

**Recurso 523/2024**  
**Resolución 504/2024**  
**Sección tercera**

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

Sevilla, 20 de noviembre de 2024

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BENITO URBAN, S.L.**, contra la resolución, de 15 de octubre de 2024, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado «Suministro de equipamiento urbano para los servicios operativos del Ayuntamiento de Benalmádena por lotes» (Expte. 2024/4608P), respecto del lote 1, convocado por el Ayuntamiento de Benalmádena (Málaga), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

### **RESOLUCIÓN**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 26 de mayo de 2024, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y, el día siguiente, en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 578.497,59 euros. Asimismo, los pliegos y demás documentación fueron puestos a disposición de las personas interesadas dicho día en el perfil de contratante.

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.

Mediante resolución, de 15 de octubre de 2024, el órgano de contratación adjudica el contrato citado en el encabezamiento a la entidad PARQUES Y JARDINES FABREGAS, SAU (en adelante la adjudicataria).

**SEGUNDO.** El 5 de noviembre de 2024 tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad recurrente.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Tribunal el 8 de noviembre de 2024.

Solicita en el recurso especial acceso a la documentación presentada por la entidad adjudicataria a efectos de comprobar la justificación presentada para justificar la oferta aún incurso en valores anormales, pues no ha tenido acceso a dicha documentación. Consta en las actuaciones, con la documentación adjuntada al recurso



que el órgano de contratación ha denegado el acceso sobre la documentación dado que entiende debe considerarse confidencial conforme a lo señalado por la entidad adjudicataria.

Posteriormente, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de recurso a los interesados en el procedimiento concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, el cual expiraba el día 19 de noviembre, no habiéndose recibido alegaciones en el plazo conferido.

## **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, en concreto en virtud del artículo 10 del mismo, toda vez que el Ayuntamiento de Benalmádena (Málaga) no ha manifestado que disponga de órgano propio, por sí o a través de la Diputación Provincial, para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

### **SEGUNDO. Legitimación.**

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

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

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la adjudicación de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

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

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

### **QUINTO. Sobre la solicitud de acceso a la documentación presentada por la entidad adjudicataria para justificar la viabilidad de su oferta.**

Solicita el acceso a la citada documentación conforme al artículo 52 de la LCSP la entidad recurrente en el escrito de recurso especial. Este Tribunal ha podido observar que dicha documentación se encuentra en el expediente, sin que entremos a calificar en este momento su suficiencia.

En lo que se refiere al acceso al expediente, dicha justificación a la que se pretende acceder por la entidad recurrente, combina datos entre los cuales existen algunos que pudieran indicar el conocido como “*know how*” de la entidad a los efectos de poder realizar una determinada oferta. En la Resolución 85/2019, de 21 de marzo, de este Tribunal, señala que:



«Ya se han expuesto en este fundamento las razones invocadas por el órgano de contratación para motivar la confidencialidad de este apartado de la proposición adjudicataria, razones que reitera (...) en sus alegaciones al recurso y que este Tribunal estima suficientes tras el examen de dicho apartado de la oferta, toda vez que el mismo incorpora la metodología de la empresa para la prestación del servicio, la organización de recursos humanos asignados al contrato y su esquema de relaciones, así como la capacidad de respuesta, exponiendo la estrategia de organización (...)».

Si bien el órgano de contratación no defiende esa confidencialidad, ni tampoco la entidad adjudicataria, en el sentido de una debida motivación de por qué la misma contiene datos de ese carácter, no obstante, el artículo 133 de la LCSP contiene una obligación de mantener la confidencialidad que debe hacer guardar este Tribunal. Así pues, debe reconocerse que de toda esa información contenida en la justificación existirían algunos extremos que contienen ese “*know how*” de la adjudicataria para hacer la oferta, concebido el término como el conjunto de capacidades y habilidades desarrolladas por una organización empresarial tras la práctica prolongada de una tarea específica. Si bien pudiera haberse dado vista parcial, ocultando determinados extremos, a los efectos de la resolución de este recurso especial, no es necesario dar acceso a la justificación a efectos de ampliar el recurso especial, por lo que se analizará en los siguientes fundamentos.

**SEXTO. Sobre las actuaciones realizadas en el seno del procedimiento que culminaron con la admisión de la oferta de la entidad ahora adjudicataria, inicialmente incurso en baja anormal o desproporcionada.**

Con carácter previo al análisis de fondo del recurso, y con objeto de centrar los términos del debate, procede traer a colación, en lo que aquí interesa, el contenido de las actuaciones realizadas en el seno del órgano de contratación que culminan con la admisión de la oferta de la entidad ahora adjudicataria, por justificar la viabilidad de su oferta, incurso inicialmente en baja anormal o desproporcionada.

En la sesión de 21 de agosto de 2024 de la mesa de contratación, al objeto de valorar los criterios evaluables automáticamente correspondiente a las proposiciones presentadas por los licitadores admitidos en el lote 1, se procedió a la valoración del primer criterio, al objeto de determinar si alguna de ellas se encontraba incurso en presunción de anormalidad.

Se aplicaron los criterios correspondientes, establecidos en los pliegos para apreciar las ofertas incursas en presuntos valores de anormalidad, es decir, los regulados en el apartado 3 del artículo 85 del RD 1098/2001, Se encuentra recogido en el Anexo 8.2. denominado “*parámetros para identificar los casos en que una oferta se considera anormal*” el cual expresa:

*“Sobre la oferta económica, referido al conjunto de ofertas válidas presentadas, conforme a los criterios previstos en el art. 85 del RD 1098/2001”.*

En conclusión, el resultado de la valoración fue el que se reflejó en el cuadro incorporado en el acta de la sesión, de tal modo que la oferta de PARQUES Y JARDINES FABREGAS, S.A.U estaba incurso en una baja desproporcionada superior a 25 unidades porcentuales respecto del presupuesto base de licitación, realizando una baja del 60,88%, por lo que resultó obligado requerir a la entidad finalmente adjudicataria para que justificara su oferta.

La secretaría de la mesa de contratación, el 21 de agosto de 2024 le requiere a efectos de justificar la baja del siguiente modo: “*A la vista de lo anterior, La Mesa acuerda, por unanimidad, que nos encontramos ante una baja presuntamente temeraria, otorgándole el plazo de 5 días hábiles al licitador PARQUES Y JARDINES FABREGAS SAU,*



con NIF: XXXXXX, desde el envío de esta comunicación, para que justifique su oferta incurso en presunción de anormalidad, de conformidad con la cláusula 13.1 del PCAP”.

La entidad ahora adjudicataria aporta en plazo la información y documentación que considera adecuada para la justificación de su oferta.

Por la mesa de contratación en sesión celebrada el 28 de agosto de 2024, 4 de abril de 2022, previo informe de la comisión técnica de evaluación de la viabilidad de la oferta de la entidad ahora adjudicataria de 26 de agosto de 2024 (en adelante informe de viabilidad), se acuerda admitir la justificación de la baja anormal. Ello dará lugar a la admisión de la oferta y posteriormente a la adjudicación.

**SÉPTIMO. Fondo de recurso. Alegaciones de las partes sobre la pretensión del recurso en la que la recurrente denuncia la indebida admisión de la oferta de la entidad ahora adjudicataria, inicialmente incurso en baja anormal.**

1. Alegaciones de la recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta:

1. En primer lugar alega la indefensión causada al aquí recurrente con motivo de la desestimación de la petición de acceso al informe de justificación de la oferta presentada por la adjudicataria incurso en baja desproporcionada. Consta en el expediente que lo solicitó dos veces el día 17 de octubre de 2024 y el 23 de octubre de 2024, siéndole denegado el acceso a la documentación aportada para justificar la oferta incurso en baja anormal.

En virtud de ello solicitaba acceso expresando, *“solicitamos vista y acceso del Informe técnico completo del Responsable del Contrato de fecha 27/08/2024, que analiza si la oferta de la licitadora PARQUES Y JARDINES FABREGAS SAU es incurso en anormalidad. En su virtud, SOLICITO que, teniendo por presentado este escrito lo admita, y en atención a lo expuesto, acuerde dar vista y copia al aquí abajo firmante en tanto que parte interesada en el expediente de contratación de referencia del Informe técnico completo del Responsable del Contrato de fecha 27/08/2024, que analiza si la oferta de la licitadora PARQUES Y JARDINES FABREGAS SAU es incurso en anormalidad, facilitándose copia del mismo (...).”*

Expresa en el recurso que el artículo 52 de la LCSP regula el derecho de los interesados a examinar con carácter previo a la interposición de recurso especial en materia de contratación, *“el expediente de contratación y con ello, la documentación presentada por las empresas licitadoras a lo largo del procedimiento de contratación. En relación, dispone el referido artículo que el órgano de contratación tiene la obligación de ponerlo de manifiesto al interesado, sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en la Ley, en el plazo de 5 días”*.

Alega doctrina respecto de la ponderación de intereses de ambas partes dada la concurrencia y colusión de los derechos, *“el de transparencia, acceso a la información pública y defensa, por una parte, y la garantía de la confidencialidad de las ofertas”*.

Expresa al respecto que solicitó al órgano de contratación la puesta de manifiesto del informe técnico emitido por el responsable del contrato admitiendo la justificación de la oferta, así como el informe de viabilidad de la oferta elaborado por la adjudicataria.



Al respecto no está de acuerdo con la resolución de fecha 27 de octubre de 2024, que rechazaba la petición relativa al acceso a la justificación de la viabilidad de la oferta en base a las siguientes consideraciones: “[...] mediante documento aclaratorio de incursión en baja desproporcionada, de la empresa Parques y Jardines Fabregas SAU, de fecha 23/08/2024, se declara la confidencialidad del mismo, dada la importancia de la información que contiene ese documento. Por ello, no procede estimar el acceso al informe requerido por el interesado, BENITO URBAN, S.L, de acuerdo con el artículo 16.1 del RD 814/2015, que se remite, a su vez, al art.133 de la LCSP”.

Estima que no está justificado la denegación del acceso, porque no se “justificó suficientemente que el informe de viabilidad era confidencial, ni concretó que partes de la información presentada debida reputarse confidencial, limitándose a calificar como confidencial como todo el informe justificativo dada “la importancia de la información” que en él se contiene”.

Entiende que el órgano de contratación “debió de entrar a valorar si esta declaración integra de confidencialidad era ajustada, o sí, por el contrario, cabía excluir información general no necesariamente susceptible de protección. Es por ello que en aplicación del artículo 52.3 de la LCSP y el artículo Artículo 29.3 Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, interesamos se acuerde, previos los trámites oportunos, conceder a esta parte acceso al informe de justificación de la viabilidad de la oferta desproporcionada presentada por la adjudicataria, para que tras la vista del mismo, podamos completar el presente recurso especial”.

Se presenta solicitud de acceso al expediente ante este Tribunal de acuerdo con el artículo 52 de la LCSP.

2. En segundo lugar alega la indefensión causada con motivo de la desestimación de la petición de acceso al informe de justificación de la oferta presentada por la adjudicataria incurra en baja desproporcionada. Alega que el artículo 149.4 de la LCSP supone que “la justificación que un licitador presente para determinar la viabilidad de su oferta debe de ser suficiente, y a tal efecto, se debe de “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”.

Señala que de acuerdo con determinada doctrina el adjudicatario debía justificar de forma exhaustiva de su oferta, no obstante, obviamente no concreta por qué no es suficiente dado que no conoce la oferta.

Estima que para ser considerada “suficiente de una justificación sobre la viabilidad de una oferta incurra en temeridad depende directamente del grado de baja respecto al promedio de ofertas presentadas: a mayor diferencia, mayor debe ser la exhaustividad y presión en la oferta presenta”.

Añade que no pudiendo ver la justificación de la baja estima que al menos si, “el requerimiento de justificación de la oferta de PARQUES Y JARDINES FABREGAS, S.A.U estaba sometido al criterio de exhaustividad recogido por el TACRC (recordemos que la baja de la adjudicataria se sitúa en un 60% respecto del presupuesto base de licitación y en un 40% respecto de la segunda oferta con mayor baja), de una lectura del sucinto informe de fecha 27 de agosto de 2024 del responsable del contrato se colige que la justificación del ofertante no puede en modo alguno calificarse de exhaustiva y suficiente al objeto de justificar la viabilidad de una oferta que incorpora una baja de tal magnitud”.

Alega que “el adjudicatario del contrato basa su informe de justificación en generalidades e hipótesis aparentemente ni verificadas ni documentadas en torno a la ventaja competitiva que le otorga la condición de



*fabricante y distribuidor de los elementos objeto del contrato, su estrecha colaboración con fabricantes habituales, y al haber resultado adjudicatario del último contrato de suministro de mobiliario urbana de este mismo Ayuntamiento. Sin embargo, salvo que en el curso del presente recurso especial se ponga de manifiesto en base a la documentación obrante en el expediente lo contrario, tales afirmaciones genéricas alegadas por la adjudicataria para argumentar la viabilidad de su oferta se presentan huérfanas de toda justificación”.*

Es decir, se sustenta en la hipótesis de que, dado los términos del requerimiento, genéricos, la documentación justificativa de la oferta anormal, presentada por la entidad recurrente, supone que también fuera genérica, y que ello sea la causa de la forma difusa que se deriva del informe que finalmente considera justificada la baja.

Estima finalmente que *“una justificación exhaustiva para ofertas anormalmente bajas debe de estar fundamentada en datos concretos, reales y detallados, y no, como en el presente caso, en afirmaciones vagas o genéricas; ello es fundamental porque el propósito que se persigue es el de proveer al órgano de contratación con la información precisa y suficiente para evaluar adecuadamente si el licitador ha demostrado, de manera específica y razonada, que la oferta es viable y que puede cumplir con las condiciones del contrato sin sacrificar la calidad, seguridad o cualquier otra obligación esencial”.*

Termina añadiendo que, *“salvo que la adjudicataria haya contemplado en su informe de viabilidad un desglose suficientemente razonable sobre los costes exactos de la producción, mano de obra y métodos de producción que emplea, entre otros, las afirmaciones genéricas, no contractadas ni documentadas en el trámite previsto por el artículo 149.4 de la LCSP, no pueden ser admitidas como una justificación adecuada, considerando el grado de desproporción de la baja discutida, y ello, a la luz de la doctrina aquí expuesta.*

*Junto con la infracción de lo preceptuado por el artículo 149.4 de la LCSP y su doctrina de desarrollo, al entender de esta parte el órgano de contratación también ha comprometido el principio de igualdad de trato entre licitadores que rige en el procedimiento de licitación. En efecto, ante una oferta tan inusualmente baja como la formulada por la adjudicataria (que rompe absolutamente con todos los parámetros de rango de precios del sector), el órgano de contratación debió de exigirle una justificación exhaustiva de su oferta económica para asegurar que todas las ofertas fueran evaluadas bajo un mismo estándar de objetividad y transparencia exigiéndole una justificación económica detallada de la formación de sus precios, de sus costes de producción y de sus márgenes”.*

En definitiva, estima que *“en atención a todo lo expuesto, la viabilidad de la oferta formulada por la adjudicataria incurso en baja temeraria no ha sido debidamente justificada, por lo que deberá de anularse la adjudicación y ordenar la retroacción de las actuaciones hasta un estadio anterior al informe técnico de valoración de viabilidad sobre la justificación de la baja temeraria de la oferta presentada por PARQUES Y JARDINES FABREGAS S.A.U, al objeto de que la mesa de contratación proceda a proponer en su lugar la exclusión de dicha licitadora del procedimiento de licitación”.*

En conclusión, lo que se aprecia del referido informe de valoración es que el órgano de contratación se ha limitado a creer los datos ofrecidos por la entidad ahora adjudicataria, sin someterlos a una valoración crítica, lo que ha resultado en la adjudicación del contrato en unos términos que no van a poder ser cumplidos al ser en todo punto insuficiente, la justificación efectuada sobre sus términos.

## 2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación se limita a remitirse al informe técnico el cual expresa:



*“Que el que suscribe como responsable del contrato da por justificada la baja anormal por parte del licitador parques y jardines FABREGAS. Justificación de PARQUES Y JARDINES FABREGAS SAU con NIF, xxxxxx, queda justificada la baja temeraria salvo superior criterio según el artículo 149 LCSP apartado 4, motivación, el licitador cuenta con experiencia y el alto grado de especialización en el ámbito del suministro de mobiliario urbano, siendo fabricantes y distribuidores de los productos ofertados contando con medios propios destinados a la logística, con zonas de almacenamiento de un importante estocaje de productos y materiales relacionados con el sector, todos los tratamientos como elaboración lo realizan en fabrica con medios propios pudiendo ofrecerlos a un precio muy favorable debido al recorte de costes, contando con una cadena de montaje para optimizar al máximo sus recursos, a su vez este licitador ha sido adjudicatario del último contrato mayor de suministro de mobiliario urbano, ejecutándolos en tiempo y forma según PPT, debido al volumen de negocio y especialización en el sector mantienen una estrecha colaboración con fabricantes habituales de los productos requeridos en el anexo, los cuales, y debido a su facturación ofrecen márgenes de descuento superiores a los habitualmente establecidos, aumentando la competitividad de la, haciendo constar que todos los productos ofertados se ajustan a los solicitados en el PPT, adjuntando fotos detallando las características técnicas de los mismos. Si bien no es competencia de mi persona facilitar la documentación aportada por el licitador PARQUES Y JARDINES FABREGAS, por ser considerada confidencial.”*

En cuanto al acceso al informe de justificación señala que «nos remitimos a lo ya indicado en el escrito remitido al interesado en su segunda solicitud de acceso al expediente, esto es, a los criterios seguidos por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en este ámbito, entre otras, en las Resoluciones 655/2017, 818/2017, 1258/2020 y 1946/2021, que manifiestan que “el derecho a acceder al expediente no es absoluto ni ilimitado, debiendo, respetarse el principio de confidencialidad, respecto de los documentos que los licitadores hayan indicado que ostentan tal carácter”, como así ha sido en este caso. Resoluciones más actuales que las que esgrima en su argumentación el interesado en su escrito de interposición del recurso especial».

#### **OCTAVO. Consideraciones del Tribunal sobre la indefensión causada por la denegación del acceso al expediente y a la información relativa a la justificación de la oferta anormal.**

La entidad recurrente ha solicitado vista de expediente a este Tribunal, para completar su recurso con el fin de que se pueda, llegado el caso, impugnar de manera fundada el acuerdo de adjudicación, con expresa reserva del derecho a formular nuevos motivos de impugnación una vez sea concedido el acceso.

Pues bien, el acceso al expediente dentro de la normativa contractual fue regulado por primera vez, estando en vigor el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público -aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 noviembre-, por el artículo 16 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, que con la denominación de «Acceso al expediente de contratación» disponía que:

*«1. Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en los artículos 140 y 153 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.*

*La solicitud de acceso al expediente podrán hacerla los interesados dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud.*

*2. El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado anterior por el órgano de contratación no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo establecido en el artículo 44.2*





*del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Ello, no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso con los efectos establecidos en el artículo 29.3 del presente reglamento.».*

Dicho artículo 29.3 del citado Real Decreto 814/2015 señalaba que *«Cuando el recurrente hubiera solicitado en el trámite previsto en el artículo 16 vista del expediente y el órgano de contratación se la hubiera denegado, el Tribunal, a la vista de lo alegado en el escrito de interposición y del informe del órgano de contratación, podrá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas, con carácter previo al trámite de alegaciones, y por plazo de cinco días hábiles, para que proceda a completar su recurso, concediendo en este supuesto un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados comparecidos en el procedimiento para que efectúen alegaciones.».*

Por su parte, la nueva LCSP de aplicación al supuesto que se examina reguló en su propio articulado el acceso al expediente de contratación. En concreto, en su artículo 52, con una redacción muy similar en lo que aquí concierne a la recogida en el mencionado Real Decreto 814/2015. Su tenor es el siguiente:

*«Artículo 52. Acceso al expediente.*

*1. Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en la Ley.*

*2. Los interesados podrán hacer la solicitud de acceso al expediente dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud. La presentación de esta solicitud no paralizará en ningún caso el plazo para la interposición del recurso especial.*

*3. El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado 1 anterior no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo legalmente establecido. Ello no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso, en cuyo caso el órgano competente para resolverlo deberá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo de diez días, con carácter previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar su recurso. En este supuesto concederá un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados para que efectúen las alegaciones que tuvieran por conveniente.».*

A la vista de este precepto legal, en lo que aquí interesa, se concluye pues que el artículo 52 de la LCSP, exige, como presupuesto necesario para el acceso al expediente en la sede del órgano competente para resolver el recurso, que previamente las personas interesadas hayan solicitado dicho acceso al órgano de contratación dentro del plazo de interposición del recurso especial y que aquél no se haya facilitado por parte del citado órgano de forma parcial o total. Es decir, la finalidad del precepto es permitir el examen del expediente en el Tribunal cuando el órgano de contratación haya incumplido su obligación legal de dar acceso con carácter previo a la interposición del recurso, siempre que el acceso se haya solicitado dentro del plazo de interposición del recurso (v.g., entre otras muchas, Resoluciones 215/2021, de 27 de mayo y 445/2021, de 5 de noviembre).

Denuncia la indefensión que se le podría haber causado por no facilitársele la justificación presentada por la entidad adjudicataria para motivar el valor, en principio anormal, de su oferta, para que se le dé acceso para completar su recurso, sino que pretende la anulación de la adjudicación por este motivo en un primer momento en la primera de las alegaciones de su recurso especial. Al respecto, en el supuesto que se examina, ha de ponerse de manifiesto que la petición por parte de la entidad ahora recurrente de acceso al órgano de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en el citado artículo 52 de la LCSP, el acceso al expediente en el procedimiento de recurso especial en materia de contratación no constituye un fin en sí mismo, sino que tiene un





carácter claramente instrumental, dirigido a obtener la información necesaria para completar el recurso inicial y combatir el acto impugnado, no pudiendo nunca ser una pretensión de fondo del recurso, sino un acto previo y preparatorio para su formulación con el fin de que este se articule con todas las garantías, pero en ningún caso lo contempla como un acto susceptible de impugnación (v.g., entre otras, Resoluciones de este Tribunal 36/2019, de 14 de febrero, 304/2019, 24 de septiembre, 220/2021, de 2 de junio, 295/2021, de 29 de julio, 372/2021, de 8 octubre y 522/2022 de 11 de noviembre, así como las Resoluciones 1168/2017, de 12 de diciembre y 487/2020, de 2 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otros).

Ciertamente queda constatado, que, pese a que no justifica la ausencia de alguna información concreta que sea necesaria para considerar que ha existido una vulneración del derecho de acceso al expediente, lo cierto es que la explicación dada para denegar el acceso no encuentra acomodo alguno, ya que se deniega de pleno, en base a una consideración general de confidencialidad, sin motivar por qué determinados datos debían considerarse amparados en el secreto comercial y profesional.

Debe estimarse la existencia de infracción, si bien al final del recurso se expresarán los efectos que esta consideración ha de tener.

#### **NOVENO. Consideraciones del Tribunal sobre la justificación de la baja anormal.**

Con carácter previo al análisis de los motivos en los que se funda la pretensión principal del recurso, ha de tenerse en cuenta que de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, en la que cabe mencionar 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, incura inicialmente en baja anormal o desproporcionada, está o no justificada su viabilidad, rige el principio de discrecionalidad técnica, según el cual la actuación administrativa esta 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 sólo 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.

Dicha Resolución 90/2019, de 21 de marzo, de este Tribunal, fue recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa, recurso 379/2019, que fue desestimado mediante Sentencia de 3 de marzo de 2021 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, que señala en lo que aquí interesa en su fundamento de Derecho quinto lo siguiente:

*«Los órganos de contratación gozan de discrecionalidad técnica para valorar si la oferta es anormalmente baja, que encuentra su fundamento en la presumible imparcialidad del órgano de contratación, especialización de sus conocimientos, e intervención directa en el procedimiento de selección, de forma que solamente en los supuestos en que sea evidente la existencia de error en la valoración efectuada por el órgano de contratación es posible sustituir la decisión adoptada.*

*En el caso de autos, la decisión se ve amparada por un informe efectuado por órgano técnico extenso y motivado que analiza los aspectos de la oferta de la recurrente y la justificación dada por la misma respecto de la corrección de la oferta y la posibilidad de correcta ejecución del contrato.*

*(...)*

*En definitiva, el Órgano de Contratación a través del informe técnico ha motivado ampliamente las razones por las que no se entiende justificada la oferta, siendo esta desproporcionada o anormalmente baja en atención al criterio establecido en la Ley de Contratos y el Pliego.»*



En este mismo sentido, cabe destacar las Resoluciones de este Tribunal 330/2021, de 16 de septiembre, 379/2021, de 8 octubre, 26/2022, de 21 enero y 314/2022, de 10 de junio, entre otras.

En el supuesto que se examina, de lo expuesto se infiere que la recurrente no cuestiona el procedimiento contradictorio seguido para la justificación de la proposición de su oferta, sino que plantea una serie de alegaciones que cuestionan el informe de viabilidad de la oferta de la entidad adjudicataria para afirmar que no se justifica la anormalidad de su oferta, pues entiende que dicho informe adolece de arbitrariedades evidentes, al admitir, sin más, las declaraciones vagas y genéricas aportadas por la empresa para justificar una oferta que no es viable.

Para resolver la controversia es necesario examinar en lo que aquí interesa el informe de viabilidad, aludido ya en el fundamento de derecho quinto, a la luz de las denuncias sobre el mismo efectuadas por la entidad ahora recurrente. En este sentido, la recurrente se refiere en el informe de viabilidad, en los que se reflejan determinadas condiciones de la adjudicataria referidas a la experiencia pasada. Así expresa que:

*“el licitador cuenta con experiencia y el alto grado de especialización en el ámbito del suministro de mobiliario urbano (...)”.*

*A ello añade que estima justificado el nivel de precios ofertados porque son “fabricantes y distribuidores de los productos ofertados contando con medios propios destinados a la logística, con zonas de almacenamiento de un importante estocaje de productos y materiales relacionados con el sector, todos los tratamientos como elaboración lo realizan en fabrica con medios propios pudiendo ofrecerlos a un precio muy favorable debido al recorte de costes, contando con una cadena de montaje para optimizar al máximo sus recursos, a su vez este licitador ha sido adjudicatario del último contrato mayor de suministro de mobiliario urbano, ejecutándolos en tiempo y forma según PPT, debido al volumen de negocio y especialización en el sector mantienen una estrecha colaboración con fabricantes habituales de los productos requeridos en el anexo, los cuales, y debido a su facturación ofrecen márgenes de descuento superiores a los habitualmente establecidos, aumentando la competitividad de la, haciendo constar que todos los productos ofertados se ajustan a los solicitados en el PPT, adjuntando fotos detallando las características técnicas de los mismos. Si bien no es competencia de mi persona facilitar la documentación aportada por el licitador PARQUES Y JARDINES FABREGAS, por ser considerada confidencial.”.*

Pues bien, dichas afirmaciones realizadas por la entidad adjudicataria y recogidas en el informe de viabilidad pueden en algún sentido ser un indicio de actuaciones realizadas o que esté realizando actualmente como persona contratista, pero que no pueden suponer una evidencia ni a favor ni en contra de la viabilidad de la oferta que se está analizado, menos aún porque no reflejan además ninguna coherencia ante el requerimiento de justificación genérico que se realizó. En este sentido, ha de tenerse en cuenta que cada licitación es independiente de las demás, se rige por sus propios pliegos y es aprobada por sus propios órganos; de modo que decisiones adoptadas en licitaciones previas o coetáneas del mismo o de distinto ámbito territorial no vinculan en otra distinta.

A juicio de este Tribunal, y sin perjuicio de que existan datos en la justificación que ha ofrecido la entidad recurrente, a la que ha accedido este Tribunal que puedan ser merecedores de ser consideradas como confidenciales, lo cierto es que el informe de justificación motiva insuficientemente, descansando los argumentos en afirmaciones laxas, como es el motivo relativo al ahorro que supone aceptar la oferta dado que procede de su experiencia sobre los valores anormales de la oferta sin expresar justificadamente por qué se puede llegar a ahorrar costes.



La justificación aportada por el licitador y la motivación que dé el órgano de contratación debe ser más detallada cuanto mayor sea la diferencia de su oferta respecto al resto de las presentadas, estando obligado a justificar de forma exhaustiva su oferta, lo cual no resulta de la información consultada por este Tribunal, dado además los términos en los que se hizo el requerimiento de la justificación de la oferta, de modo un tanto genérico, remitiéndose al PCAP.

Los términos de este requerimiento fueron: *“A la vista de lo anterior, La Mesa acuerda, por unanimidad, que nos encontramos ante una baja presuntamente temeraria, otorgándole el plazo de 5 días hábiles al licitador PARQUES Y JARDINES FABREGAS SAU, con NIFXXXXX, desde el envío de esta comunicación, para que justifique su oferta incurso en presunción de anormalidad, de conformidad con la cláusula 13.1 del PCAP”.*

La cláusula 13.1 del PCAP, señala cómo debe hacerse el requerimiento de justificación de la oferta anormal cuando esta incurre en valores anormales, recogiendo de una forma excesivamente genérica. Así expresa:

*“En caso de que una proposición pueda ser considerada anormal, se tramitará el procedimiento establecido legalmente. En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente. En cualquier caso, el plazo máximo para que justifique su oferta el licitador incurso en presunción de anormalidad no podrá ser superior a 5 días hábiles desde el envío de la correspondiente comunicación.*

*En todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201.*

*Se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador cuando esta sea incompleta o se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico.*

*En aquellos supuestos en que una empresa que hubiese estado incurso en presunción de anormalidad resultara finalmente adjudicataria se le encomienda al responsable del contrato el deber de establecer los mecanismos oportunos para realizar un seguimiento pormenorizado de la ejecución del contrato con el objetivo de garantizar la correcta ejecución del mismo sin que se produzca una merma en la calidad de los suministros contratados, tal y como dispone el artículo 149.7 LCSP”.*

En este caso, resulta de la justificación ofrecida por la entidad adjudicataria que la oferta finalmente fuera aceptada. Al respecto, este Tribunal, conociendo la jurisprudencia europea existente, así como la doctrina de otros órganos especiales de resolución del recuso especial en materia de contratación pública, 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)».

Asimismo, conoce este Tribunal la Sentencia, de 4 de julio de 2017, del Tribunal General de la Unión Europea, asunto T-392/15, relativa a un procedimiento de licitación de un contrato público de servicios, en la cual se analiza, entre otros extremos, el alcance de la obligación de motivación que incumbe al órgano de contratación cuando considera que la oferta seleccionada como más ventajosa en un procedimiento de contratación no es



anormalmente baja. Según indica dicho Tribunal, esta obligación de motivación tiene un alcance limitado, de manera que cuando un órgano de contratación selecciona una oferta, no está obligado a señalar expresamente, en respuesta a cualquier solicitud de motivación que le sea presentada, las razones por las cuales la oferta que ha seleccionado no le ha parecido anormalmente baja. En efecto, el Tribunal General señala que, si la oferta ha sido seleccionada por el órgano de contratación, se deduce –implícita pero necesariamente– que este órgano ha considerado que no existían indicios de que dicha oferta fuera anormalmente baja.

En definitiva, conforme a la doctrina expuesta, por un lado, en los supuestos en los que el órgano de contratación considere que se justifica adecuadamente la viabilidad de la oferta, no se requiere que se expliciten de manera exhaustiva los motivos de la aceptación, y por otro lado, si la justificación de la oferta inicialmente incurra en baja anormal o desproporcionada no se considera suficiente, la motivación del informe ha de ser más exhaustiva de forma que desmonte las justificaciones aportadas por la entidad licitadora.

No obstante, también debemos tener en cuenta que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales al respecto, en la Resolución 1165/2023 de 21 de septiembre, expresa que: *“Además, debe partirse de la reiterada doctrina del Tribunal que recuerda que la exhaustividad de la justificación aportada por el licitador habrá de ser tanto mayor cuanto mayor sea la baja en que haya incurrido la oferta, por relación con el resto de ofertas presentadas. Y del mismo modo, a menor porcentaje de baja, menor grado de exhaustividad en la justificación que se ofrezca (Resoluciones nº 559/2014; 662/2014; ó 37/2017, entre otras muchas), por lo que, en el presente caso, siendo la baja de más de un 30%, el recurrente tenía la carga de haber justificado exhaustivamente su oferta.”*

En definitiva, en conjunto, en este supuesto, la apreciación como adecuada y suficiente de una justificación sobre la viabilidad de una oferta incurra en valores anormales depende directamente del grado de baja respecto al promedio de ofertas presentadas: a mayor diferencia, mayor debe ser la exhaustividad y presión en la oferta presentada, dado además el porcentaje importante que supone la oferta a la baja de la media de ofertas presentadas a dicho lote 1. El análisis de la documentación justificativa de la viabilidad de la oferta presentada por la entidad adjudicataria, puede ser consideradas únicamente como meros indicios.

Como se ha expuesto, estimamos que, debe respetarse la confidencialidad de los datos, y debe igualmente partirse de la apreciación de que estamos ante la admisión de una oferta, de tal modo que si bien requiere una mayor justificación en el caso de la exclusión que en el supuesto de la admisión, también es cierto que, observando tanto el requerimiento genérico que se le realizó por el órgano de contratación para que justificara la viabilidad de la oferta, como también, la justificación realizada, se hace necesario un requerimiento más detallado, y un informe con mayor exhaustividad que permita deducir que la entidad ahora adjudicataria sea una empresa competitiva y de coste eficiente capaz de llevar a cabo el contrato por la cantidad ofrecida, a pesar de la oferta realizada, con una baja considerable.

En consecuencia, a la vista de los argumentos expuestos por las partes, la justificación de la anormalidad de la oferta de la entidad ahora adjudicataria, el informe técnico de viabilidad emitido por el servicio correspondiente, en los términos citados en los anteriores fundamentos, y lo analizado a lo largo de la presente resolución, a juicio de este Tribunal, debe estimarse el recurso especial dado que se estiman las alegaciones de la recurrente en contra de la admisión de la oferta de la adjudicataria, por falta de la suficiente motivación, al estar dicha oferta incurra inicialmente en baja anormal o desproporcionada, así como dado el alto porcentaje de la bajada realizada, así como los datos un tanto genéricos que constan en el expediente al que este Tribunal ha tenido acceso, y, a su vez, los términos genéricos en los que ha sido requerido el mismo por el Ayuntamiento a efectos de justificar la importante bajada que supone su oferta.



Dentro del principio de libre apreciación, es necesario una motivación concreta en este caso, dada la importante baja realizada, todo ello para que prevalezca el criterio de un órgano técnico el cual debe estar especializado, al que se presume imparcial y cuyas apreciaciones se hallan amparadas en el supuesto analizado por la doctrina de la discrecionalidad técnica de los órganos evaluadores, y deba ser respetada salvo prueba de error, arbitrariedad o falta de motivación.

Procede, pues, estimar la pretensión principal del recurso interpuesto, anulando la adjudicación a efectos de retrotraer el procedimiento al momento del requerimiento de la justificación de la oferta incurrida en valores anormales, a fin de motivar justificadamente, respetando la posible confidencialidad de determinados datos de la oferta pudiere predicarse. El procedimiento habrá de retrotraerse a efectos de realizar un nuevo requerimiento concreto para que a la vista de la nueva documentación justificativa se realice un nuevo informe de viabilidad suficientemente fundado.

Por ello, al haberse anulado la adjudicación y con ella la justificación de la oferta anormal como válida, debe igualmente resolverse desestimándose la indefensión, pues dicha pretensión, recogida en el artículo 52 LCSP se podrá de nuevo ejercitarse, en su caso, ante el órgano de contratación de nuevo, llegado el caso. Entonces será posteriormente cuando una vez que se motive cuando la recurrente a la vista de la motivación podrá solicitar vista si así lo estima necesario.

#### **DÉCIMO. Sobre los efectos de la estimación del recurso.**

La estimación del presente recurso especial supone anular la adjudicación a favor de la entidad PARQUES Y JARDINES FABREGAS SAU, respecto la anormalidad de los valores de su oferta, a través de un requerimiento más exhaustivo, y se proceda a realizar, en su caso, si procede, una justificación más detallada, sin perjuicio de una ponderación adecuada y motivada de la confidencialidad de la documentación que se ha presentado o pueda presentarse para justificar la oferta.

Procede, pues, estimar el recurso interpuesto en los términos examinados en la presente resolución.

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

### **ACUERDA**

**PRIMERO.** Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BENITO URBAN, S.L.**, contra la resolución, de 15 de octubre de 2024, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado «Suministro de equipamiento urbano para los servicios operativos del Ayuntamiento de Benalmádena por lotes.» (Expte. 2024/4608P), respecto del lote 1, convocado por el Ayuntamiento de Benalmádena (Málaga), anulándola, para retrotraer el procedimiento al íter procedimental señalado en los fundamentos de Derecho noveno y décimo.

**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, 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.

