

Resolución nº 4/2021 de febrero de 2021.

VISTO el escrito con entrada en fecha 30 de enero de 2021, en el Registro Electrónico (SIR), mediante el cual D^a. E. F. PÉREZ, en nombre y representación de FACTUDATA XXI, S.L. interpone recurso en materia de contratación contra la resolución de 14 de enero de 2021, del Director General de Contratación y Compras, por la que acepta el Acuerdo de 2 de octubre de 2020 de la Mesa de Contratación, relativo a la exclusión de la mercantil citada, del procedimiento de contratación del «*SERVICIO DE GESTIÓN DE VISITANTES EN LA SALA MORENO VILLA Y EN LAS SALAS DE EXPOSICIONES DEL MUSEO DEL PATRIMONIO MUNICIPAL. DIVIDIDO EN DOS LOTES. (...) LOTE 2: SERVICIO DE GESTIÓN DE VISITANTES PARA EL NORMAL DESARROLLO DE LAS EXPOSICIONES Y OTRAS ACTIVIDADES PARALELAS DEL MUSEO DEL PATRIMONIO MUNICIPAL*», (Expt. 142/2019), por delegación de la Ilma. Junta de Gobierno Local de Málaga, por este Tribunal, en ejercicio de las competencias que tiene conferidas, en el día de la fecha ha adoptado la siguiente, Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. – En fecha 27 de enero de 2020 por resolución del Teniente de Alcalde Delegado de Economía y Hacienda, Contratación y Compras, Intervención y Tesorería, en delegación de la Ilma. Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Málaga adoptada el 28 de junio de 2019, se aprobó el mencionado expediente, así como, los pliegos de condiciones económico-administrativas (PCEA) y técnicas (PCT) que rigen la licitación y se dispuso efectuar la apertura del procedimiento de adjudicación del contrato mediante procedimiento abierto, trámite ordinario con pluralidad de criterios de adjudicación, sujeto a regulación armonizada, de conformidad con lo establecido en los artículos 131.2, 145, 156 y ss. de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

El anuncio de la licitación fue enviado al Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público, el día 5 de febrero de 2020, teniendo publicidad el mencionado anuncio en el DOUE el día 7 del mismo mes.

Igualmente el anuncio fue publicado por la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP), con fecha 7 de febrero de 2020, procediendo el Servicio de Contratación y Compras, el mismo día, a publicar los pliegos de condiciones que rigen esta contratación en la referida Plataforma, finalizando el plazo para la presentación de ofertas a las 13:00 horas del día 9 de marzo de 2020.

Código Seguro De Verificación	m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	22/02/2021 07:26:43	
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	1/32	
Url De Verificación	https://valida.malaga.eu/verifirma/code/m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==			



El presupuesto base de licitación del contrato para la totalidad de los servicios contemplados se ha fijado en la cantidad de 444.024,47 euros.

El valor estimado del contrato en la cantidad de 889.024,94 euros.

El plazo de ejecución se fijó en dos años, siendo prorrogable por otros dos años.

Con la asignación de los códigos de clasificación CPV, según los pliegos y el anuncio, siguientes:

- 98341130- Servicios de conserjería.
- 92521000- Servicios de museos.
- 92521100- Servicios de exposición en museos.
- 92521210- Servicios de preservación del material de exposición.

El objeto del contrato administrativo, a tenor de lo dispuesto en los pliegos, es para la prestación del servicio de gestión de visitantes de las exposiciones temporales de la Sala Moreno Villa y en las Salas de Exposiciones del Museo del Patrimonio Municipal de Málaga, dividido en dos lotes:

Lote 1: Servicio de gestión de visitantes de las exposiciones temporales de la Sala Moreno Villa

Lote 2: Servicio de gestión de visitantes para el normal desarrollo de las exposiciones y otras actividades paralelas del Museo del Patrimonio Municipal.

En fecha 25 de septiembre de 2020, el Servicio de Contratación y Compras del Ayuntamiento, recibe informe de 17 de septiembre de 2020 del Servicio de Gestión Económica del Área de Cultura por el que se indica que se desiste de la contratación del Lote 1, debido a que ya no se dispone de dicho espacio para realizar las exposiciones temporales por lo que no es necesaria la prestación del servicio, siendo aceptado por la Mesa de Contratación en su sesión de 2 de octubre de 2020, por lo que la licitación queda reducida al servicio contemplado en el Lote nº 2.

Segundo. – Finalizado el plazo de presentación de ofertas concurrieron a la licitación – Lote 2–, según el expediente, las siguientes empresas:

- UTE FACTUDATA XXI S.L .y CONEXIÓN CULTURA, S.L.
- ILUNION CEE OUTSOURCING, S.A.,
- CBM SERVICIOS AUDIOVISUALES S.L.U.
- PRINTES SECURITY ADVICE, S.L
- OSVENTOS INNOVACIÓN EN SERVICIOS, S.L.
- SALZILLO SERVICIOS INTEGRALES S.L.U.
- FACTORÍA DE ARTE Y DESARROLLO, S.L.U.
- SERVICIOS INTEGRALES DE FINCAS DE ANDALUCÍA S.L.

Avenida Cervantes, 4 ■ 29016 ■ Málaga ■ TLF 951.927.156 ■ tarcaytomalaga@malaga.eu

Código Seguro De Verificación	m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	22/02/2021 07:26:43	
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	2/32	
Url De Verificación	https://valida.malaga.eu/verifirma/code/m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==			

- INTEGRA MANT.GEST.SERV. INT. CEE ANDALUCÍA S.L.
- SEARO SERVICIOS GENERALES, S.L.
- MULTISER MÁLAGA, S.L.
- MAS SOCIAL SERVICIOS GLOBALES LIMPIEZA S.L.

Tercero. – Con fecha 11 de marzo de 2020, se procede por la Mesa de Contratación a la apertura de los sobres electrónicos nº 1 "*Documentación relativa al cumplimiento de los requisitos previos*", admitiéndose a todas las empresas presentadas, excepto a:

- INTEGRA MANT. GESTIÓN SERVICIOS INT., CEE, ANDALUCÍA, S.L.
- OSVENTOS INNOVACION EN SERVICIOS, S.L.

Que debían subsanar la documentación presentada en el Sobre 1, siendo requeridas para ello a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP).

En fecha 26 de mayo de 2020, se reúne de nuevo la Mesa de Contratación, y se procedió a verificar los documentos que se habían aportado, comprobándose que eran correctos, por lo que, se acuerda por unanimidad calificar como admitidas a las empresas requeridas.

Cuarto. – En la misma sesión del día 26 de mayo de 2020, se procede por la Mesa de Contratación a la apertura de los sobres electrónicos nº 2 "*Proposición económica y documentación relativa a los criterios de adjudicación evaluables de forma automática mediante fórmulas*", de las empresas admitidas, remitiéndose las ofertas presentadas, posteriormente, al Área de Cultura para la evaluación por sus técnicos.

Quinto. – La Jefa del Servicio de Gestión Económica del Área de Cultura, emite informe en fecha 17 de junio de 2020, recibido por el Servicio de Contratación y Compras en fecha 25 de junio de 2020, por el que entiende que las siguientes empresas incurren posiblemente en anormalidad en su oferta, teniendo en cuenta que el umbral de temeridad según lo dispuesto en los pliegos, se sitúa en 20,74 %.

- FACTUDATA XXI, S.L. y CONEXIÓN CULTURAL, S.L. en compromiso de UTE. **(40,59%)**
- SERVICIOS INTEGRALES DE FINCAS DE ANDALUCÍA, S.L. **(24,02%)**
- INTEGRA MANT. GESTIÓN SERVICIOS INT., CEE, ANDALUCÍA, S.L. **(23,32%)**
- SEARO SERVICIOS GENERALES, S.L. **(29,26%)**
- MULTISER MALAGA, S.L. **(21,20%)**

Código Seguro De Verificación	m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	22/02/2021 07:26:43	
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	3/32	
Url De Verificación	https://valida.malaga.eu/verifirma/code/m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==			

La Mesa de Contratación en su sesión celebrada el 3 de julio de 2020, punto VI del orden del día, acuerda por unanimidad, requerir a los reseñados licitadores de conformidad a lo dispuesto al artículo 149 de la LCSP, para que presenten en el plazo de cinco días hábiles la justificación de sus ofertas incursas en presunción de anormalidad.

Particularmente sobre los siguientes aspectos:

-Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para la prestación del servicio, detallando el convenio laboral de aplicación.

-La percepción de ayudas públicas, si las hubiere, debiendo acreditar que las mismas se han concedido sin contravenir las disposiciones comunitarias en materia de ayudas públicas.

De las empresas requeridas para justificar su oferta, solo lo realizaron las siguientes:

- UTE FACTUDATA XXI, S.L. y CONEXIÓN CULTURAL, S.L.
- SEARO SERVICIOS GENERALES, S.L.
- MULTISER MÁLAGA, S.L.

En fecha 25 de septiembre de 2020, se recibió en el Servicio de Contratación y Compras el informe del Área de Cultura analizando la documentación presentada por las referidas empresas para justificar su oferta, en el que se expone respecto de la presentada por la UTE FACTUDATA XXI, S.L. y CONEXIÓN CULTURAL, S.L., literalmente lo siguiente:

<<Justificación aportada por UTE FACTUDATA XXI S.L. y CONEXIÓN CULTURA, S.L

Esta UTE presenta un informe en el que calcula el número personas necesarias para la prestación del servicio, teniendo en cuenta la estimación de horas que aparecen en el pliego.

En cuando al gasto de Seguridad Social no lo contempla debido a que el personal a subrogar es discapacitado y genera bonificación, considerando el Anexo I del pliego.

Pero durante la tramitación del expediente se generó el derecho a subrogación del personal que ocupa el puesto de coordinación. De esta nueva situación se informó contestando a la pregunta 16 formulada en el periodo de presentación de ofertas, en estos términos: el puesto de coordinación no cuenta con la condición de persona con discapacidad, tiene un salario bruto anual de 13.900,08 €, más pluses de domingo y festivos según los trabajados y unos costes de Seguridad Social de 4.823,40 € anuales, el trabajador/a en cuestión tiene un tipo de contrato 401 a jornada completa, con una antigüedad desde el 2 de diciembre de 2019 y el convenio al que está acogida la empresa es el XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (99000985011981).

Código Seguro De Verificación	m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	22/02/2021 07:26:43	
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	4/32	
Url De Verificación	https://valida.malaga.eu/verifirma/code/m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==			



El coste laboral total calculado asciende a 249.510,64 €, sin tener en cuenta lo expuesto anteriormente.

Del informe aportado se desprende que el resto de los gastos relacionados necesarios para la prestación del servicio ascienden a 24.313, 64 €.

La suma de todos los costes es 273.824,28 € y la oferta presentada asciende a 243.400,27 € más IVA, por lo que el resultado de la explotación es negativo por importe de -30.424,01 €, déficit que según el informe aportado, se cubriría con las subvenciones al mantenimiento de puestos de trabajo que informan que tienen derecho a acceder por su condición de Centro Especial de Empleo y el personal discapacitado y que estiman en 114.646,00 €.

Estas subvenciones no están garantizadas ya que dependen del presupuesto de la entidad que las otorga. En caso de una disminución o supresión de las mismas, este servicio no sería viable. Tendrían que ajustar más los gastos para obtener un beneficio positivo, lo que conlleva a incurrir en un alto riesgo empresarial que repercute negativamente en la prestación de este servicio durante los dos años de contrato.

La oferta económica ofertada deberá hacer viable la prestación del contrato con pleno respeto a la normativa y convenio colectivo de aplicación.

Por lo tanto, es necesario hacer una oferta viable y que los costes contemplen el cumplimiento de las obligaciones laborales y legales.

Estudiada la documentación aportada no se considera justificada la oferta presentada anormalmente baja por la UTE FACTUDATA XXI S.L. y CONEXIÓN CULTURA, S.L., debido a que coste laboral calculado no es correcto y el resultado de la explotación es negativo. >>

En el mismo informe se analizó la documentación aportada de justificación de sus ofertas, del resto de empresas licitadoras que habían sido requeridas para justificar los precios ofertados, entre otras, Multiser Málaga, S.L. y Searo Servicios Generales, S.L.

Sexto. – La Mesa de Contratación, en la sesión celebrada el día 2 de octubre de 2020, examinó el informe emitido por el Área de Cultura, y adopta el acuerdo del siguiente tenor literal (reseña parcial):

“Primero: No continuar con la tramitación del procedimiento de adjudicación del lote 1, servicio de gestión de visitantes de las exposiciones temporales de la Sala Moreno Villa, al no disponerse en la actualidad de dicho espacio expositivo, no siendo necesaria, por tanto, la prestación del citado servicio.

Segundo: Aceptar las ofertas presentadas por las empresas Searo Servicios Generales, S.L., CIF 91813352, y Multiser Málaga, S.L., CIF B92605518, incursas en presunción de valores anormales, por los motivos expuestos en el informe técnico anteriormente transcrito, incluyéndolas en la clasificación de las proposiciones presentadas, al estimarse que las ofertas pueden ser cumplidas.

Tercero: Rechazar las ofertas presentadas por las empresas Factudata XXI,S.L., CIF B14340095, y Conexión Cultura, S.L., CIF B73387557, en compromiso de UTE, Integra Mantenimientos Gestión Servicios Integrados Centro Especial de Empleo- Andalucía, S.L., CIF B91749655, y Servicios Integrales de Fincas de Andalucía, S.L., CIF B91124602, incursas en presunción de valores anormales, por los motivos expuestos en el informe técnico anteriormente transcrito, excluyéndolas de la clasificación de las proposiciones presentadas, al estimarse que las ofertas no pueden ser cumplidas”.

Séptimo. – El día 18 de enero de 2021 se notifica, a través de la PLACSP, la resolución de 14 de enero de 2021 del Director General de Contratación y Compras que acepta el acuerdo de la Mesa de Contratación de 2 de octubre de 2020, por el que se

Código Seguro De Verificación	m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	22/02/2021 07:26:43
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	5/32
Url De Verificación	https://valida.malaga.eu/verifirma/code/m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==		



declara la exclusión del procedimiento de adjudicación, de las empresas Factudata XXI, S.L. y Conexión Cultura, S.L., en compromiso de UTE, Integra Mantenimiento Gestión Servicios Integrados Centro Especial de Empleo-Andalucía, S.L. y Servicios Integrales de Fincas de Andalucía, S.L.

La notificación electrónica de la resolución fue leída por la empresa recurrente, el día 19 de enero de 2021, a las 9:14 horas.

Octavo. – Como hemos dejado constancia en el encabezamiento, en fecha 30 de enero de 2021, la representante de la empresa FACTUDATA XXI, S.L., ha presentado a través del Registro electrónico (SIR), escrito de recurso especial ante este Tribunal, contra la resolución notificada por la que se confirma la exclusión de la oferta de la UTE, de la que forma parte, al estimar que no puede ser cumplida.

En dicho escrito se solicita que:

"... en sus méritos con la estimación del presente Recurso, se acuerde la nulidad de la exclusión impugnada, dejándola sin efecto, retrotrayendo las actuaciones hasta el acto de valoración de las ofertas económicas de las empresas licitadoras en el procedimiento abierto, con la inclusión en el mismo de la UTE FACTUDATA XXI, S.L. – CONEXIÓN CULTURA, S.L., de acuerdo con lo establecido en el artículo 150 de la LCSP."

Noveno. – El Tribunal a la vista del escrito presentado en fecha 2 de febrero de 2021, ha realizado la petición de remisión del expediente de contratación y del informe exigido en el artículo 56.2 de la LCSP, y demás trámites allí previstos, a cumplimentar por el órgano de contratación.

El órgano de contratación ha remitido en fecha 9 de febrero de 2021, al Tribunal, la documentación que se había solicitado, incluyendo el informe sobre la tramitación del expediente, oponiéndose al recurso y acompañando el emitido el 5 de febrero de 2021, por el Área de Cultura que se opone al recurso y a la medida cautelar de suspensión solicitada en el mismo.

Décimo. – En fecha 10 de febrero de 2021, se ha acordado el emplazamiento del resto de entidades licitadoras, adjuntándoles copia anonimizada del escrito de recurso, para que puedan formular en el plazo de cinco días hábiles, las alegaciones que estimen oportunas.

Habiéndose presentado, a través del Registro electrónico (SIR), en fecha 12 de febrero de 2021, escrito de oposición al recurso solicitando su desestimación, por la empresa MULTISER MÁLAGA, S.L., y en fecha 16 de febrero de 2021, por el mismo registro, por la empresa SEARO SERVICIOS GENERALES, S.L., solicitando igualmente la desestimación del recurso.

Código Seguro De Verificación	m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	22/02/2021 07:26:43	
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	6/32	
Url De Verificación	https://valida.malaga.eu/verifirma/code/m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==			

Undécimo. – En fecha 10 de febrero de 2021, se acordó por el Presidente del Tribunal municipal la denegación de la suspensión de la tramitación del procedimiento de contratación, según la petición contenida en el OTROSÍ del escrito de recurso, de conformidad a lo previsto en el artículo 49.2 de la LCSP. Diligencia denegatoria que ha sido publicada en la PLACSP el día 11 de febrero de 2021, en virtud de lo establecido en el artículo 63.3 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. – Este Tribunal como órgano independiente especializado resulta competente para resolver el recurso presentado en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) –Ley 9/2017 de 8 de noviembre–, en el artículo 10.1 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en el artículo 4 del Reglamento Orgánico por el que se rige el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga, publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de 31 de octubre de 2012, en lo que no se oponga a lo establecido en la Ley citada en primer lugar.

Y así, se establece, además, en la cláusula número 28ª del Pliego de Condiciones Económico-Administrativas, publicado en la PLACSP, en cuyo primer párrafo establece:

“Al estar el contrato incluido entre los enumerados en el artículo 44.1 de la LCSP, los actos y decisiones relacionados en el apartado segundo de este artículo, serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga, conforme a los plazos, requisitos y efectos regulados en los artículos 44 a 60 de la citada Ley.”

Es de reseñar, que este órgano carece en la actualidad de la habilitación de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos exigidos en la LCSP, para la tramitación de los recursos que se presenten a excepción de la asignación de la dirección electrónica del Tribunal: tarcaytomalaga@malaga.eu

Segundo. – Respecto a la legitimación de la empresa recurrente en compromiso de UTE, este Tribunal municipal le reconoce la misma, de conformidad con el párrafo primero del artículo 48 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, LCSP, que dispone que:

“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos

Código Seguro De Verificación	m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	22/02/2021 07:26:43	
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	7/32	
Url De Verificación	https://valida.malaga.eu/verifirma/code/m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==			

se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”

Ya que no cabe duda de que a la empresa FACTUDATA XXI, S.L., le afecta directamente en sus intereses el acuerdo de exclusión del procedimiento de contratación. Siendo la doctrina administrativa mayoritaria la que entiende en supuestos en los que intervienen miembros de agrupaciones de empresas, que debe acogerse el concepto amplio de legitimación, siempre que los derechos o intereses legítimos de una entidad puedan resultar afectados por la resolución, incluso aunque sólo sean parcialmente. (vg. Resoluciones del TACRC n.ºs. 212/2011, 169/2012, 28/2013, 479/2014, 786/2014, 541/2016, etc.)

Constando acreditada la representación de la persona que firma el recurso.

Tercero. – En cuanto al acto impugnado, de acuerdo con lo establecido en los artículos 44.1.a) y 44.2.b) de la LCSP, al ser un contrato de servicios con un valor estimado superior a cien mil euros y al impugnarse el acuerdo de exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato, acto expresamente previsto como recurrible en el artículo 44.2.b) de la LCSP, que ha sido presentado en plazo al haber sido notificado dicho acuerdo el día 19 de enero de 2021, y dentro de los quince días hábiles siguientes a la referida notificación, en fecha 30 de enero de 2021 se presenta, como hemos reseñado en el apartado octavo del relato fáctico, de conformidad a lo establecido en el artículo 50 de la LCSP.

Cuarto. – En el recurso especial presentado, se recoge lo siguiente:

“La UTE en su justificación de baja anormal o desproporcionada dice:

3) En régimen de concesión directa, por lo que se puede contar con ello para la realización de las previsiones de costes, FACTUDATA XXI, S.L. tiene concedidas las siguientes ayudas, para todos y cada uno de sus trabajadores discapacitados:

a) Bonificación del 100% de las cuotas empresariales a la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedad profesional y las cuotas de recaudación conjunta (Ley 43/2006, de 29 de diciembre).

b) Subvención de coste salarial para el mantenimiento de los puestos de trabajo de los trabajadores discapacitados por una cuantía del 50% del salario mínimo interprofesional, o proporcional si el contrato es a tiempo parcial, sin distinción de que el mismo sea fijo o temporal (Orden de 7 de febrero de 2017 de la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio de la Junta de Andalucía, publicada en el BOJA del 9 de febrero de 2017). “

[...]

Código Seguro De Verificación	m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	22/02/2021 07:26:43	
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	8/32	
Url De Verificación	https://valida.malaga.eu/verifirma/code/m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==			

“En primer lugar, cabe destacar que el único aspecto por el que se acuerda la exclusión de la UTE es el rechazo por parte del AYUNTAMIENTO de la partida de subvenciones para el mantenimiento de los puestos de trabajo como ingresos a percibir por FACTUDATA, como miembro integrante de la UTE que contratará al personal necesario para la ejecución del contrato dada su condición de Centro Especial de Empleo, lo que haría que la misma presentara un resultado de explotación negativo.”

[...]

“Observamos que en el informe técnico se pone en duda la percepción de la subvención para el mantenimiento de los puestos de trabajo, pero nada se dice de la bonificación de las cuotas de Seguridad Social.”

[...]

*“Además, el órgano de contratación procede a la exclusión de la UTE obviando completamente el contenido del artículo 197 de la LCSP, según el cual **“la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el contrato de obras en el artículo 239”**.*

Transcribe lo recogido en varias resoluciones del TACP de Madrid, del TACP de Aragón, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TRACRC) del Estado, y del TARCJA de la Junta de Andalucía.

“Comprobamos así que es doctrina asumida por diversos Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales la aceptación de las bonificaciones y subvenciones referentes a los Centros Especiales de Empleo en la justificación de las ofertas con valores anormales o desproporcionados, siempre y cuando se cumplan los requisitos para solicitarlas, o sea, ostentar la condición de Centro Especial de Empleo y emplear a personas con discapacidad, como es el caso de FACTUDATA, empresa integrante de la UTE sobre la que recaería la contratación del personal.”

Reseña y postula que en otros expedientes tramitados por el Ayuntamiento se han venido aceptando la percepción de ayudas como justificación de ofertas anormales, al igual que otros organismos municipales dependientes del mismo Ayuntamiento.

“A mayor abundamiento, ese Tribunal en su Resolución 9/2020, de 20 de marzo de 2020, en un supuesto similar al ahora planteado, acepta implícitamente que la percepción de las ayudas referidas a los Centros Especiales de Empleo pueden ser tenidas en cuenta para el cálculo de costes, pues, en dicha Resolución, argumenta su rechazo a las mismas únicamente en el hecho de haberlas justificado en base a una normativa ya derogada.”

“A la vista de lo expuesto, esta entidad considera, en primer lugar, que el informe técnico, en él que el órgano de contratación basa su decisión, no debió entrar a valorar la

Código Seguro De Verificación	m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	22/02/2021 07:26:43	
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	9/32	
Url De Verificación	https://valida.malaga.eu/verifirma/code/m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==			

posibilidad de recibir las subvenciones para el mantenimiento de los puestos de trabajo que son de concesión directa, están aprobadas legalmente, y se vienen percibiendo a lo largo de los años por FACTUDATA, dada su condición de Centro Especial de Empleo, sino que únicamente podría entrar a valorar si la empresa cumple los requisitos necesarios para acceder a las mismas, extremos que sí cumple FACTUDATA. En cualquier caso, y en última instancia, la percepción o no de dichas ayudas entraría dentro del riesgo y ventura asumido por los licitadores, aceptado legalmente y regulado en el artículo 197 de la LCSP.

Asimismo, tanto el propio AYUNTAMIENTO como otros organismos dependientes de éste (tal es el caso del IVIMA) vienen aceptando la percepción de las subvenciones para el mantenimiento de los puestos de trabajo y las bonificaciones de las cuotas de Seguridad Social como parte de las justificaciones de las bajas anormales o desproporcionadas de los Centros Especiales de Empleo, y además así lo respalda la doctrina de diversos Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, motivo por el que solicitamos sea aceptada, en sus propios términos, la justificación de la oferta con valores anormales o desproporcionados presentada por la UTE FACTUDATA XXI S.L. – CONEXIÓN CULTURA S.L. el día 21 de junio de 2020.”

Quinto. – El órgano de contratación, por su parte, junto con el expediente requerido por el Tribunal, ha remitido el informe evacuado que recoge lo siguiente:

“En esta ocasión nos encontramos con que el licitador no acredita satisfactoriamente el bajo nivel de los precios propuestos, arguyendo generalidades y compromisos para su ejecución (subvenciones y/o bonificaciones). En tal caso el informe del servicio correspondiente podría ser de carácter desfavorable por no poder cotejar la oferta en ninguno de los parámetros objetivos que establece el artículo 149 de la LCSP. Así lo subraya el informe del Área anteriormente transcrito, de 5 de febrero de 2021, cuando dispone que, teniendo en cuenta la multitud de factores que inciden a la hora de ser beneficiario de subvenciones y bonificaciones, la empresa recurrente no aporta los justificantes necesarios para llegar a la convicción de que haya ostentado tal condición en ejercicios precedentes, o en su caso, que estas circunstancias no hayan sufrido modificación alguna.

Pero además, en el citado informe técnico, se viene a poner énfasis en la necesidad de garantizar la cobertura de los costes salariales y laborales de los trabajadores que se van a emplear, máxime cuando, como se afirma, no se ha tomado en consideración el puesto de Coordinación que no cuenta con la condición de persona con discapacidad, ni se han desvirtuado los cálculos que concluyen la inviabilidad económica de la oferta presentada que, recordemos, conlleva un resultado de la explotación negativo en la nada desdeñable cantidad de 30.424,01 euros.

Así pues, la recurrente está incurso en presunción de anormalidad al haber presentado un porcentaje de baja que ascendía al 40,59%, respecto al presupuesto base de licitación. Por ello, la justificación de su oferta debiera ser más exhaustiva, que si fuera inferior, siguiendo la doctrina establecida desde el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ex artículo 149 de la LCSP. En este sentido, la Resolución nº 859/2018 de 1 de octubre, entre otras, aclaró que: “la exhaustividad de la justificación aportada por el licitador habrá de ser tanto mayor cuanto

Código Seguro De Verificación	m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	22/02/2021 07:26:43
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	10/32
Url De Verificación	https://valida.malaga.eu/verifirma/code/m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==		



mayor sea la baja en que haya incurrido la oferta, por relación con el resto de ofertas presentadas. Y del mismo modo, a menor porcentaje de baja, menor grado de exhaustividad en la justificación que se ofrezca (Resolución nº 559/2014 y nº 662/2014)”.

“En lo que concierne a la posible existencia de arbitrariedad o discriminación, por el hecho de que por parte del órgano de contratación se haya venido aceptando como parte de la justificaciones de las bajas anormales o desproporcionadas de los Centros Especiales de Empleo, la percepción de las subvenciones para el mantenimiento de los puestos de trabajo y las bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social, cabe argumentar que la empresa recurrente no puede pretender que se aplique a su caso particular, lo que se ha resuelto en el marco de otros expedientes, sin descender al detalle del supuesto concreto y sin argumentar si, al igual que sucede en el caso que nos ocupa, la baja ofertada fue cuantitativamente tan significativa respecto al resto de ofertas presentadas o al presupuesto base de licitación; si se obviaron costes salariales de personal adscrito a la ejecución de las prestaciones que constituían el objeto del contrato; si las empresas inicialmente incursas en valores anormales justificaron y acreditaron adecuadamente los términos de su oferta en los términos requeridos; u otros extremos.”

Además, las empresas interesadas MULTISER MÁLAGA, S.L. y SEARO SERVICIOS GENERALES, S.L., personadas en el procedimiento, han presentado alegaciones oponiéndose al recurso, en los términos reflejados en los respectivos escritos, que constando en las actuaciones damos aquí por reproducidos.

Sexto. – Los pliegos que rigen la contratación, al efecto de lo que se plantea en el recurso, recogen las Cláusulas o condiciones siguientes:

EN EL PCEA:

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

[...]

En las cláusulas 8ª (lote 1) y 12ª (lote 2) del pliego de condiciones técnicas se establecen los parámetros objetivos que permitan identificar los casos en los que una oferta sea considerada anormal.

[...]

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 artículo 149 de la LCSP, en el que se solicitará el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.

El Órgano de Contratación rechazará las ofertas si comprueba que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201 de la LCSP.

Código Seguro De Verificación	m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	22/02/2021 07:26:43
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	11/32
Url De Verificación	https://valida.malaga.eu/verifirma/code/m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==		



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.

En el supuesto en que una empresa que hubiese estado incurso en presunción de anormalidad resultara finalmente adjudicataria, el responsable municipal del contrato establecerá los mecanismos oportunos para realizar un seguimiento pormenorizado de la ejecución del contrato con el objetivo de garantizar la correcta ejecución del mismo sin que se produzca una merma en la calidad de las prestaciones contratadas, tal y como dispone el artículo 149.7 de la LCSP

[...] >>

EN EL PCT:

11.- PROPUESTA ECONÓMICA DEL LOTE 2

El precio de la presente contratación asciende a la cantidad de 409.695,80 €, IRPF en su caso incluido, más la cantidad de 86.036,12 €, correspondiente al 21% de IVA, lo que asciende a un total de 495.731,92 €, estando incluido en el precio todos los gastos e impuestos derivados de la presente contratación hasta su total cumplimiento, conforme al desglose previsto en el informe adjunto.

[...]

12.- VALORACIÓN DE LAS OFERTAS DEL LOTE 2

[...]

Se puntuará con la máxima puntuación a las ofertas económicas con mayor porcentaje lineal de baja única respecto del tipo de licitación y para las restantes ofertas se puntuarán en proporción directa por regla de tres simple.

Los licitadores deberán ofrecer una baja única, expresada en tantos por ciento, aplicable al máximo de licitación. Se puntuará con 60 puntos la oferta con la mayor bajada y al resto proporcionalmente con regla de tres simple.

Las ofertas cuyo importe supere el 20% de baja respecto a la baja media de las ofertas admitidas a la licitación, serán consideradas desproporcionadas o anormales, actuándose en la forma prevista en el artículo 149 de la LCSP.

[...]

Además, en el PCEA, en su **cláusula 20ª**, en el segundo párrafo, se recoge también, lo siguiente:

“Las empresas interesadas en este procedimiento de licitación podrán solicitar, a través de dicho Perfil (de contratante del Ayuntamiento), cuanta información adicional sobre los pliegos y demás documentación complementaria consideren oportuna,

Código Seguro De Verificación	m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	22/02/2021 07:26:43	
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	12/32	
Url De Verificación	https://valida.malaga.eu/verifirma/code/m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==			

siéndoles proporcionada la misma a todos los interesados, como máximo, seis días antes de la finalización del plazo fijado para la presentación de ofertas, siempre que tal solicitud se hubiera realizado, al menos, doce días antes del transcurso del referido plazo de presentación de las proposiciones. Las respuestas tendrán carácter vinculante y se publicarán, igualmente, en el Perfil del Contratante."

Esta cláusula está amparada en lo dispuesto en el artículo 138.3 de la LCSP.

Consta que en el Perfil de contratante del Ayuntamiento, alojado en la PLACSP (artículo 346. 3, LCSP), se han realizado por las empresas licitadoras hasta 22 consultas, sobre lo determinado en los pliegos, alguna de ellas incluso formulada por la empresa aquí recurrente, habiéndose contestado todas las peticiones de aclaración o información adicional solicitadas, estando publicadas en la PLACSP las respuestas formuladas por el órgano de contratación a cada petición, que en lo que aquí nos interesa en relación a la cuestión sometida a debate en el presente recurso, consta la pregunta formulada el 5 de marzo de 2020 a las 15:28 horas (que reitera las contestadas el mismo día a las 15:24 horas, y las del día 2 de marzo de 2020 a las 12:36 horas, y 27 de febrero de 2020 a las 13:31 horas), que recoge lo siguiente:

Petición de aclaración:

«Estimados Sres.,

Como parte de la documentación que se incluye en el Pliego de Condiciones Técnicas de la licitación de referencia, se incluye como ANEXO I en la página 15, un listado de personal a subrogar fechado el 5 de Noviembre de 2.019 que fue elaborado por INTEGRA, en un procedimiento de licitación anterior, y en un momento en el cual esta sociedad era la contratista.

Actualmente, INTEGRA no es la sociedad que está ejecutando el contrato y, debido al tiempo transcurrido desde la elaboración de ese listado, los datos que contiene pueden haber sufrido cambios.

Por estos motivos, y en base a lo establecido en el Artículo 130 LCSP sobre obligación de información de condiciones de subrogación a los licitadores, solicitamos que se proceda a la publicación de un nuevo listado de subrogación que sea elaborado por la empresa que actualmente ejecuta el servicio, y con los datos actualizados para permitir una exacta evaluación de los costes laborales, de acuerdo al citado Artículo 130.»

Respuesta del órgano de contratación:

«El Área redactora contesta lo siguiente:

A fecha de hoy y en relación con el cuadro publicado en los pliegos, hay una persona en situación de IT y la correspondiente sustitución con un contrato de interinidad. Así mismo una persona ha solicitado una excedencia de un año. Existe también una persona que no está

Código Seguro De Verificación	m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	22/02/2021 07:26:43	
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	13/32	
Url De Verificación	https://valida.malaga.eu/verifirma/code/m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==			

reflejada en el cuadro, el puesto de coordinación, la cual tendrá derecho de subrogación a partir del día 1 de marzo. A continuación indicamos el personal afectado por las indicaciones reseñadas:

☐ *Trabajador Nº 4 en el cuadro de subrogación. Esta persona se encuentra en situación de IT y la que la sustituye tiene un salario bruto anual de 13.300,08 € más pluses de domingo y festivos según los trabajados.*

☐ *Trabajador Nº 2 en el cuadro de subrogación. Esta persona ha solicitado una Excedencia con Reserva de Puesto de 1 año. Los costes salariales de la que la sustituye son 7.004,25 € más pluses de domingo y festivos según los trabajados.*

El puesto de coordinación no cuenta con la condición de persona con discapacidad, tiene un salario bruto anual de 13.900,08 €, más pluses de domingo y festivos según los trabajados y unos costes de Seguridad Social de 4.823,40 € anuales, el trabajador/a en cuestión tiene un tipo de contrato 401 a jornada completa, con una antigüedad desde el 2 de diciembre de 2019 y el convenio al que está acogida la empresa es el XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (99000985011981).»

Séptimo. – Respecto de la evaluación realizada por la Administración en cuanto a la justificación de la oferta económica presentada por la UTE FACTUDATA – CONEXIÓN CULTURA, vamos a analizar su contenido.

Tal y como este Tribunal municipal tiene declarado en otras resoluciones (v. **Resolución nº 19/2020**, de 2 de septiembre), debemos recordar que la doctrina del **TJUE, resolución C-599-10**, de 29 de marzo de 2012, sobre ofertas anormalmente bajas, exige que antes de rechazar la oferta de un licitador que presuntamente incurra en temeridad, el poder adjudicador debe solicitar por escrito las precisiones que estime oportunas sobre la composición de la oferta, y esto consta realizado debidamente en el expediente remitido —ver apartado *Quinto* del relato fáctico— al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.4 de la LCSP, siendo el objetivo de dicho requerimiento aportar al órgano decisor la justificación necesaria de que la proposición realizada es seria y viable.

En nuestro caso consta que se ha producido la contradicción entre el candidato y el poder adjudicador, para garantizar la competencia entre las empresas y evitar la arbitrariedad, en los términos exigidos por la jurisprudencia europea.

La misma resolución del Tribunal Europeo, que reseñamos, declara que son los jueces nacionales (en los que incluyen a los Tribunales Administrativos) los que deben verificar, si la petición de las aclaraciones permite que los candidatos afectados expliquen suficientemente la composición de su oferta, en nuestro caso entendemos que dicha petición al amparo de lo dispuesto en los pliegos y a tenor de lo exigido en el artículo 149 de la LCSP, antes citado, era ajustada a la referida doctrina del TJUE y al

Código Seguro De Verificación	m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	22/02/2021 07:26:43	
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	14/32	
Url De Verificación	https://valida.malaga.eu/verifirma/code/m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==			

artículo 69 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, y según consta en el expediente que se nos ha remitido y confirma la documentación aportada con el recurso, a la UTE FACTUDATA - CONEXIÓN CULTURA, se le requirió en fecha 17 de junio de 2020, mediante la plataforma de contratación electrónica el 15 de julio de 2020, para que aportara la justificación explicativa de su bajada de precio respecto del presupuesto base de licitación del Lote nº 2, en concreto respecto de:

-Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para la prestación del servicio, detallando el convenio laboral de aplicación.

-La percepción de ayudas públicas, si las hubiere, debiendo acreditar que las mismas se han concedido sin contravenir las disposiciones comunitarias en materia de ayudas públicas.

Y por escrito de 21 de julio de 2020, bajo el título *“Asunto: Justificación de oferta con valores anormales o desproporcionados”* Expt. 142/19, con un contenido de seis páginas, que intenta justificar la anormalidad de la oferta presentada (40,59%), se cumplimentó por la agrupación recurrente el requerimiento que se le había cursado en la plataforma electrónica.

A tenor de la doctrina, que venimos compartiendo, emitida por el **TACRC** (Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales), sobre el tratamiento y justificación de las proposiciones incursas en baja desproporcionada, debemos reseñar la **Resolución nº 1092/2019**, de 30 de septiembre, que dice:

*“Es imprescindible analizar la doctrina de este Tribunal en relación con la justificación de las ofertas anormales o desproporcionadas. En este plano, se puede recurrir a la Resolución nº 839/2017 que sintetiza la doctrina del siguiente modo: “Así, en la Resolución 488/2015 declaramos que “En materia de la actuación de los órganos de contratación en presencia de ofertas anormales o desproporcionadas, así calificadas por exigencia de las previsiones establecidas en los Pliegos del Contrato, también es profusa la doctrina de este Tribunal de Contratación y, así y por todas, podemos citar la resolución 371/2015, en la que citábamos otras, señalando, al respecto, que, en la Resolución nº 683/2014, de 17 de septiembre, con cita de la Resolución 142/2013, de 10 de abril, señalábamos que “la decisión, sobre la justificación de la viabilidad de las ofertas incursas en valores anormales o desproporcionados, **corresponde al Órgano de Contratación, atendiendo a los elementos de la proposición y a las concretas circunstancias de la empresa licitadora y valorando las alegaciones del contratista y los informes técnicos emitidos, ninguno de los cuales tienen carácter vinculante.** Como hemos reiterado en numerosas resoluciones, la finalidad de la Legislación de Contratos es que se siga **un procedimiento contradictorio**, para evitar rechazar las ofertas con valores anormales o desproporcionados, sin comprobar, antes, su viabilidad. **No se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de***

Código Seguro De Verificación	m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	22/02/2021 07:26:43
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	15/32
Url De Verificación	https://valida.malaga.eu/verifirma/code/m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==		



proveer de argumentos que permitan, al órgano de contratación, llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo.

En caso de exclusión de una oferta incurra en presunción de temeridad, **es exigible que se fundamenten los motivos que justifiquen tal exclusión.** Por el contrario, en caso de conformidad, no se exige que el acuerdo de adjudicación explicita los motivos de aceptación.

Como también señala la nueva Directiva sobre Contratación Pública (Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero), en su artículo 69.3, "El poder adjudicador evaluará la información proporcionada, consultando al licitador. **Solo podrá rechazar la oferta, en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos...**"

En el mismo sentido, en nuestra Resolución 832/2014, de 7 de noviembre de 2014, señalamos que: En aquellos casos en los que **el informe técnico no comparta la justificación dada por el licitador para justificar la anormalidad de su oferta, resulta evidente que debe motivarse el informe, pues éste tendrá que salir al paso de lo alegado por el interesado, rebatiendo su argumentación...**"

En el mismo sentido se han pronunciado las Resoluciones 786/2014, de 24 de octubre, 804/2014, de 7 de noviembre y 225/2015, de 6 de marzo. De otra parte, en la Resolución 786/2014, de 24 de octubre, citando la Resolución 677/2014, de 17 de septiembre, señalamos que "la revisión de la apreciación del órgano de contratación, acerca de la justificación de las ofertas incursas en presunción de temeridad, incide directamente en la discrecionalidad técnica de la Administración y, a tal respecto, es criterio de este Tribunal (Resoluciones 105/2011 y las 104 y 138/2013) que la apreciación hecha por la entidad contratante del contenido de tales justificaciones, en relación con el de las propias ofertas, debe considerarse que responde a una valoración de elementos técnicos que, en buena medida, pueden ser apreciados, en función de parámetros o de criterios cuyo control jurídico es limitado. Aun así, hay aspectos que, aun siendo difíciles de controlar jurídicamente, por venir determinados por la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, pueden y deben ser revisados por el Tribunal.

Tal es el caso de que, **en una oferta determinada, puedan aparecer síntomas evidentes de desproporción que impidan, sin necesidad de entrar en la apreciación de criterios puramente técnicos, la ejecución del contrato en tales condiciones.**"

Continúa la Resolución 786/2014 declarando que "para desvirtuar la valoración realizada por el Órgano de Contratación en esta materia, **será preciso que el recurrente ofrezca algún argumento que permita considerar que el juicio del Órgano de Contratación, teniendo por justificadas las explicaciones dadas por el licitador, cuya oferta se ha considerado, inicialmente, como anormal o desproporcionada, resulta infundado o a apreciar que se ha incurrido, en ese juicio, en un error manifiesto y constatable...**"

"Por lo tanto, **es competencia de este Tribunal, analizar si la justificación del licitador, cuya oferta es considerada anormal o desproporcionada, resulta suficiente o no, en los términos a que hemos hecho referencia antes, con cita de nuestra doctrina, análisis que exige considerar el requerimiento del órgano de contratación y los aspectos que éste prevé como exigibles y la justificación remitida al respecto por el licitador**".

Código Seguro De Verificación	m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	22/02/2021 07:26:43
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	16/32
Url De Verificación	https://valida.malaga.eu/verifirma/code/m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==		



Y como ya dijimos en nuestra **Resolución nº 28/2020**, de 24 de noviembre, citando la doctrina del referido **TACRC**, que asumimos, sobre las proposiciones respecto de las que se ha declarado su exclusión por no justificar la baja conforme a lo establecido en los pliegos, por contener valores anormales o desproporcionado, en concreto la **Resolución nº 328/2017**, de 6 de abril, que resume la doctrina elaborada por el propio Tribunal del Estado (ratificada en otra más reciente **Resolución nº 995/2020**, de 18 de septiembre) y que recoge lo siguiente:

*“...en la Resolución nº 142/2013, de 10 de abril, con cita de la nº 121/2012, de 23 de mayo, razonábamos acerca de las previsiones del artículo 152 del TRLCSP, que establece que **los pliegos pueden establecer límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. Al respecto, indicábamos que la superación de tales límites no permite excluir de manera automática la proposición, dado que es preciso la audiencia del licitador a fin de que éste pueda justificar que, no obstante los valores de su proposición, sí puede cumplir el contrato. De esta manera, la superación de los límites fijados en el pliego se configura como presunción de temeridad que debe destruirse por el licitador, correspondiéndole sólo a él la justificación de su proposición.***

Como ya se ha expuesto en anteriores resoluciones de este Tribunal (por todas, la citada Resolución 121/2012), “el interés general o el interés público ha sido durante décadas el principal elemento conformador de los principios que inspiraban la legislación de la contratación pública española. Sin embargo, la influencia del derecho de la Unión Europea ha producido un cambio radical en esta circunstancia, pasando a situar como centro en torno al cual gravitan los principios que inspiran dicha legislación, los de libre competencia, no discriminación y transparencia, principios que quedan garantizados mediante la exigencia de que la adjudicación se haga a la oferta económicamente más ventajosa, considerándose como tal aquella que reúna las mejores condiciones tanto desde el punto de vista técnico como económico.

***Por excepción, y precisamente para garantizar el interés general, se prevé la posibilidad de que una proposición reúna tal característica y no sea considerada sin embargo la más ventajosa, cuando en ella se entienda que hay elementos que la hacen incongruente o desproporcionada o anormalmente baja.** En consecuencia, tanto el derecho de la Unión Europea (en especial la Directiva 2004/18/CE), como el español, admite la posibilidad de que la oferta más ventajosa no sirva de base para la adjudicación”.*

*Es también doctrina reiterada de este Tribunal la que sostiene **que la apreciación de que la oferta tiene valores anormales o desproporcionados no es un fin en sí misma, sino un indicio para establecer que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ello, y que, por tanto, no debe hacerse la adjudicación a quien la hubiere presentado. De acuerdo con ello, la apreciación de***

Código Seguro De Verificación	m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	22/02/2021 07:26:43
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	17/32
Url De Verificación	https://valida.malaga.eu/verifirma/code/m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==		



si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que concurren en la oferta y de las características de la propia empresa licitadora, no siendo posible su aplicación automática. (Resolución 257/2016, de 8 de abril)

Por lo demás, "la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no corresponde al órgano de contratación sopesando las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y los informes emitidos por los servicios técnicos. Evidentemente **ni las alegaciones mencionadas ni los informes tienen carácter vinculante para el órgano de contratación, que debe sopesar adecuadamente ambos y adoptar su decisión en base a ellos**" (Resoluciones 24/2011, de 9 de febrero, 72/2012, de 21 de marzo, o 121/2012, de 23 de mayo).

Por último, indicábamos también en la Resolución 142/2013 que "aun admitiendo que la forma normal de actuar en el mundo empresarial no es hacerlo presumiendo que se sufrirán pérdidas como consecuencia de una determinada operación, situación ésta que sólo se produciría si aceptamos los cálculos de costes de la recurrente, es claro también que entre las motivaciones del empresario para emprender un determinado negocio no sólo se contemplan las específicas de ese negocio concreto, sino que **es razonable admitir que para establecer el resultado de cada contrato, se haga una evaluación conjunta con los restantes negocios celebrados por la empresa** y que, analizado desde esta perspectiva, pueda apreciarse que produce un resultado favorable" (Resoluciones 24/2011, ya citada, y 303/2011, de 7 de diciembre de 2011).

De otra parte, tal y como razonábamos en la Resolución nº 465/2015, de 22 de mayo, con cita de la resolución de 23 de marzo de 2015 (resolución nº 269/2015), la finalidad de la legislación de contratos es que se siga un procedimiento contradictorio para evitar rechazar las ofertas con valores anormales o desproporcionados sin comprobar antes su viabilidad. **No se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo.**

Obviamente, tales argumentos o justificaciones deben ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta (Resolución 1061/2015, de 20 de noviembre).

En resumen, y como se refleja asimismo en la Resolución nº 17/2016, de 15 de enero, **no resulta necesario que por parte del licitador se proceda al desglose de la oferta económica, ni a una acreditación exhaustiva de los distintos componentes de la misma, sino que basta con que ofrezca al órgano de contratación argumentos que permitan explicar la viabilidad y seriedad de la oferta. A la vista de dicha documentación, el rechazo de la oferta exige de una resolución "reforzada" que desmonte las justificaciones del licitador.**

Código Seguro De Verificación	m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	22/02/2021 07:26:43	
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	18/32	
Url De Verificación	https://valida.malaga.eu/verifirma/code/m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==			

... razonar porqué la misma es seria y viable_ (Resolución nº 82/2015). Finalmente, es también doctrina de este Tribunal, que la exhaustividad de la justificación aportada por el licitador habrá de ser tanto mayor cuanto mayor sea la baja en que haya incurrido la oferta, por relación con el resto de ofertas presentadas. Y del mismo modo, a menor porcentaje de baja, menor grado de exhaustividad en la justificación que se ofrezca (Resolución nº 559/2014 y 662/2014)."

En el presente caso el Área de Cultura del Ayuntamiento de Málaga, en fecha 17 de septiembre de 2020, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 149.4 de la LCSP, en el inciso: "en el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente", emitió informe sobre el escrito presentado por la UTE FACTUDATA – CONEXIÓN CULTURA, en el que intenta justificar la anormalidad de su oferta de hasta un 40,59% de baja, muy superior al umbral de temeridad del 20,74%, calculado según lo previsto en los pliegos, que fue examinado por la Mesa de Contratación el día 2 de octubre de 2020.

El informe técnico se centra, dado el contenido del escrito presentado por la UTE, en los "costes laborales", cuantificados por la licitadora requerida, ya que los otros gastos incluidos en aquel escrito, no son cuestionados por el Área de Cultura.

En primer lugar, y atendiendo a la cuantía de la oferta de la UTE recurrente (baja de 40,59%), sobre un Presupuesto Base de Licitación del Lote 2 sin incluir el IVA, de 409.695,80 euros –cláusula 11ª del PCT–, el **precio ofertado** por la agrupación de empresas sería de **243.400,27 euros** [409.695,80 - 166.295,53].

Por otro lado, en el escrito se recogen todos los **costes** directos e indirectos que, se han calculado por la recurrente (apartado 1.4.1 del escrito de justificación) en 273.824,28 euros.

El resultado neto del negocio, supondría [273.824,28 – 243.400, 27] un importe negativo de -30.424,01 euros.

No obstante la recurrente dada la condición de Centro Especial de Empleo, de FACTUDATA XXI, S.L., y la perspectiva de recibir las ayudas previstas en la normativa aplicable a este tipo de empresas, mantiene que entre las bonificaciones de la seguridad social y las ayudas públicas para los costes salariales, obtendría una **subvención** por la totalidad de los trabajadores adscritos al servicio, por su condición de discapacitados, de **114.646 euros**, por los dos años del contrato.

Por lo que sus **ingresos** serían:

Avenida Cervantes, 4 ■ 29016 ■ Málaga ■ TLF 951.927.156 ■ tarcaytomalaga@malaga.eu

Código Seguro De Verificación	m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	22/02/2021 07:26:43
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	19/32
Url De Verificación	https://valida.malaga.eu/verifirma/code/m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==		



243.400,27 + 114.646 = 358.046,27 euros

Con un **resultado final** de:

358.046,27 – 273.824,28 = 84.221,99 euros.

Es importante, resaltar que en el escrito de 21 de julio de 2020 de justificación de la oferta (apartado 1.1.8) se mantiene que, "*todas las personas adscritas al servicio serán discapacitadas*"; y para ello tiene en cuenta que en el Anexo I del PCT, consta el "*Listado de personal a subrogar de servicio auxiliares del Museo del Patrimonio de Málaga*", en el que se inserta una tabla, en la que se incluye a **nueve** trabajadores, todos con la categoría de Técnico Auxiliar, con el tipo de contrato, jornada, antigüedad, salario bruto anual, pluses consolidados, y sujetos al XV Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de atención a Personas con Discapacidad, que en el escrito se traduce en un montante de 8,62 personas (agrupando a todos los trabajadores en jornada completa).

Sobre dicho montante de 8,62/personas plantea que recibiría una **subvención** anual de 6.650 euros/persona, que en los dos años del contrato supondría los 114.646 euros, que contempla en la justificación.

Por el Área de Cultura en su informe sobre la justificación, pone de manifiesto que el escrito presentado no tiene en cuenta que la plantilla del personal a subrogar no serían sólo las nueve personas del Anexo I, del PCT, sino que también está contemplado el trabajador/a del puesto de **Coordinador**, que tiene derecho a subrogación, y lo más importante **que no tiene la condición de discapacitado**, como así se había informado en la PLACSP, en los términos previstos en la cláusula 20ª del PCEA, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 138. 3 de la LCSP:

"En los casos en que lo solicitado sean aclaraciones a lo establecido en los pliegos o resto de documentación y así lo establezca el pliego de cláusulas administrativas particulares, las respuestas tendrán carácter vinculante y, en este caso, deberán hacerse públicas en el correspondiente perfil de contratante en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el procedimiento de licitación."

Como en el fundamento Sexto ha quedado reseñado, en la PLACSP consta la siguiente información vinculante para los licitadores al expediente:

"El puesto de coordinación no cuenta con la condición de persona con discapacidad, tiene un salario bruto anual de 13.900,08 €, más pluses de domingo y festivos según los

Código Seguro De Verificación	m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	22/02/2021 07:26:43
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	20/32
Url De Verificación	https://valida.malaga.eu/verifirma/code/m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==		



trabajados y unos costes de Seguridad Social de 4.823,40 € anuales, el trabajador/a en cuestión tiene un tipo de contrato 401 a jornada completa, con una antigüedad desde el 2 de diciembre de 2019 y el convenio al que está acogida la empresa es el XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (9900098501198).

Esta información adicional a la recogida en los pliegos, y como aclaración solicitada por las empresas licitadoras al órgano de contratación, consta debidamente publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP) a sendas preguntas formuladas, en los días 27-02-2020 a las 13:31, 02-03-2020 a las 12:36, 05-03-2020 a las 15:24, y 05-03-2020 a las 15:28, con suficiente antelación a la finalización del plazo de presentación de ofertas que recordemos era el 9 de marzo de 2020 a las 13:00 horas.

De ahí, que el informe técnico del Área de Cultura de fecha 17 de septiembre de 2020, sobre el escrito de justificación analizado, mantenga que no se ha tenido en cuenta dicha circunstancia para calcular los costes laborales, que la recurrente ha estimado en un total de 249.510,64 euros, lo que no sería acertado por no ser completo.

Sin que tampoco, en consecuencia, la oferta presentada, respete la normativa aplicable y el convenio de aplicación (XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad), que en su artículo 27, dispone:

*“Al objeto de garantizar y contribuir al principio de estabilidad en el empleo mediante cualquiera de las modalidades de contratación, las empresas y centros de trabajo cualquiera que sea su actividad, que en virtud de contratación pública, privada, por concurso, adjudicación o cualquier otro tipo de transmisión, sustituyan en la prestación de un servicio o actividad a una empresa o entidad que, bajo cualquier forma jurídica y tanto en régimen de relación laboral ordinaria o especial, estuviera incluida en el ámbito funcional del Convenio, se **subrogará obligatoriamente en los contratos de trabajo de los trabajadores que estuvieran adscritos a dicho servicio o actividad con una antigüedad mínima en el mismo de tres meses, en los términos que se detallan en este artículo.**”*

Ya que el trabajador/a del puesto de coordinador, tiene derecho a subrogación desde el día 1 de marzo de 2020, al tener una antigüedad de tres meses a computar desde el 29 de diciembre de 2019, lo que no ha sido tenido en cuenta en la oferta de la empresa recurrente, por lo que su oferta en definitiva y en consecuencia sería incompleta, ya que:

Código Seguro De Verificación	m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	22/02/2021 07:26:43	
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	21/32	
Url De Verificación	https://valida.malaga.eu/verifirma/code/m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==			

- El puesto de coordinador, a jornada completa, además de los puestos previstos en el ANEXO I del PCT, no está considerado en la oferta, ni se justifica su omisión.
- El coordinador no tiene la condición de discapacitado, por lo que no puede beneficiarse de las ayudas previstas por la recurrente para la bonificación de cuotas empresariales a la Seguridad Social, ni de la subvención del coste salarial de puestos de trabajo de trabajadores discapacitados.
- La masa salarial contemplada en los costes totales, al omitir los costes actuales de este puesto de trabajo no es correcta.
- El cálculo de beneficio previsto igualmente sería incorrecto, por la omisión de los costes del puesto de coordinación actualmente existente.

Por tanto, según el informe técnico por un lado, no se ha tenido en cuenta la obligación de subrogar al trabajador/a de coordinación, sin discapacidad, y por otro, las subvenciones contempladas para el personal discapacitado no están garantizadas al depender del presupuesto de la Administración concedente.

En conclusión para el Área proponente del contrato, una vez estudiada la documentación aportada por la recurrente, considera que no está justificada la oferta anormalmente baja, debido a que el coste laboral no es correcto y el resultado de la explotación es negativo.

Recordemos que la doctrina de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, en caso de rechazo de la justificación de la oferta, exige que la resolución tenga una **motivación "reforzada"**, que desmonte las justificaciones del licitador cuya oferta esté en presunción de desproporción o baja temeraria, y en caso contrario sólo basta con que se haya formulado y admitido la justificación con mayor o menor grado de exhaustividad, según el margen de baja (*altísimo en nuestro caso, hasta un 40,59% del PBL*).

Se observa que la motivación tenida en cuenta por la Mesa de Contratación y aceptada finalmente por el órgano de contratación decisor, sostiene que no está garantizada la viabilidad de la oferta de la UTE FACTUDATA – CONEXIÓN CULTURA, y a la vista del informe técnico asumido por el órgano de contratación, el Tribunal entiende que la decisión administrativa en orden a la exclusión de la UTE recurrente está plenamente reforzada, teniendo en cuenta que a tenor de lo dispuesto en el artículo 102.3 de la LCSP, que los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato, mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas

Código Seguro De Verificación	m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	22/02/2021 07:26:43
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	22/32
Url De Verificación	https://valida.malaga.eu/verifirma/code/m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==		



con valores anormales o desproporcionados, a lo que añade, que en aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales, deberán considerarse los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios.

Octavo.- En cuanto a lo alegado en el recurso presentado, fundamentado básicamente en los siguientes motivos:

- Viabilidad de la oferta de la UTE.
- Concurrencia de errores en el informe técnico que justifica su exclusión.
 - Por apoyarse en el único aspecto de rechazar la partida de subvenciones.
 - Posibilidad de aplicar el artículo 197 de la LCSP, al realizarse el contrato a riesgo y ventura del contratista.

1. En cuanto al primer motivo sobre la viabilidad de la oferta presentada por la UTE, debemos tener en cuenta la reiterada doctrina de los Tribunales de igual naturaleza, que aquí seguimos, que la apreciación de la viabilidad de las ofertas incursas en presunción de desproporción o anormalidad (antes se decía temeridad), es un concepto que corresponde a la discrecionalidad técnica del órgano de contratación, para lo cual se vale del informe técnico que se exige en el artículo 149.4 de la LCSP.

Según lo dispuesto en el artículo 149.6 de la LCSP, el órgano de contratación "*considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuarto*", estimando si la información recabada no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador y por lo tanto, la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la mejor oferta, en el orden en que hayan sido clasificadas conforme al artículo 150.1 de la LCSP.

Por ello, hemos analizado en el anterior fundamento jurídico la justificación presentada por la UTE: FACTUDATA – CONEXIÓN CULTURA, y el informe contradictorio emitido respecto de la anterior por el Área de Cultura del Ayuntamiento.

En el recurso presentado, y ello es llamativo, no se da ninguna explicación a la omisión de los costes relativos a la persona que ocupa el puesto de Coordinación, que como hemos visto, tiene derecho a la subrogación por el nuevo contratista que gestione el servicio licitado, según lo recogido en el artículo 27 del XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, y es un trabajador/a que no es discapacitado, por lo que todas las alegaciones sobre los

Código Seguro De Verificación	m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	22/02/2021 07:26:43
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	23/32
Url De Verificación	https://valida.malaga.eu/verifirma/code/m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==		



posibles beneficios a aplicar por FACTUDATA XXI, por tener la consideración de Centro Especial de Empleo, no se podría aplicar a dicho trabajador/a.

Por otro lado, sobre las ayudas que tiene previsto obtener la recurrente para el personal discapacitado, que el informe técnico entiende que no son automáticas y no están garantizadas, lo lógico hubiera sido, algo tan simple, como aportar con el escrito de justificación o con el recurso, algún antecedente de las ayudas que ha obtenido para otras licitaciones en las que han participado las empresas de la UTE. Con una acreditación por el estilo, hubiera hecho más creíble su apuesta por la minoración de los costes vía obtención de ayudas en materia de seguridad social o en el ámbito laboral, máxime teniendo en cuenta la disparidad sustancial de la cuantía que ha previsto la UTE recurrente, que no olvidemos cifra la subvención para el personal discapacitado en 114.646,00 euros, cuando las otras dos empresas licitadoras personadas en el recurso, que tienen igual naturaleza de Centros Especiales de Empleo (Multiser Málaga, S.L, y Searo Servicios Generales, S.L.), respectivamente para la misma plantilla (Anexo I del PCT), han previsto una subvención de 102.456,40 euros y 102.600, euros, lo que indica una disparidad bastante significativa en cuanto a la cuantía de la ayuda a recibir por el mismo número de trabajadores, que no está justificada.

No se puede olvidar que el artículo 69.3 de la Directiva 2014/24 UE, establece que los poderes adjudicadores exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando ésta parezca anormalmente baja para los servicio de que se trate, y sólo se podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos, teniendo en cuenta los elementos mencionados en el apartado 2 del citado artículo, que vienen a coincidir con los del apartado número 4º del artículo 149 de nuestra LCSP.

La información justificativa, en la forma que está recogido el procedimiento contradictorio de verificación de la oferta anormal, va dirigida a convencer al órgano de contratación de que con la oferta presentada, que se ha comprobado es anormalmente baja respecto de las demás del procedimiento de licitación, y con la justificación en los términos que se hayan exigido, se puede cumplir sin problema la prestación objeto del contrato, de manera que si la justificación es incompleta, o es insuficiente o motivadamente no garantiza de forma adecuada la ejecución del contrato, para preservar el interés público de la licitación, puede ser rechazada (artículo 149.6 de la LCSP).

Según el criterio mantenido por los Tribunales de igual naturaleza, y que también se sigue en este Tribunal municipal, en los casos en los que el informe técnico

Código Seguro De Verificación	m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	22/02/2021 07:26:43
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	24/32
Url De Verificación	https://valida.malaga.eu/verifirma/code/m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==		



no comparta la justificación dada por el licitador para aclarar la anormalidad de su oferta, el informe deberá motivarse rebatiendo los argumentos de la justificación, lo que se conoce como "*resolución reforzada*", siendo la función de los Tribunales administrativos la de control y revisión del cumplimiento de los principios y los trámites legales del procedimiento establecido en el artículo 149 de la LCSP, sin que podamos sustituir en su decisión al órgano de contratación que es el que ostenta la competencia según la LCSP, debiendo retrotraer las actuaciones en caso de que se estime la invalidez de algún trámite.

En nuestro caso, se han cumplido las formalidades jurídicas exigidas, pues se han respetado los trámites previstos en el artículo 149 de la LCSP, y se ha requerido a la recurrente y a las otras empresas incursas en oferta inicialmente anormal de una forma específica, para que faciliten la información y documentación de la que disponían para acreditar sus ofertas, que se ha sometido a informe técnico preceptivo y no vinculante dicha justificación, informe que ha sido emitido de una forma motivada, así consta y lo hemos transcrito en la parte fáctica (apartado *Quinto*) y lo hemos analizado en el precedente fundamento jurídico, y que a nuestro criterio resulta racional y razonable, por lo que entendemos que es una motivación o resolución "*reforzada*" para excluir a la UTE recurrente, por omitir los datos del puesto de Coordinador, en los términos informados en la PLACSP, al vulnerar lo previsto en el artículo 27 del XV Convenio Colectivo General de centros y servicios de atención a personas con discapacidad y no dar garantías de la percepción de las ayudas públicas que recoge, que incide en falta de justificación de la viabilidad de la oferta (**artículo 149.4 "in fine"**), ya que, en todo caso, no explicaría satisfactoriamente el bajo nivel del precio o costes propuestos por el licitador, circunstancia que según el legislador se produce cuando la justificación sea "*incompleta*" [en nuestro caso la omisión del actual Coordinador del Museo Municipal] o se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico [al menos las dos últimas se darían en el caso].

Obsérvese que en la misma norma, en el penúltimo párrafo del apartado 4º, se indica igualmente que los órganos de contratación, en todo caso, rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa social o laboral, "*incluyendo el incumplimiento de los convenio colectivos sectoriales vigentes*", y la falta de inclusión del actual puesto de Coordinador, en la oferta de la recurrente, vulneraría la obligación de subrogación en la relación laboral, prevista en el artículo 130 de la LCSP, en relación al artículo 27 del XV Convenio General, antes citado.

El órgano de contratación a tenor del artículo 149.6 de la LCSP, a la vista de las alegaciones formuladas por la licitadora y teniendo en cuenta el informe emitido por el área correspondiente, y sin estar vinculado ni a una ni a otro, dentro de su competencia

Código Seguro De Verificación	m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	22/02/2021 07:26:43	
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	25/32	
Url De Verificación	https://valida.malaga.eu/verifirma/code/m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==			

ha decidido aceptar el rechazo de la oferta de la UTE, aquí recurrente, al considerarla inviable.

Por lo que, el motivo de impugnación de que la oferta está suficientemente justificada, a la vista de la normativa citada, debemos desestimarlo.

2. Sobre la concurencia de errores en el informe del Área de Cultura.

a) Por apoyarse la exclusión únicamente en rechazar la partida de subvenciones.

Nos remitimos a lo considerado más arriba al analizar tanto el informe técnico emitido por el Área de Cultura el 17 de septiembre de 2020 (v. fundamento anterior) y la justificación presentada por la recurrente, en el que se distingue claramente dos aspectos en ese informe técnico, la falta de consideración del puesto de Coordinador, trabajador/a con derecho a subrogación y no discapacitado, y además la falta de garantías de la obtención de las subvenciones previstas, por lo que, no es cierto que el informe sólo se apoye en la cuestión de las posible subvenciones a obtener. En realidad es la parte recurrente la que ha omitido toda referencia o análisis del error u omisión en la justificación de su oferta del trabajador/a que ocupa el puesto de coordinación en el Museo del Patrimonio Municipal.

Por otro lado, este Tribunal municipal no comparte la interpretación de la recurrente, de que el órgano de contratación está rechazando la posibilidad de obtener ayudas públicas para los costes laborales, de hecho las otras dos empresas licitadoras, aquí personadas, MULTISER y SEARO, también han contemplado en su justificación las subvenciones o ayudas por ser Centros Especiales de Empleo, y en el informe del Área de Cultura de 17 de septiembre de 2020, se han considerado justificadas esas ofertas, que incluye las subvenciones para el personal discapacitado, aunque como hemos visto hay una sustancial diferencia cuantitativa en las previsiones de las ayudas a percibir que incluyen en esas ofertas respecto de la que propone la recurrente, que no ha sido explicada al Tribunal.

Lo que plantea el informe técnico y así lo admite el órgano de contratación decisor, y en esos términos lo considera este Tribunal, es que la UTE no ha aportado ningún tipo de prueba o "garantía" de la obtención de tales beneficios o bonificaciones en materia laboral, recordemos que el escrito de justificación de la oferta se ha presentado sin ningún tipo de documento adjunto o anexo que refrende los planteamientos desarrollados en él, y la carga de la prueba de que esa oferta se podría ejecutar en los términos en que ha sido presentada, corresponde a la parte recurrente, y

Código Seguro De Verificación	m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	22/02/2021 07:26:43	
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	26/32	
Url De Verificación	https://valida.malaga.eu/verifirma/code/m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==			

el principio de facilidad probatoria, en tal caso, también corresponde a la propia recurrente, a la que hubiera sido muy fácil, en cumplimiento del requerimiento que le fue notificado, aportar algún documento acreditativo de las bonificaciones o resoluciones de otorgamiento de subvenciones obtenidas en otros contratos que estén gestionando.

Pero dicha cuestión entendemos, no ha sido ni la primordial, ni la determinante para no considerar justificada la oferta presentada, sino los errores que hemos visto y puesto de manifiesto en el cálculo del coste laboral, por la omisión del puesto de coordinador existente, que ni siquiera es rebatido en el escrito de recurso como hemos comprobado.

Por lo que esta alegación del recurso debemos rechazarla.

Y como dice la **Resolución nº 305/2019**, de 24 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (TARCJA), basta con que se compruebe un incumplimiento para rechazar la proposición.

“El incumplimiento por parte de la oferta de la entidad ahora recurrente analizado y determinado en el fundamento de derecho anterior es causa suficiente para rechazar su proposición, sin que sea necesario que se produzcan dos, tres o más incumplimientos (v.g. Resoluciones de este Tribunal 36/2017, de 15 de febrero y 35/2018, de 8 de febrero, entre otras muchas).”

b) Por haberse obviado la aplicación del artículo 197 de la LCSP, sobre la ejecución del contrato a riesgo y ventura del contratista.

El artículo 197 de la LCSP, establece que la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista.

Pero ello no significa que deba hacerse sin cumplir con el resto de la normativa contractual, ni el principio de riesgo y ventura puede enervar la obligación de justificar la oferta incurso inicialmente en baja anormal, tal y como acertadamente se recuerda en la **Resolución nº 305/2019**, de 24 de septiembre, del TARCJA, que debemos traer a colación, al siguiente tenor:

“Tampoco se enerva dicho incumplimiento por la indicación que hace la recurrente de que en última instancia, tal y como se recoge en la LCSP y en el propio PCAP, la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura de la persona contratista, pues dicha afirmación lo es sin perjuicio de que se deba de cumplir con el resto de la normativa contractual, ni el principio de riesgo y ventura puede convalidar la obligación de justificar la viabilidad de una oferta

Código Seguro De Verificación	m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	22/02/2021 07:26:43	
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	27/32	
Url De Verificación	https://valida.malaga.eu/verifirma/code/m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==			

inicialmente incurra en baja anormal, ni su rechazo si a juicio del órgano de contratación no se justifica la anormalidad."

Los razonamientos reseñados del Tribunal regional andaluz nos sirven también a nosotros para desestimar la alegación sobre la aplicación del "riesgo y ventura".

3. Otras cuestiones planteadas en el escrito de recurso:

-En cuanto a la alusión que contiene el escrito a que existen otros expedientes de contratación en el Ayuntamiento –que se referencian– en los que se dice, se han admitido la percepción de subvenciones para la justificación de ofertas incursas en anormalidad, no es suficiente para revocar la decisión impugnada, y entendemos que está debidamente rebatido por el informe enviado al Tribunal por el órgano de contratación, que ha sido transcrito en el fundamento quinto anterior, que entre otras cuestiones dice:

"...la empresa recurrente no puede pretender que se aplique a su caso particular, lo que se ha resuelto en el marco de otros expedientes, sin descender al detalle del supuesto concreto y sin argumentar si, al igual que sucede en el caso que nos ocupa, la baja ofertada fue cuantitativamente tan significativa respecto al resto de ofertas presentadas o al presupuesto base de licitación; si se obviaron costes salariales de personal adscrito a la ejecución de las prestaciones que constituían el objeto del contrato; si las empresas inicialmente incursas en valores anormales justificaron y acreditaron adecuadamente los términos de su oferta en los términos requeridos; u otros extremos."

En cuanto a las citas de la doctrina administrativa que realiza el recurso, en concreto a la Resolución nº 300/2019, del TACP de Madrid, la nº 884/2018, del TACRC, o la Resolución nº 52/2020, del TARCJA, no son extrapolables al caso que nos ocupa, por la singularidad del aspecto de la omisión del puesto de trabajo de coordinación, que no ha sido contemplado por la recurrente, como hemos venido analizando.

Creemos conveniente citar el contenido de una de las tres **Sentencias** dictadas por el TSJ de Valencia, de fecha **23 de abril de 2019, nº de Recurso: 338/2019, nº de Resolución: 324/2019, [ROJ: STSJ CV 2366/2019]**, en el que se anula una adjudicación realizada a una empresa que estaba incurra en baja anormal, y así lo confirmaba el informe técnico emitido y sin embargo el órgano de contratación acordó la adjudicación contra el criterio mantenido en ese informe de asesoramiento, lo que es anulado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de aquel TSJ, al tenor siguiente:

"...Si bien es cierto que la empresa adjudicataria debe ser aquella que presente la oferta más ventajosa no lo es menos la necesidad de la oferta sea viable y pueda ser

Código Seguro De Verificación	m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	22/02/2021 07:26:43	
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	28/32	
Url De Verificación	https://valida.malaga.eu/verifirma/code/m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==			

cumplida, lo que genera serias (dudas) en el caso que nos ocupa al haberse producido una baja muy elevada (15,88% con respecto al importe de licitación), debiendo destacarse la diferencia de puntos porcentuales de baja (como mínimo 2,48) entre esta oferta y las restantes".

*A la vista de tan contundente informe donde realmente se destaca la radicalidad de la baja con relación al precio de licitación, en más de un millón de euros en términos absolutos y de un 14,70 en términos porcentuales, no podemos aceptar que en este dictamen no se esté cuestionando la estructura de costes de la empresa. En realidad, se discute y controvierte la mayor, todo el proyecto, incluyendo lógicamente todos los costes de la empresa, algunos de ellos fijos para todas las compañías concurrentes, como los costes de personal, que es una factura muy importante dentro del global de gastos. Además, y de manera particular en el informe se enfatiza sobre la escasez de los gastos de alimentación para los usuarios y lo significativamente bajos que son los gastos de mantenimiento y de conservación de las instalaciones del Centro lo que puede redundar en el deterioro de las mismas. **Lo que en realidad se deja patente es el interrogante de cómo con una estructura de gastos elevados, similar a la de las otras empresas competidoras, la adjudicataria puede realizar una rebaja en el precio tan drástica y significativa con relación a la presentada por sus concurrentes, también y ya de por sí con importantes rebajas.** Extrañeza que queda reflejada en el informe tan comentado cuando se refiere lo siguiente: " **No queda suficientemente acreditado cuales son las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones favorables concretas de que dispone la empresa para poder hacer frente a este contrato con la oferta económica presentada, ya que, las alegaciones relativas a posibles sinergias, al mantenimiento integral externalizado o a la autogestión de cocina son comunes a la mayoría de empresas licitadoras, al tratarse de alegaciones genéricas y no especificarse como se materializan, en concreto, para el presente contrato. Y el simple hecho de que la adjudicataria esté gestionando otros centros similares durante los últimos ocho años tampoco puede justificar la oferta económica en el nuevo contrato objeto de licitación**". Todas estas afirmaciones lo que reflejan es que dentro de la anormalidad de la oferta sus propios términos resultan inaceptables y dañinos para la contratación y la calidad del servicio que puede prestarse con su cumplimiento.*

*El técnico expresa sus dudas de que una oferta tan rebajada pueda cumplirse. Lo que entiende es que **con la estructura de costes que condiciona el porcentaje de resultados a obtener, según los precios del contrato, el beneficio que se puede conseguir resulta muy bajo, es decir, que esos costes van a arruinar los posibles beneficios que se podrían alcanzar de la actividad empresarial, afectando a su viabilidad, pues sin beneficios difícilmente se puede concebir cualquier tipo de actividad mercantil.** Así lo manifiesta en los siguientes términos: "...Llama la atención el bajo porcentaje de margen sobre las ventas previsto para las*

Código Seguro De Verificación	m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	22/02/2021 07:26:43
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	29/32
Url De Verificación	https://valida.malaga.eu/verifirma/code/m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==		



cuatro anualidades del contrato (1,70 para la anualidad 2015) ya que cualquier variación en las previsiones realizadas podría suponer la inexistencia de dicho margen y, lo que es más importante, repercutir en la viabilidad de la prestación del servicio objeto del presente contrato."

Este informe más imparcial y objetivo que el emitido a instancia de parte y del que se sirve la codemandada a su ruego y expensas, tiene a su favor que es rendido por un órgano que conoce de primera mano y por su experiencia la gestión de Centros de la Tercera Edad de los que la propia Consellería es parte contratante. Se da la virtualidad que dicho informe cuando se refiere a los márgenes de beneficios y estructura de costes de la adjudicataria tiene a la vista la documentación e informes de los que se sirve dicha parte, por lo que las apreciaciones, datos y juicios de valor que se contienen en el dictamen de 4-12-2015 rebaten los de BDO y la documentación de dicha codemandada.

De acuerdo con la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento europeo y del Consejo-art. 69 - , nadie puede ser excluido de forma automática por una proposición incurra en anormalidad (entre otras, sentencia 27 de noviembre de 2001, asunto Impresa Lombardini SpA-Impresa Generales di Costruzioni). Debe permitirse al licitador que explique los motivos de su oferta y su viabilidad sin poner en riesgo la ejecución del contrato emitiendo al efecto un informe técnico el órgano de contratación. **Pero el órgano contratante tampoco debe dar por válida cualquier argumentación, y debe concretar cuáles son los motivos aportados para justificar su viabilidad. Por todas estas razones, y al no haber tenido en cuenta la Mesa de Contratación tan convincente y fundamentado informe, inclinándose por una solución contraria al mismo, y que la Sala juzga no suficientemente justificada, entendemos que se incurre en un cierto grado ausencia de motivación y en arbitrariedad, lo que ampara la estimación del recurso y la consiguiente anulación del acto recurrido.**" (las negritas son nuestras)

En nuestro caso, tanto la Mesa de Contratación como el órgano de contratación, posteriormente, han estimado como razonable y racional la falta de acreditación de la viabilidad de la oferta presentada por la UTE FACTUDATA – CONEXIÓN CULTURA, informada por el Área de Cultura del Ayuntamiento, apoyándose en dicho criterio técnico, que entendemos da una motivación reforzada a la exclusión que aquí se impugna.

La revisión por un Tribunal Administrativo de la actuación del órgano de contratación queda afectada igualmente por la doctrina jurisprudencial de la "**discrecionalidad técnica**", pues la valoración que hace el órgano de contratación es de carácter técnico, cuyo control por el Tribunal Administrativo es limitado, pues no puede en su revisión incidir sobre las cuestiones puramente técnicas y sólo puede

Código Seguro De Verificación	m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	22/02/2021 07:26:43
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	30/32
Url De Verificación	https://valida.malaga.eu/verifirma/code/m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==		



examinar los aspectos jurídicos de la misma. Si bien sí hay aspectos que pueden ser revisados, por ejemplo que en una oferta aparezcan síntomas evidentes de desproporción que impidan, sin necesidad de entrar en la apreciación de criterios puramente técnicos, la ejecución del contrato de forma satisfactoria –en nuestro caso el informe técnico motivador de la exclusión pone a las claras que no se ha tenido en cuenta a todo el personal que es obligado subrogar en el contrato– y el recurso no alimenta ningún argumento que permita entender que el juicio del órgano de contratación, e incluso el de los propios técnicos que han asesorado al mismo, esté plenamente infundado, o que ha incurrido en un error manifiesto y constatable en sus apreciaciones, nada de esto se percibe en nuestro caso, al contrario la recurrente ha tratado de centrar su recurso en la cuestión de las posibles ayudas públicas a percibir por su naturaleza de Centro Especial de Empleo, que entiende ha sido la pieza central de su exclusión, olvidándose de rebatir uno de los argumentos esenciales para considerar erróneo el coste laboral contemplado por la recurrente, la omisión de la subrogación del Coordinador, y sin tener en cuenta que los informes de los técnicos de la Administración tienen un carácter de "*presunción de certeza*", y la empresa recurrente no la ha rebatido, correspondiendo a ella la carga de prueba en contrario, (Resolución nº 13/2020, de 2 de julio, del TARC de Málaga).

En razón a la doctrina sobre la discrecionalidad técnica que acabamos de invocar, y teniendo en cuenta el informe técnico de 17 de septiembre de 2020, asumido por la Mesa de Contratación, que brinda esa motivación "*in allunde*", que a criterio de este Tribunal municipal cumple los requisitos de exhaustividad y pone de manifiesto que la oferta económica de FACTUDATA – CONEXIÓN CULTURA en UTE, era errónea y en definitiva imposible de cumplir poniendo en peligro el resultado del contrato, por lo que es razonable su exclusión del procedimiento de licitación.

Por lo tanto, debemos desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por FACTUDATA XXI, S.L., miembro de la UTE licitadora consignada.

Y en base a los antecedentes y fundamentos expuestos y vistos los preceptos legales de aplicación,

RESUELVO:

Primero. – Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D^a. E. F. Pérez, en nombre y representación de FACTUDATA XXI, S.L., contra la resolución de 14 de enero de 2021 del Director General de Contratación y Compras en delegación de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Málaga, por la que se excluye la oferta presentada por la UTE FACTUDATA XXI, S.L. y CONEXIÓN

Código Seguro De Verificación	m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	22/02/2021 07:26:43	
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	31/32	
Url De Verificación	https://valida.malaga.eu/verifirma/code/m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==			



CULTURA, S.L. del procedimiento de contratación del "SERVICIO DE GESTIÓN DE VISITANTES EN LA SALA MORENO VILLA Y EN LAS SALAS DE EXPOSICIONES DEL MUSEO DEL PATRIMONIO MUNICIPAL. DIVIDIDO EN DOS LOTES. (...) LOTE 2: SERVICIO DE GESTIÓN DE VISITANTES PARA EL NORMAL DESARROLLO DE LAS EXPOSICIONES Y OTRAS ACTIVIDADES PARALELAS DEL MUSEO DEL PATRIMONIO MUNICIPAL" (Expt. 142/19), que declaramos ajustada a Derecho.

Segundo. – Notificar esta resolución a todos los interesados en este procedimiento y significar según lo dispuesto en el artículo 59.1 de la LCSP, que esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma solo cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Málaga, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En Málaga, en la fecha de su firma electrónica.
EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL

Salvador Romero Hernández

Código Seguro De Verificación	m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	22/02/2021 07:26:43	
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	32/32	
Url De Verificación	https://valida.malaga.eu/verifirma/code/m7FHPEvkGb91YfOxnvTebw==			