones y argumentos incluidas en la justificación -ausencia pues de motivación-. Tampoco la hay a los efectos de valorar los diferentes elementos que concurren en la oferta, ni las características de la propia empresa licitadora. Tanto los informes técnicos como la resolución del órgano de contratación no contradicen y ni siquiera entran a considerar los siguientes apartados de la justificación de temeridad, evidenciando de esta manera la aceptación de las mismas. Ni se rebaten/contradicen, ni siquiera se consideran los argumentos en los siguientes apartados de la justificación -que fueron objeto de requerimiento-:

El ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción -justificado en los apartados 2 y 3 de la justificación de presunción de temeridad-.





ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

- Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables que concurren en la recurrente para prestar los servicios- justificadas en los apartados 2 y 4 de la de memoria y en sus correspondientes anexos de la justificación de la temeridad.

-La innovación y originalidad de las soluciones propuestas por la recurrente para prestar los servicios, justificado en el apartado no 2. de la de memoria y en sus correspondientes anexos de la justificación de la temeridad.

- El respeto a las 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 de la LCSP.- justificado en el Apdo. no 5 de la de memoria y en sus correspondientes anexos de la justificación de la temeridad.

- La obtención de ayudas- que la recurrente acredita en el Apdo. no 6 -Ayudas del Estado- de la de memoria y en sus correspondientes anexos de la justificación de la temeridad -anexo 6 y anexos 8 a 15-

En este sentido, el de las condiciones excepcionales que concurren en la mercantil a la que represento a los efectos de justificar la baja que realizaba, debe citarse la Resolución 862/2015 del TACRC en la que se dice textualmente: (...)

También, redundando en lo dicho, puede citarse la Resolución 812/2018 del TARC: (...)

A juicio de esta parte, la Resolución respetuosamente recurrida, como decíamos, carece de motivación.

Debemos recordar la necesidad de motivación de los actos administrativos por parte de la Administración. Así, el art. 35 i) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas señala: (...)

Hemos de traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 19 de febrero del 2013, Recurso 6429/2011: (...)

Muy expresiva y didáctica de la situación jurisprudencial sobre el alcance de la potestad jurisdiccional ante el vicio de la falta de motivación, es la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 31 de mayo de 2012, recurso 3090/2011: (...)

Por ello, debemos recordar que requerir la motivación del acto administrativo discrecional es, también, garantía de la interdicción de la arbitrariedad del poder público y su control no es tarea ajena a la función jurisdiccional -art. 106.1 CE-. Puesto que, de otro lado, la falta de motivación suficiente del acto administrativo, lo convierte en arbitrario. No permitiendo al administrado conocer el fundamento, las circunstancias, ni los motivos que han llevado a la desestimación de sus intereses, coartándole su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a su derecho de defensa. En definitiva, la Administración ha de estar en todo momento en condiciones de explicar que no ha ejercido de forma arbitraria sus facultades discrecionales, de modo más riguroso si su actuación afecta a los derechos fundamentales, libertades públicas y valores constitucionales -Sentencia del Tribunal Constitucional no 163/2002-.

La motivación improvisada, tanto del informe técnico como del acuerdo de resolución, contradice el criterio de los tribunales y de la doctrina imperante, no tiene en cuenta las pruebas aportadas y está destinada a fundamentar una resolución preconcebida cuya finalidad es la de excluir determinadas bajas, con independencia de que estas sean viables o no. Así, el acuerdo despacha en poco más de tres párrafos casi cien folios y su documentación anexa -que según nuestro criterio justifican sobradamente la solvencia de la oferta-, basándose exclusivamente en argumentos vacuos y estereotipados.

Cuando la documental o los argumentos expuestos para la justificación son interpretables, el órgano administrativo esgrime que tales datos no son suficientes para acreditar la solvencia de la oferta; sin embargo, cuando los datos aportados son irrefutables y no dejan margen a la interpretación se omite cualquier valoración al respecto. Dicho de otra forma, si el margen de discrecionalidad permite un pronunciamiento desfavorable a la justificación, se atenderá al resultado de valorar arbitrariamente este por encima de cualquier otra prueba, pero, si los argumentos expuestos son incontestables y procedente administrativo o incentivos y ayudas públicas-, y no favorecen al argumentario preconcebido con el que excluir determinadas bajas - expresión puramente subjetiva, no objetiva-,





ADMINISTRACION  
DE OMO

se omite toda justificación.

ADMINISTRACION DE OMO sostiene la STS SCA de 10 de mayo de 2017 (recurso 2504/2015): (...)

JUSTIFICA pues evidente que la motivación no debe ser un mero rito, sino que tiene un valor instrumental, cuya finalidad es permitir al administrado conocer los motivos de la Administración, permitiendo la impugnación de sus acuerdos sin que se produzca indefensión. Acreditada pues la deficiente motivación, en unos casos, o la ausencia de la misma en otros, con apartamiento injustificado del precedente, entendemos que el recurso que ahora se formula debe ser estimado, declarándose la nulidad de la Resolución objeto del mismo.

**- LA RESOLUCIÓN RESPETUOSAMENTE RECURRIDA ES NULA DE PLENO DERECHO POR VULNERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA CONTRATACIÓN.**

En tercer lugar, a juicio de esta parte, la Resolución respetuosamente recurrida es nula de pleno derecho por vulneración de los principios más elementales de la contratación pública.

Es un hecho innegable que el PCAP parte de la premisa de que la elección de los criterios se encuentra presidida por la satisfacción del interés público que persigue todo contrato, de manera que los mismos han de ser coherentes con el objeto, las características y la propia naturaleza del contrato. De la misma forma, cuando una oferta es clasificada en primer lugar, esto es, resulta ser la proposición económicamente más ventajosa, la Administración debe seleccionar y proceder a su adjudicación en virtud de lo dispuesto en el art. 1.1 LCSP, que dice textualmente lo siguiente: (...)

El concepto de oferta económicamente más ventajosa en la contratación pública procede del Derecho comunitario, que lo define como aquella que presenta la mejor relación calidad/precio. Es decir, cabe distinguir entre aquellos procedimientos que seleccionan la oferta que presente el precio más bajo, y aquellos otros que la seleccionan en función de una pluralidad de criterios. En éstos últimos, la oferta finalmente seleccionada es la que en su conjunto presenta las mejores condiciones a juicio del órgano de contratación y por lo tanto no coincide necesariamente con la que oferte el precio más bajo. Desde esta perspectiva, tanto a nivel de calidad como económico, la oferta de SACROG 85, S.L. para el lote de su interés, es la oferta más ventajosa. Y si la finalidad de los procedimientos de adjudicación es, como dice el precepto transcrito, la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, sobre esta debe recaer la adjudicación.

La jurisprudencia comunitaria ha destacado la obligación de informar previamente a los licitadores de los criterios de adjudicación y, si ello es posible, de su ponderación relativa. Ambas cuestiones tienen por objeto garantizar los principios de igualdad de trato y de transparencia (SSTJUE de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C 470/99, y de 24 de noviembre de 2005, ATI EAC y Viaggi di Maio y otros, C 331/04), e implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento, que no podrán ser objeto de distintas interpretaciones a lo largo del procedimiento de adjudicación (STJUE de 18 de noviembre de 2010, Comisión/Irlanda, C- 226/09).

A este respecto, serán admisibles todos los criterios que tengan carácter objetivo y no impliquen ningún elemento arbitrario (STJUE de 20 de septiembre de 1988, Beentjes, C-31/87), pues, los criterios que las entidades adjudicadoras pueden utilizar no se enumeran con carácter exhaustivo en la norma comunitaria, que, por tanto, deja a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación del contrato que vayan a utilizar, aunque tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa (SSTJUE de 20 de septiembre de 1988, Beentjes, C-31/87, de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C19/00, de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, y de 19 de junio de 2003, GAT, C-315/01).

Por consiguiente, se excluyen como "criterios de adjudicación" aquellos que no van dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa, sino que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión (STJUE de 24 de enero de 2008, Lianakis y otros, C-532/06). Ítem más, si bien no está excluida la posibilidad de que los órganos de contratación utilicen como criterio una condición relacionada con la lucha contra el desempleo, ésta deberá respetar todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en





ADMINISTRACION  
Diputación  
JUSTI

particular, el principio de no discriminación que se deriva de las disposiciones del Tratado en de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios (STJUE de 26 de septiembre de 2000, Comisión/Francia, C-225/98).

Efectivamente, la preservación de los principios debe ser singularmente garantista en la fase de licitación, para la clasificación, remitiéndonos al art. 132 LCSP, cuando habla de licitadores o candidatos y, sobre todo, cuando se exige no favorecer a un concreto operador, imponiendo criterios de adjudicación ilegales o que restrinjan la competencia.

En definitiva, es durante la fase de aplicación de los criterios de adjudicación (art.146 LCSP) y clasificación de ofertas cuando se debe velar por esos principios, puesto que la fase de aportación de documentos para ser adjudicatario es un acto reglado en el que la Administración carece de discrecionalidad -aquí no se podrá favorecer ni perjudicar, sino admitir o inadmitir documentación si ésta es completa o incompleta, tal y como sucede en nuestro caso-.

En el caso que nos ocupa, a juicio de esta parte, la Resolución respetuosamente recurrida vulnera los principios más elementales de la contratación, por cuanto se ha adjudicado el contrato a la empresa que no presentó la oferta económicamente más ventajosa.

- LA RESOLUCIÓN RESPETUOSAMENTE RECURRIDA ES ANULABLE POR CUANTO SE AFIRMA QUE MI MANDANTE NO JUSTIFICÓ ADECUADAMENTE NINGUNO DE LOS PUNTOS REQUERIDOS EN EL ARTÍCULO 149 LCSP CUANDO LO BIEN CIERTO ES QUE SÍ.

En cuarto lugar, la Resolución respetuosamente recurrida es anulable por cuanto se afirma que mi mandante no justificó adecuadamente ninguno de los puntos requeridos en el artículo 149 LCSP cuando lo bien cierto es que sí.

Muy sucintamente, debemos señalar que el Informe Técnico de Coordinación de Distritos, de 15 de septiembre de 2021, evacuado por el mismo técnico que emitió el del 2 de julio del mismo año, afirmaba:

**“INFORME**

*En relación con el expediente 141/20 correspondiente al CONTRATO DE SERVICIOS DESTINADO A LA CONSERVACIÓN Y MANTENIMIENTO DE COLEGIOS Y EDIFICIOS MUNICIPALES, el funcionario que suscribe informa lo siguiente:*

*Con fecha 4 de mayo de 2021 fue emitido informe por el Técnico del Área de Coordinación de Distritos y Proyectos Integrados relativo a la documentación a requerir a la licitadora SACROG 85 S.L., con CIF B93122430, cuya oferta está incurso en presunción de anormalidad.*

*Examinado el informe por Mesa de Contratación se acordó, por unanimidad, requerir a la citada entidad, para que en el plazo de cinco días hábiles presenten los documentos indicados en el mencionado informe.*

*Con fecha 2 de julio de 2021 se emitió informe propuesta de adjudicación por la que se plantea a la Mesa de Contratación la exclusión de la licitadora SACROG 85 S.L., por no justificar adecuadamente ninguno de los puntos requeridos por el artículo 149 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.*

*Que ha tenido entrada en el Área de Coordinación de Distritos y Proyectos integrados petición de informe relativo al recurso especial en materia de contratación presentado por la licitadora SACROG 85 S.L., contra la Resolución de la Teniente de Alcalde Delegada del Área de Contratación y Compras, de fecha 12 de agosto de 2021, por la que se excluye a la recurrente del procedimiento de licitación.*

*Que, dada la motivación para la propuesta de exclusión de la licitadora, no se observa en el escrito de recurso nueva documentación que, habiendo podido ser entregada en el momento de la comunicación de la necesidad de justificación de la oferta anormalmente baja, ponga de manifiesto errores u omisiones que hubieran de ser tenidas en cuenta en la resolución que se adoptó.*

*Asimismo, tampoco se observan datos económicos que demuestren contradicciones u errores en la motivación del informe técnico.*

*En consecuencia, como funcionario emisor, me ratifico en mi informe emitido con fecha 2 de julio de*



es cierto que se ponían en duda determinadas justificaciones de la justificación de viabilidad presentada por mi mandante, no es menos cierto que la gran mayoría de apartados a justificar no fueron discutidos por el meritado técnico a lo largo del expediente de contratación. Ésta afirmación, en la que se basa tanto el Tribunal de Contratos como el Ayuntamiento demandado, para no entender justificada la oferta de mi mandante, es lo que debe comportar, subsidiariamente, la anulabilidad de la Resolución respetuosamente recurrida.

**TERCERO.-** La defensa de la Administración opone, en síntesis:

- Disconforme con los alegados de contrario en todo aquello que no resulte indubitadamente del expediente administrativo obrante en autos o sea cumplidamente acreditado en el período probatorio, si lo hubiere.

Mediante resolución de fecha 2 de octubre de 2020, del Teniente de Alcalde Delegado de Economía y Hacienda, Contratación y Compras, Intervención y Tesorería (por delegación de la Ilma. Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Málaga), se dispuso iniciar la tramitación del expediente de contratación no 141/2020, para la prestación del servicio de conservación y mantenimiento de colegios y edificios municipales.

Por acuerdo de 13 de noviembre de 2020, la Junta de Gobierno Local aprobó el indicado expediente, así como los pliegos de condiciones económico-administrativas (PCEA) y técnicas (PCT) rectores de la licitación (fols. 1 a 90), disponiéndose la apertura del procedimiento de adjudicación.

El presupuesto base de licitación del contrato ascendía a la cantidad de 3.563.425,16.- €, y el valor estimado del mismo a la cantidad de 5.889.958,94 euros (IVA excluido). El plazo de ejecución previsto era de dos años, a contar desde su formalización, siendo prorrogable hasta un máximo de dos anualidades. El objeto del contrato se encontraba dividido en once lotes, uno por cada distrito municipal (fols. 1 a 6).

El plazo para la presentación de ofertas expiraba a las 13:00 horas del día 14 de diciembre de 2020.

La empresa recurrente, SACROG 85, S.L., presentó oferta a los lotes 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10 y 11

En sesión celebrada el 26 de febrero de 2021, la Mesa de Contratación procedió a la apertura del sobre electrónico nº 2, correspondiente a la “*proposición económica y documentación relativa a los criterios de adjudicación evaluables de forma automática mediante fórmulas*”, acordando remitir a los técnicos del área proponente del contrato las ofertas presentadas, para su correspondiente evaluación.

En su siguiente sesión, celebrada el día 11 de mayo de 2021, la Mesa de Contratación examinó el informe emitido el 4 de mayo anterior por el Área de Coordinación de Distritos, en el que se identificaban como ofertas incursas en valores anormales o desproporcionados las presentadas por siete licitadores, entre los que se encontraba SACROG 85, S.L. Consecuentemente, conforme a lo establecido en el artículo 149.4 LCSP- 2017, se requirió a los licitadores para que presentaran la oportuna justificación.

La recurrente presentó justificación de su oferta, si bien referida tan sólo al Lote 7 (Distrito Carretera de Cádiz, con un presupuesto base de licitación de 507.526,30.- €), no aportando justificación respecto de los lotes 2, 3, 4, 8, 9, 10 y 11, manifestando su voluntad de ser excluida de los mismos a la hora de llevar a cabo la respectiva valoración de ofertas.

En fecha 2 de julio de 2021, se emitió informe por el Área de Coordinación de Distritos (fols. 8759 y ss.) en el que se analizaban los documentos presentados por los licitadores incursos inicialmente en baja anormal, proponiendo excluir de la licitación a cuatro de ellos —entre los cuales se encontraba la entidad hoy demandante— al entender que no habían justificado adecuada y suficientemente el carácter anormalmente bajo de sus ofertas. Asimismo, se analizaban las ofertas admitidas, proponiendo las adjudicaciones de los diferentes lotes a las ofertas que habían alcanzado la mayor puntuación en cada uno de ellos.



La Mesa de Contratación, en su sesión de 8 de julio de 2021, acordó por unanimidad aprobar el precitado informe y, consecuentemente, proponer al órgano de contratación la exclusión de, entre otras empresas, SACROG 85, S.L., por los motivos expuestos en el mismo.

Mediante resolución de 12 de agosto de 2021, la Directora General del Área de Contratación y Compras aceptó la propuesta de la Mesa de Contratación y, en consecuencia, acordó excluir -entre otras- a la empresa recurrente del procedimiento de licitación, notificándose dicha decisión -a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público- en fecha 13 de agosto de 2021.

Con fecha 6 de septiembre de 2021, SACROG 85, S.L. interpuso recurso administrativo especial en materia de contratación contra la citada resolución de exclusión, siendo desestimada por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga (TARCAM) mediante Resolución nº 37/2021, de octubre de 2021.

- Manifiesta la recurrente que el informe de 2 de julio de 2021 en el que el Área proponente del contrato (Coordinación de Distritos) analizaba las bajas anormales en las que estaban incursas las ofertas de varias empresas, es arbitrario e inmotivado.

Y para apoyar dicha argumentación afirma, por un lado, que en el precitado informe se incluye un criterio de justificación de las bajas anormales que no aparece recogido ni en la ley ni en los pliegos, cual es la necesidad de justificar la rebaja que se efectúa sobre los precios contenidos en el cuadro obrante a los folios 91-7774 de forma pormenorizada y respecto de cada uno de ellos.

Por otro, que el informe se limita a realizar un análisis meramente estereotipado, con razonamientos apodícticos, contrariando la normativa que regula la exclusión de ofertas.

Y por último, que en anteriores licitaciones de naturaleza similar a la presente, habiendo presentado la actora ofertas incursas inicialmente en baja anormal, se aceptó en su día la justificación de éstas, efectuada en términos muy similares a la que ahora se analiza, por lo que se estaría vulnerando la doctrina de los actos propios.

Sin embargo, no es eso lo que se deduce del expediente.

A) Respecto de la primera cuestión, y centrandolo en el análisis en el Lote nº 7, que es al que finalmente licitó la recurrente (Recuérdese que al ser requerida la actora para que justificase la baja anormal en la que se encontraba incursa la oferta que presentó a los lotes 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10 y 11, sólo presentó justificación al lote 7), resulta que su oferta económica ascendía a la cantidad de 254.169,17.- €, siendo el presupuesto base de licitación de dicho lote de 507.526,30 €, ambas cantidades sin IVA. Es decir, la actora presentaba una baja del 49,92 % sobre el tipo, considerándose anormales o desproporcionadas -a tenor de los umbrales señalados en los pliegos rectores de la contratación- todas las ofertas cuyo porcentaje de baja excediera del 43,71% o, lo que es lo mismo, que fueran inferiores a 285.678,55 €.

Aplicando tales límites, se constató que en el mencionado Lote 7 las ofertas de seis licitadores se encontraban en baja anormal (informe obrante a los fols. 7775-7786), por lo que se les solicitó que justificaran que su oferta podía ser cumplida, pese a la inclusión de valores anormales. Los extremos sobre los que debía versar tal justificación eran los siguientes:

- El ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción.
- Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.
- La innovación y originalidad de las soluciones propuestas, para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.
- El respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral, y de subcontratación, no siendo justificables precios por debajo de mercado o que incumplan lo establecido en el artículo 201 LCSP.
- Posible obtención de una ayuda de Estado.

Cualquier otra solución adicional que estimen oportuna.

La parte actora presentó la justificación que obra en los folios 8580 a 8758 (cuerpo del escrito) y 8787 a 8789 (anexos). La estructura de dicha justificación era, sustancialmente, la siguiente:

- Descripción de las obras. Originalidad de las soluciones propuestas. Soluciones Técnicas





adoptadas  
ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTIFICACIÓN económica.

JUSTIFICACIÓN de condiciones favorables en la ejecución del contrato.

- Respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral, y de subcontratación.
- Ayudas del Estado.
- Solvencia de la empresa

Nótese que el requerimiento de justificación no se formulaba en términos de *numerus clausus*, como parece sugerirse de contrario, ya que a los cinco parámetros a los que expresamente alude el artículo 149.4 LCSP se añadía la expresión “*cualquier otra solución adicional que estimen oportuna*”, y ello por cuanto el indicado precepto establece que en caso de que se detecten ofertas anormalmente bajas, la mesa de contratación -o en su defecto el órgano de contratación- podrá pedir justificación a los 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, sobre los valores recogidos en los epígrafes a) a e) del párrafo 4 del precepto. Lo que el legislador establece en el 149.4, por lo tanto, no es en modo alguno una enumeración cerrada, y así lo han declarado numerosas resoluciones de tribunales contractuales, sirviendo de ejemplo la de 27 de noviembre de 2020, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (JUR 2020\364830): *Este artículo no obliga a la Administración a concretar en su petición de justificación aquellas condiciones que la harían viable, sino en términos potestativos, porque de otro modo limitaría las posibilidades de justificación de los mismos. Simplemente señala elementos sobre los que puede girar la justificación.*

(...)

*Adviértase, en este sentido, que el art. 149.4 LCSP (...) se limita a establecer que el requerimiento “deberá formularse con claridad”, de manera que el concreto licitador esté en condiciones “de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta”. Esta exigencia de claridad supone la necesidad de que el licitador tenga conocimiento suficiente de lo requerido a fin de poder realizar la pertinente justificación, pero no supone de por sí que el requerimiento haya de indicar qué aspectos concretos de la oferta han de ser justificados, como se evidencia con la lectura del siguiente párrafo del precepto, cuando señala que la mesa de contratación o en su defecto el órgano de contratación “podrá pedir” justificación 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 valores que se detallan”.*

Se otorgaba, por lo tanto, a los licitadores incursos inicialmente en baja anormal, un amplio margen para justificar la viabilidad de sus ofertas.

En el presente caso, la parte actora optó libremente por justificar su oferta en la forma anteriormente descrita, incluyendo entre la documentación aportada una relación de precios de materiales o unidades de obra a emplear en la ejecución del contrato que no comprendía todos los materiales o unidades enumerados en el cuadro de precios contenido en el anexo del pliego de prescripciones técnicas (fols. 91-7774). Dice la recurrente que nunca se le ha requerido que justificase su oferta con referencia a todas las unidades de obra, lo que es cierto, pues el requerimiento se le realizó en los términos anteriormente expuestos. Pero no puede perderse de vista que, como se pone de manifiesto en el informe tachado de arbitrario e inmotivado, el contrato en cuestión, aún teniendo la naturaleza de contrato de servicios, comprende una serie de actuaciones que se asimilan a pequeñas obras sin proyecto. Concretamente, el pliego de prescripciones técnicas, en su cláusula 4.1 (fol. 73), define su objeto de la siguiente forma:

4.1. *Tipología de las actuaciones que se contemplan.*

*El contrato se corresponde con la ejecución de trabajos de conservación y mantenimiento o actuaciones urgentes en inmuebles incluidos en el Patrimonio Inmobiliario Municipal, así como con trabajos tales como:*

*Trabajos de conservación, reparación y rehabilitación para mantener o devolver a los inmuebles las condiciones de seguridad, salubridad, habitabilidad y ornato legalmente exigibles.*





ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

- Actuaciones de reforma o mejora de la accesibilidad a/en los inmuebles.
- Operaciones de reforma o de mejora de instalaciones de saneamiento, fontanería, electricidad, en su caso adecuándolas a parámetros de eficiencia energética, en inmuebles municipales.
- Medidas cautelares urgentes incluida la consolidación de edificios o parte de los mismos, e incluso la demolición, si procede.
- Cualesquiera otras de semejante naturaleza de conformidad con los artículos 155 y siguientes de la LOUA.
- La ejecución de todas aquellas operaciones necesarias, complementarias de las anteriores.

Por su parte, la cláusula 3 del pliego, relativa al cuadro de precios, establece lo siguiente:  
*Para la confección de presupuestos y facturación de todas las operaciones de conservación y mantenimiento que se ejecuten mediante este contrato, se aplicarán los precios contenidos en la Base de precios que se acompaña como ANEXO al presente Pliego.*

*Los precios incluidos en este CUADRO DE UNIDADES Y PRECIOS se encuentran debidamente descompuestos, en su caso, y deberán ser la única referencia para la confección de las Ofertas Económicas presentadas por los licitadores en la concurrencia al presente Contrato. (...)*

*Los licitadores deben tener en cuenta, que cuando se confeccionen los presupuestos en los que se determinen las actuaciones correspondientes, el número de unidades y su valoración, habrán de hacerlo tomando como referencia el cuadro de precios mencionado al que habrán de aplicar la baja ofertada.*

Resulta evidente, por lo tanto, que el cuadro de precios anexo al pliego de prescripciones técnicas es un elemento fundamental del contrato, pues todas las operaciones de mantenimiento y conservación que se efectúen en ejecución del mismo serán facturadas conforme a dicho cuadro, aplicando a los precios contenidos en éste el porcentaje de baja ofertado por el licitador.

Si se requiere a un licitador para que acredite que puede ejecutar las operaciones de mantenimiento y conservación con arreglo a los precios ofertados por él, y éste circunscribe su justificación bien a precios no incluidos en el cuadro (como fue el caso de otros licitadores) bien a sólo una parte de los precios contenidos en el mismo (cual es el caso de la recurrente), lo cierto es que no está garantizando que en aquellas actuaciones que comprendan precios distintos de los justificados pueda mantener la rebaja ofertada. Y eso es precisamente lo que dice el informe cuestionado de contrario, que difícilmente podrá ser tachado de inmotivado y tampoco de arbitrario.

Por su parte, el TARCMA considera que la propuesta de exclusión contenida en dicho informe técnico está suficientemente motivada, conteniéndose sus razonamientos en las páginas 29 y 30 de la resolución recurrida, en las que afirma, entre otros extremos, lo siguiente:

*En conclusión para el Área de Coordinación de Distritos proponente del contrato, una vez estudiada la justificación aportada por la recurrente, considera que la oferta anormalmente baja, no está explicada y la viabilidad de la propuesta no está acreditada, y por ende correría peligro la ejecución del contrato, siendo dicha motivación de carácter reforzado, a criterio de este Tribunal, teniendo en cuenta que según lo dispuesto en el artículo 102.3 de la LCSP, el órgano de contratación cuidará de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato, mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general del mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas anormales o desproporcionadas.*

(...)

*Siendo reseñable al efecto los razonamientos, que también expresa el informe del órgano de contratación remitido al Tribunal (...)*

En el referido informe del órgano de contratación, parcialmente transcrito en la propia resolución del TARCMA, se afirma que el informe técnico del Área de Coordinación de Distritos cumple con la exigible obligación de contener una motivación sucinta de las razones que llevan a los servicios técnicos, en su labor de asesoramiento a los miembros de la Mesa de contratación, a determinar el carácter incompleto de los valores incluidos en dicha justificación por la recurrente, haciendo su oferta, en consecuencia, inviable. Y añade:

*Efectivamente, la recurrente ha ofrecido una extensa exposición de su situación empresarial, pero*





ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

este aspecto únicamente podría ser tomado en consideración para estimar que su solvencia es la adecuada para el contrato en cuestión. Por contra, en relación con los aspectos que son precisos para el licitador, a juicio de los servicios técnicos, la documentación resulta incompleta e insuficiente para demostrar la viabilidad de los valores de la proposición. La falta de explicación de los motivos por los que ha ofertado un considerable porcentaje de baja cercano al 50% en todos los precios unitarios, contribuyen a poner en duda la fiabilidad de la oferta y, por tanto, al correcto cumplimiento del objeto del contrato.

Por lo tanto, la resolución recurrida explica de forma suficiente los motivos por los que, tras analizar el expediente y los informes obrantes en el mismo, considera que la parte actora no justificó adecuadamente su capacidad de ejecutar el contrato con los precios ofertados.

A mayor abundamiento, si se analiza la justificación económica presentada por la parte actora (fols. 8606 y ss.), difícilmente se podrán localizar en la misma los motivos por los que manifiesta ser capaz de ejecutar el contrato en la cantidad de 254.169,17.- €, ofertando una baja del 49,92 % sobre el presupuesto base de licitación. La recurrente realiza, en primer lugar, un cálculo que denomina "presupuesto base estimado de licitación" de una serie de actuaciones que encajarían en el objeto del contrato, que serían las siguientes (fols. 8609 y ss.):

- Reformas interior colegio público (aseos)
- Instalación de zócalos de vinilo en paredes de centro social
- Reparación de fachada de edificio de centro social
- Impermeabilización de cubierta de colegio público
- Sustitución de claraboyas y reparación de impermeabilización
- Reparación de pavimento de hormigón y saneamiento en patio de colegio
- Sustitución de rejas y ventanas de colegio
- Seguridad y salud

El presupuesto estimado de ejecución material de tales actuaciones, tomando como base el cuadro de precios contenido en el anexo del pliego de prescripciones técnicas, ascendería a 851.622,79.- €. Añadiendo a dicha cifra un 13% de gastos generales, un 6% de beneficio industrial y un 21% de IVA, resultaría un presupuesto de ejecución total de 1.226.251,66.- €, según consta en el folio 8633 del expediente.

A continuación, la parte actora realiza otro cálculo, que denomina "relación valorada de la oferta económica" (fol. 8634), que consiste en aplicar a las mismas actuaciones antes enumeradas unos precios unitarios distintos de los contenidos en el "presupuesto base estimado de licitación". Concretamente, los precios contenidos en la relación valorada suponen una rebaja del 45,84% sobre los indicados en el presupuesto base, porcentaje que no coincide con la baja ofertada por el licitador. Sirvan como ejemplo las siguientes partidas:

Presupuesto base estimado de licitación:

E0101F020 u LEVANTADO APARATOS SANITARIOS					
Levantado de aparatos sanitarios y accesorios, por medios manuales, excepto bañeras y duchas, incluso limpieza y retirada de escombros a pie de carga, sin transporte a vertedero o planta de reciclaje y con p.p. de medios auxiliares.					
Módulo Aseos Niña x Planta					
WC	3	4,00	24,00	2	
Urinales	3	8,00	36,00	2	
Larabos	3	4,00	24,00	2	
Módulo Aseos Niña x Planta					
WC	3	6,00	36,00	2	
Larabos	3	4,00	24,00	2	
			144,00	23,19	3.329,35

Relación valorada de la oferta económica:





ADMINIS  
D  
JUST

u LEVANTADO APARATOS SANITARIOS

Levantado de aparatos sanitarios y accesorios, por medios manuales, excepto bañeras y duchas, incluso limpieza y retirada de escombros a pie de carga, sin transporte a vertedero o planta de reciclaje y con p.p. de medios auxiliares

Modulo Aseo Niño x Planta					
WC	3	4,00	24,00	2	
Urnarios	3	6,00	36,00	2	
Lavabos	3	4,00	24,00	2	
Modulo Aseo Niña x Planta					
WC	3	6,00	36,00	2	
Lavabos	3	4,00	24,00	2	
			144,00	12,59	1.808,64

Presupuesto base estimado de licitación:

R11V20

u2 ENFOCADO PREPARACIÓN ALICATADO

Enfocado fabricado con mortero de cemento y arena de río, CS IV-W1, en pavimentos y estriadas como base de acabado, según NTE RFE-7 y UNE-EN 999-1:2010, medido a cinta corrida

Modulo Aseo Niño x Planta					
	3	2,00	32,96	1.115,43	2
Modulo Aseo Niña x Planta	3	2,00	75,06	912,63	2
			2.028,00	10,61	21.537,36

Relación valorada de la oferta económica:

R11V20N

u2 ENFOCADO PREPARACIÓN ALICATADO

Enfocado fabricado con mortero de cemento y arena de río, CS IV-W1, en pavimentos y estriadas como base de acabado, según NTE RFE-7 y UNE-EN 999-1:2010, medido a cinta corrida

Modulo Aseo Niño x Planta					
	3	2,00	32,96	1.115,43	2
Modulo Aseo Niña x Planta	3	2,00	75,06	912,63	2
			2.028,00	5,75	11.661,30

Aplicando dichos precios, llega a la conclusión de que las referidas actuaciones tendrían un coste de ejecución material, si se aplicara una baja del 45,84% sobre los precios del pliego, de 461.459,02.- €. Sumando a dicha cifra el 7,98% "aprox" de gastos generales, y el 2% de beneficio industrial se obtendría una cifra de 507.526,30.- €. Añadiéndole el 21% de IVA, resultaría un presupuesto general de 614.106,82.- € (fol. 8658).

Por último, la recurrente adjunta un cuadro de precios descompuestos (fols. 8659 y ss.) en el que indica como calcula los precios unitarios incluidos en la relación valorada, pudiéndose apreciar que cuantifica los costes indirectos en un 3%. Sirva como ejemplo el precio correspondiente al levantado de aparatos sanitarios al que anteriormente se hizo alusión:

CODIGO	CANTIDAD	UD	RESUMEN	PRECIO	SUBTOTAL	IMPORTE
<b>CAPITULO 001 REFORMAS INTERIOR COLEGIO PUBLICO (ASEOS)</b>						
<b>SUBCAPITULO C0101 TRABAJOS PREVIOS Y DEMOLICIONES</b>						
E01DIF026N u LEVANTADO APARATOS SANITARIOS						
Levantado de aparatos sanitarios y accesorios, por medios manuales, excepto bañeras y duchas, incluso limpieza y retirada de escombros a pie de carga, sin transporte a vertedero o planta de reciclaje y con p.p. de medios auxiliares.						
CF2 SCG	0,328	h	Oficial 2º - SACROG 65 SL	18,90	6,18	
P SCG	0,328	h	Peón - SACROG 65 SL	18,49	6,03	
			Suma la partida			12,19
			Costes indirectos	3,00%		0,37
			<b>TOTAL PARTIDA</b>			<b>12,56</b>

Asciende el precio total de la partida a la mencionada cantidad de DOCE EUROS con CINCUENTA Y SEIS CÉNTIMOS

Deducir de lo expuesto que el licitador es capaz de ejecutar el contrato en la cifra ofertada (recuérdese, 254.169,17.- €) es tarea imposible. En primer lugar, porque en las actuaciones descritas no se incorporan todos los precios posibles, sólo algunos de ellos, como se pone de manifiesto tanto en el informe como en la resolución recurrida. En segundo lugar, porque lo que la recurrente hace son meros cálculos matemáticos, sustituyendo los precios contenidos en el pliego rector de la licitación por los que ella ha considerado oportunos. Y eso no es lo que se le solicitaba. Lo que se le pedía era que justificase que podía realizar las actuaciones objeto del contrato en los precios ofertados.

Dice al respecto la demandante que es capaz de ejecutar el contrato en la cuantía ofertada, entre otros motivos, por los ventajosos precios que le ofrecen sus proveedores. Y a tal efecto aporta una serie de cartas de compromiso y de facturas que, en su opinión, acreditarían tal extremo. Sin embargo, lo cierto es que los compromisos (fols. 7787 y ss.) sólo acreditan la disposición de





ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

determinados proveedores a colaborar con la demandante en la ejecución del contrato. Pero nada dicen de los precios o descuentos que aplicarían a sus bienes o servicios. Y respecto de las facturas (fols. 7811 y ss.) sólo en algunas de las aportadas se contienen porcentajes de descuento que, en cualquier caso, no alcanzan a justificar la baja ofertada, ya sea por la cuantía de tales porcentajes, ya por el reducido importe de las facturas a las que se aplican tales descuentos. Así lo pone de manifiesto el informe técnico al analizar la justificación aportada (fols. 8776-8777)

Respecto a la utilización de vehículos eléctricos, sólo acredita tener a su disposición dos. Un Renault Twizy, de una sola plaza (fol. 8058). Y un Renault Zoe, de tipo turismo (fols. 8059 y 8239), adquirido con posterioridad a la presentación de la oferta (fol. 8237). Obviamente, tan exigua flota no justifica la baja ofertada en términos de consumo de combustible. Todo ello con independencia de que la utilización de un vehículo eléctrico se valora con 10 puntos, como criterio mediambiental, como más adelante se explicará.

Por último, en lo relativo a los gastos generales y el beneficio industrial, es cierto que el licitador es muy libre de reducir su margen de beneficio, y que los porcentajes establecidos en el Reglamento de Contratos son meramente indicativos, pero ello no quiere decir que deba aceptarse incondicionalmente, como acto de fe, una rebaja tan significativa como la contenida en la oferta de la parte actora. Máxime cuando, como pone de manifiesto el informe técnico, no se justifica el ahorro que supone la "estructura provincial" de la empresa -extremo respecto del cual lo que se aporta son documentos acreditativos de contar con unas oficinas en el Parque Tecnológico y una nave de almacenamiento en Alhaurín de la Torre- no habiéndose incluido tampoco en la justificación los costes de amortización y consumo de energía o combustible de la maquinaria y los vehículos a utilizar en los trabajos a realizar.

B) En segundo lugar, afirma la parte actora que el informe técnico que la resolución recurrida considera suficientemente motivado se limita a realizar un análisis meramente estereotipado, con razonamientos apodícticos, contrariando la normativa que regula la exclusión de ofertas.

Damos por reproducidos los argumentos antes expresados, pues resulta evidente que cualquier licitador que examine dicho informe puede conocer perfectamente los motivos de su exclusión. Lejos de utilizar frases estereotipadas o meramente formales, el análisis de las ofertas incursas en baja anormal o desproporcionada es exhaustivo y claro. Cuestión diferente es que se discrepe de las conclusiones a las que llega. Pero insuficiente, desde luego, no lo es.

C) Por último, afirma la recurrente que en otras ocasiones ha presentado ofertas incursas inicialmente en baja anormal, habiendo sido aceptadas las justificaciones ofrecidas en términos muy similares a la que ahora se analiza, por lo que se estaría vulnerando la doctrina de los actos propios. De entrada, conviene poner de manifiesto que, tal y como reconoce la demandante, el cuadro de precios unitarios añade 1.800 nuevas partidas respecto de las contempladas en el anterior contrato, lo que ya de por sí introduce un factor diferenciador que impide una asimilación automática entre ambos.

Pero es que, además, lo cierto es que cada expediente de contratación tiene sustantividad propia. De aceptar la tesis de la parte actora, una vez adjudicado un contrato a un determinado licitador, los sucesivos de igual o análoga naturaleza deberían siempre serle adjudicados, pues ya habría demostrado que las condiciones ofertadas son las mejores. Y eso no es lo que preconiza el legislador, que pretende la máxima concurrencia en cada licitación pública.

Así lo ha entendido el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) en su Resolución no 704/2016:

*"Respecto de esta segunda cuestión, conviene poner de manifiesto que, el expediente de contratación anterior, el numerado como SC/1- 13, está ya concluido y consumado, por lo tanto extinguido, habiendo cumplido su finalidad. Cada expediente de contratación, por parecidos que sean los productos a suministrar, tiene entidad propia e independencia absoluta. Los órganos intervinientes en cada procedimiento, como órganos técnicos de asesoramiento a la Mesa de Contratación están formados por personas que pueden no ser coincidentes, como es el caso de la Comisión Técnica de Valoración, quienes emiten sus informes con total independencia y a la vista de los pliegos de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas que rigen cada contrato.*





ADMINISTRACIÓN  
DECIDIDO

Por ello, lo resuelto y decidido en un expediente de contratación, no vincula a lo resuelto y decidido en otro expediente de contratación posterior, aunque tengan por objeto similares productos. Y consecuentemente, el precedente administrativo para su aplicación, y su relación con el principio de igualdad, tiene que darse dentro de la legalidad. Frente al precedente administrativo, tiene mayor virtualidad el principio de legalidad. Quiere ello decir que, lo resuelto en un expediente de contratación anterior, no vincula a la Administración a la hora de resolver un expediente posterior si lo decidido en este último, se ajusta a la legalidad aplicable.”

A ello debe añadirse que, obviamente, las circunstancias en las que se adjudicó y ejecutó el anterior contrato no son las mismas que las existentes en el momento de adjudicar el que constituye el objeto del presente recurso, pues no son los mismos los precios de los materiales, los combustibles o la mano de obra.

El hecho de que la actora sea la anterior prestadora de un servicio de similares características al licitado podría operar a efectos de acreditación de la solvencia técnica. De hecho, el PCAP establece en su cláusula 25.1.a) que la solvencia técnica o profesional del adjudicatario se acreditará, entre otros medios, por el siguiente:

*Una relación de los principales servicios o trabajos realizados en el curso de los tres últimos años, de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, en la que se indicará el importe, las fechas y el destinatario, público o privado de los mismos. Debiéndose acreditar un importe anual acumulado en el año de mayor ejecución, dentro del periodo antes referido, igual o superior a las cantidades que, en función del lote al que resulte propuesto el adjudicatario del contrato, se indican en el apartado 10o del Anexo 0 adjunto al presente pliego de condiciones.*

Ahora bien, ello no significa que la solvencia de la empresa baste para justificar que la oferta no esté incurso en valores anormales o desproporcionados. Una empresa con capacidad, solvencia y que no esté incurso en causa de prohibición de contratar puede presentar una oferta anormalmente baja, como es el caso. Lo decisivo es que acredite que puede ejecutar el objeto del contrato en los precios ofertados y con estricto cumplimiento de los pliegos rectores del mismo.

El argumento, por lo tanto, no puede prosperar.

-Añima también la recurrente que el TARCAM no ha tramitado un recurso especial en materia de contratación, como exige la Ley de Contratos, sino una suerte de recurso de reposición.

Sin embargo, lo cierto es que el trámite seguido se ajusta estrictamente al procedimiento establecido en el artículo 56 de la LCSP-2017, por lo que ningún reproche cabe realizar al respecto.

Recuérdese que conforme a dicho precepto, el Tribunal Contractual deberá reclamar el expediente de contratación al servicio que lo hubiese tramitado, quien deberá remitirlo dentro de los dos días hábiles siguientes acompañado del correspondiente informe. Asimismo deberá dar traslado del recurso a los restantes interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

Eso es, precisamente, lo que el TARCAM hizo en el presente caso, por lo que ninguna indefensión –ni formal, ni material- se ha irrogado a la demandante.

-Por último, alega la recurrente que la resolución recurrida vulnera los principios rectores de la contratación, dado que su oferta era la más ventajosa económicamente, debiendo haber recaído la adjudicación en ella.

Invoca a tal efecto diversas sentencias del TJUE en las que se destaca la necesidad de que se informe con carácter previo a los licitadores de cuáles vayan a ser los criterios de adjudicación, y que los mismos deben de mantenerse sin modificaciones a lo largo del procedimiento. Asimismo, que serán admisibles todos los criterios que tengan un carácter objetivo y no impliquen ningún elemento arbitrario, debiendo excluirse todos aquellos que no vayan dirigidos a localizar la oferta económicamente más ventajosa.

Pues bien, el expediente tramitado respeta escrupulosamente tales exigencias, pues los criterios de adjudicación se encuentran contenidos en los pliegos rectores de la contratación, puestos a



disposición de los licitadores a efectos de que éstos pudieran formular sus ofertas (fols. 39- 41).  
Los criterios son, además, objetivos y no arbitrarios, pues de los 100 puntos que como máximo podrían alcanzar los licitadores, 85 se corresponden con la oferta económica, valorable mediante una fórmula matemática (se trataría, por lo tanto, de un criterio evaluable automáticamente) y 15 con criterios medioambientales, conforme exige el artículo 145.2 LCSP-2017. Concretamente, establece el PCAP (fol. 62) que con la finalidad de alcanzar una ejecución del contrato con el mayor nivel de compromiso, respeto y cuidado del medioambiente, se valorarán aquellas ofertas que adscriban un vehículo eléctrico o híbrido a la ejecución del contrato, como sigue:

- Un máximo de 10 puntos cuando adscriban un vehículo eléctrico.
- Un máximo de 5 puntos cuando adscriban un vehículo híbrido.

Además, dichos criterios son los que ha aplicado la mesa de Contratación –previo asesoramiento técnico del servicio correspondiente- para clasificar las ofertas y proponer al órgano de contratación la adjudicación, sin modificación alguna a lo largo del procedimiento.

No existe, pues, la vulneración alegada de contrario.

**CUARTO.-** La defensa de la parte interesada opone:

Disconformes con el relato de hechos contenido en la demanda, nos adherimos al escrito de contestación a la demanda que efectúa el letrado del Excmo. Ayuntamiento de Málaga, y a efectos de economía procesal, lo damos aquí por íntegramente reproducido.

**QUINTO.-** La parte recurrente alega que el Tribunal cuya resolución impugna no ha tramitado un recurso especial en materia de contratación, como exige la Ley de Contratos, sino una suerte de recurso de reposición.

Los trámites a seguir son los del procedimiento previsto en el artículo 56 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, LCSP.

Recuérdese que conforme a dicho precepto, el Tribunal Contractual deberá reclamar el expediente de contratación al servicio que lo hubiese tramitado, quien deberá remitirlo dentro de los dos días hábiles siguientes acompañado del correspondiente informe. Asimismo deberá dar traslado del recurso a los restantes interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

Así se ha cumplido en el caso de autos, sin que sea de recibo la alegación que se omitió el trámite de audiencia cuando, debe recordarse que los vicios de procedimiento, salvo en el procedimiento sancionador, que no es el caso, sólo pueden tenerse en cuenta en la medida que causen efectiva indefensión. El concepto de indefensión es un concepto relativo, cuya valoración exige colocarse en una perspectiva dinámica o funcional, es decir, en una perspectiva que permita contemplar el procedimiento en su conjunto y el acto final como resultado de la integración de trámites y actuaciones de distinta clase y procedencia en los que el particular va teniendo oportunidades sucesivas de poner de relieve ante la Administración sus puntos de vista. Más aún, la relatividad del concepto de indefensión es tanto mayor cuanto que la exigencia de la interposición de un recurso administrativo previo supone la existencia de una nueva oportunidad para el administrado de seguir aportando nuevos elementos de juicio y para la Administración de subsanar pasadas deficiencias a través del empleo de fórmulas convalidatorias,

El vicio de forma carece, pues, de virtud en sí mismo, su naturaleza es estrictamente instrumental, sólo adquiere relieve propio cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva, real y trascendente de garantías, incidiendo así en la decisión de fondo y alterando, eventualmente, su sentido en perjuicio del administrado y de la propia Administración.

Existen jurisprudencias vertidas sobre la idéntica causa de nulidad de los actos administrativos al art. 47.1 b), Ley 39/2015, el art. 62.1 a) Ley 29/98, a cuyo tenor la omisión de trámites





ADMINISTRACION DE JUSTICIA  
procedimentales en procedimientos no constituye en sí misma o por sí sola ninguna de las dos causas de nulidad de pleno derecho previstas en las letras a) y e) del número 1 del artículo 62 de la Ley 30/1992, sino que queda regida por la previsión del número 2 del artículo 63 de la

misma Ley, de suerte que sólo determinará la anulabilidad del acto dictado en el procedimiento en que se omitió si dio lugar a una indefensión real y efectiva del interesado (SSTS, Sección 4ª, de 12-12-2008, rec. 2076/2005, de la Sección 6ª, de 16-3-2005, rec. 2796/2001 o la núm 542/2017, del 29 de marzo de 2017, rec. Recurso: 1598/2016, o de 19 de abril de 2018, Recurso: 124/2017)

En palabras del Tribunal de Justicia de la Unión europea, la violación de las garantías procedimentales fundamentales no implica la anulación del acto a que se refiere mientras que no se pueda demostrar que en ausencia de la irregularidad el acto hubiera sido sustancialmente diferente (STJUE de 16 julio 1975 Suiker contra Comisión, y de 10 julio 1980 Distillers Company contra Comisión), demostración que al caso no existe.

**SEXTO.-** La STJCE/2001/321, Impresa Lombardini SpA, de 27 de noviembre de 2001, dictada en los asuntos acumulados C-285/99 y 286/99, afirma que es fundamental que cada licitador tenga conocimiento no solo del umbral de anomalía aplicable a la correspondiente licitación y del hecho de que su oferta haya parecido anormalmente baja, sino también de los puntos precisos que hayan suscitado las dudas de la entidad adjudicataria. Corresponde a la entidad adjudicadora identificar las ofertas sospechosas protegiendo al licitador de la arbitrariedad del poder adjudicador, objetivo que no podría alcanzarse efectivamente si se dejase al criterio de este último apreciar la oportunidad de una solicitud de justificación.

Para realizar el cálculo de la baja anormal o desproporcionada, el 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, al que se remite el PCEAP de autos en su cláusula 24 -“*lex contractus*” de los licitadores: STS de 4 de mayo de 2005, Rec. 1607/2003)-, exige que se halle la media aritmética de las ofertas presentadas. Para hallar dicha media aritmética es preciso aplicar al presupuesto base de licitación el porcentaje de baja de cada licitador. Una vez hallada la media aritmética, cuando concurren 4 o más licitadores, se considerarán desproporcionadas aquellas ofertas que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a dicha media. No obstante, si existen ofertas que sean superiores a la media en más de 10 unidades porcentuales se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las ofertas que no superen ese diez por ciento.

Al caso consta en autos, folios 7775-7786, que presupuesto base de licitación del lote 7, Carretera de Cádiz, es de 507.526,30 €, más 106.580,52 de IVA, lo que hace un total de 614.106,82 €.

Los licitadores fueron más de cuatro y existen ofertas que sean superiores a la media en más de 10 unidades porcentuales. La media aritmética de todas las ofertas presentadas, sin IVA, se calculó en 341.306,82 €, sin IVA, siete ofertas que excedían en más de diez unidades porcentuales dicha media, obteniendo así la segunda media de 317.420,61 €, sin IVA, y siendo minoranda esa segunda media en un 10%, se obtiene 285.678,55 €, sin IVA, como umbral por debajo del cual las ofertas están inicialmente incurso en baja anormal o desproporcionada.

La oferta de la ahora recurrente fue de 254.169,17 €, sin IVA, la más baja de las presentadas.

Por tanto, los cálculos han sido realizados conforme a la norma reseñada.

**SÉPTIMO.-** Al ser la oferta de la recurrente y la de otros licitadores anormalmente baja, fueron requeridos por del Servicio de Coordinación de Distritos del Ayuntamiento a los efectos de que formularse las oportunas aclaraciones acerca de su oferta, justificando que su oferta podía ser cumplida, en concreto sobre los siguientes puntos, conforme al art. 149.4 LCSP, en concreto para que: *justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a los*





ADMINISTRACION  
DE

efectos, en lo que se refiere a los siguientes valores: - El ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción. - Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras. - La innovación y originalidad de las soluciones propuestas, para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras. - El respeto de las 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. - Posible obtención de una ayuda de Estado. - El ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción. - Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras. - La innovación y originalidad de las soluciones propuestas, para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras. - El respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral, y de subcontratación, no siendo justificables precios por debajo de mercado o que incumplan lo establecido en el artículo 201 LCSP. - Posible obtención de una ayuda de Estado. Añadiendo: Cualquier otra solución adicional que estimen oportuna.

La parte recurrente presenta escrito cumplimentando el requerimiento, que se estructura con arreglo al siguiente esquema:

*“Con fecha 17 de mayo, la empresa Sacrog 85, S.L., presenta en esta Coordinación de Distritos documentación justificativa de su oferta, que se estructura de la siguiente forma: 1. Antecedentes 2. Descripción del Servicio: originalidad de las soluciones propuestas. Soluciones Técnicas adoptadas 3. Justificación económica del Servicio 4. Condiciones favorables en la ejecución del contrato 5. Respeto de las condiciones de protección del empleo y a las disposiciones relativas a las condiciones de trabajo vigentes en el lugar de ejecución del contrato 7. Ayuda del Estado 8. Solvencia de la empresa 9. Conclusiones 10. Anexos”.* Incluyendo entre la documentación aportada una relación de precios de materiales o unidades de obra a emplear en la ejecución del contrato.

**OCTAVO.-** La documentación presentada es informada técnico del Área de Coordinación de Distritos, de 2 de julio de 2021, se rechaza la justificación y se concluye su exclusión en la valoración de los criterios de adjudicación:

**“SACROG**

*SACROG presenta justificación de oferta anormalmente baja en referencia al lote 7, declarando que, bajo su responsabilidad no presentan justificación a los lotes 2, 3, 4, 8, 9, 10 y 11 de los que deberá ser excluida a la hora de llevar a cabo la respectiva valoración de ofertas.*

*Respecto de las posibles ofertas de proveedores de materiales u otros conceptos del cuadro de precios, no quedan acreditados documentalmente. Tan sólo se aportan tarifas, presupuestos y facturas que no abarcan la totalidad de las unidades del cuadro de precios, por lo que no puede garantizarse la rebaja en los precios de la totalidad de los materiales que serán necesarios para las distintas actuaciones que se realizarán a lo largo de la vida del contrato.*

*Los gastos generales se reducen a un 7,98 % fundamentado en la estructura de carácter provincial con la que cuenta la licitadora. Sin embargo, no se observa soporte documental o cálculo alguno que demuestre la realidad del porcentaje aducido. Por ello, consideramos que no queda demostrado que los gastos generales de la licitadora puedan ser reducidos de un 13 % a un 7,98 %.*

*Por su parte, los costes indirectos se reducen de un 6% a un 3% sobre la base de ser propietaria de la maquinaria, medios auxiliares y medidas de protección colectivas e individuales, así como los vehículos necesarios para los desplazamientos de los equipos, de los que algunos son vehículos eléctricos, lo que supone un ahorro de combustible añadido. Con independencia de que la amortización y consumo de energía o combustible de la maquinaria y los vehículos a utilizar en los trabajos a realizar deberían incluirse en los costes directos, una vez más la justificación carece de los datos necesarios que acrediten que, con los elementos de que dispone la empresa, los costes*





ADMINISTRACIÓN DE EDUCACIÓN

*indirectos de cualquiera de las unidades de obra que constan en el cuadro de unidades puede reducirse de un 6% a un 3%.*

**JUSTIFICACIÓN**  
*Respecto de las posibles ofertas de proveedores de materiales, las cartas de compromiso aportadas no incluyen una oferta concreta. Tan sólo se limitan a declarar que serán proveedores de la licitadora si esta resultara adjudicataria. Asimismo, los cuadros de materiales de proveedores, presupuestos y tarifas no abarcan el cuadro de unidades completo del contrato. Por ello, debemos considerar que no queda acreditada la rebaja aducida, establecida en un intervalo que oscila entre el 10% y el 70%, de las unidades del cuadro de precios y, por tanto, de los costes directos. Con todo lo anterior consideramos que las licitadoras*

*- SACROG 85, S.L.*

*No han acreditado adecuada y suficientemente sus ofertas anormalmente bajas, por lo que se procede a su exclusión en la valoración de los criterios de adjudicación."*

La Mesa de Contratación en la sesión celebrada, el día 8 de julio de 2021, de rechazar la oferta presentada por el recurrente, con base en transcrito informe, propuesta que asume la Resolución de 12 de agosto de 2021, de la Directora General de Contratación del Área de Contratación y Compras del Ayuntamiento de Málaga.

Se queja el recurrente de falta de motivación de su exclusión, cuando en la documentación aportada por la misma la relación de precios de materiales o unidades de obra a emplear en la ejecución del contrato que no comprendía todos los materiales o unidades enumerados en el cuadro de precios contenido en el anexo del pliego de prescripciones técnica, como estaba obligado por el PCT, que en la cláusula 3, relativa al cuadro de precios, establece:

*Para la confección de presupuestos y facturación de todas las operaciones de conservación y mantenimiento que se ejecuten mediante este contrato, se aplicarán los precios contenidos en la Base de precios que se acompaña como ANEXO al presente Pliego.*

*Los precios incluidos en este CUADRO DE UNIDADES Y PRECIOS se encuentran debidamente descompuestos, en su caso, y deberán ser la única referencia para la confección de las Ofertas Económicas presentadas por los licitadores en la concurrencia al presente Contrato. (...)*

*Los licitadores deben tener en cuenta, que cuando se confeccionen los presupuestos en los que se determinen las actuaciones correspondientes, el número de unidades y su valoración, habrán de hacerlo tomando como referencia el cuadro de precios mencionado al que habrán de aplicar la baja ofertada.*

Ello en consonancia con lo dispuesto en cláusula 4.1 del mismo, sobre el objeto del contrato:

**4.1. Tipología de las actuaciones que se contemplan.**

*El contrato se corresponde con la ejecución de trabajos de conservación y mantenimiento o actuaciones urgentes en inmuebles incluidos en el Patrimonio Inmobiliario Municipal, así como colegios, tales como:*

- Trabajos de conservación, reparación y rehabilitación para mantener o devolver a los inmuebles las condiciones de seguridad, salubridad, habitabilidad y ornato legalmente exigibles.*
- Actuaciones de reforma o mejora de la accesibilidad a/en los inmuebles.*
- Operaciones de reforma o de mejora de instalaciones de saneamiento, fontanería, electricidad, en su caso adecuándolas a parámetros de eficiencia energética, en inmuebles municipales.*
- Medidas cautelares urgentes incluida la consolidación de edificios o parte de los mismos, e incluso la demolición, si procede.*
- Cualesquiera otras de semejante naturaleza de conformidad con los artículos 155 y siguientes de la LOUA.*
- La ejecución de todas aquellas operaciones necesarias, complementarias de las anteriores.*

Baste añadir que el Tribunal Supremo considera igualmente válida la motivación *in alio*de, y así cabe citar la STS de 11 de febrero de 2011, rec número 161/2009 "Siguiendo con la exigencias propias de la motivación, debemos añadir que la motivación puede contenerse en el propio acto, o bien puede realizarse por referencia a informes o dictámenes, ex artículo 89.5 de la Ley 30/1992, cuando se incorporen al texto de la misma". Ahora bien, esta exigencia de la incorporación de los





ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

informes, contenida en el mentado artículo 89.5 "in fine", ha sido matizada por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo (Sentencias de 21 de noviembre de 2005, 12 de julio de 2004, 7 de julio de 2003, 16 de abril de 2001 y 14 de marzo de 2000) en el sentido de considerar que " si tales informes constan en el expediente administrativo y el destinatario ha tenido cumplido acceso al mismo, la motivación mediante esta técnica "in alimunde" satisface las exigencias de la motivación, pues permite el conocimiento por el receptor del acto de la justificación de lo decidido por la Administración".

En definitiva, como dice STS del 19 de febrero de 2019, Recurso: 1368/2016, en su FD ° 6° "La motivación, aunque puede expresarse de diversas maneras, según reiterada jurisprudencia [recogidas, entre las más recientes, en las sentencias n.º 1799/2018, de 18 de diciembre (casación n.º 3947/2017); n.º 1401/2018, de 20 de septiembre, (casación n.º 2338/2016) y las que en ella se citan; n.º 1149/2018, de 5 de julio (casación n.º 2215/2016); n.º 481/2018, de 21 de marzo (recurso n.º 754/2014); sentencia de 2 de junio de 2015 (casación n.º 3487/2013)], ha de contemplar las circunstancias concretas sobre las que se ha de proyectar y justificar, considerándolas, la decisión que se debe adoptar."

Además, que los argumentos al resolver sean análogos o los empleados al resolver sobre otras personas, no determina la ilegalidad de la resolución impugnada. La jurisprudencia, v. gr., la STS de 16 de noviembre de 2006, RJ. 9398, tiene reiterado que la motivación de resoluciones administrativas se puede realizar a través del empleo de modelos formalizados, en que aparezcan ya incorporados determinados textos o argumentos de común aplicación. Esto responde a una técnica de racionalización del trabajo que no puede calificarse apriorísticamente de reprochable, siempre y cuando dé respuesta a las cuestiones planteadas en el expediente, como en el caso ocurrido, pues aun siendo cierto que la resolución administrativa se sirve de algunos razonamientos redactados conforme a un formulario aplicado en otros casos, su conclusión es el fruto de un análisis y valoración específica de la situación personal del recurrente, que como señala la sentencia.

Siendo luego adjudicada la licitación ateniéndose a los criterios de adjudicación se encuentran contenidos en el PCAP, donde se establece que de los 100 puntos que como máximo podrían alcanzar los licitadores, 85 se corresponden con la oferta económica, valorable mediante una fórmula matemática y 15 con criterios medioambientales (- Un máximo de 10 puntos cuando adscriban un vehículo eléctrico. -Un máximo de 5 puntos cuando adscriban un vehículo híbrido), conforme exige el artículo 145.2 LCSP.

**NOVENO.-** Alega la parte recurrente alega contravención de precedente.

Consta en autos que el 27 de julio de 2018, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento Málaga -en ejercicio de las competencias que tenía atribuidas en materia de contratación por la disposición Adicional Segunda del Real Decreto Legislativo 3/2011, Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, entonces vigente-, a la vista de la propuesta del Teniente de Alcalde-Delegado del Área de Economía y Hacienda, previo Acuerdo de la Mesa de Contratación de 18 de junio de 2018, fundamentado en el Informe Técnico emitido por el Coordinador de Distritos Municipales de 15 de junio anterior, adoptó Acuerdo adjudicando la recurrente el mismo lote 7, que el de autos, previa oferta de licitación también calificada en principio como favorable, pero que tras alegaciones por ella presentada, similares a las del procedimiento de los presentes autos, fuera informada en sentido favorable a la viabilidad del misma.

El precedente tiene una determinada fuerza vinculante en relación con otros supuestos posteriores donde concurren los elementos de identidad de sujeto y objeto, vinculación se hace derivar de determinados principios del ordenamiento jurídico como los de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), del trato desigual no justificado (art. 14 CE), y de la buena fe (art. 7 CC), en su paso a los cuales se puede sostener que el administrado debe esperar legítimamente que la Administración se comporte de manera uniforme ante situaciones idénticas a las resueltas precedentemente. Además, la Administración no queda permanentemente vinculada al precedente,



puesto que no cabe ampararse en el mismo para reiterar una situación de ilegalidad o una actuación deficiente de la Administración frente a restauración de la legalidad, según constante jurisprudencia que se remonta a la STS de 14 de octubre de 1965, o a la STC 36/82 de 16 de junio del Tribunal Constitucional en la que se manifiesta que *“la equiparación en la igualdad, que por propia definición puede solicitar el ciudadano que se siente discriminado, ha de ser dentro de la legalidad y sólo ante situaciones idénticas que sean conformes al ordenamiento jurídico, pero nunca fuera de la legalidad, con extensión indebida a la protección de situaciones ilegales, ni tampoco para convalidar jurídicamente los defectos imputables a la siempre limitada eficacia en el plano de los hechos que las actuaciones de los poderes públicos desplieguen para el restablecimiento de la realidad física o jurídica alterada ilegalmente”*. Y las sucesivas leyes de procedimiento administrativo habilitan expresamente al cambio de criterio respecto de un precedente, obligando a su motivación. Señalando también la jurisprudencia, v. gr., STS de 21 de junio de 2007, recurso 2241/2005, cuando dice que *«el Tribunal ha declarado hasta la saciedad que no está vinculado por los Precedentes Administrativos más aún si estima que son vulneradores de la legalidad. El precedente vincula a la Administración desde un punto de vista formal puesto que su apartamiento exige, en determinadas circunstancias, que se motiven las razones de dicho apartamiento, pero no incide en las facultades jurisdiccionales salvo como criterio interpretativo cuando no existen razones determinantes para un determinado fallo»*.

Sin que al caso se acredite que concurren los elementos de identidad de sujeto y objeto, identidad de pliego, de los precios de los materiales, los combustibles o la mano de obra, de ofertas de licitadores para haber los cálculos 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.

**DÉCIMO.-** La desestimación del recurso implica la condena en costas a la parte recurrente conforme al art. 139.1 de la Ley 29/98, en redacción dada por Ley 37/2011), ello sin necesidad de más razonamiento, puesto que, como dice el ATS, Sala Contencioso-administrativo, Sección 1ª, del 01/12/16, Recurso: 368/2016, y, en el mismo sentido dice la STS de 12 de febrero de 2018, Recurso: 3011/2016, en su FD 6º:

*“.....Decíamos recientemente, en sentencia de 19 de enero de 2017 -recurso de casación 168/2016 -, y debemos reiterar ahora lo siguiente:*

*“El principio objetivo del vencimiento, como criterio para la imposición de costas que establece el artículo 139 LJCA, se matiza en el segundo inciso del mismo precepto con la atribución al tribunal de la posibilidad de apreciar la concurrencia en el proceso de serias dudas de hecho o de derecho que justifiquen la no-imposición de costas a la parte que ha visto rechazadas todas sus pretensiones.*

*Esta previsión se configura como una facultad del juez, discrecional aunque no arbitraria puesto que su apreciación ha de estar suficientemente motivada, y su aplicación no está condicionada a la petición de las partes.*

*Habrá que convenir que, la fórmula utilizada de “... serias dudas de hecho o de derecho”, constituye un concepto jurídico indeterminado teñido de subjetividad que dificultará no sólo la razonabilidad de la no imposición de costas en virtud del criterio del vencimiento sino también las posibilidades de fiscalización en vía de recurso.*

*Este Sala, además, tiene dicho que la expresión «serias dudas» demanda una aplicación restrictiva, pues las discrepancias sobre una determinada cuestión, de hecho o de derecho han de revestir una entidad tal que justifique la excepción (ATS 5 de junio de 2012, rec. 258/2012)”*.

Entendiendo esta Sección que tampoco procede imponer limitación a la cuantía de las costas, sin perjuicio de lo que proceda en el correspondiente pieza de tasación, en su caso, dado que dado que no es obligada la limitación, *“la queja en relación a que no se hubiera establecido un tope máximo en la condena en costas, posibilidad -no obligación- admitida legalmente, por lo que, además de no ser una cuestión revisable en casación, es una facultad sometida a la exclusiva decisión de la Sala de instancia”* (STS 2457/2016, del 17 de noviembre de 2016, Recurso: 3895/2015, entre otras).





ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

## FALLAMOS

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

**PRIMERO.-** Desestimar el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto en nombre de SACROG 85, S.L.,.

**SEGUNDO.-** Imponer el pago de las costas a la parte recurrente.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe, en su caso, interponer recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo si pretende fundarse en infracción de normas de derecho estatal o de la Unión Europea que sean relevantes y determinantes del fallo impugnado o ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con la composición que determina el art. 86.3 de la Ley Jurisdiccional si el recurso se fundare en infracción de normas de derecho autonómico; recurso que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de treinta días contados desde el siguiente a la notificación de la presente sentencia mediante escrito que reúna los requisitos expresados en el art. 89.2 del mismo Cuerpo Legal.

Lo mandó la Sala y firman los Magistrados Ilmos/a. Sres/a. al inicio reseñados

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.



