



Recurso nº 190/2011

Resolución nº 222/2011

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 14 de septiembre de 2011.

VISTO el recurso interpuesto por D. R.V.P, en representación de OBRASCON HUARTE LAIN, S.A., contra la resolución de la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social de fecha 27 de julio de 2011, por la que se acuerda la adjudicación del contrato de ejecución de las obras de construcción de un inmueble destinado a sede de las Direcciones Provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social e Instituto Nacional de la Seguridad Social en Valladolid, a CONSTRUCCIONES PAI, S.A., este Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Tesorería General de la Seguridad Social, convocó mediante concurso publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea y en la Plataforma de Contratación del Estado en fechas 9 de febrero y 11 de febrero de 2011, respectivamente, anuncios de licitación del procedimiento de adjudicación para la contratación de las obras de construcción de un inmueble destinado a sede de las Direcciones Provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social e Instituto Nacional de la Seguridad Social, en un solar sito en la parcela nº 15 del APE 25-1 ARIZA, en Valladolid, en el que presentó oferta la empresa recurrente OBRASCON HUARTE LAIN, S.A., en lo sucesivo OHL.

Segundo. La licitación se levó a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Tercero. Reunida en acto publico, con fecha 13 de abril de 2011, la Mesa Central de Contratación de la Tesorería General de la Seguridad Social, a fin de proceder a la apertura de la oferta económica relativa al procedimiento de contratación de referencia, constata, entre las de otras empresas más, que la oferta económica presentada por OHL puede ser considerada anormalmente baja o desproporcionada, por lo que de conformidad con lo previsto en el artículo 136.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, se acuerda requerir de información a la misma a fin de que justifique la oferta, así como también se solicita asesoramiento técnico de la Subdirección General de Gestión del Patrimonio, Inversiones y Obras de la Tesorería General de la Seguridad Social.

Cuarto. Remitida la correspondiente información por OHL, así como también el informe técnico de la Oficina Técnica y de Supervisión de Proyectos de fecha 21 de junio de 2011, la Mesa de Contratación, con fecha 30 de junio de 2011 acuerda proponer al Órgano de Contratación que la adjudicación se efectúe a favor de la proposición económicamente más ventajosa, de acuerdo con el orden en que ha sido clasificada, esto es a “CONSTRUCCIONES PAI, S.A.”, primera empresa que no presenta oferta desproporcionada.

Quinto. Por resolución de 27 de julio de 2011 del Director General de Tesorería General de la Seguridad Social, se adjudica el contrato de ejecución de obras de construcción de un inmueble destinado a sede de las Direcciones Provinciales de la Tesorería General de la Seguridad social e Instituto Nacional de la Seguridad Social en Valladolid a CONSTRUCCIONES PAI, S.A., resolución que consta debidamente notificada.

Sexto. Contra dicha adjudicación OHL a través de su representante, interpuso recurso ante este Tribunal mediante escrito con fecha de entrada en el registro de 22 de agosto de 2011, por el que se solicita “se anule la resolución de adjudicación del Director General de la Seguridad Social de 27 de julio de 2011, se incorpore la oferta de la mercantil recurrente para ser valorada, y se le adjudique directamente el contrato a OHL, al ser el precio el único criterio de adjudicación, y la oferta de OHL más barata que la de la adjudicataria del contrato”.

Con fecha 26 de agosto de 2011 se solicitó al órgano de contratación, de conformidad con lo previsto en el artículo 316.2 de la Ley 30/2007, la remisión del expediente, habiendo sido recibido acompañado del correspondiente informe.

Séptimo. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a las empresas que habían participado en la licitación de referencia, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que se haya evacuado este trámite por las interesadas

Octavo. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su reunión del día 31 de agosto de 2011 acordó mantener la suspensión automática del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 315 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, de forma, que de conformidad con lo previsto en el artículo 317 del mismo texto legal, sea la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se califica por el recurrente como especial en materia de contratación, interponiéndose ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con lo previsto en el artículo 314.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, siendo competente este Tribunal para resolverlo a tenor de lo establecido en el artículo 311.1 de la misma Ley.

Segundo. El recurso tiene como objeto el acuerdo de adjudicación de un contrato de obras sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de ser impugnado este acto a través del recurso especial en materia de contratación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 310 de esta misma Ley.

Tercero. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 312 de la Ley 30/2007, al tratarse de uno de los licitadores no adjudicatario del contrato, cumpliéndose también las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 314 de la citación Ley.

Cuarto. En cuanto al fondo de la cuestión se refiere, la única cuestión de esta naturaleza planteada por el recurrente en su escrito de interposición se circunscribe a la apreciación o no de la temeridad de la oferta presentada por ella, de la que a su juicio no adolece, entendiendo que su oferta es la económicamente más ventajosa, razón esta por la que solicita que se le adjudique a su favor el contrato de referencia.

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

Ahora bien, por excepción, y, precisamente para garantizar el interés general, se prevé la posibilidad de que reúna tales características y no sea considerada sin embargo la más ventajosa, cuando en ella se entienda que hay elementos que la hacen incongruente o desproporcionada o anormalmente baja. En consecuencia, tanto el derecho de la Unión Europea (en especial la Directiva 2004/18/CE), como el español, admiten la posibilidad de que la oferta inicialmente más ventajosa no sea la que sirva de base para la adjudicación.

Quinto. Partiendo de las consideraciones ahora efectuadas, y toda vez que como ya hemos anteriormente expuesto la cuestión de fondo se circunscribe a la apreciación o no de la temeridad de la oferta presentada por la mercantil recurrente OHL, al tratarse tal y como se expone en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige el proceso de contratación (Cláusula 5), de un procedimiento de licitación que se adjudicará mediante procedimiento abierto y en el que se utilizará “como único criterio de adjudicación el del precio más bajo”, ha de atenderse a lo previsto en el artículo 136.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que al respecto dispone:

“Cuando el único criterio valorable de forma objetiva a considerar para la adjudicación del contrato sea el de su precio, el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas podrá apreciarse de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente, por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado”.

En consonancia con lo previsto en este artículo 136.1 de la LCSP, la Cláusula 9.8 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del procedimiento de licitación de referencia, prevé: *“El carácter desproporcionado o anormal de las ofertas se apreciará de acuerdo con los criterios establecidos en lo apartado 1 a 4 del artículo 85 del RGLCAP y su declaración requerirá la previa solicitud de información a todos los licitadores supuestamente comprendidos en ella, así como el asesoramiento técnico del servicio correspondiente”.*

Hemos necesariamente de referirnos al mencionado artículo 85 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y en el que se dispone:

“Se considerarán, en principio, desproporcionadas o temerarias las ofertas que se encuentren en los siguientes supuestos:

- 1. Cuando, concurriendo un solo licitador, sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 25 unidades porcentuales.*
- 2. Cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.*
- 3. Cuando concurren tres licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales.*
- 4. Cuando concurren cuatro o más licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, si*

entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía.

5. *Excepcionalmente, y atendiendo al objeto del contrato y circunstancias del mercado, el órgano de contratación podrá motivadamente reducir en un tercio en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares los porcentajes establecidos en los apartados anteriores.*

6. *Para la valoración de la ofertas como desproporcionadas, la mesa de contratación podrá considerar la relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada".*

Con carácter previo al examen de la oferta presentada por la mercantil recurrente, podemos entonces concluir que la apreciación de si una oferta contiene valores anormales o desproporcionados, no es un fin en sí misma, sino un medio para establecer que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ello y que, por tanto, no debe hacerse la adjudicación a quien la hubiera presentado. Este hecho, además, trae como consecuencia que la apreciación de si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que concurren en la oferta y de las características de la propia empresa licitadora, no siendo posible su aplicación automática.

Ello motiva que el artículo 136 de la LCSP, en su apartado 3 establezca que *"Cuando el se identifique una proposición que pueda ser considera desproporcionada o anormal, deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se va a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado. En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente".*

En consecuencia, la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no corresponde al órgano de contratación sopesando las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y los informes emitidos por los servicios técnicos, alegaciones e informe que en ningún caso tienen carácter vinculante para el órgano de contratación que debe sopesar adecuadamente los mismos y adoptar su decisión en base a ellos.

Sexto. De conformidad con la normativa ahora expuesta, la Mesa de Contratación, en su sesión celebrada el 13 de abril de 2011, puso de manifiesto que la oferta presentada por OHL, entre otras muchas más empresas, al amparo de lo previsto en el artículo 85.4 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, podía ser considerada anormalmente baja o desproporcionada, dando traslado a estas empresas para que conforme al artículo 136.3 de la Ley 30/2007 formularan sus correspondientes alegaciones.

Las alegaciones de OHL, coincidentes en su mayoría con las formuladas en el recurso especial en materia de contratación que ahora nos ocupa, se dirigieron a justificar los precios de la oferta que había presentado, alegaciones que fueron objeto de análisis detallado en el “Informe sobre ofertas incursas en presunción de temeridad”, de fecha 21 de junio de 2011, de la Oficina Técnica y de Supervisión de Proyectos de la Subdirección General de Gestión del Patrimonio, Inversiones y obras de la Tesorería General de la Seguridad Social, y en el que en relación con la mercantil OHL, y previo análisis pormenorizado de sus alegaciones, se concluía que “su oferta no era viable ni creíble y que por tanto no se consideraba suficientemente justificada la baja ofertada”, informe obrante en el expediente, de fecha anterior a la resolución de adjudicación de 27 de julio de 2011, y tenido en cuenta en la adopción de la misma, único requisito este exigido en el artículo 136.3 de la LCSP, sin que en ningún caso haya de ser necesariamente mencionado en la resolución de adjudicación, como se alega por parte del recurrente en su escrito de recurso.

Séptimo. En último lugar señalar que el artículo 136.4 dispone que: *“Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior, estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la proposición económicamente más*

ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo anterior”.

En este sentido, y dado que precisamente la regulación contenida en el artículo 136 tantas veces citado, es que se siga un procedimiento contradictorio, además de tratar de evitar que las ofertas anormales o desproporcionadas puedan ser rechazadas sin comprobar previamente la posibilidad de su cumplimiento, debe afirmarse que no adoleciendo el procedimiento de vicio alguno, pues se ha concedido audiencia al licitador y los técnicos han emitido su informe, y toda vez que en este procedimiento el único criterio a tener en cuenta para adjudicar el contrato era el precio, queda constatado el carácter exageradamente bajo de la oferta presentada por OHL, que la hacía inviable el cumplimiento del contrato objeto del proceso de licitación, procediendo por tanto desestimar el recurso interpuesto y confirmar resolución de adjudicación, y denegándose la práctica de la prueba solicitada por la recurrente, toda vez que la misma se solicita con fundamento en no existir ningún informe técnico que justifique las conclusiones de la resolución impugnada, no siendo cierto dicho extremo como ya se ha expuesto a lo largo de esta resolución.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. R.V.P, en representación de OBRASCON HUARTE LAIN, S.A., contra la resolución de la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social de fecha 27 de julio de 2011 por la que se acordaba la adjudicación a CONSTRUCCIONES PAI, S.A., del contrato de ejecución de las obras de construcción de un inmueble destinado a sede de las Direcciones Provinciales de la Tesorería General de la Seguridad social e Instituto Nacional de la Seguridad Social en Valladolid, por ajustarse a derecho el acto de adjudicación impugnado.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 315 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.