



Recurso nº 788/2016

Resolución nº 836/2016

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

En Madrid, a 21 de octubre de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por D. C.J.R.J., en nombre y representación de ÁLAVA INGENIEROS, S.A., contra su exclusión por baja temeraria de la licitación del contrato para el *“Suministro e instalación de un sistema de ecosonda multihaz para trabajos topográficos”*; el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Por resolución del Director General de la Autoridad Portuaria de Barcelona de fecha 13 de enero de 2016 se acordó la propuesta de aprobación de inicio de expediente de contratación y convocatoria de la licitación del suministro e instalación de un sistema de ecosonda multihaz para trabajos topográficos con un presupuesto de 350.000 euros y a adjudicar por los trámites del procedimiento abierto.

Segundo. Mediante resoluciones de enero y marzo de 2016 del Director General de la Autoridad Portuaria de Barcelona fueron, respectivamente, aprobados el PPT y el PCAP.

Tercero. Tras la apertura y calificación de las ofertas la mesa de contratación requirió mediante oficio enviado el 28 de junio de 2016 a ÁLAVA INGENIEROS, SA para que *“aporte la documentación que justifique su oferta económica, por hallarse ésta en situación de presunción de temeridad por su bajo importe”*.

Dicho requerimiento fue contestado por ÁLAVA INGENIEROS, SA mediante escrito de 29 de junio de 2016 en el que justificaba el importe de su oferta afirmando que por ser distribuidor y representante oficial de TELEDYNE-RESON había obtenido un precio especial.



Dicha justificación fue considerada insuficiente por la mesa de contratación dado que no se cuantificaba la incidencia que el descuento que ÁLAVA INGENIEROS, SA tiene sobre el importe total de la oferta, máxime cuando el objeto del contrato contiene otras muchas prestaciones además del suministro del producto rebajado. Asimismo se consideró que ese descuento no era exclusivo del citado licitador.

Cuarto. Reunida en sesión de 14 de julio de 2016 la mesa de contratación acordó la exclusión de ÁLAVA INGENIEROS, SA por calificar su oferta como baja temeraria.

Dicha resolución fue notificada el 29 de julio de 2016 y es contra ella que se interpone el presente recurso.

Quinto. Mediante escrito presentado ante la Autoridad Portuaria de Barcelona el 9 de agosto de 2016 se anunció la interposición de este recurso, el cual fue interpuesto el 17 de agosto de 2016 ante este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Sexto. Presentado el escrito de interposición se le dio traslado por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación que emitió informe de fecha 6 de septiembre de 2016 interesando la inadmisión del recurso y subsidiariamente su desestimación.

Se dio igualmente traslado a las demás partes interesadas para que alegaran lo que a su derecho interesara, trámite del que no hicieron uso.

Séptimo. Mediante resolución de 9 de septiembre de 2016, la Secretaria del Tribunal por delegación del mismo, acordó la suspensión del expediente de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en virtud de lo dispuesto en el fundamento de derecho cuarto, en relación con el artículo 41.5 del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto-Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP).



Segundo. La entidad recurrente ostenta legitimación activa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 de la citada Ley a cuyo tenor: *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*.

Efectivamente ÁLAVA INGENIEROS, SA es directamente perjudicada por la resolución recurrida puesto que en ella se acuerda su exclusión.

Tercero. La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal de quince días hábiles previsto en el artículo 44 del TRLCSP.

Cuarto. Plantea la Autoridad Portuaria de Barcelona la inadmisibilidad del recurso por entender que al ser una entidad sujeta a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (LCSE), y versar el presente supuesto sobre un contrato no sujeto a la citada LCSE por tener una cuantía inferior a los 418.000 euros (artículo 16 LCSE), procediendo aplicar al caso lo dispuesto en la Disposición Adicional 8ª del TRLCSP que sujeta estos contratos celebrados por aquellas entidades en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales al TRLCSP *“sin que les sean aplicables, en ningún caso, las normas que en ésta se establecen exclusivamente para los contratos sujetos a regulación armonizada”*. Y, sostiene el órgano contratante, que precisamente por no ser aplicables las normas exclusivas de los contratos sujetos a regulación armonizada que el acto impugnado no es susceptible de recurso ante el presente Tribunal.

Esta cuestión ya fue resuelta por la Sala de lo Contencioso – Administrativo de la Audiencia Nacional en su sentencia de 6 de mayo de 2015 (recurso 388/2013) por la que se afirmó la competencia de este Tribunal para conocer de los recursos planteados respecto de contratos suscritos por entidades sujetas a la LCSE cuando esta norma no fuera concretamente aplicable al caso y siempre que concurrieran los requisitos del artículo 40.1 del TRLCSP.

En el presente caso se cumplen dichos umbrales dado que se trata de un contrato de suministro por un importe superior a 209.000 euros.



Por su parte, el acto objeto del recurso es la resolución de la mesa de contratación acordando la exclusión de un licitador, acto cuya impugnabilidad está expresamente recogida en el artículo 40.2.b) del TRLCSP.

Quinto. La resolución recurrida acordó la exclusión de la ahora recurrente, ÁLAVA INGENIEROS, SA (en lo sucesivo AISA) por entender que su oferta incurría en baja temeraria.

Como primer motivo del recurso protesta AISA por la insuficiencia del requerimiento que el órgano de contratación le dirigió al objeto de que justificara su baja temeraria.

Frente a ello replica el órgano de contratación en su informe que el requerimiento se sujetaba a las exigencias del artículo 152.3 del TRLCSP.

Sexto. Dispone el artículo 152.3 TRLCSP *“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, 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 vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado.*

En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.

Si la oferta es anormalmente baja debido a que el licitador ha obtenido una ayuda de Estado, solo podrá rechazarse la proposición por esta única causa si aquél no puede acreditar que tal ayuda se ha concedido sin contravenir las disposiciones comunitarias en materia de ayudas públicas. El órgano de contratación que rechace una oferta por esta razón deberá informar de ello a la Comisión Europea, cuando el procedimiento de adjudicación se refiera a un contrato sujeto a regulación armonizada”.



Mediante escrito remitido el 28 de junio de 2016 la Autoridad Portuaria de Barcelona requirió a AISA para que *“a más tardar a las 12:00h del 30 de junio de 2016 aporte la documentación que justifique su oferta económica, por hallarse ésta en situación de presunción de temeridad por su bajo importe”*.

Considera este Tribunal que el requerimiento formulado por el órgano de contratación, aunque genérico y sin detallar las condiciones de la oferta a justificar, respeta las exigencias del artículo 152.3 del TRLCSP al permitir a la ahora recurrente justificar el importe de su oferta.

Procede por tanto desestimar este primer motivo del recurso.

Séptimo. Como segundo motivo del recurso se sostiene por AISA la suficiente justificación de la oferta económica. Así, señala que ha podido presentar una oferta más competitiva gracias a los descuentos que disfruta de sus proveedores en los principales componentes de la oferta. Descuentos que no precisa dado que son confidenciales y, a mayores, por el órgano de contratación no se los requirió. Finalmente señala que si su competencia también disfruta de tales descuentos, lo que discute, y no han presentado ofertas similares a la suya es porque ellos aplican márgenes superiores.

Como complemento de estas alegaciones aporta documentos acreditativos del cumplimiento de otros contratos por AISA.

El órgano de contratación, la Autoridad Portuaria de Barcelona, rechaza las argumentaciones sobre la base del informe técnico que acompaña a sus alegaciones. En dicho informe técnico se considera que la oferta no queda suficientemente motivada dado que no se acredita la exclusividad del descuento que se invoca y porque éste afecta en exclusiva a la ecosonda, que supone el 56% del precio, porcentaje que se considera insuficiente para justificar una bajada de la magnitud a la realizada por la actora.

En cuando a la confidencialidad que impediría a la actora precisar el importe concreto del descuento que refiere el órgano de contratación señala en sus alegaciones que el secreto comercial impediría al órgano de contratación difundir los datos que el licitador calificara como tales, pero no supone que los licitadores tengan prohibido comunicar tales datos al



órgano de contratación. Por tanto la indeterminación de la ahora recurrente no estaría justificada.

Octavo. Del ordinal anterior resulta que la controversia se circunscribe a si la ahora recurrente AISA ha justificado debidamente su oferta económica. Cuestión que debe comenzar con la reiteración de las pautas establecidas por este Tribunal para valorar si resulta suficiente la justificación de una baja temeraria.

En este sentido Resolución 485/2016, de 24 de junio: *“En cuanto se refiere a la hipotética baja temeraria, hemos de recordar aquí nuestra doctrina construida sobre el artículo 152 del TRLCSP pero trasladable, mutatis mutandi, a al artículo 82 de la LCSE.*

En múltiples ocasiones hemos tenido la oportunidad de pronunciarnos sobre la presunción de temeridad por ofertas anormalmente bajas en nuestro sistema contractual público (por todas Resoluciones números 276/2011, de 16 de noviembre, 298/2011, de 7 de diciembre, 280/2012, de 5 de diciembre, 284/2012, de 14 de diciembre, Resolución 42/2013, de 23 de enero, 202/2013, de 29 de mayo, 508/2013, de 14 de noviembre, 559/2014, de 22 de julio, 826/2014, de 31 de octubre, 832/2014, de 7 de noviembre, 225/2015, de 6 de marzo de 2015 y 297/2015 de 30 de marzo).

Como hemos reiteradamente señalado el TRLCSP establece la posibilidad de rechazar una proposición cuando se considere que no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. El rechazo de las proposiciones temerarias persigue garantizar la ejecución del contrato haciendo efectivo el principio de eficiencia y necesidad del contrato, al destacarse la importancia del cumplimiento de los fines institucionales que se persiguen con la contratación pública. Se trata de evitar que la ejecución del contrato se frustre como consecuencia de una proposición que en atención a sus valores sea desproporcionada no cumpliéndose el fin institucional que se persigue con el contrato. También hemos señalado que cuando los pliegos fijen límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales, la superación de tales límites no permite excluir de modo automático la proposición, dado que es preciso la audiencia del licitador a fin de que éste pueda justificar que, no obstante los valores de su proposición, si puede cumplir con el



contrato. De esta manera la superación de los límites fijados en el pliego se configura como presunción de temeridad que debe destruirse por el licitador, correspondiéndole sólo a éste la justificación de su proposición, de modo que su silencio conlleva el rechazo de la proposición.

También dijimos que es necesario que los licitadores justifiquen la viabilidad de su oferta, pues como hemos señalado en otras resoluciones (entre otras en la Resolución 236/2012, de 31 de octubre), para “conjugar, de una parte, el interés general a que subviene la contratación pública, y de otra la garantía a 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 la posibilidad de su cumplimiento. “El reconocimiento de tal principio exige de una resolución «reforzada» por parte del órgano de contratación, que desmonte las argumentaciones y justificaciones aducidas por el licitador para la sostenibilidad de su oferta, que deberán referirse en particular: al ahorro, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables para efectuarla prestación”.

En nuestra Resolución 832/2014, de 7 de noviembre de 2014, señalamos que “en aquellos casos en los que el informe técnico no comparta la justificación dada por el licitador para justificar la anormalidad de su oferta, resulta evidente que debe motivarse el informe pues éste tendrá que salir al paso de lo alegado por el interesado rebatiendo su argumentación – “resolución reforzada” como se ha dicho por este Tribunal en otras resoluciones, siendo la más reciente la nº 559/2014 de fecha 22 de julio–. Sin embargo, esto no implica, ni quiere decir, que aquellos otros casos en los que se considere que el licitador ha dado razones suficientes para considerar que la oferta es viable a pesar de su apariencia de anormalidad o desproporción, se deba aducir necesariamente una motivación distinta de la ya expuesta en su escrito por el licitador. Siendo ésta suficiente, nada exige que el asesor técnico verifique no sólo la realidad de lo alegado sino también, si entiende justificada que la proposición no incurre en anormalidad que la haga inviable, recoja en el informe sus propias razones motivando el porqué de la razón que asiste al interesado”, como también señala la nueva Directiva sobre contratación pública (Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero), en su artículo 69.3, “el poder adjudicador evaluará la información proporcionada consultando al



licitador. Solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos...”, y en el mismo sentido el artículo 84.3 de la DIRECTIVA de sectores excluidos (Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero), al establecer que “la entidad adjudicadora evaluará la información proporcionada consultando al licitador. Solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos, teniendo en cuenta los elementos mencionados en el apartado 2”.

También manifestamos (Resolución 105/2011, de 15 de abril) que “en la valoración del órgano de contratación sobre la justificación hay aspectos que, aun siendo difíciles de controlar jurídicamente por venir determinado por la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, cuya precisión es esencialmente técnica, pueden y deben ser controlados en esta instancia. Tal es el caso de que en una oferta determinada puedan aparecer síntomas evidentes de desproporción que impidan, sin necesidad de entrar en la apreciación de criterios puramente técnicos, la ejecución de contrato en tales condiciones.”

Igualmente, en la Resolución 457/2016, de 10 de junio se dijo: “Sobre la justificación de la viabilidad de las ofertas económicas incursas en presunción de temeridad, la doctrina del Tribunal (resumida en la Resolución 142/2013, de 10 de abril) considera que la decisión sobre la aceptación o no de “la justificación de la viabilidad de las ofertas incursas en valores anormales o desproporcionados corresponde al órgano de contratación, atendiendo a los elementos de la proposición y a las concretas circunstancias de la empresa licitadora, y valorando las alegaciones del contratista y los informes técnicos emitidos, ninguno de los cuales tienen carácter vinculante”.

(...)

Como hemos señalado reiteradamente en numerosas resoluciones, la finalidad de la legislación de contratos es que se siga un procedimiento contradictorio para evitar rechazar las ofertas con valores anormales o desproporcionados 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. Y obviamente, tales argumentos o justificaciones deberán ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta”.

Partiendo de los criterios que acaban de exponerse no puede tenerse por justificada la baja económica presentada por AISA al considerar insuficiente la mención a un descuento que habría obtenido de uno de sus proveedores dado que no acredita que dicho descuento obedezca a una relación de exclusividad y, por tanto, no sea compartido con sus competidores. A mayor abundamiento no se concreta el importe de dicho descuento sin que en este punto pueda convalidarse la alegación sobre el carácter reservado de dicho dato dado que, como acertadamente señala el órgano recurrente, el secreto comercial impide que la Administración divulgue tales datos a los restantes licitadores pero no que el órgano de contratación tenga acceso a los mismos. Finalmente se ha de señalar que el descuento invocado afectaría únicamente al 56% de la oferta, lo que ciertamente supone el grueso de la oferta pero no es menos cierto que ello es insuficiente para justificar una baja de la magnitud de la presentada por AISA.

En consecuencia no procede tener por justificada la baja temeraria presentada por la ahora recurrente.

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. C.J.R.J., en representación de ÁLAVA INGENIEROS, S.A., contra su exclusión por baja temeraria de la licitación del contrato para el *“Suministro e instalación de un sistema de ecosonda multihaz para trabajos topográficos”*, confirmando la resolución recurrida.

Segundo. Levantar la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación, acordada de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 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 de 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 a la 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.