



Recurso nº 498/2024 C.A. Islas Baleares 27/2024

Resolución nº 656/2024

Sección 1ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 22 de mayo de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. Carlos Becker Mantecón, en representación de VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., contra la resolución de exclusión de su oferta decretada en el procedimiento de contratación para “*Suministro e implantación de sistemas digitales públicos de información en tiempo real sobre los servicios ferroviarios prestados por Serveis Ferroviaris de Mallorca*”, con expediente número 162/2024, convocado por los Serveis Ferroviaris de Mallorca, financiado por la Unión Europea a cargo de los fondos NextGeneration-UE, desarrollado dentro del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por Resolución de la Autoridad Regional SERVEIS FERROVIARIS DE MALLORCA (en adelante, SFM), fue aprobado el expediente y los pliegos del contrato para el suministro e implantación de sistemas digitales públicos de información en tiempo real sobre los servicios ferroviarios prestados por la misma, sin división en lotes y con un valor estimado de 650.000,00 € (sin impuestos), bajo el siguiente código de clasificación CPV:

32351200.- Pantallas.

Segundo. La licitación fue enviada a su anuncio al DOUE el 28 de septiembre de 2023 y publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 30 de septiembre de 2023



anunciando el procedimiento de licitación abierto y con fecha máxima para la presentación de proposiciones hasta el día 8 de noviembre de 2023 a las 23:59 horas.

Tercero. Según el certificado expedido desde la propia Plataforma de Contratación del Sector Público al contrato para el suministro e implantación de sistemas digitales públicos de información en tiempo real sobre los servicios ferroviarios convocado por Serveis Ferroviaris de Mallorca, se presentaron a la licitación las siguientes empresas. A saber:

1. SAMPOL INGENIERÍA Y OBRAS, S.A.
2. TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA, S.A.U.
3. VODAFONE ESPAÑA ,S.A.U.

Cuarto. El 23 de noviembre de 2023 fue convocada la mesa de contratación para la apertura de los sobres de documentación administrativa y en su caso, el de los criterios de adjudicación basados en juicios de valor. Analizada la documentación de carácter administrativo, - DEUC y declaración de responsable-, se admitieron las tres empresas.

A continuación y en unidad de acto, se abrieron los archivos electrónicos con las ofertas para los criterios subjetivos, dando traslado de su contenido a la unidad técnica para emitir el juicio de valoración.

Quinto. El día 18 de enero de 2024 fue suscrito el informe técnico de evaluación de las ofertas y la mesa de contratación fue convocada para el día 22 de enero del presente, con el objetivo de examinar el mencionado informe, y proceder, en su caso, a su aprobación.

Los resultados de evaluación de los criterios subjetivos, aceptados y aprobados por unanimidad por los miembros de la mesa de contratación y reflejados en el acta levantada fueron los siguientes:



| EMPRESA | M1 (20) | M2 (20) | TOTAL (40) |
|---------------------------------|---------|---------|--------------|
| SAMPOL INGENIERÍA Y OBRAS, S.A. | 14.00 | 6.00 | 20.00 puntos |
| TELEFÓNICA | 19.00 | 19.00 | 38.00 puntos |
| VODAFONE | 12.00 | 16.50 | 28.50 puntos |

Los miembros de la mesa de contratación con derecho a voto aceptan el contenido del referido informe y a continuación proceden al descifrado y apertura del sobre 3 cuyo contenido se pone a disposición de los servicios técnicos a los efectos de que se emita el correspondiente informe.

Sexto. Recibido el informe de valoración de las ofertas, la mesa de contratación es convocada para el día 5 de febrero de 2024 y detectada una oferta incurso en presunción de baja anormal, la formalizada por VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., se le concede el plazo de 5 días hábiles para que presente su justificación.

Una vez justificada la oferta por parte de VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., la mesa de contratación en la sesión de 15 de febrero del presente acuerda:

“En este sentido, los miembros de la Mesa con derecho a voto proceden a acordar por unanimidad poner a disposición de los servicios técnicos la documentación aportada por el licitador a los efectos de que se emita el correspondiente informe, acordando igualmente reunirse de forma inmediata una vez se haya emitido el referido informe”.

Séptimo. El 29 de febrero de 2024, en la sesión de la mesa de contratación se procede al estudio del informe técnico expedido en el que se insta la no aceptación de la oferta de VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., por los motivos expuestos en el referido informe, en el que se concluye y la mesa lo aprueba que:

“A la vista de la justificación de costes aportada por VODAFONE y teniendo en cuenta lo requerido en pliegos, se puede considerar que los recursos propuestos por VODAFONE resultan inadecuados para cumplir la planificación propuesta y los plazos exigidos en el contrato”.



Octavo. Por Resolución del Director General de SFM y ratificando la propuesta de exclusión elevada por la mesa de contratación, acuerda la exclusión de la oferta de VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., concediéndole el plazo de quince días hábiles para la interposición potestativa del presente recurso especial en materia de contratación.

Noveno. Contra la resolución de exclusión, se ha formalizado en sede electrónica, con fecha 18 de abril, recurso especial en materia de contratación por parte del representante de la mercantil VODAFONE ESPAÑA, S.A., suplicando su estimación y la anulación de la exclusión por considerar que su oferta ha de ser incluida, con ordenación de la retroacción de la licitación al momento de su correcta valoración. Adjunta al recurso un informe que, según la recurrente, es pericial sobre la corrección y la viabilidad de su oferta.

Décimo. La secretaria general del Tribunal reclamó el expediente y el informe del órgano de contratación, que fue remitido en plazo y en forma y siguiendo el curso de este procedimiento de revisión de actuaciones administrativas en materia de contratos del sector público y así en la tramitación de este recurso, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la vigente LCSP y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. En especial, se ha concedido un trámite de audiencia a las licitadoras concurrentes por un plazo común de cinco días hábiles para la presentación de alegaciones. Ha hecho uso de este trámite la adjudicataria, TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA, S.A.U., interesando la desestimación del recurso.

Undécimo. Por Acuerdo adoptado por este Tribunal de 26 de abril de 2024 se apreció *prima facie* que, no concurría ninguna causa de inadmisibilidad del recurso y se decretó conceder la medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.4 de la LCSP, y 22.1. 1º del RPERMC, y el Convenio entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de Illes Balears sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 23 de septiembre de 2020 (BOE de fecha 03/10/2020).

Segundo. El recurso especial en materia de contratación se formaliza en relación con un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada de valor superior a 100.000 € (artículo 44.1, a) de la LCSP), y se contrae a una actuación susceptible de revisión en esta sede por tratarse de un acto de trámite cualificado ex artículo 44.1, b) del mismo cuerpo legal, el acuerdo de exclusión de la oferta ante la no aceptación de las justificaciones dadas por la aquí recurrente.

Tercero. En cuanto a la legitimación, la mercantil recurrente ha presentado oferta en la licitación de la que ha quedado excluida, por lo que goza del concepto de interesada ex artículo 48 de la LCSP para impugnar dicha exclusión.

Cuarto. En cuanto al plazo para la presentación del recurso, se ha de tener en cuenta la aplicación del plazo general de quince días hábiles del artículo 50 de la LCSP, pues no resulta aquí aplicable el plazo especial de diez días naturales, preceptuado en el artículo 58 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, reservado para los actos de adjudicación de los contratos, pues aquí se impugna la exclusión de la oferta de la impugnante.

Este recurso se ha tramitado con preferencia y urgencia en esta sede por así venir exigido en el artículo 58.2 del Real Decreto –Ley 36/2020, introducido por el apartado cinco de la disposición final trigésima primera del R.D.-Ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania.



Quinto. La defensa de la recurrente VODAFONE ESPAÑA, S.A., sostiene la anulación del acto de exclusión por ser contrario a Derecho e instrumenta las siguientes alegaciones:

1. Falta de precisión y concreción del requerimiento de justificación de baja anormal e incumplimiento del artículo 149.4 de la LCSP.

En esta alegación, la defensa de la recurrente alega que el requerimiento de justificación fue genérico e indeterminado y por ello considera que:

“Como vemos, en ningún caso se indica de forma alguna el precio, coste, o cualquier otro parámetro sobre el que se hubiera concretado la anormalidad de la oferta que diera pie a VODAFONE a razonar y preparar una justificación lo más adecuada posible. De hecho, como más tarde veremos, la concreción de la causa de anormalidad no se realiza hasta la resolución que viene a acordar la propia Exclusión, y se basa no en la oferta, sino en datos indicados ex novo (no requeridos en el Pliego advertimos), en el informe de justificación de baja anormal que a ciegas tuvo que preparar VODAFONE.

Con todo ello se produce un flagrante incumplimiento del artículo 149.4 LCSP, que obliga a explicar al licitador del cual se requiere la justificación de la oferta anormal sobre qué parámetros de su oferta tiene que explicar la anormalidad, sin que valga solicitar justificaciones genéricas como hizo la Mesa de Contratación. Establece el artículo 149.4 LCSP, que “La petición de información que la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación dirija al licitador deberá formularse con claridad de manera que estos estén en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta.”

En este sentido, la doctrina del TACRC es muy clara, y en supuestos similares a determinado la nulidad de la Exclusión. Así, por ejemplo, recordemos la Resolución nº 663/2020 del Recurso nº 1563/2019 (DOCUMENTO Nº 10), en el que expresamente se establece que:

(...)”.



2. Inexistencia de motivo de exclusión. Para VODAFONE ESPAÑA, S.A., no existe causa legal para excluir su oferta de esta licitación y así advierte cuanto sigue:

“En relación a esta alegación, debemos partir, aunque parezca una obviedad, de que el procedimiento relativo a la justificación de la baja anormal regulado en la LCSP, con origen en la normativa europea, tiene que ver con la necesidad de justificar que la oferta es “viable”.

Es decir, dicho procedimiento se establece para “comprobar la viabilidad de la ejecución del contrato si se estimara” la oferta, tal y como resalta la Resolución nº 663/2020 del TACRC en Recurso nº 1563/2019 (DOCUMENTO Nº 10) en su Fundamento Sexto.

Pues bien, lo primero que tenemos que poner de manifiesto, a la luz del Informe de Valoración (DOCUMENTO Nº 3), en el que se fundamentó el requerimiento de justificación (DOCUMENTO Nº 4), y su inconcreción, es que la anormalidad únicamente se basaba en que se incumplía el parámetro OBJETIVO incluido en el Pliego (Apartado K del cuadro resumen del PCAP).

Para ver cuál es la desviación sobre el parámetro objetivo que lleva a su incumplimiento puramente objetivo, tenemos que fijarnos en el Informe de Valoración (DOCUMENTO Nº 3), el cuál en relación con la valoración de la oferta económica, apartado C1, indica lo siguiente:

| PBL | 650000,00 | BOi | BM | SIGMA (σ) | Boi-BM | Boi-BM $\leq \sigma$ |
|------------|-----------|--------|-------|--------------------|--------|----------------------|
| SAMPOL | 649999,99 | 0,00% | 9,77% | 9,84% | -9,77% | SI cumple |
| TELEFONICA | 587422,52 | 9,63% | 9,77% | 9,84% | -0,14% | SI cumple |
| VODAFONE | 522066,66 | 19,68% | 9,77% | 9,84% | 9,91% | NO cumple |

Como vemos, tomando en consideración el parámetro “SIGMA” que es de 9,84%, el margen de incumplimiento de VODAFONE es de 7 décimas, ya que el parámetro “Bo-BM” es de 9,91%.



Es decir, el incumplimiento del parámetro objetivo de anormalidad se produce por 7 décimas únicamente.

Antes de entrar en más consideraciones, debemos tener en cuenta que una diferencia objetiva de incumplimiento del parámetro por parte de una compañía como VODAFONE de 7 décimas difícilmente podría ser considerado como que la viabilidad de la ejecución del contrato se pueda poner en duda. Casi sin entrar en más cuestiones, parece que en virtud del principio de proporcionalidad una diferencia tan mínima no debe conllevar una Exclusión, y menos si no está fuertemente fundamentada, lo que no ha sido este caso como veremos en este Recurso.

Sin perjuicio de lo indicado más arriba, incluso con la no existencia de concreción en el requerimiento de justificación de la baja anormal, y yendo por tanto “a ciegas”, VODAFONE aportó una justificación muy detallada de su oferta (DOCUMENTO Nº 5).

En dicha justificación, como podemos observar, VODAFONE aportó de forma pormenorizada un desglose de costes y cronogramas de actuaciones. Claramente, VODAFONE lo que pretendía ante la inconcreción en el requerimiento de justificación de baja anormal era ofrecer todos los datos posibles, aportando incluso información que ni era requerida ni valorada conforme al Pliego, como era el cronograma, elemento sobre el que nos fijamos específicamente porque es el que a la postre sirvió como único motivo de exclusión”.

La recurrente reproduce las causas de no aceptación de la justificación obrantes en el informe de la unidad técnica proponente del contrato:

El documento anexo al Pliego de Prescripciones Técnicas “AIT-CSYS-001” publicado en tiempo y forma en la PLACE, en el que se especifica que el horario de trabajos nocturnos es el comprendido entre las 23:00 h y las 5:00 h.



“Consideraciones técnicas

Teniendo en cuenta que:

- *Ni la justificación de la baja, ni la memoria técnica desglosan las jornadas que se harán en horario nocturno y diurno.*
- *Se estima que la mayoría de las jornadas de trabajo se realizarán en horario nocturno, ya que debe ejecutarse un 70% aproximadamente de los trabajos en la línea de metro.*
- *Las jornadas efectivas de trabajo nocturno en campo tiene un intervalo de 6 horas. Las instalaciones están repartidas entre más de 30 emplazamientos distribuidos a lo largo de 80 km, por toda la línea ferroviaria y de metro de SFM.*
- *La planificación presentada no tiene en cuenta los desplazamientos entre estaciones.*
- *La planificación presentada, no contempla los tiempos de desmonte, empaquetado y traslado a los puntos de reciclaje, desde cada uno de los emplazamientos.*

El desmonte y entrega del material viejo, el montaje de soportes y pantallas, con el reca-bleado que pudiera surgir y el transporte de material hasta el lugar, si tuviera que hacerse con los recursos indicados en la justificación, debería realizarse a un ritmo de 1 pantalla cada 48 minutos, todo esto sin tener en cuenta los desplazamientos entre emplazamientos. Este ritmo de montaje puede poner en peligro la correcta ejecución de los trabajos en tiempo y forma, así como la calidad de estos.

Además, si VODAFONE indica que realizará los trabajos de montaje de pantallas en 17 jornadas de 8h, sólo teniendo en cuenta el requerimiento de trabajos nocturnos, ya se está acumulando un desfase aproximado del 25% de las horas, reduciendo aún más los tiempos disponibles para la instalación de pantallas.

Para ejecutarse los trabajos de manera coherente con la planificación presentada, debería aumentarse los recursos asignados a la ejecución de los trabajos,



añadiendo más equipos de instalación, lo cual incrementaría los costes. Esta fue la solución propuesta por uno de los licitadores.

La otra alternativa sería planificar más jornadas de trabajo al equipo propuesto y, por tanto, alterar tanto el calendario de ejecución como los costes de instalación. Esta fue la solución planteada por otro de los licitadores.

CONCLUSIÓN

A la vista de la justificación de costes aportada por VODAFONE y teniendo en cuenta lo requerido en pliegos, se puede considerar que los recursos propuestos por VODAFONE resultan inadecuados para cumplir la planificación propuesta y los plazos exigidos en el contrato.

Por todo ello, no se considera técnicamente justificada la baja anormal presentada por Vodafone”.

A este respecto afirma que:

“Pues bien, ahora ya sí, una vez se dicta la Resolución de exclusión, extemporáneamente, es cuando el Órgano de Contratación viene a concretar el motivo de la bajada anormal, y sin que VODAFONE tenga más trámite de justificación que el presente Recurso.

Pero es que además, como podemos observar, el motivo no tiene que ver con una cuestión de costes, precios, etc., que en relación a la oferta económica ponga en riesgo la viabilidad de la Oferta, tiene que ver con una pura cuestión de posible incumplimiento de los plazos establecidos en el Pliego para implantación de los elementos a suministrar.

De conformidad a derecho, la fundamentación de la exclusión por baja anormal sólo puede tener que ver con que se compruebe que los precios, costes, etc., hacen inviable la oferta, pero no con que los plazos de implantación conforme al



cronograma incluido en la justificación (QUE NO EN LA OFERTA PORQUE NI SE REQUERÍA NI SE VALORABA), pudieran ser incumplidos.

VODAFONE, al presentar la oferta se acogió al contenido de los Pliegos, y al cumplimiento estricto de los mismos. Los Pliegos indicaban un plazo de implantación pero en ningún caso, reiteramos, requerían un cronograma. EN NINGÚN CASO PUEDE SER FUNDAMENTO DE LA EXCLUSIÓN, Y MUCHO MENOS POR BAJA ANORMAL, EL QUE SE PONGA EN DUDA EL CUMPLIMIENTO DE LOS PLAZOS DE IMPLANTACIÓN, REITERAMOS, ESTA ES UNA CUESTIÓN CUYO CUMPLIMIENTO O INCUMPLIMIENTO SE VERIFICARÁ EN EJECUCIÓN DEL CONTRATO, SIN QUE EN FASE DE VALORACIÓN DE OFERTAS (VOLVEMOS TAMBIÉN A REITERAR QUE EL CRONOGRAMA, O CON CUANTAS PERSONAS DEBÍA CONTAR VODAFONE PARA LA IMPLANTACIÓN NO FUE REQUERIDO NI VALORADO EN LOS PLIEGOS), PUEDA SER UNA CUESTIÓN A TENER EN CUENTA, Y MENOS UN MOTIVO DE UNA MEDIDA TAN RELEVANTE COMO LA EXCLUSIÓN.

Sólo la imposibilidad de viabilidad de la ejecución de la oferta suficientemente motivado por parte del Órgano de Contratación podría valer para excluir por este motivo a VODAFONE, cuestión que obviamente no ocurre en nuestro supuesto”.

Además, la defensa de VODAFONE adjunta al recurso un informe, que considera pericial, que se centra en justificar la viabilidad de la ejecución de la única partida cuestionada en el informe técnico de valoración de la justificación de la temeridad, esto es, la partida *Instalación*, cuyos costes imputados ascienden a 36.672 euros, lo que representa el 7% del total del proyecto. En dicho informe, que se extracta en el recurso, se hace un análisis pormenorizado de todos aquellos aspectos que sirvieron de base para la exclusión de la recurrente, identificando jornadas, horas, los tiempos de instalación y desplazamiento y los tiempos de ejecución de las diferentes fases para la instalación de las pantallas y de los tótems. Finalmente, concluye:

“Conforme a todo lo expuesto, consideramos que la Exclusión es contraria a derecho, no sólo porque el requerimiento de justificación fue genérico sin concretar



aspectos a justificar, ni tampoco sólo porque las causas que fundamentan la exclusión no son ciertas y/o no pueden ser tenidas en cuenta en relación a una baja anormal (si acaso deberían ser verificadas en ejecución del contrato), sino que además, en cualquier caso, aunque sólo se hubiera tenido en cuenta el hecho objetivo de la desviación de 7 décimas sobre el parámetro de baja anormal fijada en el Pliego, ello en nada demuestra la inviabilidad de la oferta, además de que sería del todo desproporcionada la exclusión por dicha mínima desviación”.

Por todo ello, suplica la estimación del recurso para que con anulación del acto de exclusión de su oferta se ordene la retroacción de la licitación al momento anterior a la exclusión para que sea tenida en cuenta conforme a la valoración de su oferta para la adjudicación, o subsidiariamente si no fuera posible, se requiera nuevamente para la justificación de baja anormal conforme a los términos establecidos en el artículo 149.4 de la LCSP, o subsidiariamente, si no fuera posible, se anulara la licitación.

Sexto. El órgano de contratación adjunta un informe de fecha 25 de abril de 2024 suscrito por el Técnico de Sistemas y Telecomunicaciones del SFM, cuya postura es contraria a los motivos de oposición de la recurrente e insta la desestimación del recurso por cuanto sigue:

“En el momento de la elaboración del informe técnico para analizar la justificación presentada, se atendió a lo especificado en el artículo 149 de la LCSP sobre las ofertas anormalmente bajas:

- a) El ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción.*
- b) Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.*
- c) La innovación y originalidad de las soluciones propuestas, para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.*



d) El respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral, y de subcontratación, no siendo justificables precios por debajo de mercado o que incumplan lo establecido en el artículo 201.

e) O la posible obtención de una ayuda de Estado.

Por lo que el análisis para la exclusión se centró en los aspectos que no encajaban en este esquema, en concreto el ahorro permitido por la prestación del servicio de instalación, desmonte, configuración y puesta en marcha.

De dicha justificación se desprende que para ejecutar los trabajos se debería aumentar los equipos de trabajo o el número de jornadas previstas, lo que supondría un coste adicional que no se ha tenido en cuenta en la oferta, por lo que se incurriría en atentar contra las obligaciones de carácter laboral o bien contra los plazos previstos. Por todo ello, en el informe se concluye que no se considera técnicamente justificada la baja anormal presentada por Vodafone, al entenderla inviable con los recursos asignados y presupuestados en la oferta.

CONCLUSIÓN

Los técnicos nos ratificamos en el informe de día 22 de febrero de 2024, atendiendo a que la justificación no explicaba satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador al fundamentarse en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico”.

Asimismo, el informe jurídico del órgano de contratación trae a colación el principio de discrecionalidad técnica y, en cuanto a la necesidad de que se justifique exhaustivamente la oferta presuntamente anormal cuando el porcentaje de baja es reducido, indica que la oferta de la recurrente es inferior al PBL en más de un 20% y sustancialmente más baja que la oferta de los otros dos licitadores, señalando que la justificación debía ser suficiente, circunstancias que no ha considerado así el área técnica informante.

Asimismo, tras citar la doctrina de este Tribunal en relación con la justificación de las ofertas presuntamente anormales, señala que el requerimiento de justificación no tiene por qué



reproducir íntegramente el artículo 149 de la LCSP, ya que el licitador, conocedor del marco legal en el que debe formularse su contestación, no puede escudarse en las omisiones o las limitaciones del contenido del texto del requerimiento. Por último, sostiene que en sede de recurso especial, no puede ampliarse o modificarse la justificación de la oferta, por lo que los datos o periciales aportados por el recurrente en esta sede, quedarían fuera del ámbito revisor de este Tribunal al no haber sido aportados en su momento.

Con todo ello, solicita la desestimación del recurso.

Séptimo. Sobre la tramitación de las ofertas incursas en presunción de bajas anormales, este Tribunal ha venido consolidando una doctrina sobre cómo se ha de solicitar la justificación de la baja, sobre cómo ha de responder el licitador incurso en la misma y sobre cómo se ha de motivar la aceptación o el rechazo de dichas justificaciones.

En este caso, respecto del primer motivo de impugnación:

“Falta de precisión y concreción del requerimiento de justificación de la baja anormal. Incumplimiento del artículo 149.4 LCSP. Doctrina del TACRC”.

La recurrente, pone de manifiesto la no existencia de concreción del requerimiento de justificación.

Así, en él se indica lo siguiente:

“Conclusión:

Al realizar la valoración del criterio C1 correspondiente a la oferta económica se ha detectado que la oferta de VODAFONE se halla incurso en presunción de anormalidad. Se propone a la mesa de contratación que active el procedimiento detallado en el artículo 149 de la LCPS para que VODAFONE justifique y desglose razonada y detalladamente el bajo nivel de precios que hace que su oferta se halle dentro del supuesto de anormalidad.

Se ha procedido a realizar la valoración del resto de los criterios evaluables mediante fórmulas, el resultado de la cual se presenta tabulado.



Del resultado de la valoración, se eleva el presente informe a la mesa de contratación para que lo tenga en consideración.

Los miembros de la Mesa de Contratación con derecho a voto aceptan el contenido del referido informe y acuerdan otorgar un plazo de 5 días hábiles a los efectos de que el licitador que incurre en presunción de anormalidad pueda justificar la viabilidad de su oferta. El referido plazo finalizará el próximo día 12 de febrero de 2024 a las 23:59 horas.

Se da por finalizado el acto, en la fecha y hora indicada en el sello de firma electrónica del presente documento, constando el Código Seguro de Verificación (CSV) que garantiza su autenticidad, y puede ser cotejado en la Sede electrónica de la entidad”.

El escrito únicamente cita el procedimiento del artículo 149 de la LCSP, alusión que permite al recurrente poder conocer el marco normativo del procedimiento contradictorio y tener en cuenta los aspectos que, a título ilustrativo, el órgano de contratación podrá solicitar aclaraciones y que son:

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



No obstante, atendiendo a la amplitud con que se efectúa el requerimiento, para poder determinar si el mismo fue o no adecuado, es necesario acudir a los aspectos que han motivado la conclusión sobre la falta de justificación de la oferta de la recurrente. A la vista del objeto del contrato (suministro con instalación), el importe de las partidas que componen el presupuesto, el informe técnico y la justificación presentada, se puede adelantar que el requerimiento debió haber precisado aquellos aspectos que para el órgano de contratación resultaban importantes que justificara la recurrente, por lo que cabe estimar este motivo de impugnación.

Octavo. En cuanto al segundo motivo de impugnación, esto es, la “inexistencia de motivo de exclusión”, la recurrente plantea, por un lado, que la anormalidad únicamente se basa en que su oferta incumple el parámetro objetivo incluido en el Pliego (apartado K del cuadro resumen del PCAP), incumplimiento que se produce por solo 7 décimas, lo que difícilmente pone en duda la viabilidad de la oferta, y, por otro, que la motivación de su exclusión no se ha basado en los costes, precios, sino en el incumplimiento de los plazos, lo que tendría que ser objeto de comprobación durante la ejecución. A pesar de esto, alega, extractando un informe que denomina pericial y que adjunta al recurso, que el cronograma y los costes indicados en la justificación cumplirían con los plazos de implantación, siendo incierto el fundamento de la exclusión.

La corrección en el cálculo sobre la baja anormal o desproporcionada no se discute en ningún momento que se produce. Lo que plantea la recurrente es que 7 décimas le parece una desviación poco relevante para dar lugar a la exclusión.

Es el propio pliego, aceptado en el momento de presentar su oferta, el que señala el parámetro para determinar si una empresa incurre en presunción de anormalidad, por lo que en este momento no es posible cuestionar la fórmula allí reproducida, debiendo atenerse a los resultados y a los correspondientes efectos de su aplicación, aunque el desvío de su oferta respecto del umbral de anormalidad sea muy escaso.

Por tanto, en el caso que nos ocupa procedió activar el procedimiento previsto en el artículo 149.4 de la LCSP y requerir al recurrente la justificación de su oferta, siendo incierto el resultado de la evaluación de dicha justificación, el cual puede ser la aceptación o el



rechazo de la oferta, sin que se pueda compartir la tesis de la recurrente de que una desviación de 7 décimas no pueda dar lugar a la exclusión.

Respecto de la motivación de la exclusión, el primer aspecto a analizar es si el poder adjudicador goza de discrecionalidad para adoptar la decisión. La respuesta ha sido ampliamente analizada por la doctrina y la Jurisprudencia, y existe unanimidad en que sí goza de discrecionalidad, pero que la decisión no puede ser arbitraria. Para controlar si una exclusión por baja anormal es discrecional o arbitraria existe un aspecto determinante, que es la motivación. Si la decisión está motivada ya se debe descartar la arbitrariedad y entender que estamos en el ámbito de la discrecionalidad que está totalmente admitido.

Para ello es preciso atender a la justificación presentada por VODAFONE en el procedimiento del artículo 149 de la LCSP, la cual se estructura de la siguiente forma:

1.- Desglose y detalle de las diferentes partidas (justificación de cada partida con costo y beneficio).

En la justificación desglosa, comparando con el presupuesto base de licitación, las diferentes partidas de su oferta.

La partida que tiene un mayor peso relativo en el presupuesto (43,34%), *Suministro de Material*, no se oferta con baja, sino todo lo contrario, lo que se justifica en la inflación de los materiales entre la elaboración del pliego y el momento de formulación de la oferta. El déficit en ese concepto se compensa con creces con márgenes positivos en el resto de partidas.

2.- Justificación de las partidas de instalación, gastos de transporte y almacenamiento, software y licencias y mantenimiento:

- Respecto de la instalación, señala días, horas y coste/hora de cada uno de los perfiles a destinar.
- Gasto de transporte y almacenamiento, indica que es una de las partidas donde más ventaja competitiva. Sostiene que es distribuidor oficial en Europa de un importante fabricante que les reporta ventajosos precios en los costes de las



mercancías, así como en los costes de transportes. Aporta el certificado expedido del proveedor. También señala que trabaja con diferentes partners dentro de España, uno de ellos ubicado en Palma de Mallorca, que, debido al volumen de negocio, supone coste cero de almacenamiento.

- Software y licencias: su ahorro se basa en que parte de un desarrollo propio llamado GEMS, que es su sistema de control de cartelería digital.
- Mantenimiento: fundamenta el ahorro en disponer de un equipo ya existente en Palma para las tareas de mantenimiento.

3.- Otros argumentos basados en herramientas informáticas y metodología de trabajo.

Con ocasión del recurso, se incorpora un informe que se dirige a defender que las conclusiones alcanzadas en el informe técnico sobre la justificación de la temeridad son erróneas. Se centra en la partida "*Instalaciones*", que es la única cuyo coste cuestiona el órgano de contratación, el cual asciende a 36.672 euros. En dicho documento, que se extracta en el recurso, se hace un análisis pormenorizado de todos aquellos aspectos que sirvieron de base para la exclusión de la recurrente, identificando jornadas, horas, los tiempos de instalación y desplazamiento y los tiempos de ejecución de las diferentes fases para la instalación de las pantallas y de los tótems. También señala que con los tiempos y los costes directos de mano de obra justificados (20.752€ de los 36.672€ que supone la partida de instalación), su coste promedio de montaje es de 1,06€/minuto. Así, la consideración de la entidad contratante de que la justificación de VODAFONE exigiría un ritmo de 171 pantallas cada 48 minutos, que puede poner en peligro la correcta ejecución, supondría, según costes justificados, un total de 8.700 euros (frente a los 20.752 euros imputados por VODAFONE), por lo que indica que es un argumento favorable para la recurrente. Además, añade que, aunque ha justificado los tiempos y los costes, basándose en su metodología y su sólida experiencia, aun en el caso de que se tuviera que hacer uso de los 18 días disponibles según su justificación e incluso tuviera que duplicar equipos, esto supondría un incremento de costes de 29.952 euros, lo que representa un 5,7% de desvío y que podría asumirse por el margen del beneficio industrial y de gastos generales que se eleva a 97.622 euros.



Dicho informe, si bien no goza de la naturaleza de informe pericial, en la medida que no cumple lo dispuesto por el artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, defiende la validez de la información suministrada en su día por la recurrente, atendiendo a los argumentos del informe técnico de 22 de febrero de 2024 y sin incorporar nuevas justificaciones a las ya aportadas (el coste de la partida Instalaciones y las jornadas y tiempos son los mismos). Solo añade una cuestión que el informe técnico de febrero no descende a analizar, que es si con el margen de la oferta se podría asumir los desvíos de la supuesta infraestimación de jornadas y tiempos que aduce dicho informe. Dado que los costes supuestamente omitidos no se cuantifican en el informe de 22 de febrero, no es posible concluir si podrían tener cobertura por el citado margen. A este respecto es necesario tener en cuenta que en la justificación de su oferta la recurrente señala que ha considerado un beneficio industrial del 6%.

El informe de 22 de febrero de 2024, que analiza la justificación concluye con que los recursos propuestos son inadecuados para cumplir la planificación de la recurrente y los plazos exigidos en el contrato, no considerando que esté técnicamente justificada la oferta. Dicho informe se centra exclusivamente en la justificación sobre la partida *Instalación*, obviando el resto de argumentos y haciendo especial hincapié en información que no se ha suministrado (qué jornadas se harán en horario nocturno y diurno) y aspectos que, a su juicio, se omiten en la planificación de la ejecución del servicio (desplazamientos entre estaciones, tiempos de desmonte, empaquetado y traslado a los puntos de reciclaje, desde cada uno de los emplazamientos) o que suscitan dudas sobre la correcta ejecución en caso de que se consideren incluidos (desmonte y entrega del material viejo y el montaje de soportes y pantallas).

Señala que el ahorro producido en la partida *Instalaciones* se basa en la insuficiencia de los recursos asignados a la ejecución, considerando que habría que aumentar los equipos de trabajo o el número de jornadas previstas para una correcta ejecución, lo cual conllevaría un incremento en los costes. Concluye que la oferta es inviable con los recursos asignados y presupuestados. En el informe presentado con ocasión del recurso añade que el bajo nivel de precios o costes se fundamenta en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico.



A pesar del detallado informe que presenta el recurrente junto con su escrito y que viene a combatir las suposiciones reflejadas en el informe técnico, y que motivaron su exclusión, el órgano de contratación ha omitido entrar a su valoración alegando que se trata de nuevos elementos de prueba de la viabilidad de la oferta.

Teniendo en cuenta que las partidas más importantes presupuestariamente son el suministro del material y la instalación, y dado que en esta última, intensiva en mano de obra, una infraestimación de tiempos y jornadas de dedicación podría tener un mayor riesgo en la correcta ejecución, siendo muestra de ello que el informe técnico de 22 de febrero solo se centra y cuestiona la justificación de esa partida, el requerimiento debería haberse enfocado, bien en la fase inicial, bien posteriormente a la luz de las dudas suscitadas por la justificación de la recurrente, en solicitar información concreta sobre dicha partida.

Al respecto de solicitud de información adicional a la justificación presentada, en la Resolución nº 993/2021, de 2 de septiembre (Recurso nº 632/2021) dijimos:

“Séptimo. Al respecto de las concretas alegaciones que se plantean por la recurrente sobre el contenido de su justificación, se realizan las siguientes consideraciones.

En primer lugar, en cuanto a la solicitud de aclaraciones se refiere, a través de esta alegación la recurrente cuestiona el sentido de la solicitud de aclaraciones por parte del Órgano de contratación al licitador incurso en presunción de temeridad, sobre cuestiones que dice están claramente indicadas en el informe justificativo presentado en octubre de 2020 y que lejos de solicitar documentación adicional sobre los salarios presupuestados, se le indica expresamente la prohibición de presentar cualquier documento adicional, a este respecto procede señalar que la interpretación que se hace de tal solicitud es sesgada tal y como indica en su informe el Órgano de Contratación. En efecto, el Órgano de contratación solicitó aclaraciones sobre cuestiones tasadas y prohíbe la aportación de cualquier documentación adicional referida a cualquier otro extremo de la oferta distinto a



aquellos sobre los que se solicita aclaración específicamente, protegiendo en buena lógica la igualdad de trato entre los licitadores.

De cualquier modo, interesa traer a colación la interpretación realizada al efecto por este Tribunal, en el sentido de resultar preferible realizar cuantas peticiones se consideren pertinentes, antes de adoptar la decisión de excluir la oferta incurrida en temeridad (a continuación se invocan las Resoluciones 701/2016, 471/2018 y 14/2019, anteriormente mencionadas).”

Además, es necesario, ahora sí, tener en cuenta el escaso margen respecto del cual la recurrente se encuentra en presunción de anormalidad, por referencia a cómo está definido en los Pliegos el umbral, ya que también doctrina de este Tribunal que la exhaustividad de la justificación aportada por el licitador habrá de ser tanto mayor cuanto mayor sea la citada baja.

Por tanto, teniendo en cuenta que la escasa información presentada por la recurrente trae causa de un requerimiento genérico de la mesa de contratación, el escaso margen por el que la oferta se encuentra incurrida en presunción de anormalidad y la falta de consideración en su informe al recurso de los argumentos que se dirigen a rebatir las suposiciones que motivaron la exclusión de la recurrente, procede que se vuelva a valorar la justificación, solicitando la información adicional que los servicios técnicos consideren pertinente para concluir sobre la adecuación de los tiempos y jornadas de dedicación justificados en la oferta, dada la generalidad de su requerimiento inicial, y motivar adecuadamente la decisión sobre la aceptación o rechazo de la justificación aportada por el recurrente.

En consecuencia, debe estimarse este motivo de impugnación.

Noveno. Por todo lo manifestado en los fundamentos de derecho séptimo y octavo, procede estimar el recurso en la primera pretensión subsidiaria de la recurrente, declarando la nulidad de la resolución de exclusión, así como las actuaciones posteriores al mismo, con retroacción de actuaciones al momento anterior a la valoración de la documentación presentada, con el objeto de que se solicite información adicional sobre los aspectos de la partida *Instalaciones* que se consideren que podrían afectar a la viabilidad de la oferta, continuando el procedimiento por sus trámites.



Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. Carlos Becker Mantecón, en representación de VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., contra la resolución de exclusión de su oferta decretada en el procedimiento de contratación para “*Suministro e implantación de sistemas digitales públicos de información en tiempo real sobre los servicios ferroviarios prestados por Serveis Ferroviaris de Mallorca*”, con expediente número 162/2024, convocado por los Serveis Ferroviaris de Mallorca, de acuerdo con lo señalado en el Fundamento de Derecho Noveno.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación de conformidad por lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

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

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES