



Recurso nº 282/2014

Resolución nº 380/2014

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 19 de mayo de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.P.A.G. y D. J.M.D.V.L., en representación de las compañías URBACONSULT, S.A. y TORROJA INGENIERÍA, S.L. (en lo sucesivo, UTE URBACONSULT-TORROJA o la recurrente), contra el acuerdo de la Dirección General de Carreteras del Ministerio de Fomento por el que se excluye su oferta, presentada en compromiso de UTE, y se adjudica el contrato de servicios para la *«Redacción de los proyectos de trazados y construcción: Mejora de la plataforma y tratamiento ambiental de la carretera N-621 de León a Santander por Potes. Tramo: Castro Cillórigo-Panes. Desfiladero de La Hermida. Provincia de Cantabria»*, (expediente 30.36/13-3; 20-S-5930; EP-308/13), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Dirección General de Carreteras del Ministerio de Fomento (en adelante, la Dirección General o el órgano de contratación) convocó, mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Estado, en el DOUE y en el BOE los días 18, 20 y 22 de junio de 2013, respectivamente, licitación por procedimiento abierto para contratar la redacción de los proyectos de trazados y construcción de mejora de la plataforma y tratamiento ambiental de la carretera N-621 de León a Santander por Potes, en el tramo indicado. El valor estimado del contrato asciende a 2.225.300 €. A la licitación referida fueron admitidas 32 ofertas, entre ellas la de la UTE recurrente.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley de Contratos del Sector Público -cuyo texto refundido (TRLCSP en adelante) fue

aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre-, así como en las normas de desarrollo en materia de contratación. El contrato, de la categoría 12 del Anexo II del TRLCSP, está sujeto a regulación armonizada.

Tercero. En la valoración de los criterios no evaluables mediante fórmulas, a la oferta presentada por la UTE URBACONSULT-TORROJA se le asignó la segunda puntuación más elevada (86 puntos). El 9 de octubre, tras la apertura de las ofertas económicas se constata que su proposición, por importe de 1.233.197 €, presenta valores desproporcionados. Supone una baja del 44,58%, superior a la baja media (39,48%) y al umbral de temeridad definido en la cláusula 20 del Pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), que se cifra en el 42,01%. Lo mismo sucede con otras dos ofertas. El Secretario de la Junta notificó a todas ellas que debían remitir *“las correspondientes justificaciones o precisiones sobre la composición de su oferta”*.

Cuarto. En el plazo habilitado la UTE URBACONSULT-TORROJA presentó un amplio informe con la justificación requerida. Considera en primer lugar que la diferencia de su oferta con la media de las presentadas es poco significativa y que, en su caso, concurren circunstancias particulares que permiten ofrecer unos costes considerablemente más bajos que los de licitación, y ligeramente más bajos que los de sus competidores. Se refiere a:

- Un mayor conocimiento del territorio en que se emplaza el proyecto, como consecuencia de haber redactado el *estudio informativo previo*, lo que le ha proporcionado un *“conocimiento exhaustivo gracias al trabajo realizado en esa fase anterior, y, al mismo tiempo, le ha permitido abaratar los costes de producción de los trabajos en el marco del Concurso que ahora nos ocupa”*. Cita también su experiencia en estudios similares y en la redacción y supervisión de estudios y proyectos y asistencia de obras en Cantabria.
- Una metodología innovadora propia que proporciona *“una mayor eficiencia a la hora de abordar los análisis de trazado necesarios para el Proyecto, lo que redundará en menores costes, fundamentalmente por la reducción de los plazos parciales necesarios para la definición de este capítulo”*.

- Menores costes laborales, dado que la mayor parte recaerían en URBACONSULT (80% de la UTE) con sede en Málaga, donde tales costes son inferiores a la media nacional y a la Comunidad de Madrid, sede de la mayoría de las empresas licitadoras. Además, las integrantes de la UTE *“han reducido significativamente en los últimos años los costes laborales propios”*, aplicando, entre otras medidas expedientes de regulación de empleo para ajustar a las circunstancias del mercado tanto el tamaño de la plantilla como los salarios. Ha habido también una reducción significativa de los costes operativos (electricidad; alquileres; subcontratas;...)

En el escrito de justificación de la oferta se detallan los costes de personal, dietas y locomoción y trabajos especiales que requieran la colaboración de empresas externas

Quinto. El informe de la D.G. de Carreteras sobre la justificación de la oferta, de 22 de noviembre de 2013, considera que la baja de la UTE recurrente *“es superior en más de un 5% a la media de mercado, lo que representa en euros 113.554,56. Si a esto le añadimos lo exagerado de la baja ofrecida por el mercado, hemos de determinar que la oferta de URBACONSULT, S.A. y TORROJA INGENIERÍA, S.L., no permitirá llevar a cabo los trabajos con la calidad establecida en el PPTP”*. Analiza a continuación *“si hay circunstancias que demuestren que sí podría llevarse a cabo”* y considera que:

- *“El haber redactado el estudio informativo del mismo tramo que el proyecto de trazado y de construcción que se licitan no puede dar derecho a la adjudicación del contrato”* y que el haber avanzado ya en alguna de las actividades al hacer el informe previo (cartografía y topografía; integración ambiental;...), no es significativo *“dado que pueden variar en el tiempo, y puede haber cambiado la Normativa”*. Además, *“podría darse el caso insólito de que se estuviese planteando un modificado del contrato antes de su formalización, dado que la importante inversión que dicen que han realizado podrían querer recuperarla para ponerla a disposición de la Administración una vez formalizado el contrato... Cada licitación deben ganarse por sí misma y no por «derechos adquiridos»”*.
- En cuanto a la metodología innovadora *“responde a una forma de trabajo de las empresas, que no ha sido validada por la Dirección General de Carreteras,*

pudiendo otras empresas obtener igual calidad y economía con otras metodologías”. Por otra parte, tanto “el conocimiento del territorio como la metodología innovadora son objeto de la valoración técnica..., habiendo obtenido la oferta presenta por URBACONSULT, S.A. y TORROJA INGENIERÍA, S.L. la segunda puntuación más alta (86 puntos), por detrás de la oferta que ha alcanzado la mayor puntuación global y a escasa distancia de otras ofertas que sin embargo, no están incursas en presunción de anormalidad”.

- Respecto a las reducciones de costes laborales y operativos, no son exclusivas de la UTE recurrente *“dado que como consecuencia de la crisis que atraviesa el país, la totalidad de las ofertas presentadas han establecido un precio de mercado que recoge fuertemente la caída de los costes laborales y operativos (39,48% frente al 17,00% del año 2010), habiendo incurrido en presunción de anormalidad únicamente tres ofertas de las 32 admitidas”.*

Concluye que la oferta de la UTE recurrente debe ser excluida por cuanto en la justificación presentada, no se aprecian circunstancias que puedan ser exclusivas para poder admitirla, dado que el *“procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y la condiciones excepcionalmente favorables, y la originalidad de las prestaciones propuestas, han sido puntuadas en la valoración técnica... determinándose varias ofertas con puntuación semejante pero con ofertas económicas no incursas en presunción de anormalidad”.*

Sexto. El 17 de marzo de 2014, el Secretario de Estado de Infraestructuras, Transporte y Vivienda resolvió la adjudicación del contrato, de acuerdo con la propuesta de la mesa de contratación, en favor de APIA XXI, S.A. y GEOPLANK, S.A. (UTE). El acuerdo de adjudicación se notificó a los licitadores el 24 de marzo y se publicó al día siguiente en la Plataforma de Contratación.

Séptimo. El 7 de abril de 2014 se presenta en el registro del Tribunal escrito de la UTE URBACONSULT-TORROJA, de interposición de recurso contra la indicada Resolución de adjudicación, previamente anunciado al órgano de contratación. Considera que el informe de 22 de noviembre de 2013, por el que se rechaza la justificación de su oferta carece de fundamento y ninguno de los argumentos que emplea se dirige a apoyar que la

oferta de URBACONSULT y TORROJA no puede ser cumplida y algunas de las afirmaciones que se hacen como argumentar que *“estuvieran ya planteando con antelación un modificado del contrato no se sostiene en dato objetivo alguno... y es, por ello, sencillamente inasumible e inaceptable”*. También considera que:

- No puede asumirse la afirmación de que el hecho de *“tomar en consideración los trabajos y metodología aplicados al Estudio Informativo supondría obtener una ventaja de partida en la licitación. De asumirse este razonamiento, habría de concluirse que todo licitador de un contrato que hubiera realizado un trabajo previo y vinculado con el que es objeto de ese contrato debería ser necesariamente excluido de la licitación”*.
- En cuanto a la metodología empleada fue validada desde el momento que se aplicó en el *estudio informativo previo* y se tuvo en cuenta positivamente en la valoración técnica.
- Respecto a la reducción de costes laborales y operativos es *“evidente que todos los licitadores habrán realizado ajustes, pero no todos esos ajustes tendrán obviamente el mismo alcance”*.

Solicita la anulación de la Resolución indicada y que se retrotraigan las actuaciones al momento de la evaluación de las ofertas económicas, en la que se debe incluir la formulada por la UTE URBACONSULT-TORROJA.

Octavo. El 10 de abril se recibió en este Tribunal copia del expediente de contratación. El 14 de abril se recibió el preceptivo informe del órgano de contratación. Considera éste que el recurso no aporta nada nuevo respecto al informe de justificación de la oferta, al que ya se dio respuesta en el informe emitido por la D.G. de Carreteras el 22 de noviembre de 2013, que ratifica también ahora.

Noveno. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones, trámite que ha sido evacuado por APIA XXI, S.A. y GEOPLANK, S.A. (UTE). El 16 de abril la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió mantener la suspensión del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Se recurre la adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, acto susceptible de recurso especial en materia de contratación de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP. La competencia para resolver corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41 de dicha norma

Segundo. La UTE URBACONSULT-TORROJA concurrió a la licitación y fue excluida, por lo que está legitimada para recurrir, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP. Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del citado texto legal.

Tercero. No es objeto de controversia que la oferta económica de la recurrente se encuentra en presunción de temeridad de acuerdo con el PCAP, tal como se indicó en el antecedente tercero. No obstante, hemos de dejar constancia de la escasa diferencia entre la media de las bajas (39,48%) y el umbral de temeridad definido en el PCAP, que resulta apenas 2,5 puntos porcentuales por encima. En un mercado como el de los servicios profesionales de consultoría, muy afectado por la reducción de la contratación pública y por los cambios en las condiciones de trabajo derivados de la reforma laboral sería razonable que el umbral de temeridad se definiera con una mayor amplitud respecto a la media de las ofertas.

Puesto que, en todo caso, la baja de la oferta de la recurrente está por encima del umbral definido en el pliego, la cuestión de fondo a dilucidar es si, a la vista del informe justificativo presentado por la UTE recurrente y del informe de la DG de Carreteras, está fundada la conclusión de éste de que *“no se aprecian circunstancias que puedan ser exclusivas para poder admitir la oferta”*, por lo que debe ser excluida.

Cuarto. La cláusula 20 del PCAP se remite al artículo 152 del TRLCSP en cuanto a las justificaciones exigibles y el procedimiento a seguir con las ofertas presuntamente anormales o desproporcionadas. Ese artículo, en los apartados 3 y 4 establece que:

“3. Cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada 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,... En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente...

4. 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...”.

Como hemos señalado en diversas resoluciones (como referencia reciente, en la Resolución 609/2013, de 4 de diciembre, relativa a una licitación de la Junta de Contratación del Ministerio de Fomento), para conjugar el interés general en la contratación pública con la garantía de los principios de libre concurrencia, no discriminación y transparencia que presiden su tramitación, la finalidad de la Ley es que se siga un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas anormales o desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad. Por ello, el acuerdo del órgano de contratación de exclusión de esas ofertas requiere de una resolución “reforzada”, que rebata las justificaciones aducidas por el licitador.

En el presente caso, no hay un acuerdo explícito de exclusión. Hemos de considerar como tal, por tanto, el informe técnico de la DG de Carreteras resumido en el antecedente quinto. En tanto que la recurrente ha tenido acceso a dicho informe, hemos de concluir que ha conocido los motivos en que se ha basado su exclusión y dispuesto de información suficiente para permitirle formular recurso suficientemente fundado.

De acuerdo con ello, la cuestión de fondo es si la justificación inicial de la UTE recurrente era o no suficiente, y si los argumentos del informe de la DG de Carreteras, bastan para desechar la oferta y evidenciar la conveniencia de un interés público que justifica su exclusión.

Las manifestaciones de la UTE URBACONSULT-TORROJA para justificar su oferta se han resumido en el antecedente cuarto. Las más relevantes se refieren a:

- El mayor conocimiento del territorio y del Proyecto, como consecuencia de haber redactado el *estudio informativo previo*.
- Una metodología propia que redundaba en menores costes.
- La reducción de costes laborales y operativos. .

Por su parte, el informe técnico rebatía esas manifestaciones, con los argumentos resumidos también en el antecedente quinto:

- El haber realizado el *estudio informartivo* no debe considerarse una condición ventajosa para ejecutar la prestación.
- La metodología ya ha sido puntuada en la valoración técnica.
- La reducción de costes laborales y operativos es común a todos los licitadores.

Lo que se le requirió a la UTE recurrente fueron *“las correspondientes justificaciones o precisiones sobre la composición de su oferta”*. Pero el informe parte de considerar que la oferta, con una baja de algo más de 5 puntos porcentuales sobre la media, *“no permitirá llevar a cabo los trabajos con la calidad exigida en el PPT”*. Desecha que se pueda tener en cuenta el haber efectuado el estudio informativo o que se puedan considerar circunstancias relativas al procedimiento de ejecución, las soluciones técnicas u otras condiciones excepcionalmente favorables, puesto que ya *“han sido puntuadas en la valoración técnica... determinándose varias ofertas con puntuación semejante pero con ofertas económicas no incursas en presunción de anormalidad”*. Es decir, que la exclusión ha venido determinada, no tanto porque se dude de que la oferta pudiera ser cumplida, sino porque hay otras con valoración técnica similar que no están incursas en presunción de temeridad.

El razonamiento del informe técnico no va encaminado a comprobar si la oferta puede ser cumplida, sino a mostrar que hay ofertas técnicamente similares o superiores, que no han incurrido en tal presunción y que, se infiere, serían por ello más ventajosas. Puesto que el umbral de temeridad está muy cerca de la media de las ofertas, resultarían como ofertas económicamente más valoradas, las que estuvieran ligeramente por debajo de la media, no las más económicas, aunque se justificara que se pueden llevar a cabo.

Evidentemente, tal concepción es radicalmente contraria al concepto de oferta económicamente más ventajosa

En la consideración de este Tribunal, como ya señalábamos en la Resolución 609/2013 a la que hemos hecho referencia, la “*información justificativa*”, en los términos en que está pensada en la Ley, debe entenderse como la que justifique ante el órgano de contratación que, con la valoración de la oferta formulada, se puede cumplir la proposición, en este caso particular por el *procedimiento de ejecución y soluciones técnicas adoptadas* (la utilización de una metodología propia más eficiente) y las *condiciones excepcionalmente favorables* de que dispone (el haber realizado el *estudio informativo previo*). Con este criterio, las manifestaciones del citado informe técnico no contradicen las justificaciones de la recurrente:

- La referencia a la realización del estudio informativo no requiere de mayores precisiones para apreciar que tal circunstancia permite a la UTE ajustar mejor los costes. El considerar que supone una condición ventajosa para justificar la oferta económica, no significa que se atente por ello contra el principio de la libre competencia; lo que se valora es la oferta económica, no el mejor conocimiento por haber realizado el estudio informativo. Al ser anormalmente baja la oferta, allí donde un mejor conocimiento del servicio permita un mejor ajuste de los costes, el haber realizado el estudio informativo se puede tener en consideración como elemento justificativo de la oferta, obviamente no como criterio a valoración.
- La referencia a que la metodología a utilizar no está validada por el Ministerio resulta contradictoria con la afirmación de que ha sido ya (positivamente) considerada en la valoración técnica. En todo caso, tampoco niega que esa metodología propia diferenciada del resto de los licitadores permita unos menores costes.
- Respecto a los menores costes laborales y operativos, como bien alega la UTE recurrente es evidente que todos los licitadores habrán realizado ajustes, pero no todos tienen por qué tener el mismo alcance.

Como hemos señalado en numerosas resoluciones, “*la finalidad de la legislación de contratos es que se siga un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas con valores anormales o desproporcionados se puedan rechazar sin comprobar antes su viabilidad. No se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de*

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

En este caso, tal como se ha expuesto más arriba, una vez examinadas las justificaciones de la recurrente, este Tribunal entiende que los argumentos expresados en el informe en el que se fundamenta la exclusión, no contradicen esas justificaciones ni evidencian que su proposición no pueda ser cumplida, por lo que hay que concluir que no está fundamentada la exclusión de la UTE del procedimiento de licitación. La anulación de la exclusión, debe extenderse al acuerdo de adjudicación subsiguiente.

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 interpuesto por D. J.P.A.G. y D. J.M.D.V.L., en representación de las compañías URBACONSULT, S.A. y TORROJA INGENIERÍA, S.L., contra el acuerdo de la Dirección General de Carreteras del Ministerio de Fomento por el que se excluye su oferta, presentada en compromiso de UTE, y la consiguiente Resolución de 17 de marzo de 2014, por la que se adjudica el contrato de servicios para la *«Redacción de los proyectos de trazados y construcción: Mejora de la plataforma y tratamiento ambiental de la carretera N-621 de León a Santander por Potes. Tramo: Castro Cillorigo-Panes. Desfiladero de La Hermida. Provincia de Cantabria»*, anular dicha Resolución y ordenar la retroacción de las actuaciones hasta el momento de valoración de las ofertas económicas, que debe incluir también la de la UTE recurrente.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento producida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

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 47.5 del TRLCSP.

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 dos meses, a contar desde el día siguiente al de recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.