



Recurso nº 516/2017 C.A. Cantabria 22/2017

Resolución nº 657/2017

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

En Madrid, a 21 de julio de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por D. D.D.Z. en representación de ASCAN EMPRESA CONSTRUCTORA Y DE GESTIÓN GENERAL DE ASFALTOS Y SERVICIOS contra la resolución de 4 de mayo de 2017 por la que se acuerda su exclusión notificada con el acuerdo de adjudicación del procedimiento "*Nueva carretera de conexión de Ja autovía S-10 con la autovía S-30, P.K. 1,650 al P.K. 2, 750. Tramo Crucero de Boo-Polígono de Moreno*", Exp: 4.1.20/16, convocado por la Consejería de Obras Públicas y Vivienda del Gobierno de Cantabria, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha dictado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Por parte del órgano de contratación, Consejería de Obras Públicas y Vivienda del Gobierno de Cantabria se convocó, mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial de Cantabria nº 125 de fecha 29 de junio de 2016, licitación del contrato de obras de la nueva carretera de conexión de la autovía S-10 con la Autovía S-30, P.K. 1,650 al P.K. 2,750. Tramo: Crucero de Boo – Polígono de Morero. El valor estimado, IVA excluido es de 6.750.143,39 € (IVA excluido).

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con lo establecido en la Ley de Contratos del Sector Público, -cuyo texto refundido (TRLCSP en adelante), se aprobó por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre-, así como con lo previsto en sus normas de desarrollo. A la licitación concurrió la actora.

Tercero. El 28 de noviembre de 2016 se procedió a la apertura de las propuestas económicas presentadas por los licitadores.



Con fecha 30 de noviembre de 2016 se notificó a ASCAN por correo certificado el requerimiento de la Jefa del Servicio de Contratación y Compras para la justificación de su oferta de licitación, al presentar valores anormales o desproporcionados en los términos del artículo 152.3 del TRLCSP. Dicho requerimiento fue atendido el 17 de diciembre de 2016 presentando ASCAN ante el órgano de contratación escrito de justificación de los valores considerados anormales o desproporcionados.

Cuarto. Con fecha 10 de mayo de 2017 se notificó a la mercantil ASCAN, la Resolución del Consejero de Obras Públicas y Vivienda, de 4 de mayo de 2017, de exclusión, entre otras, de la oferta de licitación de ASCAN por contener valores anormales o desproporcionados y de adjudicación del contrato de obras de la nueva carretera de conexión de la autovía S-10 con la Autovía S-30, P.K. 1,650 al P.K. 2,750. Tramo: Crucero de Boo – Polígono de Morero a la UTE SIECSA CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, SA – SERVICIOS Y OBRAS DEL NORTE, SA. La resolución impugnada rechaza la oferta de licitación de ASCAN sobre la base del informe técnico del ingeniero jefe del servicio de proyecto y obras de 15 de febrero de 2017.

Quinto. Mediante escrito presentado el 16 de mayo de 2017, la mercantil ahora recurrente anunció la interposición del recurso especial en materia de contratación contra el acto de exclusión antes señalado, recurso que presentó en el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en fecha 30 de mayo de 2017, fecha en la que tuvo acceso al expediente.

Sexto. La Secretaría del Tribunal dio traslado el 8 de junio de 2017 del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones, habiendo evacuado dicho trámite la adjudicataria, UTE SIECSA, CONSTRUCCION Y SERVICIOS,S.A.-SERVICIOS Y OBRAS DEL NORTE, S.A. interesando la desestimación del recurso.

Séptimo. Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal, actuando por delegación del mismo, dictó resolución de fecha 19 de junio de 2017 por la que se acordaba mantener la suspensión del procedimiento de contratación con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en el artículos 45 del TRLCSP.



FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales es competente para conocer del presente recurso especial en materia de contratación a tenor de lo establecido en el artículo 41, apartados 3 y 4, del TRLCSP, en relación con el Convenio suscrito entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Cantabria sobre atribución de competencia de recursos contractuales, publicado en el BOE el día 13 de diciembre de 2012.

Segundo. El recurso ha sido interpuesto contra un acto susceptible de recurso en esta vía de conformidad con lo establecido en el artículo 40.1.a) del TRLCSP, al referirse a un contrato de obras sujeto a regulación armonizada. Asimismo, se impugna un acto susceptible de este recurso como es el acuerdo de exclusión de un licitador (artículo 40.2.b) del TRLCSP).

Tercero. El recurso cumple todos los requisitos previstos en el artículo 44.4 del TRLCSP. En cuanto al plazo para recurrir, presentado el recurso el 30 de mayo de 2017, en el Registro de este Tribunal, habiéndose previamente anunciado mediante escrito de 16 de mayo y siendo la fecha de la notificación del acuerdo de exclusión y adjudicación el 10 de mayo, procede concluir que el recurso se interpone en plazo previsto en el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de un licitador que ha resultado excluido del procedimiento de licitación.

Quinto. En cuanto a los motivos de impugnación que resultan del contenido del recurso interpuesto, la recurrente, en primer lugar, alega la vulneración del artículo 152 del TRLCSP ante el reconocimiento de la Administración de la justificación del diferencial de temeridad por parte de ASCA; en segundo lugar, la vulneración de los artículos 152 del TRLCSP y 85.6 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ante la falta de consideración de la solvencia de ASCAN en el juicio de viabilidad de su oferta de licitación y, por último, vulneración de los artículos 151.4 y 152 del TRLCSP por falta de



motivación correcta y objetiva del acuerdo de exclusión y ante la falta de realización de un juicio de viabilidad de la oferta presentada por ASCAN.

Por su parte el órgano de contratación se opone al recurso interpuesto interesando la desestimación del mismo.

Sexto. Comenzando por la primera de las alegaciones, la mercantil actora entiende vulnerado el artículo 152 del TRLCSP ante el reconocimiento de la Administración de la justificación del diferencial de temeridad por parte de ASCAN.

Así, defiende que la diferencia entre su oferta y el umbral de temeridad es de un importe de 12.885,54 € (IVA incluido), frente a los 43.9161,97 euros a los que se refiere la Administración en el informe del técnico del ingeniero jefe del servicio de proyecto y obras de 15 de febrero de 2017 y con base en esta reducción en el umbral de temeridad en la que incurre su oferta concluye *“que la oferta de licitación de ASCAN era viable económicamente y, por consiguiente, debió haberse aceptado la justificación aportada por ASCAN”*.

En relación a esta cuestión, este Tribunal no puede sino poner de manifiesto la aceptación que el órgano de contratación hace a la alegación/rectificación de la actora y que no hace sino aplicar lo establecido en el artículo 86.1 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGCAP), a cuyo tenor: *“A los efectos de lo dispuesto en el artículo 83.3 de la Ley, cuando empresas pertenecientes a un mismo grupo, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos del artículo 42.1 del Código de Comercio, presenten distintas proposiciones para concurrir individualmente a la adjudicación de un contrato, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, la oferta más baja, produciéndose la aplicación de los efectos derivados del procedimiento establecido para la apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, respecto de las restantes ofertas formuladas por las empresas del grupo”*.

Ahora bien, este reconocimiento que hace el órgano de contratación, como él mismo indica, no supone que la oferta del recurrente no se encuentre incurso en temeridad y que por tanto no deba justificar la misma. Y mucho menos, que el órgano de contratación deba prescindir de analizar dicha justificación para llegar a la convicción, en su caso, de que la oferta es viable.



Por ello, será la justificación que presentó el recurrente para avalar su oferta la determinante de la convicción que pudo formar el órgano de contratación respecto a la viabilidad de la oferta y no el aspecto cuantitativo de la misma que, en su caso, como más adelante expondremos, tendrá relevancia respecto al esfuerzo que debe realizar el licitador o el órgano de contratación para justificar su oferta, el primero o para desecharla, el segundo.

En consecuencia, con esta alegación no queda desvirtuada ni la temeridad en la que estaba incurso la actora ni la necesidad de justificar la oferta a la que estaba obligada la recurrente. Por lo que, no existiendo vulneración del artículo 152 del TRLCSP, procede la desestimación de este concreto motivo de impugnación.

Séptimo. En segundo lugar, la mercantil actora alega la vulneración del artículo 152 del TRLCSP, así como del artículo 85.6 del RGLCAP por no haberse considerado su solvencia en el juicio de viabilidad de su oferta de licitación.

En efecto, alega la actora que es una empresa que lleva más de 30 años dedicada a la ejecución de obra civil, siendo la mayor empresa constructora de Cantabria, la que posee el mayor número de plantilla de personal del sector construcción y el mayor parque de maquinaria de obra en Cantabria y que pese a ello, *"las condiciones de solvencia de ASCAN no fueron consideradas en el informe técnico del ingeniero jefe del servicio de proyecto y obras de 15 de febrero de 2017, ni en la resolución impugnada de 4 de mayo de 2017, de exclusión, entre otras, de la oferta de licitación de ASCAN por contener valores anormales o desproporcionados y de adjudicación, lo que claramente vulnera los artículos 152 del TRLCSP y 85.6 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, así como la doctrina de este Tribunal en relación con esta cuestión"*.

Respecto a esta cuestión, la primera consideración que debemos hacer es que el artículo 85.6 del RGLCAP establece la posibilidad que no obligatoriedad de tener en consideración la solvencia de las empresas cuyas ofertas estén incursas en temeridad. Así, el citado precepto establece que: *"6. Para la valoración de las ofertas como desproporcionadas, la mesa de contratación podrá considerar la relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada."*



La recurrente parece confundir dicho precepto en cuanto a la posibilidad de considerar la solvencia de la empresa, por un lado y, por otro, la justificación de la oferta y su viabilidad que ha de hacer la licitadora incurso en temeridad a la que se refiere el artículo 152.3 del TRLCSP, cuyo primer párrafo dispone:

*“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, 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 contrato objeto del presente recurso se han cumplido los trámites procedimentales previstos en el artículo 152.3 del TRLCSP, pues la Mesa de Contratación, cuando detectó que la oferta de la recurrente estaba presuntamente incurso en valores anormales o desproporcionados, confirió trámite de audiencia a dicha empresa para que justificase la viabilidad económica de su oferta, y solicitó un informe técnico al efecto.

Sin perjuicio de lo que se expondrá en el siguiente fundamento de derecho, por lo que a la solvencia de la empresa recurrente se refiere y cuya falta de consideración en la valoración de la justificación ofrecida por la licitadora es denunciada, debemos analizar si aquella fue o no considerada en el informe técnico que valoró la justificación de la oferta incurso en temeridad o si, por el contrario, fue analizada y valorada para poder entender acreditada la viabilidad económica de la oferta de la actora.

En este sentido, la recurrente manifestaba en su escrito de justificación de los valores anormales o desproporcionados que los aspectos en los que basa su ahorro y las condiciones excepcionalmente favorables que permiten dicho ahorro son, amén de su experiencia en el sector de la construcción, la disponibilidad en propiedad de materias primas y materiales elaborados para la ejecución de la obra, la disposición de medios



humanos y maquinaria para el transporte y su puesta en obra, los certificados y marcados de calidad de los productos y la proximidad de la obra a sus instalaciones.

Pues bien, dichos aspectos no fueron omitidos en el informe de este Servicio. Al contrario, hace mención expresa a tales aspectos valorándolos a efectos de poder apreciar la concurrencia, en su caso, de alguna “condición excepcionalmente favorable” como exige el artículo 152.3 del TRLCSP, entendiendo como algo excepcional, según la Real Academia Española de la Lengua como lo “que se aparta de lo ordinario, o que ocurre rara vez”.

Así, el informe técnico de 15 de febrero de 2017 que valoró la justificación de la oferta de la recurrente, señaló (página 10) en lo que aquí interesa que:

“Los aspectos en los que el licitador basa el ahorro posible y las condiciones excepcionalmente favorables que permiten dicho ahorro son la disponibilidad en propiedad de materias primas y materiales elaborados para la ejecución de la obra, la disposición de medios humanos y maquinaria para el transporte y su puesta en obra, los certificados y marcados de calidad de los productos y la proximidad de la obra a sus instalaciones.

A este respecto, hay que destacar que la disponibilidad de materias primas y materiales elaborados, medios humanos y maquinaria, aún cuando pueden ser condiciones que puedan afectar a este licitador, no lo son sólo de éste, sino que otras empresas que concurren a esta licitación cuentan igualmente con ese tipo de ventajas.

En cuanto a la experiencia de ASCAN, su plantilla y relación de medios y maquinaria, aspectos con los que también cuentan otros licitadores, ello tiene que ver con la solvencia técnica de la empresa, y por tanto no procede su valoración como condición excepcionalmente favorable para la ejecución de la obra.

Asimismo, siendo próximas algunas de las instalaciones de este licitador a la obra, no son las más cercanas, ya que existen canteras y plantas de hormigón más próximas, y de aglomerado mucho más, de manera que la proximidad a la obra que alega este licitador no sólo no es un factor exclusivo del mismo, sino que tampoco resulta determinante”.



En definitiva, no es que no se haya tenido en cuenta la solvencia de la empresa licitadora, ni que se ponga en duda dicha solvencia, al contrario, los aspectos en los que la recurrente centra su solvencia fueron analizados y considerados en el informe de valoración de la justificación de la oferta incurso en valores desproporcionados en el sentido de no resultar relevante en lo que a la viabilidad de la oferta se refería.

Por ello, no puede entenderse vulnerado el artículo 152 del TRLCSP ni el artículo 85.6 del RGLCAP.

Octavo. Finalmente, el recurrente alega la vulneración de los artículos 151.4 y 152 del TRLCSP, al entender que no hay motivación correcta y objetiva en el acuerdo de exclusión, y que hay falta de realización de un juicio de viabilidad de su oferta.

Reitera el recurrente de nuevo que, de acuerdo con la doctrina establecida por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en muchas de sus resoluciones, la justificación de valores anormales o desproporcionados deberá hacer referencia a la viabilidad de la propuesta presentada, debiendo ser su justificación tanto más rigurosa y completa cuanto mayor sea la desproporción, de manera que dicha justificación debe modularse en función de la cuantía de la desproporción de la oferta considerada, debiéndose exigir un mayor grado de rigurosidad y detalle cuanto mayor sea la desproporción, excluyéndose en todo caso la necesidad de efectuar una justificación exhaustiva y pormenorizada.

En último lugar y con carácter exhaustivo, el recurrente trata de poner de manifiesto una serie de defectos con los que, a su juicio, cuenta el informe técnico que valoró la justificación de su oferta.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe señala respecto a la primera de las cuestiones que:

*“Y en esta cuestión estamos totalmente de acuerdo. De hecho, **en ningún caso se ha esgrimido en los informes de este Servicio, como motivo de la exclusión, que la justificación no haya sido lo suficientemente profunda**, tal y como puede apreciarse en el informe de este Servicio de fecha de registro de salida 15 de febrero de 2017.*



Cosa muy diferente es que dicha justificación deba aceptarse sin mayor examen, por el simple hecho de argumentarse, al menos formalmente, de modo extenso. Por el contrario, resulta necesario realizar un análisis del contenido de la justificación, sea ésta extensa o somera, y extraer conclusiones del mismo por parte de la Administración, de forma, esta vez sí, lo suficientemente profunda como para saber si los argumentos ofrecidos por el licitador realmente permiten al órgano de contratación llegar a la convicción de que la oferta puede llevarse, o no, a cabo.

Es preciso recordar aquí la doctrina señalada en muchas ocasiones por parte del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales: el rechazo de la oferta presentada exige un examen pormenorizado de la misma, con una resolución "reforzada" que desmonte las justificaciones aducidas por el licitador y demuestre que la oferta de este último no resulta económicamente viable. Por tanto, no se entendería un rechazo de una oferta si del análisis de la misma se desprende que resulta inviable, sin un informe exhaustivo y pormenorizado, como el que ha motivado la resolución contra la que se interpone el presente recurso.

En este aspecto el recurrente comete el error de confundir la exhaustividad exigida a la Administración por la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, mayor o menor en función del grado cuantitativo de desproporción de la oferta, con la que ha de contar la propia justificación. En efecto, es cierto que la justificación del licitador se ha de limitar a proveer, siquiera someramente, de argumentos al órgano de contratación que validen la viabilidad de su oferta. Pero ello no quiere decir, como se verá a lo largo del presente informe, que, contrario sensu, este Servicio no haya analizado con la minuciosidad y escrúpulo necesarios la (in)viabilidad de la oferta, de cara a no cometer el error de incurrir en una contratación en unos términos que resulten económicamente inviables: y nunca, por el hecho de actuar con ánimo de buscar un resultado dirigido a la exclusión del licitador, sino por la necesidad de proteger los intereses generales representados en la elección de la oferta económicamente más ventajosa, tal y como exigen los artículos 150 y 151 del TRLCSP".

Y finalmente, trata el órgano de contratación, de dar respuesta a cada una de las cuestiones técnicas alegadas por la recurrente reiterando, en síntesis, lo que en su día se puso de manifiesto en el informe técnico de 15 de febrero de 2017.

Pues bien, 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 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.”

Es también doctrina reiterada de este Tribunal la que sostiene que la apreciación de que la oferta tiene valores anormales o desproporcionados no es un fin en sí misma, sino un indicio 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 hubiere presentado. De acuerdo con ello, 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.

Por lo demás, ***‘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. Evidentemente ni las alegaciones mencionadas ni los informes tienen carácter vinculante para el órgano de contratación, que debe sopesar adecuadamente ambos y adoptar su decisión en base a ellos' (Resoluciones 24/2011, de 9 de febrero, 72/2012, de 21 de marzo, o 121/2012, de 23 de mayo)".

Pues bien, aplicando estos criterios al caso que nos ocupa, a la vista de la justificación de la recurrente de su oferta y del informe técnico que asume el órgano de contratación como motivación para su exclusión, este Tribunal concluye que el informe técnico argumenta suficientemente la convicción de que la oferta de la empresa recurrente no pueda ser cumplida satisfactoriamente, conteniendo una motivación adecuada y suficiente de las razones por las que se aprecia que la oferta, en su conjunto, no podrá ser cumplida.

Efectivamente, se puede afirmar en síntesis que las ventajas que el recurrente pone de manifiesto, en su mayor parte no son realmente tales ventajas o resultan irrelevantes económicamente en comparación con la baja realizada, de manera que en base a tales ventajas no se justifica la baja realizada; otras ventajas se basan en condiciones distintas a los compromisos previamente adquiridos por ASCAN que figuran en la documentación técnica aportada en la oferta presentada por dicha empresa a la licitación de las obras, lo que no debiera ser admisible. Y en algún caso, además, dicha alteración de las condiciones previamente ofertadas contraviene la normativa técnica de aplicación y, por tanto, resulta doblemente inadmisibile.

Y es que en este punto, es importante resaltar que el informe técnico de valoración de la justificación de la oferta tiene en cuenta *“la documentación técnica aportada por el licitador en el sobre B-1, correspondiente a la primera fase de valoración del concurso relativa a los criterios sujetos a un juicio de valor, porque es en esa documentación donde han quedado expuestos los medios y consideraciones tenidas en cuenta por el licitador y ofertados para la ejecución de la obra, de manera que la justificación económica de su oferta no puede apartarse de lo contenido en aquella documentación, debiendo ser forzosamente coherente con la misma. Dicho de otro modo, no puede admitirse que las condiciones de la oferta del licitador sean unas según la documentación técnica aportada por éste para obtener una buena valoración en lo relativo a los criterios sujetos a un juicio de valor, y que dichas*



condiciones cambien a conveniencia del licitador, y a la baja en cuanto a la calidad técnica de la oferta, para permitir soportar la justificación de una baja temeraria una vez conocida dicha situación".

A todo lo anterior debemos añadir que la mercantil actora ha centrado sus argumentos en un debate exclusivamente técnico, donde las cuestiones jurídicas que regulan la baja desproporcionada o anormal y su aplicación por la Administración han quedado relevadas. Por tanto, la cuestión ha quedado centrada en la viabilidad técnica de la oferta de la recurrente pese a la baja desproporcionada o anormal presentada, para lo que intenta justificar dicha viabilidad con alegaciones técnicas sin haber realizado una labor mínimamente probatoria de sus alegaciones. Argumentaciones técnicas, respecto de las cuales la Administración goza de discrecionalidad técnica como tiene reiteradamente dicho este Tribunal (por todas, Resolución 28/2015, de 14 de enero) y de la que no puede entrar a valorar siempre y cuando la actuación del órgano de contratación se ajuste a los límites de aquella, como sucede en el presente caso a juicio de este Tribunal.

En consecuencia, podemos concluir con el órgano de contratación que no quedó justificada la viabilidad económica de la oferta en los términos propuestos en la documentación técnica de la misma de acuerdo con el informe técnico de 15 de febrero de 2017.

Por lo que dado que no pueden acogerse las alegaciones realizadas por la recurrente, procede desestimar el recurso interpuesto.

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. D.D.Z. en representación de ASCAN EMPRESA CONSTRUCTORA Y DE GESTIÓN GENERAL DE ASFALTOS Y SERVICIOS contra la resolución de 4 de mayo de 2017 por la que se acuerda su exclusión notificada con el acuerdo de adjudicación del procedimiento *"Nueva carretera de conexión de Ja autovía S-10 con la autovía S-30, P.K. 1,650 al P.K. 2, 750. Tramo Crucero de Boo-Polígono de*



Moreno", Exp: 4.1.20/16, convocado por la Consejería de Obras Públicas y Vivienda del Gobierno de Cantabria, confirmándola por resultar conforme a derecho.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento con arreglo a lo dispuesto en el artículo 47.4 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 del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, 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 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.