



Recursos nº 221/2017

Resolución nº 357/2017

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

En Madrid, a 21 de abril de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por D.J.d.S.C., en representación de FERROVIAL AGROMAN, S.A., y por D.S.R.G-N., en representación de MAESSA, S.A., contra la exclusión de la oferta presentada conjuntamente en compromiso de UTE (en lo sucesivo, la UTE o la recurrente) en la licitación para la contratación de la *“Explotación, conservación y mantenimiento de las centrales hidroeléctricas gestionadas por la Dirección Técnica de la Confederación Hidrográfica del Duero”* (Expte.:452-A.212.00.02/2016), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Confederación Hidrográfica del Duero (en lo sucesivo, la CHD o el órgano de contratación) convocó, mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 28 de septiembre y en el DOUE y el BOE, los días 1 y 9 de octubre de 2016, respectivamente, licitación para la contratación de la explotación conservación y mantenimiento de las centrales hidroeléctricas gestionadas por la Dirección Técnica de la CHD. El valor estimado del contrato se cifra en 3.707.230,80 euros y el presupuesto base de licitación (sin IVA) para los dos años de duración inicial del contrato es de 1.853.615,40 euros. Se presentaron 9 ofertas, entre ellas la de la UTE recurrente.

Segundo. La licitación se lleva a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley de Contratos del Sector Público -cuyo texto refundido (en lo sucesivo TRLCSP) fue aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre-, así como en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones

Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. El contrato, dado su valor estimado, está sujeto a regulación armonizada.

Tercero. En el apartado 16 del Cuadro de características del Pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) se establecen los criterios de adjudicación. La ponderación de la oferta económica es del 60 %; el resto corresponde a los criterios no evaluables mediante fórmula. En el mismo apartado se establece que se considerarán anormales o desproporcionadas aquellas ofertas inferiores en más de 5 unidades porcentuales a la media aritmética de referencia de las ofertas presentadas.

Tras los trámites oportunos, se apreció que tres de las ofertas (entre ellas la de la UTE) estaban incurso en presunción de temeridad al resultar más de un 5 % por debajo de la media de referencia de las ofertas admitidas (una vez excluidas del cómputo las dos ofertas que superaban en más de diez puntos porcentuales la media de las nueve ofertas). Por ello, se les requirió para que justificaran su oferta económica y precisaran las condiciones favorables de que pudieran disponer.

La oferta de la UTE (1.038.024,71 €) era la más baja de todas las presentadas y resultaba un 11,2% por debajo de la media de referencia; en la valoración técnica había obtenido la puntuación más alta (33,40 puntos).

La UTE ahora recurrente remitió en el plazo habilitado la justificación requerida. En ella se ratifica en la viabilidad de la oferta presentada y expone las condiciones favorables de que dispone para la ejecución del contrato, basadas en el conocimiento de las tres centrales hidroeléctricas, la disponibilidad de personal y su implantación y conocimiento del mercado local y de la zona de actuación, la utilización de medios técnicos propios y las ofertas ventajosas de proveedores y subcontratistas para determinadas unidades del presupuesto. Se refiere también a la solvencia de las empresas de la UTE y cifra los gastos generales y beneficio industrial en un 9,9 %.

Desglosa su oferta por capítulos e indica los conceptos considerados en su formulación. En el caso del coste de personal directo señala que *“se ha realizado conforme a las mediciones del presupuesto justificativo del precio de licitación. Los costes de referencia se basan en los Convenios Colectivos del Sector del Metal de cada provincia...”*.

Para las *partidas alzadas de reparación de averías, trabajos de mejora y repuestos* que requieran la intervención de medios externos, ha aplicado la menor de las bajas (42,6 %) de los presupuestos recibidos (que adjunta) de los distintos proveedores y subcontratistas; indica que la experiencia de sus técnicos en las centrales a mantener *“nos permite minimizar la subcontratación de terceros, de forma que con el personal técnico disponible y de soporte se puedan solucionar gran parte de los potenciales correctivos con el consiguiente ahorro de costes”*.

Detalla su experiencia y conocimiento de las centrales, el listado de contratos en Castilla y León y el personal ya disponible y su dedicación.

Cuarto. Por parte de los técnicos de la unidad responsable del contrato se emitió informe (en adelante, el informe técnico) sobre la justificación presentada en el que se concluye que tal justificación *“no es correcta ni conveniente para el interés del Organismo”*.

Basa tal conclusión en que en la documentación presentada, respecto al coste de la mano de obra directa *“no se acredita que realmente se realicen los pagos a los trabajadores ajustados a convenio”*.

Respecto al conocimiento del mercado y la zona de actuación, considera que aunque *“podría suponer alguna ventaja económica, ésta no se encuentra cuantificada económicamente... por lo que esta consideración no es valorada para fundamentar una baja desproporcionada”*. Igual reproche se aduce en el informe respecto a la utilización de medios propios.

En cuanto a la justificación de las *partidas alzadas*, que representan casi la mitad del presupuesto del contrato, el informe técnico considera que las ofertas de proveedores que acompaña *“no representan más de un 23% del presupuesto de dichas partidas alzadas, por lo que su extrapolación no es adecuada. Además esta reducción en el presupuesto disponible en dichas partidas alzadas, como consecuencia de la baja aplicada, puede menguar la calidad y el número de las operaciones que han de realizarse en el mantenimiento correctivo y mejorativo, ya que de inicio se desconoce el alcance de las mismas y veríamos reducido el presupuesto disponible para las mismas”*.

En la sesión de 14 de febrero de 2017, la mesa de contratación propuso la exclusión de la oferta de la UTE y la de las otras dos licitadoras incurso en presunción de temeridad y

que no presentaron justificación de sus ofertas. Así lo acordó el órgano de contratación mediante resolución de 15 de febrero, notificada por fax a la UTE el mismo día.

La mesa de contratación propuso también el 14 de febrero la adjudicación en favor de la empresa MILSA TRILLO GALICIA, S.A. (en lo sucesivo, MILSA o la adjudicataria) cuya oferta (1.159.335,18 €) era la más baja no incurso en presunción de temeridad (resultaba sólo un 0,82 % más baja que la media) y había obtenido 30 puntos en la valoración técnica. Así se resolvió por parte del órgano de contratación, mediante acuerdo de 6 de marzo de 2017.

Quinto. El 15 de marzo, la UTE ha presentado en el registro electrónico de este Tribunal, escrito de interposición de recurso especial, anunciado previamente a la CHD, en el que solicita la anulación del acuerdo de exclusión de su oferta, que se ordene a la mesa de contratación su admisión y que, *“sin más trámite, proceda a la adjudicación del contrato a esta UTE, por ser la oferta económicamente más ventajosa”*.

Alega que, respecto a la acreditación de los pagos a los trabajadores, ajustados a Convenio, los puestos de trabajo definidos en el Pliego de prescripciones técnicas (PPT) son diferentes a los existentes actualmente *“por lo que sólo se podrán acreditar los importes a abonar cuando esté en vigor este Contrato y se hiciesen las contrataciones de personal. Así, el salario a abonar a cada trabajador se adecuará a las funciones que realice, de conformidad con el puesto que desempeñe”*.

Sobre la no cuantificación de las ventajas derivadas de su conocimiento del mercado local y la zona de actuación y de la utilización de medios propios, entiende la UTE que es contrario a la valoración de la viabilidad de una oferta pretender que sólo se tiene en cuenta una condición favorable cuando se cuantifica, por cuanto en la justificación *“incluye también intangibles, que sin duda, tal y como se reconoce en el informe técnico, pueden suponer alguna ventaja económica...”*.

En cuanto a las *partidas alzadas*, puesto que es impredecible saber a ciencia cierta las averías y reposiciones que van a acontecer, indica que ha considerado los precios más altos de los proveedores respecto a los precios unitarios definidos en el PPT, de forma que *“sea cuál sea la medición de unidades que se den a lo largo del contrato el coste de*

reparación para este licitador sea inferior o igual al considerado". Manifiesta que la baja del 42,6 % se refiere a todos los precios unitarios disponibles en el PPT, no al 23 % como erróneamente se manifiesta en el informe técnico, sin que el presupuesto disponible por la CHD se vea afectado por esa reducción de los precios unitarios.

Concluye que *"presentó una justificación exhaustiva de la oferta formulada, que no se ha visto correspondida por una argumentación reforzada para rebatirla",* y que detrás de la oferta se encuentran ACS, S.A. y FERROVIAL AGROMAN S.A., cuya solvencia está sobradamente acreditada, y que si alguna duda tenía la CHD sobre la falta de temeridad de la oferta presentada, *"ello hubiera exigido del órgano de contratación apreciar la oferta teniendo en cuenta la fuerte solvencia de los afectados".*

Sexto. El expediente administrativo se recibió en este Tribunal el 17 de marzo de 2017; el 21 de marzo se recibió el informe del órgano de contratación, en el que reitera que respecto al coste de la mano de obra directa, en la documentación presentada *"no se acredita que realmente se realicen los pagos a los trabajadores ajustados a convenio";* sobre el conocimiento del mercado y la zona de actuación y la utilización de medios propios, que los documentos aportados *"no justifican satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos"* al no poder ser cuantificados; y, en cuanto a la justificación de las *partidas alzadas*, que *"como consecuencia de la baja aplicada, puede menguar la calidad y el número de las operaciones que han de realizarse en el mantenimiento correctivo y mejorativo,..."*

Séptimo. El 22 de marzo, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones. Así lo ha hecho la adjudicataria, que solicita la desestimación del recurso. Considera que la UTE no ha justificado su oferta y, a los argumentos expresados en el informe técnico, añade que en la justificación las *partidas alzadas* de reparación de averías y acciones de mejora, las considera como si fueran de *"suministro de repuestos en su totalidad... indicando unas cantidades por cada repuesto... que en ningún caso se corresponden con la realidad, ni será necesaria su adquisición"*. Resalta que esas partidas *"están destinadas para reparaciones y mejoras importantes a realizar en las instalaciones, (y no para repuestos como intenta justificar la UTE recurrente)"* y que por otra parte, al carecer los integrantes de la UTE recurrente de personal especialista para reparaciones, revisiones y reformas importantes, tanto FERROVIAL como la propia CHD han recurrido a MILSA en varias

ocasiones. Manifiesta también que la conclusión de la CHD, basada en el informe técnico, de que la oferta de la UTE no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, *“constituye una manifestación particular de la denominada «discrecionalidad técnica» de la Administración”,* y no se ha acreditado por parte de la recurrente que tal decisión se haya producido por el *“error, la arbitrariedad o el defecto procedimental, causas estas que serían las únicas que permitirían la revisión de la resolución recurrida”.*

Octavo. El 3 de abril de 2017, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió mantener la suspensión del expediente de contratación al haberse producido la adjudicación del contrato.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Se impugna la exclusión de la oferta de la recurrente en la licitación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, acto susceptible de recurso especial en materia de contratación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 del TRLCSP. La competencia para resolver corresponde a este Tribunal, a tenor de lo previsto en el artículo 41 de dicha norma.

No obstante, debe precisarse que existe un límite a la competencia del Tribunal, respecto a la pretensión de la UTE de que se le declare como adjudicataria. Como hemos señalado en múltiples resoluciones (como referencia la 191/2012, de 12 de septiembre), la función del Tribunal es *“exclusivamente una función revisora de los actos recurridos..., pero sin que en ningún caso pueda sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación,... so pena de incurrir en incompetencia material sancionada con nulidad radical”.* Por tanto, debe inadmitirse dicha pretensión por falta de competencia de este Tribunal.

Segundo. La legitimación activa de la UTE viene otorgada por aplicación del artículo 42 del TRLCSP, por cuanto concurrió a la licitación en la que ha sido excluida y en la que habría podido resultar adjudicataria. Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44.

Tercero. En el procedimiento seguido respecto a la oferta presuntamente

desproporcionada, se ha dado *“audiencia al licitador... para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma,...”* y se ha solicitado *“el asesoramiento técnico del servicio correspondiente”*, tal como dispone el artículo 152.3 del TRLCSP.

Puesto que la exclusión de la oferta de la UTE se basa en el informe técnico resumido en el antecedente tercero, la cuestión de fondo a considerar es si la justificación de la empresa recurrente era suficiente, o si, como sostiene ese informe, no se había justificado adecuadamente el valor desproporcionado de la oferta, lo que evidenciaría la conveniencia de un interés público para excluirla del procedimiento. Contra lo que alega la adjudicataria, no se trata tanto de una cuestión de *“discrecionalidad técnica”*, sino de apreciación sobre la suficiencia o no de la justificación presentada y de los argumentos contrarios a la misma de la CHD, sin necesidad de que, para adoptar su decisión, este Tribunal deba recurrir a informes técnicos complementarios.

Cuarto. En cuanto a la fundamentación de la exclusión, la Ley establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad. Y ello exige de una resolución *“reforzada”* que desmonte las justificaciones del licitador. No se trata, por tanto, de que éste justifique exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de argumentar de modo que permita al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo. Y, obviamente, tales argumentos o justificaciones deben ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta. Pero, en todo caso, la justificación de la oferta incurso en presunción de temeridad, no tiene por objeto *demostrar* su viabilidad sino explicar satisfactoriamente la baja propuesta. En igual sentido, el artículo 69.3 de la nueva Directiva sobre contratación pública (Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero), señala que: *“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...”*.

Para justificar su propuesta, como indica el artículo 152.3 del TRLCSP, el licitador precisará, en particular, el *“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”*. Esas precisiones no exigen que, como parece pretender el informe técnico, se deba *acreditar que realmente se realicen los pagos a los*

trabajadores ajustados a convenio, ni que se deban aportar datos cuantificados sobre las condiciones excepcionales derivadas del conocimiento del contrato, la implantación en la zona o la utilización de medios propios.

En este caso la desproporción de la oferta era elevada (un 11,2 % inferior a la media de referencia) y los argumentos para justificarla se fundaban en el hecho de su conocimiento del servicio ya que las empresas de la UTE eran las actuales contratistas en dos de las centrales hidroeléctricas (Sahechores de Rueda y Águeda) y lo habían sido en el periodo 2000-2012 en la otra (San José). Detallaba la estimación de las distintas partidas del presupuesto de acuerdo con la oferta presentada e indicaba los datos y disponibilidad de personal técnico de apoyo y en planta. Para las *partidas alzadas* de reparación de averías y acciones de mejora, consideró una baja del 42,6% tomando como referencia la oferta de presupuestos de proveedores y el hecho de que con el personal técnico disponible *se puedan solucionar gran parte de los potenciales correctivos*.

El informe técnico en que se funda el acuerdo de exclusión se basa en que, como se indicó antes, no se acredita que los *pagos a los trabajadores se vayan a ajustar a convenio*, ni se cuantifican los ahorros derivados del conocimiento del contrato, la implantación en la zona o la utilización de medios propios. Considera también que el menor coste estimado (un 42,6%) en la reparación de averías y acciones de mejora sólo se ha justificado en menos de la cuarta parte de dichas partidas (un 23 %) y que “*como consecuencia de la baja aplicada, puede menguar la calidad y el número de las operaciones que han de realizarse en el mantenimiento correctivo y mejorativo*”. Por su parte, la adjudicataria alega que esas *partidas alzadas*, se destinan a reparaciones y mejoras importantes a realizar en las instalaciones, y no solamente a repuestos.

Pero sobre la primera de las objeciones -el coste salarial-, el considerado en la justificación es el resultante de aplicar los salarios del convenio provincial correspondiente a las horas estimadas en el PPT, a lo que se añaden dietas y plus de disponibilidad. En el caso de los 3 técnicos de planta a tiempo completo se indica que “*serán dados de alta en el Convenio de la provincia a la que pertenece cada Central*”; carece

pues de fundamento el reproche de que no se acredita que los pagos a los trabajadores se ajusten a convenio.

Respecto a la segunda de las objeciones ya indicamos que la referencia como condición favorable al conocimiento del contrato, la implantación en la zona y la disponibilidad de medios propios, no requiere que se cuantifique tal ventaja para ser tomada en consideración; en la justificación se han detallado las partidas que conforman el presupuesto de licitación de acuerdo con la oferta presentada y se ha explicado cómo se han estimado las mismas.

Lo cierto es que el informe técnico no contradice las justificaciones aportadas, ni cuestiona los costes de personal, de dietas, etc., considerados por la UTE, ni las ofertas de proveedores, sino que se limita a efectuar reparos por no estar suficientemente detallada o cuantificada la justificación, aunque en la justificación requerida no se solicitó mayor detalle y la CHD no ha cuestionado esos importes.

Sobre las *partidas alzadas*, la UTE aplicó en la estimación de costes una rebaja del 42,6 % sobre el presupuesto de licitación; para ello tomó como base los precios unitarios ofertados por suministradores y subcontratistas y su consideración de que con el personal técnico disponible se puedan solucionar gran parte de averías. Por lo demás, la baja aplicada en esta partida sobre el presupuesto de licitación es similar a la de la oferta global (44,0 %) y la objeción de la CHD de que *“como consecuencia de la baja aplicada, puede menguar la calidad y el número de las operaciones que han de realizarse”*, carece también de fundamento, pues con igual argumento habría que rechazar cualquier oferta que suponga una baja significativa respecto al precio de licitación (la de la propia adjudicataria supone un 37,5 % de baja).

Por todo ello, este Tribunal entiende que la justificación aportada por la UTE es suficiente para explicar una baja como la propuesta por lo que su oferta no debió ser excluida.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales aplicación,

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D.J.d.S.C., en representación de FERROVIAL AGROMAN, S.A., y por D.S.R.G-N., en representación de MAESSA, S.A., contra la exclusión de la oferta presentada en compromiso de UTE en la licitación para la contratación de la *“Explotación, conservación y mantenimiento de las centrales hidroeléctricas gestionadas por la Dirección Técnica de la Confederación Hidrográfica del Duero”*, anular el acuerdo impugnado y el de adjudicación consiguiente y ordenar la retroacción de las actuaciones hasta el momento de clasificación de las ofertas, entre las que se deberá incluir la de la recurrente.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación.

Tercero. Declarar que no se aprecia 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 de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.