



Recurso nº 1933/2021

Resolución nº 139/2022

Sección 1ª

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

En Madrid, a 03 de febrero de 2022.

VISTO el recurso interpuesto por D. T.T.R., en representación de TOYR, S.A. (TOYRSA), contra la exclusión del procedimiento “*Servicio de mantenimiento y conservación del Canal de Castilla*”, expediente 452-A.611.10.01/2021, convocado por la Confederación Hidrográfica del Duero, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Se ha tramitado por la Confederación Hidrográfica del Duero, licitación para adjudicar, mediante procedimiento abierto, el contrato arriba indicado con un valor estimado de 2.533.602,58 euros.

Con fechas 16.08.2021, 17.08.2021 y 23.08.2021, se publican los correspondientes anuncios de licitación en el DOUE, en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el BOE, respectivamente.

Segundo. El contrato tiene carácter de contrato de servicios, conforme al artículo 17 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) y está sujeto a regulación armonizada, al superar el umbral de 139.000 euros previsto en el artículo 22.1.a) LCSP. El procedimiento de adjudicación que se sigue es abierto. El valor estimado es de 2.533.602,58 euros, y el presupuesto base de licitación es de 1.532.829,56 (IVA incluido).

Tercero. Con fecha 09.12.2021, se notifica mediante publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público la exclusión de la recurrente de la licitación por incurrir su oferta en valores anormales o desproporcionados.



Cuarto. Con fecha 30 de diciembre de 2021, D. T.T.R., en representación de TOYRSA, interpone recurso especial contra el acuerdo de exclusión del procedimiento ya referenciado.

Quinto. La Secretaría del Tribunal en fecha 13 de enero de 2022 dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones, no habiéndose presentado ninguna.

Sexto. Interpuesto el recurso, la Secretaria General del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 19 de enero de 2022 acordando la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 45.1 de la LCSP y 22.1. 1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC).

Segundo. La cuestión de la legitimación se encuentra regulada en el artículo 48 de la LCSP, donde se establece que podrá interponer el recurso especial toda *“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”*.

Puesto que la recurrente ha concurrido a la licitación, este Tribunal entiende que aquélla ostenta legitimación para la interposición del presente recurso contra su exclusión del procedimiento.

Tercero. El recurso tiene por objeto la impugnación de la exclusión de la recurrente en el procedimiento *“Servicio de mantenimiento y conservación del Canal de Castilla”*, expediente 452-A.611.10.01/2021, convocado por la Confederación Hidrográfica del Duero.



Se trata de un contrato con un valor estimado superior a los 100.000 euros que se exigen en el artículo 44.1.a) de la LCSP para la admisibilidad del recurso especial en relación con el contrato de servicios.

Cuarto. El recurso se ha presentado dentro del plazo de 15 días hábiles previsto en el artículo 50.1.b) de la LCSP.

Quinto. En relación con la cuestión de fondo suscitada, impugna el recurrente su exclusión del procedimiento porque, a su juicio, sí ha justificado suficientemente su oferta económica y los valores anormalmente bajos comprendidos en ella. Alega, en síntesis, falta de motivación del órgano de contratación en su resolución ahora impugnada y solicita la anulación de la misma. En opinión del recurrente, se han aceptado todas las partidas en las que explica sus menores precios, incluida la renuncia a la financiación de gastos generales y beneficio industrial y por otro lado, afirma que las partidas señaladas en el informe técnico cuyas omisiones son determinantes de la exclusión, no han sido declaradas como partidas que justifiquen sus precios, concluyendo que la viabilidad del proyecto ha resultado acreditada y que no ha sido rechazada con fundamento.

Pues bien, lo cierto es que examinado el expediente, el órgano de contratación toma su decisión con base en los informes técnicos elaborados por la Unidad encargada del análisis y valoración de la justificación sobre la viabilidad de la oferta (docs. 19G y 19H).

En los referidos informes, los dos de carácter desfavorable a la admisión de la oferta, se realizan las siguientes consideraciones:

En el informe emitido en fecha 26 de octubre de 2021, en relación con la reducción de precios y en particular como consecuencia del análisis de del cuadro de precios descompuestos en relación a los procesos constructivos propuestos por TOYRSA en su oferta técnica:

“a) se concluye que la oferta realizada por la empresa TOYRSA Empresa Constructora no está debidamente justificada y no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormalmente bajos, puesto que falta de incluir en su justificación de precios, maquinaria y personal comprometidos en su oferta técnica, en relación a las siguientes unidades:



- En el escarificado se ha omitido la retroexcavadora con escarificado comprometida,
- En la realización de escolleras se han omitido la pala cargadora y los camiones Dumpers comprometidos,
- En la barandilla de seguridad se han omitido la ahoyadora, el camión hormigonera, y la retroexcavadora mixta comprometidas, y - En la poda y/o tala de arbolado de grandes dimensiones se han omitido la podadora de altura y la prepodadora de discos comprometidas.

A mayores, el informe manifiesta que *“TOYRSA añade una reducción de los gastos generales del 13% al 7% en base a la no necesidad de alquilar inmuebles, a tener la maquinaria amortizada, etc. Si bien esto es factible; de la misma forma debería incrementarlos con los salarios de los capataces pues no han sido tenidos en cuenta en la justificación de precios descompuestos así como los salarios de todo el personal a mayores que ofrece en su oferta técnica: diplomado en empresariales, ingeniero civil, ingeniero técnico industrial, ingeniero de montes, ingeniero civil, ingeniero de caminos, canales y puertos, etc.”*

Con fecha 18 de noviembre de 2021 se emite un segundo informe técnico, sobre la aclaración solicitada a TOYRSA sobre el desglose de los costes incluidos en los gastos generales y sobre la justificación de “cuadro de descompuestos” correspondiente a los “Procesos constructivos” que detallan el conjunto de actuaciones de la oferta técnica.

Toyrsa presenta las aclaraciones solicitadas, aportando una declaración jurada indicando determinados importes de facturación y de gastos generales, sin desglosar. Añade que los gastos generales son determinados para cada obra *a posteriori* de su ejecución, repartiendo los gastos generales de toda la empresa sobre la parte proporcional del presupuesto de una obra determinada. El informe técnico rechaza esta justificación argumentando que carece de datos económicos desglosados que justifiquen la viabilidad del servicio con la oferta presentada. Asimismo, manifiesta que el hecho de que los Gastos Generales dependan del conjunto de obras en ejecución o ejecutadas en el período de tiempo fijado por la empresa, *“condiciona la prestación de este servicio al resto de obras y servicios a ejecutar o prestar en los dos años de vigencia del contrato de mantenimiento y conservación”*, de tal manera que en caso de que la empresa no ejecutara ningún otro contrato durante este período todos los gastos generales serían imputados al presente contrato de mantenimiento, poniendo en riesgo la viabilidad del mismo debido a razones que se deberían haberse previsto y presupuestado anteriormente.



En cuanto a la justificación del cuadro de descompuestos correspondiente a los “Procesos constructivos” propuestos en su oferta técnica, se ratifica en su primera justificación y realiza un cálculo del cuadro de justificación de precios que no se corresponde con la oferta técnica que presentó. Sostiene el informe técnico que la justificación debería haber ido dirigida a cuantificar el ahorro que puede suponer, respecto al valor del presupuesto en el pliego, la prestación del servicio mediante los procedimientos constructivos de su oferta.

Concluye el segundo informe sobre la justificación presentada:

“La justificación de la viabilidad de la oferta presentada por TOYRSA no se considera cumplida, dado que el carácter incompleto de las justificaciones presentadas impide considerar aplicable el ahorro en los servicios a prestar.

Considerando que (...) la oferta realizada por la empresa TOYRSA no está debidamente justificada y no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormalmente bajos, puesto que:

- La justificación planteada, ya fue valorada o bien dentro de los solvencia técnica o profesional exigida, como como en la propuesta técnica presentada, de acuerdo con los “criterios cualitativos cuya cuantificación depende de un juicio de valor” del PCAP.

-En los apartados en los que justifica cuantitativamente la baja ofertada:

Los Gastos Generales imputables a este Servicio no se justifican con datos económicos desglosados, para este contrato, que demuestren la viabilidad del servicio con la oferta presentada.

El cálculo del cuadro de justificación de precios/cuadro de descompuestos no se corresponde con la Oferta Técnica que presentada.

Y en el caso de la subvención si bien justifica parte de la baja en que incurre la oferta, su repercusión es mínima.

Estas omisiones y contradicciones son la causa de inclusión en valores anormales o desproporcionados.



En suma, y a diferencia de lo que señala el recurrente, sí existe una motivación suficiente en la resolución de exclusión, por cuanto ésta se apoya en dos informes técnicos elaborados por la Unidad encargada del análisis y valoración de la justificación sobre la viabilidad de las ofertas, que no pueden acoger la justificación de una oferta al ser esta incompleta o se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico, como habilita el artículo 149.4 de la LCSP. Y lo cierto es que el recurrente no desvirtúa, con sus alegaciones, el contenido de tales informes técnicos, por lo que debe prevalecer la decisión del órgano de contratación sobre la base de la discrecionalidad técnica que ostenta en la materia.

En efecto, hemos de comenzar recordando que el artículo 149 de la LCSP regulador de la tramitación de las ofertas incursas en presunción de bajas desproporcionadas o valores anormalmente bajos no instituye un mecanismo apriorístico de rechazo de las mismas, sino que siguiendo en parte, al antiguo artículo 152 del TRLCSP, viene a garantizar la tramitación de un expediente contradictorio, en el que se ha de dar audiencia a las licitadoras cuyas ofertas estén incursas en dicha presunción, con el fin de que procedan a su justificación.

Es cierto que este nuevo precepto intensifica el rechazo de las ofertas económicas incursas en presunción de anormalidad o desproporción, cuando se compruebe que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201 de la vigente LCSP.

Así, el examen de la cuestión de fondo, en el presente recurso, se centra en el rechazo, por indebida justificación de la oferta realizada por la recurrente, incursa en dicha presunción de baja anormal, lo que exige partir de la doctrina de este Tribunal al respecto resumida en las Resoluciones nº 803 y 1184/2018, de 14 de septiembre y 17 de diciembre, respectivamente – citadas todas ellas en la Resolución nº 871/2020, de 31 de julio-, y a la luz de las exigencias establecidas en el artículo 149 de la LCSP que obliga al rechazo de aquellas ofertas que no justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios ofrecidos, de modo que no permita llegar a la convicción de que la oferta pueda ser cumplida en sus propios términos.

Así, este Tribunal ha recordado en la Resolución 877/2017, de 3 de octubre que:



«En cuanto se refiere a la presunción de anormalidad o desproporción de las ofertas, hemos de recordar aquí nuestra doctrina construida sobre el artículo 152 del TRLCSP, pero trasladable, mutatis mutandi, al artículo 82 de la Ley 31/2007 que rige en este procedimiento de licitación. La doctrina de este Tribunal sobre el alcance y objeto de ese resultado es constante y unánime en el sentido de señalar que el hecho de que una oferta se encuentre en presunción de anormalidad constituye un mero indicio, que en ningún caso puede dar lugar a la exclusión automática de la oferta, sino que necesariamente y en todo caso, debe el órgano de contratación iniciar un procedimiento contradictorio, dando audiencia al licitador cuya oferta esté incurso en dicha presunción, para que pueda justificar satisfactoriamente el bajo nivel de precios ofertados o de costes propuestos y, por tanto, que es susceptible de cumplimiento en sus propios términos, y solo en caso contrario, cabe el rechazo de la oferta anormalmente baja y la exclusión del licitador oferente. En cuanto al contenido y alcance de ese procedimiento contradictorio, también se ha dicho por este Tribunal, que debe estar dirigido exclusivamente a destruir la presunción de anormalidad mediante la presentación por el licitador de las justificaciones precisas y suficientes que expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de precios ofertados o de costes propuestos. A la vista de dicha documentación y justificaciones, el rechazo de la oferta exige de una resolución debidamente motivada que razone por qué las justificaciones del licitador no explican satisfactoriamente el bajo nivel de precios ofertados. Por el contrario, cuando de lo que se trata es de admitir la justificación presentada por el licitador, no es necesario que se contenga una motivación exhaustiva (resolución nº637/2015). Es también doctrina de este Tribunal, que la exhaustividad de la justificación aportada por el licitador habrá de ser tanto mayor cuanto mayor sea la baja en que haya incurrido la oferta, por relación con el resto de ofertas presentadas». (...)»

Adicionalmente, debemos advertir que no es cometido de este Tribunal la revisión de los criterios técnicos empleados por el órgano de contratación para valorar la justificación de las ofertas anormales o desproporcionados, como hemos señalado, por todas, en la Resolución 310/2017, de 31 de marzo, en la que afirmábamos que:

«De otra parte, en la Resolución 786/2014, de 24 de octubre, citando la Resolución 677/2014, de 17 de septiembre, declaramos que la revisión de la apreciación del órgano de contratación acerca de la justificación de las ofertas incursas en presunción de temeridad incide directamente en la discrecionalidad técnica de la Administración y que, a tal respecto, es criterio de este Tribunal (Resoluciones 105/2011 y las 104 y 138/2013) que la apreciación



hecha por la entidad contratante del contenido de tales justificaciones en relación con el de las propias ofertas debe considerarse que responde a una valoración de elementos técnicos que en buena medida pueden ser apreciados en función de parámetros o de criterios cuyo control jurídico es limitado. Aun así, hay aspectos que, aun siendo difíciles de controlar jurídicamente por venir determinados por la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, pueden y deben ser revisados por el Tribunal».

Aplicando la referida doctrina en el presente supuesto, el control de este Tribunal ha de centrarse en determinar si el informe técnico del órgano de contratación fundamenta de forma suficiente y adecuada el carácter insatisfactorio de las explicaciones dadas por la empresa licitadora incurso en la baja anormal y, por ello, el rechazo de dicha oferta o si, por el contrario, los argumentos empleados por la recurrente para calificar la viabilidad de su oferta económica gozan de peso suficiente como para destruir las presunciones de legalidad y de discrecionalidad de la actuación administrativa impugnada, exigiendo por ende, la aceptación de la referida oferta económica incurso en presunción de anormalidad por entender que ha sido rechazada de forma arbitraria.

Pues bien, este Tribunal entiende que en el presente caso no existen elementos en el recurso que permitan desvirtuar la valoración realizada por el órgano de contratación, por lo que, en consecuencia, nos conduce a la desestimación del recurso y a la confirmación de la legalidad de la exclusión decretada que constituye el objeto del presente recurso especial.

Por todo cuanto antecede,

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. T.T.R., en representación de TOYR, S.A. (TOYRSA), contra la exclusión del procedimiento “*Servicio de mantenimiento y conservación del Canal de Castilla*”, expediente 452-A.611.10.01/2021, convocado por la Confederación Hidrográfica del Duero.

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 a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.