



Recursos nº 1235/2016

Resolución nº 129/2017

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 3 de febrero de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por D. N. G. G., en representación de la empresa OMICRON-AMEPRO, S.A., (en adelante, OMICRON o la recurrente) contra la exclusión de su oferta y la adjudicación consiguiente en la licitación para la contratación de *“Trabajos técnicos relacionados con la tramitación de los expedientes de expropiación forzosa en el ámbito de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir”* (Expediente CU(SG)-5448), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Confederación Hidrográfica del Guadalquivir (en lo sucesivo, la Confederación o el órgano de contratación) convocó, mediante anuncio publicado en el DOUE, en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el BOE, los días 13, 14 y 20 de abril de 2016, respectivamente, licitación para la contratación de trabajos técnicos relacionados con la tramitación de los expedientes de expropiación forzosa. El valor estimado del contrato y el presupuesto base de licitación (sin IVA) se cifra en 898.586,78 euros. Se presentaron 15 ofertas, entre ellas la de OMICRON.

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 80 %; el resto corresponde a los criterios no evaluables mediante fórmula. En la cláusula 18 del PCAP se establece que: *“El carácter anormal o desproporcionado de una oferta se determinará de acuerdo con los criterios establecidos en los artículos 85 y 86 del RGLCAP”*.

Tras los trámites oportunos, se apreció que la oferta más ventajosa era la presentada por OMICRON, si bien de acuerdo con los criterios establecidos en el RGLCAP, se constató que su oferta económica (385.853,60 €) estaba incurso en presunción de temeridad al resultar un 11,39 % por debajo de la media de referencia de las ofertas admitidas (una vez excluidas del cómputo las cuatro ofertas que superaban en más de diez puntos porcentuales la media de las trece ofertas finalmente admitidas). Por ello, se le requirió para que justificara su oferta económica y precisara las condiciones favorables de que pudiera disponer.

La empresa ahora recurrente remitió en el plazo habilitado la justificación requerida. En ella desglosaba y detallaba los costes directos considerados en su oferta económica -personal, dietas, gastos de oficina y locomoción- por importe total de 292.375,29 €. En el coste total incluía además unos gastos generales del 19 % y un beneficio industrial del 6%, con lo que resulta un coste total de 365.469,17 €. Resaltaba como condición excepcional, además de su experiencia y conocimiento en la gestión de expedientes de expropiación, el hecho de que los profesionales incluidos en su oferta *“están disponibles y en algunos casos sin trabajo en otros contratos de modo que la no adjudicación de éste hará que no quede más remedio que prescindir en algún caso de sus servicios”*, con el consiguiente coste añadido.

Por parte de la Secretaria General de la Confederación, se emitió informe sobre la justificación presentada. Considera que en el desglose de costes presentado, hay *“un incremento en el porcentaje de gastos generales indicado (19%) respecto al considerado en el presupuesto del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (13%), sin mayor explicación al respecto, **se detalla, por parte de la empresa OMICRÓN AMEPRO, S.A., una justificación de oferta ascendente a 365.469,17 € que NADA tiene que ver con la oferta económica presentada por OMICRÓN AMEPRO, S.A. a la presente licitación objeto de valoración, y que ascendió a 385.583,60 €, lo que no permite entrar a valorar cuantitativamente la justificación de la oferta económica presentada...**”*. Concluye por ello que *“no se considera justificada la oferta económica presentada”*.

En la sesión de 9 de noviembre, la mesa de contratación hizo suyo el informe anterior y propuso la adjudicación en favor de GRUSAMAR INGENIERÍA Y CONSULTING, S.L. (en lo sucesivo, GRUSAMAR) por importe de 413.170,20 €. Así se resolvió por parte del órgano de contratación, mediante acuerdo de 5 de diciembre notificado por fax a la recurrente el día 13 de diciembre.

Cuarto. El 28 de diciembre, OMICRON ha presentado en el registro electrónico de este Tribunal, escrito de interposición de recurso especial, anunciado previamente a la Confederación, en el que solicita la anulación del acuerdo de adjudicación y la retroacción de las actuaciones al momento de valoración de las ofertas (se entiende que las ofertas económicas), con inclusión de la formulada por OMICRON.

Señala que en la justificación aportada, los costes utilizados son costes reales; los de personal, que son los más significativos, se corresponden con los propuestos en la oferta técnica *“considerados adecuados por la mesa de contratación a tenor de la puntuación obtenida (17/20)”*. Los gastos generales se han estimado en un porcentaje superior al considerado en los pliegos para cifrar el precio de licitación *“atendiendo a datos reales de la Sociedad, hecho que también acredita la viabilidad y proporcionalidad”*.

Manifiesta que la diferencia de 20.114,43 € entre el coste total detallado en la justificación y su oferta económica corresponde a unas provisiones *“que permitirán asumir imprevistos o nuevas necesidades que pudieran surgir durante el desarrollo del contrato, lo que supone una garantía adicional de la viabilidad de la oferta”*. Considera que la circunstancia de que en la justificación de la oferta no haya desglosado, ni acreditado de forma exhaustiva esta cantidad, no cuestiona la viabilidad y seriedad de la oferta.

Quinto. El expediente administrativo se recibió en este Tribunal el 16 de enero de 2017, junto al informe del órgano de contratación, en el que reitera la no admisión de la justificación de la oferta de OMICRON. Señala que desconoce qué gastos imprevistos o para nuevas necesidades se pueden producir en este expediente, y que *“en todo caso dichos costes indirectos formarían parte del 19% de gastos generales (superior al 16% previsto en el Presupuesto de licitación por este Organismo),...”*. Añade que OMICRON *“no aporta un informe justificativo en la que se detallan las mediciones, precio unitario, y coste total aplicado al contrato, NO se distinguen en los costes €/hora indicados, ni se tiene en cuenta, entre otros aspectos, NI LA EXPERIENCIA del personal que adscribirían al mismo, dado que según lo manifestado en su oferta existirían, entre otros, licenciados superiores con una*

dilatada experiencia superior a 15 y 17 años, frente a otros con 10 años de experiencia,... NI LA ANTIGÜEDAD en la misma, que incidirían en la cuantificación total del presente contrato...” Señala también que en el recurso se indica por una parte que el personal dispone de equipamiento informático totalmente amortizado, y por otra parte “se indica por el contrario un coste mensual con una empresa especializada para el desarrollo de esta función que ascendería a 225 euros”

Sexto. El día 16 de enero de 2017, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones. Así lo ha hecho GRUSAMAR, que solicita la desestimación del recurso. Considera que OMICRON no ha justificado su oferta y que el coste de personal, en dos de los titulados superiores propuestos, está por debajo del coste mínimo del convenio. Señala también que no se justifican o se calculan de modo incorrecto algunos costes (dietas, materiales,...) y que la falta de coincidencia entre la oferta presentada y la justificada *“pudiera mostrar una falta de análisis... es un motivo que refuerza la falta de viabilidad de la oferta”*.

Séptimo. El 12 de enero de 2017, 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 impugna la exclusión de la oferta de la recurrente y la consiguiente adjudicación 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.

Segundo. La legitimación activa de OMICRON 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 OMICRON 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.

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 y permitir al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo. 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 la Confederación en su informe sobre el recurso, se deban facilitar datos exhaustivos sobre *gastos de personal* o sobre *servicios informáticos*.

En este caso la desproporción de la oferta no era muy elevada (apenas un 6,7% inferior a la de la adjudicataria GRUSAMAR) y los argumentos de OMICRON para justificarla se fundaban en el hecho de que los profesionales cualificados incluidos en su oferta, *están disponibles y en algunos casos sin*

trabajo en otros contratos. También dio datos cuantitativos detallados y por personas del coste salarial.

El informe técnico en que se funda el acuerdo de exclusión, se basa en que se imputan unos gastos generales (19%) superiores a los considerados en el presupuesto de licitación (16%) y en que se justifican unos costes totales (365.469,17 €) inferiores a la oferta económica (385.583,60 €).

Pero sobre la primera de las objeciones –el porcentaje de gastos generales–, el considerado en el presupuesto de licitación no es vinculante para el licitador y, por lo demás, de haber computado el licitador un porcentaje (y un importe total) muy bajo de gastos generales, sería un aspecto a considerar para rechazar la justificación, pero no cabe reproche alguno porque tal porcentaje sea superior.

Lo mismo cabe decir respecto a la segunda de las objeciones. El hecho de que en la justificación de la oferta se detalle un coste inferior al de la oferta presentada, pudiera mostrar una cierta falta de análisis o congruencia en esa justificación, sobre la que se pudo solicitar aclaraciones, pero en sí mismo no es motivo para rechazar la justificación. Obviamente sí lo sería si el coste justificado fuera superior a la oferta presentada.

Lo cierto es que el informe técnico no contradice las justificaciones aportadas, ni cuestiona los costes de personal, de dietas, etc., considerados por OMICRON, sino que se limita a efectuar reparos o señalar incongruencias no relevantes sobre aquellos, como ya hemos indicado.

Por otra parte, las consideraciones de la adjudicataria sobre que el coste de personal, en dos de los titulados superiores propuestos, está por debajo del convenio, carecen de entidad para motivar el rechazo de la justificación presentada. Uno de los técnicos (coordinador de seguridad y salud), apenas tiene dedicación (un 1 %) al contrato. El otro técnico al que se refiere la adjudicataria, figura en la justificación de OMICRON con una dedicación del 40 % y funciones de técnico cualificado, aunque tenga titulación superior.

En cuanto a que no se razona de manera suficiente el importe de algunos costes (dietas, materiales,...), lo cierto es que en la justificación requerida no se solicitó mayor detalle y la Confederación no ha cuestionado esos importes.

Por todo ello, este Tribunal entiende que la justificación aportada por OMICRON 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 el recurso interpuesto por D. N. G. G., en representación de la empresa OMICRON-AMEPRO, S.A., contra la exclusión de su oferta y la adjudicación consiguiente en la licitación para la contratación de *“Trabajos técnicos relacionados con la tramitación de los expedientes de expropiación forzosa en el ámbito de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir”*, anular el acuerdo impugnado 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 producida de conformidad con lo previsto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

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 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.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.