

**Recurso 290/2024**  
**Resolución 342/2024**  
**Sección Tercera**

## **RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 30 de agosto de 2024.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AYESA ADVANCED TECHNOLOGIES, S.A.**, contra el acta de la Mesa de Contratación de fecha 10 de julio de 2024 y la resolución de adjudicación de 11 de julio de 2024, con relación a la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación denominado «Creación, transformación, y adaptación de soluciones TIC para la administración electrónica, servicios digitales y aplicaciones en el ámbito de los sistemas de información sectoriales de la Consejería», (Expte. 190/2023 CONTR 2023/568056), lote 1, promovido por la Consejería de Justicia, Administración Local y Función Pública, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

### **RESOLUCIÓN**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 2 de febrero de 2024, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea anuncio de licitación por procedimiento abierto y tramitación ordinaria del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El valor estimado del contrato asciende a 4.457.084,50 euros

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

El 19 de junio de 2024, tuvo lugar sesión de la mesa de contratación en la que se acuerda proponer la exclusión de la oferta presentada por la entidad AYESA ADVANCED TECHNOLOGIES, S.A. al no haber justificado la viabilidad de su oferta respecto del lote 1.

La mesa de contratación acordó proponer la adjudicación del contrato, respecto del lote 1, en sesión celebrada el 10 de julio de 2024.

El órgano de contratación dictó resolución de adjudicación respecto del lote 1, el 11 de julio de 2024.

**SEGUNDO.** El 31 de julio de 2024, tuvo entrada en el registro de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad AYESA ADVANCED TECHNOLOGIES, S.A. (en adelante AYESA, AYESA AT o la recurrente), contra la citada propuesta de adjudicación de la mesa de contratación de 10 de julio de 2024 y contra la resolución de adjudicación del órgano de contratación de 11 de julio de 2024, respecto del lote 1.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, de 31 de julio de 2024, se da traslado al órgano de contratación del escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Tras reiterar la petición, lo solicitado fue recibido el 6 de agosto de 2024.

Por último, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, habiéndose recibido las presentadas por la entidad FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTIONS, S.A.U., (en adelante, la adjudicataria).

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO. Competencia.**

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

### **SEGUNDO. Legitimación.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, ostenta legitimación el recurrente para la interposición del recurso, pues su eventual estimación le situaría en condiciones de obtener la adjudicación.

### **TERCERO. Acto recurrible.**

El recurso se interpone desde una perspectiva material contra la exclusión de la oferta de AYESA, que se entiende adoptada de forma implícita por el acuerdo del órgano de contratación por el que adjudica el contrato, respecto del lote 1 a otra entidad, así como de la previa propuesta de adjudicación por parte de la mesa de contratación. Desde esta perspectiva el recurso contra ambos actos adoptados en la adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros y que ha sido convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 b) y c) de la LCSP.

### **CUARTO. Plazo de interposición.**

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) y d) de la LCSP.

### **QUINTO. Preferencia en la tramitación del recurso especial.**

El recurso que se examina se interpone contra actos derivados de una licitación financiada con fondos europeos según señala el anuncio de licitación, en el que consta que se trata de un proyecto cofinanciado por la Unión Europea, financiado por FEDER (Fondo Europeo de Desarrollo Regional), con una tasa de cofinanciación del 85 por ciento, de tal modo que la tramitación del presente recurso especial en materia de contratación tiene preferencia para su resolución por este Tribunal, dado que el artículo 58.2 del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del plan de recuperación, transformación y resiliencia, señala que «*Los recursos especiales en materia de contratación que se interpongan frente a los actos y decisiones dictados en relación con los contratos a*



que se refiere este artículo tienen carácter de urgentes y gozan de preferencia absoluta ante los respectivos órganos competentes para resolver», y el artículo 34 del Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, expresa que tendrán preferencia siempre que «se interpongan contra los actos y decisiones relacionados en el artículo 44.2 de la LCSP, que se refieran a los contratos y acuerdos marco que se vayan a financiar con fondos europeos».

**SEXTO. Fondo del recurso. De las actuaciones realizadas en el seno del procedimiento de licitación que culminaron con la exclusión de la oferta de la recurrente.**

En lo que aquí concierne, mediante escrito de fecha 22 de mayo de 2024, de la mesa de contratación, se requiere al ahora recurrente para que acredite la viabilidad de su oferta, inicialmente incurso en baja anormal o desproporcionada, en los siguientes términos:

*«Por tanto, y según lo dispuesto en el artículo 149.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), se requiere a AYESA ADVANCED TECHNOLOGIES SA, para que teniendo de plazo hasta el día 27 de mayo de 2024, presente, a través de SiREC-Portal de Licitación Electrónica, la justificación de la citada oferta.*

*Deberá justificar las condiciones de la oferta que sean susceptibles de determinar el bajo nivel del precio o costes de la misma, atendiendo al artículo 149.4 LCSP.*

*En la justificación deberá desglosar razonada y detalladamente, el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos.»*

En respuesta al requerimiento recibido el recurrente presenta documentación justificativa de fecha de 27 de mayo de 2024.

La referida documentación es sometida a la valoración de una comisión técnica de la Agencia Digital de Andalucía que evacua el correspondiente informe el 12 de junio de 2024 (en adelante: el informe de viabilidad o el informe técnico de anormalidad), en el que, tras el pronunciamiento sobre la documentación justificativa presentada, concluye en los siguientes términos:

*«Esta Comisión entiende que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de costes propuestos por el licitador, y asimismo se fundamenta en hipótesis inadecuadas desde el punto de vista técnico. Por ello esta Comisión Técnica Asesora cree que la ejecución de contrato en tales circunstancias supondría un alto riesgo para la Administración, por lo que no se considera justificada la anormalidad».*

La mesa de contratación celebra sesión con fecha 19 de junio de 2024, en la que tras tener conocimiento del Informe Técnico en relación a la justificación de la oferta anormalmente baja presentada por el recurrente, adopta el siguiente acuerdo según consta en el acta de la sesión: «A continuación Los miembros de la Mesa acuerdan por unanimidad aprobar el referido informe, y en consecuencia proponer al órgano de contratación el rechazo de la oferta presentada por la entidad AYESA ADVANCED TECHNOLOGIES S.A., determinando así su exclusión en el procedimiento de licitación para el LOTE 1».

El 21 de junio de 2024, el órgano de contratación mediante resolución acuerda: «Rechazar la oferta presentada por la entidad AYESA ADVANCED TECHNOLOGIES S.A por la justificación de la presentación de su oferta desproporcionada, lo que determina su exclusión del procedimiento para el LOTE 1 en el expediente de contratación denominado “Creación, transformación, y adaptación de soluciones TIC para la administración electrónica,



*servicios digitales y aplicaciones en el ámbito de los sistemas de información sectoriales de la Consejería” Exxpte: 190/2023 - CONTR 2023/568056».*

Con fecha de 10 de julio de 2024, tuvo lugar sesión de la mesa de contratación, en la que se procede a realizar propuesta de adjudicación del contrato y finalmente, con fecha 11 de julio de 2024, el órgano de contratación acordó adjudicar el contrato, en lo que aquí interesa, respecto del lote 1. En la citada resolución de adjudicación con relación a la exclusión de la recurrente se indica lo siguiente: «Una vez aplicados los parámetros objetivos establecidos en el apartado 8 del Anexo I del PCAP que permiten identificar las ofertas anormalmente bajas, los miembros de la Mesa constatan que la oferta presentada por la entidad AYESA ADVANCED TECHNOLOGIES S.A, para el Lote 1, está incurso en presunción de anormalidad, por tanto, en aplicación de la cláusula 10.5 del PCAP, la Mesa de contratación acuerda darle audiencia para que teniendo de plazo hasta el día 27 de mayo de 2024, justifique y desglose adecuadamente la viabilidad de sus ofertas de acuerdo con lo establecido en el artículo 149 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

*Con fecha 19 de junio de 2024 se reúne la Mesa de contratación para el análisis del informe emitido el 12 de junio de 2024 por los Técnicos de Sistemas de Información Sectoriales Agencia Digital de Andalucía de la Consejería de Justicia, Administración Local y Función Pública sobre las aclaraciones presentadas por la licitadora AYESA ADVANCED TECHNOLOGIES S.A a efectos de justificar la viabilidad de su oferta para el Lote 1, considerada anormalmente baja.*

*El citado informe concluye diciendo que a la vista del documento que ha remitido AYESA ADVANCED TECHNOLOGIES S.A, en relación con la presunta anormalidad incurrida en su oferta de Lote 1 del contrato CONTR 2023 568056, la Comisión entiende que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de costes propuestos por el licitador, y asimismo se fundamenta en hipótesis inadecuadas desde el punto de vista técnico. Por ello esta Comisión Técnica Asesora cree que la ejecución de contrato en tales circunstancias supondría un alto riesgo para la Administración, por lo que no se considera justificada la anormalidad.*

*A continuación Los miembros de la Mesa acuerdan por unanimidad aprobar el referido informe, y en consecuencia proponer al órgano de contratación el rechazo de la oferta presentada por la entidad AYESA ADVANCED TECHNOLOGIES S.A., determinando así su exclusión en el procedimiento de licitación para el Lote 1».*

Pues bien, como se ha indicado son estos dos últimos acuerdos los que impugna la recurrente.

## **SÉPTIMO. Fondo del recurso. Alegaciones de las partes.**

### 1. Alegaciones del recurrente.

La recurrente interpone el presente recurso como indicamos desde una perspectiva material contra la exclusión de su oferta que fue acordada, como se ha indicado, por Resolución, de 21 de junio de 2024, del órgano de contratación, acto administrativo que parece que no le fue notificado, por lo que no tuvo conocimiento de su exclusión hasta que se adjudicó el contrato respecto del lote impugnado, entendiéndose que la exclusión se adoptaba, de forma implícita, como consecuencia de la propia adjudicación.

En este sentido, en primer lugar, la recurrente manifiesta que se ha producido un incumplimiento del artículo 149.6 LCSP y artículo 151.2.b) LCSP como en la Cláusula 10.5 PCAP, resultando que tanto la decisión de su exclusión del procedimiento como el acuerdo de adjudicación no son ajustadas a Derecho, debiendo ser ambos anulados. En este sentido, manifiesta que no consta que el órgano de contratación haya dictado acuerdo de exclusión, conforme a las competencias que le atribuye el artículo 149 LCSP así, alega, que la falta de acuerdo de exclusión por parte del órgano de contratación determina un vicio de nulidad de la actuación, acordada de forma tácita por la Mesa de Contratación, careciendo de competencia al efecto.



En segundo lugar, con relación al requerimiento que le realizó la mesa de contratación para que justificara la viabilidad de su oferta y que ha sido de forma parcial anteriormente reproducido argumenta que: «el requerimiento efectuado por la Mesa de Contratación para justificar la viabilidad de sus ofertas no cumple con los términos dispuesto en la cláusula 10.5 PCAP ni con el artículo 149.4 LCSP, adoleciendo de la claridad y concreción necesarias.

*El requerimiento efectuado por el órgano de contratación es genérico e impreciso, pues se limita a invocar y transcribir el artículo 149.4 de la LCSP, en su párrafo primero.*

*De hecho, el requerimiento (i) no expone siquiera el motivo por el que la oferta de AYESA AT estaría incurso en presunción de anormalidad, conforme a los parámetros objetivos para considerar una oferta anormalmente baja, que se detallan en el Anejo 1 del PCAP -apartado 2-, y (ii) no precisa, siquiera de forma concisa o limitada que aspectos de la oferta y sobre que valores, partidas, costes o conceptos deba realizarse la justificación». Por lo anterior, considera que la mesa de contratación debió de pedirle una justificación adicional de forma previa a la exclusión, así concluye: «Puede constatarse que las consideraciones que en el Informe de valoración de la justificación se realizan respecto a la justificación presentada por la recurrente consisten en gran medida en la ausencia de determinada información o documentos que respalden o justifiquen determinados aspectos, que ahora han devenido determinantes del rechazo a la luz del informe, pero que no fueron objeto de la solicitud».*

En tercer lugar, la recurrente argumenta que su proposición no es inviable y cuestiona los argumentos contenidos en el informe de viabilidad de su oferta. Con relación a esta cuestión alude a la doctrina de la discrecionalidad técnica que manifiesta rige en esta materia, pero argumenta que el citado informe de viabilidad:

*«Ha incurrido en diversos errores, haciendo sobrepasar los límites de la discrecionalidad técnica, y que se rebaten al entenderse que la proposición de AYESA sí está convenientemente justificada y es viable económicamente.*

*En este sentido, el contenido del Informe técnico debe calificarse, por un lado, de arbitrario por valorar y concluir sobre determinados aspectos y condiciones del Contrato que resultan ajenos al Pliego y la propia oferta, y, por tanto, no son evaluables o exigibles al licitador, y por otro, con falta de motivación suficiente en la apreciación de la inviabilidad de la oferta.*

*Por una parte, el Informe técnico no ha tenido en consideración la posición, capacidades y experiencia acreditada de la empresa AYESA AT dentro del sector en general y en concreto en ejecución de trabajos similares con la propia Administración contratante. Respecto de las justificaciones referidas a dichos elementos de capacidad y experiencia el Informe técnico de viabilidad concluye, desechando la justificación aportada, que “Esta Comisión considera que esta justificación no aporta un argumento concreto que justifique el importe ofertado”.*

*Se discrepa de dicha conclusión, puesto que, la “tarifa hora base” cuestionada viene posibilitada y determinada en gran medida por las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables que dispone la empresa para ejecutar la prestación, derivadas del conocimiento exhaustivo acreditado de los procedimientos de trabajo de la administración contratante, con la que se han realizado multitud de proyectos similares, lo que garantiza la razonabilidad y la viabilidad de la oferta en relación con la ejecución del contrato.*

*Y es que, debe tenerse en cuenta que, de forma generalizada, se ha considerado que para determinar si el contrato no es ejecutable en las condiciones ofertadas deben ser consideradas no sólo las condiciones económicas de la proposición sino, especialmente, las características de la propia empresa licitadora, su solvencia, la profesionalidad de los equipos que propone, la experiencia, el buen nombre del licitador en el mercado o, asimismo, el conjunto de las condiciones económicas de la empresa afectada por la presunción de temeridad; aunque no en comparación con el resto de entidades licitadoras, sino únicamente de la incurso en temeridad.*



*La especial situación de AYESA AT en este tipo de trabajos y ante esa administración contratante determina una indudable palanca competitiva para la ejecución del trabajo, con el conocimiento exhaustivo de los procedimientos que permite establecer una tarifa hora base competitiva, asegurando la calidad del trabajo y su rentabilidad para la empresa. Tratándose de un contrato de servicios, resulta lógico considerar que se puede tener un coste menor cuanto mayor sea la experiencia y formación de las personas que han de ejecutarlo, lo que evidencia la viabilidad de la oferta.*

*Por otra parte, respecto del parámetro objetivo que determina que la oferta está incurso en presunción de anormalidad -tarifa hora base- los argumentos del Informe resultan confusos y erróneos, por ser ajenos a la oferta, y en todo caso insuficientes para determinar la inviabilidad de la oferta».*

En desarrollo de estas manifestaciones, argumenta las siguientes cuestiones de forma resumida:

1. Que no se cuestiona que su oferta cumple la normativa laboral y en concreto con el convenio colectivo sectorial.
2. Que queda acreditado, y no discutido, la existencia de un margen suficiente y razonable de costes generales y beneficio industrial en la oferta de AYESA AT, que podría en su caso incluso ser absorbido en circunstancias de ejecución del Contrato.
3. Que el Informe técnico de valoración de la justificación basa sus consideraciones en la ausencia de información o documentos que respalden o justifiquen determinados aspectos que no han sido requeridos y ahora han devenido determinantes del rechazo.
4. Que las consideraciones del Informe por el que se concluye que la oferta resulta inviable se basan, fundamentalmente, en hipótesis teóricas y escenarios futuros desfavorables establecidos por la comisión técnica, que están completamente al margen de la justificación del precio de la oferta, a la empresa y a la propia ejecución del contrato, y que sirven para determinar una supuesta inviabilidad de la oferta o eventual incumplimiento.
5. Que no solo no se da cumplida respuesta a la justificación presentada sobre la viabilidad de su proposición, sino que el informe técnico se apoya en argumentaciones y/o criterios que no se contemplan en los pliegos ni corresponde considerar en la oferta. En tal sentido, manifiesta, que resulta llamativo e intolerable, que en dicho Informe técnico, a la hora de referirse a los costes salariales, pese a asumir que se da cumplimiento a lo establecido en el Convenio colectivo, se descalifique la oferta de AYESA AT negando su viabilidad con dichos costes aludiendo a una hipótesis de la dificultad de contratación de personal en *“el contexto de déficit de profesionales TIC cualificados que sufre España, y que se refleja en multitud de estudios”*; una valoración subjetiva ajena al contrato y a la oferta, carente de cualquier sustento justificativo objetivo.
6. Alude a la doctrina de este Tribunal mantenida en la Resolución 287/2024, de 19 de julio, sobre la limitación que determinan los pliegos respecto al alcance de los elementos que puedan ser exigidos y considerados para la justificación de la viabilidad de las ofertas incursas en presunción de anormalidad.
7. Con relación a otras afirmaciones contenidas en el informe técnico de viabilidad la recurrente manifiesta que el mismo fundamenta el rechazo de la justificación en una hipótesis de futuro de eventual ejecución del Contrato. Alega: *«El argumento del Informe con relación a que la proposición de mi representada supone un gran incremento en horas en el perfil de Desarrollador respecto de las previstas en el presupuesto base de licitación no supone incorrección alguna respecto a las previsiones del Pliego, y una hipótesis sobre la eventual alteración de dicha propuesta durante la ejecución del Contrato y sus posibles efectos en los costes, no puede ser considerada como el*



*elemento fundamental de decisión para la exclusión de la recurrente por la falta de justificación de la viabilidad de su oferta».*

8. Con relación a la justificación de la viabilidad de la oferta respecto de la tarifa base ofertada, alude entre otras, a la Resolución 459/2023, de 22 de septiembre de este Órgano, a la Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Contencioso- Administrativo nº 1.828/2019, de 17 de diciembre de 2019 y a la Resolución 1228/2017, de 29 de diciembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, con relación a que en estos supuestos: *«los precios unitarios ofertados han de considerarse en el conjunto o globalidad de la oferta, pudiendo hacerse una propuesta más baja en una de las prestaciones o servicios del contrato que pueda compensarse con la realizada en otra partida o componente del mismo».*

Asimismo, alude a la Resolución 555/2023, de 3 de noviembre, de este Tribunal para afirmar que: *«los gastos generales de estructura como cualquier otro coste, siempre que se acredite que los mismos se han justificado en exceso, pueden absorber los déficits de otras partidas de costes, pues para la viabilidad de la oferta ha de considerarse ésta en su conjunto».*

9. Finalmente, manifiesta que en el informe se realiza un análisis comparativo de las diferentes ofertas en relación con el parámetro objetivo de referencia de la anormalidad -tarifa hora base- lo que resulta vedada en el trámite de justificación de la presunción de anormalidad.

La recurrente realiza una solicitud principal y dos subsidiarias. En este sentido solicita que tras la anulación de los actos impugnados: *«se entienda justificada la viabilidad de su oferta acordándose su readmisión, y acuerde la retroacción del procedimiento hasta el momento previo a la indebida exclusión de la oferta, para que resulte puntuada también con los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas del Sobre 3, se proceda a una nueva clasificación de las ofertas; y el órgano de contratación determine la adjudicación a favor del licitador que obtenga la máxima puntuación».* Como primera pretensión subsidiaria solicita: *«se retrotraiga el procedimiento al momento anterior al requerimiento de justificación de anormalidad de las ofertas, por ser nulo el acto precedente de requerimiento de la justificación de la viabilidad de la oferta a la recurrente por los motivos expuestos en el presente recurso, para que se concreten de manera precisa los extremos a justificar y/o la documentación a aportar».* Como última pretensión subsidiaria realiza la siguiente solicitud: *«se retrotraigan las actuaciones al momento inmediatamente posterior al Informe técnico de viabilidad, formulando un nuevo requerimiento por el que se le requiera por la mesa de contratación las aclaraciones concretas necesarias y cuanta información y documentación complementaria considere precisa sobre la justificación de la viabilidad económica de su oferta presentada, sin que pueda dicha entidad modificar la misma, tras lo cual el órgano de contratación deberá aceptar o rechazar la oferta, motivadamente, y la continuación, en su caso, del procedimiento de adjudicación».*

## 2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación en su informe relaciona las principales actuaciones llevadas a cabo durante la tramitación del expediente. A continuación, se opone a las cuestiones planteadas en el recurso en los términos que a continuación se exponen.

Con relación a la alegación de la recurrente relativa a que no se le indicó en el requerimiento el motivo por el que su oferta se había considerado incurso inicialmente en valores anormales o desproporcionados manifiesta: *«AYESA AT al presentar su oferta, ya tenía conocimiento de que su “tarifa de hora base” estaba por debajo del límite inferior establecido de 21, 48 €/hora, IVA excluido, al situarla en 19,69 €/hora, IVA excluido, tal como ella misma*



*reconoce en su recurso en el punto 7, de forma que la empresa conoce perfectamente el motivo de la baja de su oferta, sabiendo que esta tarifa incurriría en anormalmente baja desde el momento de presentar la oferta».*

En relación con las alegaciones sobre la competencia para excluir la oferta de la recurrente, alude al artículo 149 de la LCSP, argumentando que siguió el procedimiento establecido y que concluyó con la exclusión de la recurrente mediante resolución del órgano de contratación de 21 de junio de 2024.

Con relación al resto de cuestiones se remite a un informe técnico, de 5 de agosto de 2024, que adjunta al expediente administrativo. Este informe en síntesis incluye las siguientes afirmaciones:

- AYESA en ningún caso contempla en su argumentario el cumplimiento del nuevo Convenio colectivo del sector (XVIII Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudio de mercado y de la opinión, BOE Nº 177, de 26 de julio de 2023), que desde mucho antes de la apertura de presentación de ofertas resultaba de aplicación. Como es natural este nuevo Convenio introdujo incrementos de costes laborales en los perfiles participantes en la prestación de este servicio.

- Con relación a la afirmación de la recurrente de que no se tuvo en cuenta la posición, capacidades y experiencia acreditada de la recurrente, manifiesta que ello no es correcto, dado que sí se tuvo en cuenta, pero se trataría de un argumento insuficiente.

A continuación se reproducen los ordinales de la recurrente y la alegación en respuesta contenida en el informe del órgano de contratación.

2. Como se indica en el Informe Técnico de la Anormalidad, lo que se cuestiona es el margen indicado, un argumento central y concreto de AYESA, aportándose en el Informe 3 argumentos para ello. Es decir, que los 166.496,77 € de margen no son técnicamente creíbles.

3. Evidentemente el Informe Técnico de Anormalidad solamente puede analizar el contenido de la justificación que se aporta, si era correcta y completa. Hay que señalar que los elementos indicados forman parte del PCAP.

En relación con el servicio, argumenta que es lógico pensar que ofertar mejoras en el contrato supone incurrir en costes, sobre todo si los valores finalmente ofertados por AYESA son los máximos admisibles, sobre esta cuestión indica lo siguiente:

*«-Asumir que no supone coste para el Licitador la optimización del Acuerdo de Nivel de Servicio ofertado (F-2), hasta el límite máximo permitido (100% de cumplimiento), resulta muy poco creíble técnicamente en este tipo de contratos basados en múltiples y variadas órdenes de trabajo, encontrándose respaldado en la experiencia obtenida en la ejecución de contratos equivalentes. Hay que recordar además que, como se recoge en el PCAP, se pueden aplicar penalizaciones significativas por el incumplimiento de los acuerdos de nivel de servicio.*

*- Trabajar fuera de horario (F-3) debe conllevar la compensación adecuada del personal, lo que se traduce inevitablemente en costes adicionales. Cuando el impacto de una actuación sobre el servicio resulta inasumible en horarios laborables ordinarios, tanto en el ámbito servicios internos (dirigidos al personal de la Administración), como externos (dirigidos a la ciudadanía), se deben abordar los trabajos en horarios inusuales. Hay que señalar que los pliegos no establecen límites explícitos a la volumetría de estos.*

*- Ampliar el plazo de garantía supone mantener tanto la infraestructura como el conocimiento y recursos necesarios para responder a la misma durante más tiempo, lo que se traduce en costes adicionales».*

4. Sobre este ordinal del recurrente el órgano de contratación manifiesta que se analiza más adelante en el informe.



5. Manifiesta que el licitador no ha cuestionado realmente y de forma concreta el fondo, y afirma:  
«- Que para que prestación de este tipo de servicios, en los términos recogidos en los pliegos y en la oferta (Sobres 2 y 3), se requiere personal altamente cualificado.

- Que existe multitud de estudios que avalan el déficit de este tipo de perfiles en España.

Efectivamente, no se consideró necesario aportar ninguna referencia concreta de estudio en el Informe Técnico de Anormalidad, dado que es públicamente conocido (constantemente aparecen en los medios de comunicación generales noticias al respecto), y resulta extremadamente fácil de obtener referencias. Así, una simple búsqueda en Google de “estudios déficit profesionales TIC España” proporciona multitud de referencias. Un ejemplo interesante sería la siguiente:

<https://theobjective.com/sociedad/ciencia/2023-06-28/empleos-vacantes-tecnologia/>

<https://www.fundacionvass.org/wp-content/uploads/2023/06/EMPLEABILIDAD-Y-TALENTO-DIGITAL-2023.pdf>

Adicionalmente cabe señalar que, como se ha podido constatar en la práctica en la ejecución de todo tipo de contratos TIC con importantes requerimientos técnicos, como el presente, las contrataciones de personal cualificado resultan problemáticas, lo que afortunadamente permite a los trabajadores de este sector obtener mejoras salariales más allá del Convenio de turno, ya sea por cambio de empresa, o en la propia empresa en la que se encuentra.

Por último, y aunque no es algo técnico, resulta significativo que AYESA finalice la argumentación con un recordatorio de los requisitos impuestos por el Artículo 139 de la LCSP. Cabe preguntarse qué objetivo persigue con ello; es evidente que el Licitador legalmente asume el riesgo de la prestación y su viabilidad económica. No obstante, esto no impide que también la Administración quiera gestionar los riesgos en la prestación de los contratos en caso de que la viabilidad técnica o económica no sea considerada adecuada, lo que se refleja en el concepto jurídico de anormalidad de las ofertas».

6. Sobre esta cuestión afirma que es un argumento jurídico genérico que no se analizará desde el punto de vista técnico.

7. Sobre esta cuestión y en desarrollo también del ordinal 4 del recurso manifiesta que: «Como se puede observar en el escrito de recurso, transcrito desde el Informe Técnico de Anormalidad, lo indicado se fundamenta en elementos concretos recogidos en los pliegos, y no en meras hipótesis de futuro. Por tanto, tienen un fundamento real y contractual.

Adicionalmente, desde el punto de vista técnico, y en este tipo de servicios (factorías de software), la hipótesis planteada por el Licitador de que la proporción entre horas de DESARROLLADOR y ANALISTA será de 7:1, no corresponde a la realidad. Hay que señalar que AYESA ha prestado y presta con frecuencia este tipo de servicios a la Junta de Andalucía.

Finalmente hay que indicar que la “desproporción”, con efectos positivos en la argumentación relativa a la anormalidad (margen económico), tiene su origen en las horas de mejora ofertadas por el proveedor para los diversos perfiles participantes, y por tanto basada en sus propias hipótesis de ejecución, que no tienen fundamento en los pliegos ni en la realidad de ejecución de estos contratos, ni tampoco en la propia oferta de AYESA en Sobre N° 2».

8. Afirma que, efectivamente, el argumento aportado en el informe técnico de anormalidad tiene su fundamento en el conjunto de la oferta, es decir, en los requisitos y condiciones incluidas en los pliegos, cuyo cumplimiento debe proporcionar la oferta y su prestación. Cabe reiterar, alega, que la propia oferta de AYESA, en la proporción entre perfiles en las horas de mejora, favorece su argumentación en relación con la viabilidad económica. Por tanto, es el propio Licitador quien desestima las condiciones incluidas en los pliegos en relación con las horas de los distintos perfiles y su conversión a través del concepto de Hora-Base, sin aportar en su oferta (Sobre 2 o 3) elementos que avalen esta proporción.



9. Sobre este ordinal del recurso argumenta que como se refleja en el propio escrito de recurso, transcrito del informe técnico de anormalidad, se introduce a modo “*ilustrativo*”, no como fundamento de la conclusión del informe, que es previa. Como es lógico, afirma, las conclusiones del informe técnico de anormalidad se fundamentan en las justificaciones proporcionadas por el Licitador, y las respuestas a éstas.

Argumenta, que se introdujo como información ilustrativa para la mesa y el órgano de contratación, dado que el criterio de anormalidad se había definido de forma absoluta, algo que la comisión técnica considera muy poco frecuente.

En el informe técnico del órgano de contratación se concluye que en el escrito de recurso no se aprecian elementos que cuestionen las conclusiones del informe de viabilidad, por ello, considera que la ejecución del contrato en las condiciones ofertadas por la recurrente supondría, desde el punto de vista técnico, un alto riesgo para la Administración.

### 3. Alegaciones de la entidad interesada.

Por último, la entidad adjudicataria se opone asimismo a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidos. En concreto, fundamenta su oposición al recurso en las siguientes razones:

1. Con relación al motivo por el que la oferta de la recurrente fue declarada incurso en valores anormales o desproporcionados, manifiesta lo siguiente: «*en el momento de presentación de su escrito de justificación, AYESA era plenamente consciente del motivo por el cual su oferta se encontraba incurso en una situación de anormalidad*» justificando su afirmación en que el parámetro por el que la oferta de la recurrente fue así considerada era conocida desde el mismo momento de presentación de ofertas y porque la propia recurrente así lo pone de manifiesto en su escrito de justificación.

2. Sobre el requerimiento de la mesa de contratación de la documentación justificativa, argumenta que se corresponde con un estándar de la Administración, y alega que el mismo fue correcto de conformidad con lo establecido en el artículo 149 de la LCSP.

3. Afirma, que el precio ofertado es muy inferior al del resto de licitadores al indicar: «*De hecho, dicha media entre el resto de los licitadores supone un importe un 29,51%, prácticamente un 30,00%, superior al temerario e imprudente precio ofertado por AYESA*». En este sentido argumenta: «*En relación al precio de mercado de los perfiles ofertados, hemos de tener en cuenta que en la Instrucción 1/2023, de 4 de mayo, de la Agencia Digital de Andalucía sobre perfiles, precios de referencia y desglose de costes en contratos de bienes y servicios TIC, incluye como precio de referencia mínimo para el perfil de desarrollador 28,64 €/hora, y como precio medio de este 35,80 €/hora, tal y como puede observarse en la siguiente tabla. Importes muy alejados del precio ofertado por AYESA para el mismo perfil, 19,69 €/hora*».

En desarrollo de lo anterior realiza una comparativa entre los datos que se desprenden de un informe de salarios medios de España en los perfiles incluidos en el PCAP, llegando a las siguientes conclusiones: «*Reiteramos que, a estos salarios, AYESA ha de añadir los importes destinados al coste de Seguridad Social, coste de estructura, impuestos y los gastos indirectos y el beneficio industrial, por lo que los perfiles de Analista de Negocio, Desarrollador, Especialista técnico y Consultor Digital podrían considerarse como ruinosos para AYESA*».

En este sentido la entidad interesada manifiesta: «*Aún resulta más importante que lo anterior lo expuesto a continuación:*

- *El coste mínimo estipulado por el Convenio Colectivo para la tarifa de desarrollador es de 16,84 €/hora IVA excluido.*



• El precio ofertado para la tarifa de la Hora-Base en la proposición de AYESA es de 19,69 €/hora IVA excluido. Teniendo en cuenta lo anterior, si al coste mínimo estipulado por el Convenio Colectivo para la tarifa de desarrollador, 16,84 €/hora, le incorporamos los costes de la Seguridad Social, valorados en un 31,75% del salario del trabajador, resulta que este coste es de 22,18 €/hora. Importe muy por encima del ofertado por AYESA de 19,69€/hora.

(...)

Por lo tanto, cuando incluyen los costes directos por perfil, lo hacen sin tener en cuenta el coste de la Seguridad Social.

Si a los costes directos globales le añadimos los gastos de Seguridad Social mínimo, valorados en un 31,75%, tenemos que sus costes de personal, sin incluir los costes indirectos o generales, serían de 1.515.426,69 euros, importe muy superior al coste de la oferta de la recurrente, por lo que obtendría unas pérdidas de -198.700 euros, en lugar del importe que AYESA estima para cubrir los costes indirectos y el beneficio».

Sobre lo anterior, manifiesta que no se acredita ni en la documentación justificativa ni en el recurso interpuesto la forma en que en su oferta quedan cubiertos los gastos derivados de las mejoras. Sobre esta cuestión se afirma: «sino también los gastos relacionados directamente con los criterios de valoración mediante fórmulas, Criterio F-2 (Optimización del Acuerdo de Nivel de Servicio propuesto), Criterio F-3 (Factor de compensación para realización de trabajos fuera de horario), Criterio F-4 (Horas adicionales de soporte post-cierre del proyecto), F-5 (Extensión del periodo mínimo obligatorio de garantía). Recordemos que todos estos servicios extra tienen un coste añadido más cuando AYESA ha ofertado los valores máximos para estos criterios, sin olvidar el beneficio industrial que la recurrente espera o pueda llegar a obtener con estos bajos costes».

4. Además, la entidad interesada argumenta que AYESA no ha tenido en cuenta la actualización de los salarios de los empleados teniendo en cuenta que la duración del contrato puede tener lugar hasta 5 años.

5. Que AYESA no incorpora ninguna partida de riesgos para sobrellevar el incremento de la rotación de los recursos a la que inevitablemente se va a enfrentar con los salarios propuestos. La no inclusión de una partida de riesgos, por mínima que esta sea, es algo completamente desaconsejado en cualquier gestión de proyectos que se considere sería o profesional.

6. Que la recurrente basa su estrategia en la asignación de gran número de desarrolladores, a muy bajo precio y sin adecuada supervisión, ya que en su pirámide de equipo la participación del perfil de analista y de gestor de proyecto se encuentra minorada sobre lo que se considera razonable para un servicio de calidad.

7. La entidad interesada manifiesta que la distribución realizada de perfiles (pirámide) propuesta por AYESA hace inviable la prestación del servicio. En este sentido tras reproducir una serie de tablas comparando la distribución por perfiles en la oferta de la recurrente con lo que afirma es aconsejable y práctica habitual manifiesta que así se indica en el informe técnico de viabilidad, concluyendo lo siguiente: «Esta pirámide tan pronunciada, donde prácticamente brilla por su ausencia la presencia de los perfiles de Consultor Digital y Especialista Técnico, y donde el porcentaje de Gestor de proyecto y Analista de Negocio se han quedado en la mitad de lo que resulta necesario y aconsejable para este tipo de proyectos, demuestra la inviabilidad de su modelo, ya que el servicio que AYESA ofrecería en caso de ser adjudicatario del concurso, no sería un servicio de calidad, si no un servicio de muy bajo nivel, basado en la presencia de desarrolladores con salarios muy bajos y por lo tanto con una altísima rotación, escasa supervisión y necesidad constante de aprendizaje de los nuevos recursos. Esto no concuerda con la calidad de servicio requerida en los pliegos ni con lo que espera el cliente tras la exhaustiva redacción del PPT incluido en la documentación del concurso.

La pirámide propuesta por AYESA es una declaración de intenciones del servicio que propone, basado completamente en la reducción de costes en detrimento de una calidad mínima. Por este motivo se justifica



*perfectamente la exclusión de la recurrente, ya que en la practica el modelo de servicio propuesto por AYESA es completamente incompatible con un servicio de un nivel mínimo».*

8. La entidad interesada alude a la doctrina de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación a la hora de considerar una oferta como incurso en baja temeraria de acuerdo con los valores incluidos en los pliegos, para finalizar concluyendo: *«consideramos que la exclusión por “oferta anormalmente baja” de AYESA ha de ser mantenida en su integridad pues no se ha incurrido en arbitrariedad ni trato discriminatorio por parte del organismo en la decisión de exclusión ya que la exclusión se basa básicamente en la concurrencia de requisitos objetivos, tanto técnicos como económicos, para determinarla».*

#### **OCTAVO. Consideraciones del Tribunal.**

1. Sobre las cuestiones formales del recurso, la exclusión sin adopción de acuerdo, la insuficiencia de concreción y motivación del requerimiento de justificación de la viabilidad de la oferta.

La recurrente en su escrito de impugnación articula una serie de pretensiones de tipo formal sobre diversas irregularidades que habría padecido a lo largo del procedimiento, para a continuación desarrollar una serie de argumentos por los que defiende la viabilidad de su oferta. Por razones sistemáticas se procederá a analizar en primer lugar las cuestiones formales y posteriormente las materiales del recurso.

En este sentido, la recurrente manifiesta que el acto de exclusión se ha de entender implícito del acuerdo de la mesa de contratación de propuesta de adjudicación, de 10 de julio de 2024, o de la Resolución de adjudicación, de 11 de julio de 2024, dado que no existe acuerdo expreso de exclusión de su oferta.

Sobre esta cuestión, y como anteriormente se ha reproducido sí existe en el expediente un acuerdo de exclusión de la oferta realizado por el órgano de contratación de 21 de junio de 2024. Si bien, resulta cierto que dicho acuerdo no fue notificado a la recurrente, ni contenido de forma expresa en la citada acta de 10 de julio, ni en la resolución de adjudicación, ni ha sido publicada en el perfil de contratante. Esta circunstancia supone una irregularidad procedimental, si bien, no ha quedado acreditado que la misma haya producido una merma en su derecho de defensa, dado que la recurrente conoce el motivo por el que ha sido excluida su oferta y ha podido presentar un escrito suficientemente fundado en derecho argumentando las cuestiones por las que considera que su oferta debió ser admitida.

En segundo lugar, la recurrente argumenta que en el requerimiento no se le indica el motivo por el que su oferta se encuentra incurso en valores anormales o desproporcionados, motivo por el que se tramita el procedimiento previsto en el artículo 149 de la LCSP. Sin embargo, en el propio escrito que presenta la recurrente, de 27 de mayo de 2024, para justificar la viabilidad de su oferta manifiesta: *«CUARTO. El descuento realizado por AYESA supera el límite de descuento que establece el precio anormalmente bajo y que está recogido en el Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, apartado correspondiente a los Parámetros objetivos para considerar una oferta anormalmente baja, al ser la tarifa de la Hora-Base ofertada inferior en más de 40 puntos porcentuales a la tarifa de referencia. Es decir, AYESA ha ofertado una tarifa de la Hora-Base de 19,69 €, IVA excluido, cuando en este apartado del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares se indica que la oferta se considerará anormalmente baja cuando el precio de la Hora-Base ofertado sea inferior a 21,48 €, IVA excluido».* De lo que se deduce que la recurrente era claramente consciente del motivo por el que su oferta fue declarada incurso en valores anormales. Sin que del contenido del escrito de justificación, como decimos, pueda deducirse que la misma desconociera o que alegase la omisión de datos que le impidieran conocer los extremos sobre por los que su oferta había sido declarada incurso en valores anormales, ni las consecuencias que ello hubiera tenido y que le hubieran impedido presentar la justificación de su proposición.



Finalmente, la recurrente cuestiona el contenido genérico del requerimiento, que dice no contener los extremos concretos sobre los que se debía de justificar. Esta cuestión ya ha sido analizada por este Tribunal en diversas ocasiones (v.g. Resolución 287/2024, de 19 de julio) en la que manifestábamos *«En este sentido, la suficiencia de la información ofrecida por la entidad licitadora para justificar o acreditar la viabilidad de su oferta debe analizarse a la vista y en función de lo solicitado en el requerimiento por el órgano de contratación, de tal modo que, si este considera imprescindible que se desglose, justifique o acrediten determinados aspectos de la proposición necesariamente lo ha de indicar en su requerimiento o en una posterior solicitud de aclaración en la que se concrete que partida de gastos no se encuentran desglosada y que concreta forma de acreditación documental se requiere. De lo contrario, como sucede en el supuesto que se examina, la motivación del rechazo de la oferta recogida en el primer apartado, aquí analizado, del informe de viabilidad de la oferta ha de considerarse insuficiente»*.

De lo anterior, se concluye que la supuesta falta de concreción del requerimiento precisa del análisis de los motivos de fondo que determinaron la exclusión de su oferta por no acreditar de forma suficiente su viabilidad, y que conllevaría en su caso a que la mesa de contratación tuviera que realizar un requerimiento complementario de la documentación justificativa adicional que considerarse necesaria para la acreditación de la viabilidad en el sentido anteriormente mencionado, sin que el requerimiento previo se haya de considerar necesariamente inválido.

Así y como por ejemplo se argumenta en la Resolución 87/2024, de 23 de febrero, de este Tribunal, entendemos que ninguna indefensión stricto sensu se ha causado a la recurrente. Como señala el Tribunal Constitucional (Sentencia 258/2007, de 18 de diciembre) *«(...)una indefensión constitucionalmente relevante no tiene lugar siempre que se vulneren cualesquiera normas procesales, sino solo cuando con esa vulneración se aparejan consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por ella» (...). Este Tribunal sigue reiterando que para que “una irregularidad procesal o infracción de las normas de procedimiento alcance relevancia constitucional debe producir un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa de quien las denuncie”*».

Por tanto, recapitulando todo lo anterior, hemos de concluir que las infracciones formales que denuncia la recurrente no le habrían generado en su caso indefensión material, por lo que no resulta de trascendencia para la resolución del presente recurso especial y ello sin perjuicio del análisis de las cuestiones materiales que se procede a realizar a continuación.

2. Sobre las cuestiones de fondo del recurso. La falta de acreditación de la no viabilidad de su oferta en el informe técnico de 12 de junio de 2024.

La recurrente argumenta que en el informe de viabilidad no se ha tenido en cuenta *«la posición, capacidades y experiencia acreditada»* de la recurrente en los términos anteriormente reproducidos. Efectivamente, esta cuestión es analizada en el citado informe en sus tres primeros puntos, en los que se viene a concluir que las justificaciones no aportan un argumento concreto que acredite el precio ofertado. Sobre lo anterior, este Tribunal considera que las manifestaciones incluidas en la documentación justificativa de la recurrente; sobre la experiencia de AYESA en proyectos similares, como proveedor y el conocimiento que supone un menor esfuerzo de puesta en marcha del servicio y una minimización de costes internos y riesgos en esta fase y la experiencia adquirida en la prestación de múltiples servicios similares para la Junta de Andalucía, pueden ser elementos indicativos pero resulta cierto que la recurrente no facilita en estos apartados (del primero al tercero) ningún dato económico que permita discernir los ahorros derivados de las cuestiones alegadas por lo que, efectivamente, se puede considerar un dato, como decimos, indicativo pero que no permite concluir desde un punto de vista objetivo su repercusión en la viabilidad concreta de la oferta. Además, se ha de considerar en los términos manifestados en el informe al recurso que: *«se entiende que se consideró adecuado solamente para la*



*Fase de Arranque y Adquisición del Servicio, la indicada por el licitador en la justificación». De lo que se ha de concluir como manifiesta el órgano de contratación en su informe: «Por tanto, es un argumento adecuado, pero claramente insuficiente, dado que no justifica la mayor parte del importe ofertado».*

Sobre lo anterior, ha de prevalecer el criterio contenido en el informe, y ello conforme a la discrecionalidad técnica que asiste al personal técnico en la valoración de la viabilidad de las ofertas. Sobre esta cuestión cabe mencionar la doctrina de este Tribunal y del resto de Órganos de resolución de recursos contractuales en la materia, recogida en resoluciones de este Órgano, entre otras, 330/2021, de 16 de septiembre, 379/2021, de 8 octubre, 26/2022, de 21 enero, 314/2022, de 10 de junio y 102/2023, de 17 de febrero, en concreto en la Resolución 528/2023, de 27 de octubre, señalábamos lo siguiente: *«(...) de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, en la que cabe mencionar entre otras muchas la Resolución 90/2019, de 21 de marzo, y de los restantes Órganos de resolución de recursos contractuales, en la determinación de si una oferta, incurso inicialmente en baja anormal o desproporcionada, está o no justificada su viabilidad, rige el principio de discrecionalidad técnica, según el cual la actuación administrativa está revestida de una presunción de certeza o de razonabilidad apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación, y que solo puede ser desvirtuada si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega(...)».*

En el presente asunto los argumentos de la recurrente carecen de virtualidad para desvirtuar el juicio, contenido en el informe de viabilidad de la oferta, relativo a que la experiencia de la recurrente haya de tenerse en cuenta como una condición especialmente favorable que justifique la viabilidad de la proposición.

Además, aun siendo cierto que el contrato licitado, al tratarse de un servicio, puede tener un coste menor cuanto mayor sea la experiencia y formación de las personas que han de ejecutarlo, no obstante, ello enlaza directamente con la cuestión atinente a la solvencia técnica que por sí sola únicamente puede ser indicio de viabilidad. En igual sentido se ha pronunciado este Tribunal en la Resolución 623/2023, de 7 de diciembre, en la que se decía que respecto a la solvencia como argumento favorable a la justificación de la baja, *«este Tribunal (v.g. Resolución 528/2023) ha señalado que <<ha de afirmarse como ya se hiciese en otras resoluciones de este Tribunal, entre otras, en la 5/2021, de 14 de enero y 201/2021, de 20 de mayo, que la existencia o no de elementos o circunstancias diferenciadoras con el resto de las entidades licitadoras o con otras licitaciones pudiese ser un indicio, pero nunca una circunstancia determinante para la aceptación o rechazo de la viabilidad de una oferta inicialmente incurso en baja anormal o desproporcionada>>».*

Las partes en principio parecen no cuestionar el primer ordinal de esta parte del recurso, en la que se manifiesta, que la -tarifa hora base- respeta la normativa laboral y el convenio colectivo de aplicación. Sobre esta cuestión el órgano de contratación manifiesta en su informe que la recurrente en ningún caso contempla en su argumentario el cumplimiento del nuevo Convenio colectivo del sector (XVIII Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudio de mercado y de la opinión, BOE N° 177, de 26 de julio de 2023), sin embargo, esta cuestión no se recoge en el informe técnico de viabilidad ni tampoco en el informe al recurso se manifiesta una conclusión al respecto, por lo que este Tribunal no puede realizar un pronunciamiento al respecto.

Con relación al segundo apartado, el margen suficiente y razonable de costes generales y beneficio industrial, la entidad interesada realiza alegaciones que podrían poner en cuestión su configuración, si bien hay que tener en cuenta que como este Tribunal ha mencionado en otras ocasiones (v.g. Resolución 24/2023, de 13 de enero) con relación a los costes generales *«Dichos costes generales de estructura dependen fundamentalmente del tipo de actividad y de la estructura organizativa de la empresa, por lo que es un coste relativamente conocido por cada empresa, de tal suerte que el declarado por la entidad licitadora para la ejecución del contrato es el único que*



*puede tenerse en consideración, siempre y cuando lo justifique adecuadamente, pues es el que dicha entidad en su oferta ha afirmado que soporta por dicho concepto» y con relación al beneficio industrial que: «ha de indicarse que es una partida que depende exclusivamente de la voluntad de la entidad licitadora, por lo que dicho beneficio podría asumir en parte o en su totalidad el déficit que se genere en otras partidas de costes de la prestación». En definitiva, en tanto que el órgano de contratación en el informe de viabilidad no llega a cuestionar estas partidas, no procede realizar un pronunciamiento al respecto.*

En el tercer apartado la recurrente manifiesta que uno de los motivos por los que se considera en el informe inviable su oferta es porque no se contempla el impacto económico de las mejoras ofertadas en la justificación presentada. En este sentido en el informe de viabilidad se manifiesta: *«AYESA oferta los valores máximos posibles para los parámetros que determinan los criterios de valoración mediante fórmulas. (...). AYESA no analiza en su justificación el impacto económico que suponen estos valores tan exigentes, excepto para el F-4».* Sin embargo, argumenta que no quedando reflejada esta cuestión en el requerimiento de documentación se le debieron requerir aclaraciones al respecto.

Sobre esta cuestión, por el principio de proporcionalidad y antes de proceder al rechazo de la oferta, resulta necesario solicitar aclaración de la misma con el objeto de justificar o acreditar los extremos que se consideren pertinentes. Por lo que este Tribunal considera que se debe dar la razón a la recurrente.

Máxime en este supuesto, en que el requerimiento efectuado por el órgano de contratación en este aspecto es genérico e impreciso, pues se limita a reproducir parcialmente el contenido del artículo 149 de la LCSP.

En este sentido, la suficiencia de la información ofrecida por el licitador para justificar o acreditar la viabilidad de su oferta debe analizarse a la vista y en función de lo solicitado en el requerimiento, de tal modo que, si se considera imprescindible que se desglose, justifique o acrediten determinados aspectos de la proposición, o se aporte una concreta forma de acreditación documental, necesariamente lo ha de indicar en el requerimiento o en una posterior solicitud de aclaración en la que se concrete que partida de gastos no se encuentra desglosada y que concreta forma de acreditación documental se requiere. De lo contrario, como sucede en el supuesto que se examina, la motivación del rechazo de la oferta del informe de viabilidad de la oferta ha de considerarse insuficiente.

En el cuarto y séptimo apartado, la recurrente cuestiona la afirmación del informe de viabilidad con relación al cálculo realizado para determinar el importe destinado a los costes directos, en el que se afirma que los mismos no tienen que corresponder a la realidad de la ejecución. La recurrente manifiesta que esa afirmación contenida en el informe de viabilidad: *«se basan, fundamentalmente, en hipótesis teóricas y escenarios futuros desfavorables establecidos por la Comisión técnica, que están completamente al margen de la justificación del precio de la oferta, a la empresa y a la propia ejecución del contrato, y que sirven para determinar una supuesta inviabilidad de la oferta o eventual incumplimiento».*

En el informe de viabilidad se indica que *«el volumen de horas de perfil DESARROLLADOR ofertado por AYESA resulta claramente desproporcionado en relación con el volumen de horas de ANALISTA, estando el valor ofertado, 7:1, excesivamente alejado de valores técnicos normales para estos contratos, como el recogido en la documentación del contrato, 2,75:1 (ver Anexo I-2 y I-4D del PCAP), e incluso en el valor máximo definido para criterio objetivo ANS\_I-R4, 3:1 (ver Anexo XI-B del PCAP)».* Sobre lo que la recurrente manifiesta: *«La estructura de horas por perfiles de la oferta de AYESA AT cumple estrictamente lo establecido en el Pliego, siendo superior a la prevista en la configuración del presupuesto base de licitación».* Considera que la citada alteración *«no puede ser considerada como el elemento fundamental de decisión para la exclusión de la recurrente por la falta de justificación de la viabilidad de su oferta»* teniendo en cuenta que su oferta técnica fue la tercera mejor valorada.



Pues bien, con relación a este análisis contenido en el informe de viabilidad, este Tribunal considera que el mismo adolece de falta de motivación suficiente, es decir, de un desarrollo de las cuestiones que se indican. Sobre lo anterior, en el informe al recurso se manifiesta igualmente que *«desde el punto de vista técnico, y en este tipo de servicios (factorías de software), la hipótesis planteada por el Licitador de que la proporción entre horas de DESARROLLADOR y ANALISTA será de 7:1, no corresponde a la realidad. Hay que señalar que AYESA ha prestado y presta con frecuencia este tipo de servicios a la Junta de Andalucía»*. Sin embargo, de los argumentos expuestos este Tribunal concluye que ni en la motivación contenida en el informe de viabilidad, ni tampoco en el informe al recurso, se exponen cuestiones que supongan un claro incumplimiento del pliego o que impliquen la inviabilidad de la oferta, por lo que, como indicamos se detecta ausencia de motivación suficiente.

En el quinto apartado, la recurrente se refiere a otro de los motivos por el que su oferta fue excluida: *«no resulta viable con personal cuyos costes laborables corresponden al valor mínimo posible de Convenio, y más aún en el contexto de déficit de profesionales TIC cualificados que sufre España, y que se refleja en multitud de estudios»*. Manifiesta la recurrente que dicha afirmación no se contempla en los pliegos ni corresponde considerarla en la oferta, alega que dicha cuestión debe ser objeto de comprobación en fase de ejecución del contrato. El órgano de contratación en su informe al recurso amplía la motivación confirmando el contenido del informe de viabilidad.

Sobre lo anterior, este Tribunal considera que no se encuentra suficientemente justificada la causa de inviabilidad de la oferta por el motivo mencionado. Tanto el órgano de contratación en su informe al recurso, como la entidad interesada en sus alegaciones, realizan manifestaciones al respecto ampliando los motivos por los que consideran que no es posible la ejecución del contrato a la vista de los costes laborales que justifica la recurrente, si bien, además de que estos argumentos no están recogidos o desarrollados en el informe de viabilidad y por lo tanto la recurrente no puede rebatirlas, resulta cierto que las mismas, efectivamente, pueden ser orientativas pero no decisivas sin que previamente se soliciten aclaraciones al respecto a la recurrente con anterioridad a declarar la oferta inviable por este motivo.

Pues bien, respecto a este motivo de recurso, este Tribunal concluye que hubiera resultado necesario solicitar a la recurrente aclaración sobre su justificación, con el objeto de justificar o acreditar los extremos que se consideren necesarios, con anterioridad a la exclusión de la oferta.

En el sexto apartado del recurso se invoca doctrina sobre la documentación a analizar con la finalidad de acreditar la viabilidad de la proposición a la vista del requerimiento efectuado, cuestión que ya ha sido objeto de análisis en este fundamento de derecho.

En el octavo apartado del recurso, la recurrente reproduce diversa doctrina a la hora de analizar la viabilidad de la oferta, en el sentido anteriormente reproducido en las alegaciones de las partes, para concluir que la viabilidad de la oferta debe analizarse atendiendo al conjunto o globalidad de esta y teniendo en cuenta la posibilidad que existe relativa a que unas partidas compensen a otras. El órgano de contratación en su informe al recurso manifiesta *«Cabe reiterar que la propia oferta de AYESA, en la proporción entre perfiles en las horas de mejora, favorece su argumentación en relación con la viabilidad económica. Por tanto, es el propio Licitador quien desestima las condiciones incluidas en los pliegos en relación con las horas de los distintos perfiles y su conversión a través del concepto de Hora-Base, sin aportar en su oferta (Sobre 2 o 3) elementos que avalen esta proporción»*.

En este sentido, con relación al análisis de la globalidad de la oferta para determinar si la misma es viable y, en concreto con relación a los gastos generales y el beneficio industrial, se ha de tener en cuenta la doctrina mantenida por este Tribunal sintetizada en su Resolución 24/2023, de 13 de enero, en la que se indica: *«En este sentido, en términos generales, si la licitadora ha omitido en la justificación de la viabilidad de su oferta determinados costes, a criterio del órgano de contratación, o los ha calculado en cuantía insuficiente, o no han sido*



*debidamente acreditados, dichos costes deben disminuir el beneficio industrial estimado en su justificación, en cuanto ello sea posible, sin necesidad de que la entidad licitadora deba hacer una mención expresa sobre esta cuestión De forma similar se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en su Resolución 371/2022, de 6 de julio, y el Tribunal Administrativo Central del Recursos Contractuales, entre otras, en su Resolución 1966/2021, de 29 de diciembre». Efectivamente, el citado análisis no fue efectuado en el informe de viabilidad, por lo que dicha cuestión también deberá ser tenida en cuenta por el órgano de contratación.*

En el noveno apartado del recurso la recurrente manifiesta que en el informe técnico se realiza una comparación entre las ofertas para analizar la viabilidad de su proposición lo que no estaría permitido. El órgano de contratación alega que dicho análisis se realizó de manera ilustrativa. Sobre esta cuestión, la doctrina mantenida por este Tribunal es que las circunstancias diferenciadoras con el resto de licitadoras a la hora de valorar la viabilidad de las ofertas puede ser un indicio, pero nunca una circunstancia determinante (v.g. Resoluciones 69/2017, de 6 de abril, 75/2017, de 21 de abril, 5/2021, de 14 de enero y 416/2021, de 28 de octubre, de este Tribunal, entre otras), así este Tribunal viene indicando que: *«el juicio de viabilidad ha de centrarse en analizar si, con la justificación dada por la ahora recurrente, es posible que ésta ejecute adecuadamente el objeto del contrato por el precio y las condiciones ofrecidas, sin que el hecho de que la concurrencia en otras posibles licitadoras de los elementos justificativos de la baja presentada, pueda condicionar la viabilidad de la oferta que se examina individualmente considerada y no en relación con el resto. En este sentido, la no existencia de elementos o circunstancias diferenciadoras con el resto de las entidades licitadoras, pudiese ser un indicio pero nunca una circunstancia determinante para la aceptación o rechazo de la viabilidad de un oferta inicialmente incurso en baja anormal».*

En el presente supuesto este Tribunal concluye que el dato ofrecido en el informe de viabilidad sobre la desviación de la oferta de la recurrente respecto del resto es una información indicativa, pero en ningún caso determinante, de hecho así se recoge en el propio informe al indicar que es una información de *«refuerzo ilustrativo»*, por lo que no procede dar la razón a la recurrente.

Tras lo expuesto, se ha de concluir que, la suficiencia de la información ofrecida por el licitador para justificar o acreditar la viabilidad de su oferta, debe analizarse a la vista y en función de lo solicitado en el requerimiento, y siempre dentro de las previsiones contenidas en los pliegos, de lo que se deriva que la motivación del rechazo de la oferta de la recurrente recogido en el informe de viabilidad de 12 de junio de 2024, ha de considerarse insuficiente.

La correcta y suficiente motivación cobra especial relevancia en un asunto como el que nos ocupa, así este Tribunal se ha manifestado en varias ocasiones sobre la necesidad de que en los supuestos en los que el órgano de contratación considere que no se justifica adecuadamente la oferta, inicialmente, incurso en baja anormal o desproporcionada, la motivación del informe ha de ser más exhaustiva que en los supuestos en los que el órgano de contratación considere que se justifica adecuadamente la viabilidad de la misma, en los que no se requiere que se expliciten de manera exhaustiva los motivos de la aceptación (v.g. Resoluciones 294/2016, de 18 de noviembre, 10/2018, de 17 de enero y 30/2018, de 8 de febrero, de este Tribunal, entre otras, y 23/2023, de 13 de enero, entre las más recientes).

En el mismo sentido se ha expresado ya desde sus inicios el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, manifestando su criterio entre otras muchas en su Resolución 142/2013, de 10 de abril, que resume su doctrina sobre ello; dice así: *«Como hemos reiterado en diversas resoluciones en caso de exclusión de una oferta incurso en presunción de temeridad es exigible que se fundamenten los motivos que justifiquen tal exclusión mediante una resolución “reforzada”. Por el contrario, en caso de conformidad, no se requiere que se expliciten de manera exhaustiva los motivos de aceptación».*



En definitiva, en lo que aquí interesa, conforme a la doctrina expuesta, si la justificación de la oferta inicialmente incurra en baja anormal o desproporcionada no se considera suficiente por el técnico informante, la motivación del informe cobra especial relevancia y no sólo ha de ser lo suficientemente exhaustiva, de forma que desmonte las justificaciones aportadas por la entidad licitadora, sino que, ha de ajustarse en todas sus valoraciones al contenido de los pliegos, de lo contrario, como ocurre en el presente asunto, la motivación deviene insuficiente.

Procede, pues, estimar parcialmente en los términos expuestos el recurso interpuesto.

#### **NOVENO. Sobre los efectos de la estimación parcial del recurso.**

Como se ha indicado la recurrente solicita como pretensión principal la anulación de los actos impugnados y la retroacción de las actuaciones para que se considere suficientemente justificada la viabilidad de su oferta y se continúe el procedimiento. En este sentido, dadas las funciones exclusivamente revisoras de los actos emanados de los poderes adjudicadores que competen a este Tribunal, no le es posible declarar la admisión de la oferta al haberse estimado parte de las alegaciones del recurso, siendo esta una función que únicamente compete al órgano de contratación, ex artículo 149 de la LCSP, por lo que procede su desestimación. Por tanto, procede la desestimación de la pretensión principal.

Como primera pretensión subsidiaria la recurrente solicita que se anulen los actos impugnados y también el requerimiento de la justificación de la viabilidad de su oferta, para que se concreten de manera precisa los extremos a justificar y la documentación a aportar. Sobre lo anterior, este Tribunal considera que el requerimiento aun cuando es genérico no adolece de vicio de nulidad, puesto que como anteriormente se ha indicado las consecuencias derivadas de un requerimiento genérico de documentación para la acreditación de la viabilidad de la oferta es la necesidad de concretar en un requerimiento posterior la documentación sobre la que se precisa aclaración. Por tanto, procede la desestimación de la primera pretensión subsidiaria.

Como segunda pretensión subsidiaria la recurrente solicita la nulidad de los actos impugnados para que se retrotraigan las actuaciones: *«al momento inmediatamente posterior al Informe técnico de viabilidad, formulando un nuevo requerimiento por el que se le requiera por la mesa de contratación las aclaraciones concretas necesarias y cuanta información y documentación complementaria considere precisa sobre la justificación de la viabilidad económica de su oferta presentada, sin que pueda dicha entidad modificar la misma, tras lo cual el órgano de contratación deberá aceptar o rechazar la oferta, motivadamente, y la continuación, en su caso, del procedimiento de adjudicación»*. Esta pretensión es la que se estima y en el sentido solicitado por la recurrente deberá proceder el órgano de contratación, teniendo en cuenta todas las consideraciones realizadas en la presente resolución.

La corrección de las infracciones legales cometidas, y que han sido analizadas y determinadas en el fundamento de derecho octavo de la presente resolución, debe llevarse a cabo anulando los actos impugnados así como el acuerdo de exclusión de la oferta de la recurrente, con retroacción de las actuaciones al momento previo a su dictado, para que se proceda por la mesa o el órgano de contratación a requerir al recurrente cuanta información y documentación complementaria considere precisa a los efectos de justificar la viabilidad de su oferta, sin que pueda modificar la misma, en los términos recogidos en el fundamento de derecho octavo, con continuación del procedimiento de licitación en su caso.

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



## ACUERDA

**PRIMERO.** Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AYESA ADVANCED TECHNOLOGIES, S.A.**, contra el acta de la Mesa de Contratación de fecha 10 de julio de 2024 y la resolución de adjudicación de 11 de julio de 2024, con relación a la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación denominado «Creación, transformación, y adaptación de soluciones TIC para la administración electrónica, servicios digitales y aplicaciones en el ámbito de los sistemas de información sectoriales de la Consejería», (Expte. 190/2023 CONTR 2023/568056), lote 1, promovido por la Consejería de Justicia, Administración Local y Función Pública y, en consecuencia, anular los actos impugnados para que por el órgano de contratación se proceda conforme a lo expuesto en el fundamento de derecho octavo y noveno de la presente resolución.

**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, al ser uno de los actos impugnados la resolución de adjudicación, respecto del lote 1.

**TERCERO.** De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

**NOTIFÍQUESE** la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

