



Recurso nº 1339/2020

Resolución nº 154/2021

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

En Madrid, a 19 de febrero de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por D. E. S. V. , en representación de la empresa INGENIERÍA Y GESTIÓN DEL SUR, S.L. contra el acuerdo de adjudicación del procedimiento "*Trabajos de naturalización de las parcelas contempladas en el Proyecto de Compensación de Terrenos Afectados y Medidas Correctoras de la Construcción de la Presa de la Breña II*", con expediente ACE/301.06/20/EXPL/02, convocado por la Sociedad Mercantil Estatal de las Cuencas de España, S.A. (ACUAES), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En la tramitación de este recurso, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Segundo. En fecha 12 de agosto de 2020 fue publicado en Diario Oficial de la Unión Europea, así como en la Plataforma de contratación del sector público, el anuncio de licitación del contrato de los "*Trabajos de naturalización de las parcelas contempladas en el Proyecto de "Compensación de Terrenos Afectados y Medidas Correctoras de la Construcción de la Presa de la Breña II*", con Valor Estimado del Contrato (VEC) era 409.076,63 €, I.V.A. excluido.



En fecha 18 de septiembre de 2020, se recibieron las ofertas de seis licitadores, subsanándose los defectos y no excluyéndose ninguna de las ofertas.

Posteriormente, en fecha 29 septiembre 202 se procede a la valoración de ofertas técnicas, no arrojando la exclusión de ninguna de las licitadoras, obteniendo todas el umbral mínimo de puntuación técnica.

Tercero. En fecha 27 de octubre de 2020 se procedió a la apertura de las ofertas económicas, requiriéndose a INGENIERIA Y GESTION DEL SUR por parte de la Mesa de Contratación para que en un plazo no superior a tres días hábiles, aporte la documentación que permita determinar la viabilidad de su oferta económica. En concreto, se requiere a dicha mercantil para que desarrolle los siguientes extremos:

“1.- Definición y valoración detallada de todos los costes de los medios humanos y materiales propuestos en su oferta técnica para el desarrollo de las actividades, así como de la organización auxiliar, instalaciones y gastos de funcionamiento necesarios para llevar a cabo los trabajos previstos en el PPTP, todo ello teniendo en cuenta el programa de trabajos ofertado.

2.- Justificación de todos los precios unitarios del Presupuesto del Anejo I del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (PPTP), acompañado de ofertas originales de subcontratistas o suministradores de materiales cuando proceda.

3.- Cualquier otra circunstancia que pueda reducir la repercusión de los gastos generales de estructura y costes indirectos imputables al Contrato”.

Con fecha 13 de noviembre de 2020, la Mesa de contratación declara no entender justificada la oferta presentada por dicha mercantil y remite tanto su exclusión como la propuesta de adjudicación al órgano de contratación.

En sesión de 18 de noviembre de 2020, conforme a la propuesta presentada por la Mesa de contratación, el Consejo de Administración de la Sociedad Mercantil Estatal Aguas de las Cuencas de España, S.A. en su sesión de fecha 18 de noviembre 2020 declaró la



exclusión de INGENIERIA Y GESTIÓN DEL SUR y acordó la adjudicación del contrato, siendo adjudicataria la licitadora ATFORTIS, S.L.

Cuarto. En fecha 1 de diciembre de 2020 INGENIERÍA Y GESTIÓN DEL SUR, S.L. interpone Recurso Especial en Materia de Contratación contra la resolución acordando la adjudicación del contrato, habiendo subsanado aquél el 3 y el 17 de diciembre del mismo año. En dicho recurso, impugna su exclusión del procedimiento de licitación, efectuada en unidad de acto con la de adjudicación del contrato controvertido, solicitando la anulación de tal exclusión, con la consiguiente nulidad del acuerdo de adjudicación adoptado. Para ello, alega (pero sin aportar razonamiento detallado al respecto) que:

- 1.- El rechazo de su oferta carece de motivación por no existir informe que lo sustente.
- 2.- La justificación de temeridad presentada por la empresa no está basada en hipótesis o prácticas inadecuadas desde una perspectiva técnica, económica o jurídica.
- 3.- La diferencia presupuestaria entre su oferta y la del siguiente licitador no incurso en presunción de temeridad asciende a 3.140,00 euros (0,77% del VEC) y, además, la valoración técnica de INGENIERÍA Y GESTIÓN DEL SUR, S.L. es superior.
- 4.- Existe un antecedente de aceptación por parte de ACUAES de una oferta temeraria en relación a un contrato correspondiente al mismo Proyecto.
- 5.- El PCP de la licitación recoge la presentación de una garantía complementaria para el caso de empresas inicialmente en presunción de temeridad que garantizaría la buena ejecución de los trabajos.

Quinto. Recibido en este Tribunal el expediente, el órgano de contratación acompañó el informe a que se refiere el art. 56.2 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) y 28.4 del Reglamento de los Procedimientos Especiales de Revisión de decisiones en materia contractual y de Organización del Tribunal Central de Recursos Contractuales (RPERMC). En él, se opone al recurso, solicitando su desestimación, alegando, en síntesis, que es la insuficiencia en la justificación de la baja ofertada, apreciada por el



técnico autor del Informe de valoración, el único motivo de inadmisión de la oferta económica formulada por la ahora recurrente.

Sexto. En fecha 15 diciembre de 2020 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones. Éstas se han remitido por la adjudicataria del contrato, ATFORTIS, S.L., que se limita a afirmar que la mesa ha obrado conforme a Derecho, al amparo del artículo 149.6 de la LCSP.

Séptimo. Interpuesto el recurso, la Secretaría del Tribunal, por delegación de este, dictó resolución de 21 de diciembre de 2020 en la que acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

A los anteriores Hechos le son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la LCSP, de Contratos del Sector Público, y el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

Segundo. Se impugna una resolución por la que se adjudica el contrato, acto susceptible de recurso al amparo del artículo 44 LCSP.

Asimismo, se interpone por persona legitimada. Dispone al efecto el artículo 48 de la LCSP en su primer párrafo lo siguiente: *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*. Es claro que la decisión de adjudicar el contrato a un licitador de un procedimiento de contratación afecta a la esfera jurídica de derechos e intereses legítimos de la recurrente, en cuanto licitadora excluida de dicho proceso de licitación.



Tercero. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legalmente establecido al efecto en el art. 50.1 de la LCSP, habiéndose cumplido también con el resto de formalidades. Tratándose de un contrato de servicios cuyo valor estimado es de 409.076,63€, y por tanto superior a 100.000 €, éste es susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Cuarto. El fondo del presente recurso pivota alrededor de la disconformidad de la mercantil recurrente con su exclusión del procedimiento de licitación.

Debemos analizar en este primer fundamento las dos primeras pretensiones de la recurrente, es decir, las relativas a la inexistencia de informe que sustente la decisión del órgano de contratación y la adecuada justificación de su oferta.

Por una parte, en relación con el informe que sustente la decisión adoptada, lo cierto es que, tal y como informa y hace notar el órgano de contratación, figura en el expediente administrativo como Documento 12.2 (remitido a este Tribunal), informe emitido por el Departamento Técnico de ACUAES, siendo así que, de acuerdo y con remisión a aquél, se consideró por la Mesa de Contratación que la oferta presentada por la licitadora INGENIERÍA Y GESTIÓN DEL SUR, S.L. no estaba suficientemente justificada, por lo que tal oferta económica se excluyó de la clasificación. En concreto, figura además que dicho firme ha tenido como autor al Jefe del Área Técnica de Contratación y que ha sido revisado por el Director de Administración y Finanzas.

Por ello, no podemos compartir la alegación ejercitada por la recurrente que, de acuerdo con la documentación remitida, se revela que no es acertada.

Por otra parte, y en relación con la justificación de su oferta, cobra aquí importancia y debemos traer a colación nuestra más que reiterada doctrina acerca del respeto a la discrecionalidad técnica del órgano de contratación y cuál debe ser nuestra intervención en aquéllos casos en los que se impugnan valoraciones de índole subjetiva (es decir no susceptibles de valoración mediante criterios automáticos). Tal y como alega la adjudicataria del contrato en sus alegaciones, no se trata de si la oferta es o no temeraria, sino de si se ha presentado o no justificación ex artículo 149.6 LCSP.



Para ello, y sin necesidad de su exposición completa, nos remitimos a la reiterada doctrina en la que hemos venido a afirmar que no puede este Tribunal valorar el fondo de las decisiones técnicas adoptadas por los órganos competentes, sino tan sólo apreciar si aquéllas cumplen con requisitos mínimos de motivación y proporcionalidad, sin incurrir en ningún caso en arbitrariedad, impidiendo decisiones manifiestamente erróneas o contrarias a Derecho. Y en el presente asunto no se invoca ninguno de estos defectos sino simple y llanamente que el recurrente entiende que su oferta está justificada, lo que se contrapone a un informe detallado que detalla los costes, tanto directos como indirectos, que no aparecen desglosados y que afectan considerablemente a la cuantía total de la oferta.

Así las cosas, tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos casos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración. Y resulta en el presente asunto que las valoraciones técnicas se efectúan mediante informe redactado por el órgano técnico competente.

En Resolución 313/2017 de 31 de marzo, señalábamos: *“En efecto, conforme a la doctrina expuesta, los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto veracidad, precisamente por la cualificación técnica de quienes los emiten y sólo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o se han dictado en clara discriminación de los licitadores, en consecuencia este Tribunal ha de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, analizar si se ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias”, presunción que la recurrente no consigue rebatir. Con sus valoraciones la recurrente cuestiona el juicio de valor que hace la comisión técnica, tratando de suplantar el criterio subjetivo de ésta por el suyo propio ya que no es necesario que el licitador y el órgano de contratación coincidan sobre qué solución*



técnica pueda ser mejor, siendo el papel de los Tribunales analizar los aspectos formales de la valoración, tales como el respeto a las normas de competencia o de procedimiento, no aplicación de criterios arbitrarios o discriminatorios, o inexistencia de error material que pueda afectarla, entendiendo que ninguno de estos vicios concurre en relación con este expediente, dado que la valoración cae de lleno en la discrecionalidad técnica de la que goza el órgano de contratación (...)"

Pues bien, debemos al respecto insistir en que la mercantil recurrente se limita a afirmar que la justificación aportada no se basa en hipótesis o conjeturas, sin alegar o invocar vicio alguno en la actuación del órgano de contratación, más allá de la mentada ausencia de informe ya resuelta en los párrafos precedentes.

Es un hecho incontrovertido que fue requerida para:

- aportar una definición y valoración detallada de todos los costes de los medios humanos y materiales propuestos en su oferta técnica para el desarrollo de las actividades, así como de la organización auxiliar, instalaciones y gastos de funcionamiento necesarios para llevar a cabo los trabajos previstos en el PPTP, todo ello teniendo en cuenta el programa de trabajos ofertado.
- proporcionar una justificación de todos los precios unitarios del Presupuesto del Anejo I del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (PPTP), acompañado de ofertas originales de subcontratistas o suministradores de materiales cuando proceda.

Y, tal como apunta el órgano de contratación, de la lectura del Informe se colige la falta de justificación de, al menos, la partida relativa al coste salarial del personal adscrito al contrato, lo que supone un déficit de 25.519,70 €. Dicho informe detalla los costes y conceptos que aparecen sin justificar, a pesar del requerimiento formulado, siendo así que, apreciada la efectiva concurrencia de falta de justificación, y no invocada la arbitrariedad ni los errores materiales en que pudiera haber incurrido el órgano competente, no podemos sino confirmar la decisión adoptada.



En resumen, la exclusión acordada se debe a la falta de justificación de la oferta realizada, y tal falta de justificación se detalla en el informe elaborado por el técnico competente a cuyo tenor nos remitimos por economía procedimental.

Por todo ello estas dos primeras alegaciones deben ser desestimadas.

Quinto. Pasamos a analizar en el presente apartado la alegación vertida por la recurrente consistente en que la diferencia presupuestaria entre su oferta y la del siguiente licitador no incurso en presunción de temeridad asciende a 3.140,00 euros, lo que supone un 0,77% del Presupuesto de licitación y que, además, la valoración técnica de INGENIERÍA Y GESTIÓN DEL SUR, S.L. es superior.

Pues bien, no alcanza a entender este Tribunal las consecuencias jurídicas que el recurrente trata de asociar a tal afirmación. La diferencia con el siguiente licitador resulta irrelevante para la resolución del presente recurso, que no tiene otro objeto que determinar si existe o no falta de justificación y por tanto hay temeridad, en los términos y con las limitaciones propias de la intervención de este Tribunal.

Así las cosas, las posibles diferencias de valoración o de presupuesto que pueda presentar su oferta para con la siguiente son intrascendentes, toda vez que partimos de una premisa clara: su oferta incurría en anormalidad. Otra cosa es que haya justificado o no correctamente aquélla (que es lo que el órgano de contratación, de acuerdo con el informe técnico competente, entiende de no ha tenido lugar), pero las vicisitudes inherentes al resto de ofertas presentadas en el procedimiento no son ni objeto del presente recurso, ni deben ser objeto de examen, ni afectan en modo alguno a la resolución del presente recurso.

En consecuencia, este tercer motivo debe asimismo ser desestimado.

Sexto. En cuanto a la existencia de un antecedente de aceptación por parte de ACUAES de una oferta temeraria en relación a un contrato correspondiente al mismo Proyecto, nos hallamos ante una mera afirmación genérica que resulta absolutamente irrelevante para la resolución del presente asunto. Y ello por cuanto:



- La afirmación de que existe un antecedente por aceptarse la oferta de la empresa AEMA HISPANICA, S.L. cuya oferta económica había incurrido en valores anormales con una diferencia económica de 10.281,61 €, que suponía el 6,16% del presupuesto no se acompaña de prueba alguna.
- Aunque fuera cierto, carece de trascendencia para el enjuiciamiento del presente asunto, cuyo objeto no es sino determinar si ACUAES obró conforme a Derecho excluyendo a la recurrente del procedimiento, por no aportar justificación de la oferta presentada
- El concepto de oferta anormal es de carácter estrictamente jurídico y no puede atribuirse sin más a otra mercantil ajena al presente procedimiento, ignorándose, aunque tal afirmación fuese cierta, la justificación que en tal caso se aportó por dicha empresa.

En resumen, tal argumento carece de trascendencia alguna para la resolución del presente procedimiento, no solo por no venir acompañado de un mínimo de prueba sino porque, en cualquier caso, es absolutamente distinto de lo aquí analizado, que no es sino determinar si justificó o no adecuadamente su oferta la recurrente y si el órgano de contratación incurrió o no en arbitrariedad. Y ello sin perjuicio de que no existe precepto legal alguno que determine que la nulidad de la exclusión acordada por un órgano de contratación so pretexto del comportamiento mantenido por aquél en otros procedimientos.

Por todo lo anterior debemos igualmente rechazar esta pretensión.

Séptimo. Resta examinar las consideraciones de la recurrente acerca de que el PCP de la licitación recoge la presentación de una garantía complementaria para el caso de empresas inicialmente incurso en presunción de temeridad que garantizaría la buena ejecución de los trabajos.

Tal afirmación resulta, de nuevo, intrascendente a la hora de apreciar si una baja está incurso o no en temeridad y si la justificación aportada a requerimiento de la entidad es o no suficiente, sin que pueda pretenderse afirmar, como pretende dicha mercantil, que si ACUAES ha exigido una garantía complementaria para asegurar la viabilidad de la oferta, ello garantiza la ejecución de los trabajos.

Pues bien, lo cierto es que se entenderá que una baja es desproporcionada de conformidad con los parámetros indicados en el apartado 15.4.3. de su Cuadro de Características:

“Analizados los componentes de la oferta en conjunto se considera que el único parámetro objetivo válidamente utilizable, con las debidas exigencias de certeza a fin de determinar las posibles ofertas con valores anormales es el precio, por consiguiente, respecto a las ofertas económicas abiertas, de acuerdo con el artículo 149.2 de la LCSP, se considerará inicialmente que estas no pueden ser cumplidas como consecuencia de valores anormales, cuando se den las siguientes circunstancias: (...)”

d) Cuando concurren cuatro o más licitadores, las proposiciones económicas que sean inferiores al valor correspondiente al noventa y cinco por ciento (95%) del presupuesto medio de las ofertas abiertas. No obstante, si entre ellas existen ofertas que disten de dicha media en más de 10 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media solo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado”.

Y resulta incontrovertido que la recurrente incurre en esta circunstancia.

Por otro lado, tal garantía complementaria ha de ser constituida por aquél que resulte adjudicatario, por cuanto el PCAP dispone en el apartado 3 de la cláusula 3.2, relativa a la garantía definitiva a constituir por el adjudicatario:

“Además, en el caso de adjudicación a una oferta que contuviera valores anormalmente bajos, el Contratista está obligado a constituir la garantía complementaria a la definitiva (Apartado 5 del cuadro de características) del cinco por ciento (5%) del importe del precio final ofertado (excluido el IVA), en el plazo de diez (10) hábiles contados desde aquél en que hubiera recibido el requerimiento por medios electrónicos, según los modelos recogidos en el Anejo I del presente Pliego”.

Circunstancia que se suma a la dicción del último apartado de la cláusula 15 del cuadro de características, que proclama:



“A la vista de los antecedentes, Acuaes actuará de acuerdo con lo previsto en el art. 149, apartados 3 a 6, de la LCSP en lo concerniente a la exclusión por apreciación de que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o, en su caso, a la tramitación de las proposiciones y garantía complementaria a constituir (apartado 5 del Cuadro de Características)”.

Pues bien, en el presente supuesto resulta que efectivamente la oferta es anormalmente baja, pero no puede ser admitida por falta de justificación de su viabilidad, como consecuencia de la existencia de una serie de costes directos e indirectos no valorados por la recurrente, a pesar de haber sido requerida para ello por el órgano de contratación.

Por lo tanto, siendo incontrovertida la anormalidad de la oferta, y analizada ya ut supra la falta de justificación por parte de dicho licitador, la consecuencia debe por tanto ser desestimar esta última pretensión, y con ello el recurso interpuesto.

Por todo ello este motivo debe asimismo ser desestimado.

El recurso, en virtud de lo expuesto, debe ser desestimado,

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. E. S. V. , en representación de la empresa INGENIERÍA Y GESTIÓN DEL SUR, S.L. contra el acuerdo de adjudicación del procedimiento *“Trabajos de naturalización de las parcelas contempladas en el Proyecto de Compensación de Terrenos Afectados y Medidas Correctoras de la Construcción de la Presa de la Breña II”*, con expediente ACE/301.06/20/EXPL/02, convocado por la Sociedad Mercantil Estatal de las Cuencas de España, S.A. (ACUAES).

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.



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 58 de la LCSP.

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.