



Recurso nº 1006/2023

Resolución nº 1204/2023

Sección 2ª

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

En Madrid, a 21 de septiembre de 2023.

VISTO el recurso interpuesto por D. J. L. F., en representación de CONSULTORA DE RIEGOS, S.A., y por D. A. M. M. en representación de OBRAMAS 9002, S.L. en compromiso de UTE, contra el acuerdo de la Mesa Única de Contratación de 15 de junio de 2023 que resuelve la exclusión del *“Contrato de obras para proyecto del colector de Valdeliberola del sistema de riegos del Alto Aragón.TM Candasmó (Huesca). Proyecto modificado nº 1 y adenda nº 2”*, licitado por la Dirección General del Agua del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Dirección General del Agua convocó la licitación pública, por procedimiento abierto ordinario, del contrato de obras para proyecto del colector de Valdeliberola del sistema de riegos del Alto Aragón.TM Candasmó (Huesca). Proyecto modificado nº 1 y adenda nº 2.

El contrato tiene un valor estimado de 9.565.761,29 euros, IVA excluido.

Fue objeto de anuncio en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 18 de enero de 2023.

Segundo. El 2 de marzo de 2023, la mesa de contratación acordó la admisión de las ofertas presentadas así como la apertura del sobre 2 relativo a las ofertas cuya ponderación depende de juicio de valor, criterios que fueron objeto de informe técnico de valoración de 3 de mayo aprobado por la mesa de contratación el 11 de mayo.



En la misma sesión la mesa comprobó la posible temeridad de las ofertas, quedando la oferta de la UTE recurrente incurso en presunción de anormalidad, por lo que le fue requerida la justificación de la viabilidad de su oferta, lo que dicha entidad verificó.

Sobre esta justificación se emitió informe técnico por la Subdirección General de Dominio Público Hidráulico e Infraestructuras el 7 de junio de 2023, que concluyó lo siguiente:

“Al ratificarse en su oferta mediante justificación insuficiente, no queda constancia de que se alcance un ahorro significativo que permita el procedimiento de ejecución del contrato, ni las condiciones excepcionalmente favorables de que dispone para ejecutar la prestación. Por tanto, se estima que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, ya que no queda suficientemente justificada la viabilidad de su oferta anormalmente baja”.

Con base en este informe, en sesión de 15 de junio de 2023, la mesa de contratación acordó la exclusión de la oferta de la UTE recurrente, lo que se le notificó el 23 de junio. En la misma sesión se acordó la clasificación de las ofertas y la propuesta de adjudicación del contrato en favor de UTE SUMELZO S.A. y VIALEZ CONSTRUCTURA ARAGONESA S.L.

Tercero. Mediante recurso especial presentado el 14 de julio de 2023, la UTE recurrente combate la resolución de exclusión, que considera contraria al artículo 149 de la 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) por la justificación ofrecida, que no motiva la imposibilidad de ejecutar la oferta sino meramente la falta de exclusividad de las soluciones ofrecidas.

Cuarto. De acuerdo con lo previsto en el artículo 56.2 de la LCSP se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente. El órgano de contratación remitió el expediente junto con informe solicitando la desestimación del recurso.

Señala el órgano de contratación, adjuntando informe técnico que reitera las conclusiones del emitido el 7 de junio, que *“el resto de licitadores tuvieron las mismas oportunidades de ofertar las soluciones técnicas y económicas propuestas y justificadas por el licitador CONSULTORA DE RIEGOS, S.A. Y OBRAMAS 9002, S.L. en U.T.E.”.*



La UTE SUMELZO S.A. y VIALEZ CONSTRUCTURA ARAGONESA S.L. también ha presentado alegaciones ante este Tribunal en el mismo sentido que las del órgano de contratación. Añade a su argumentación que la justificación de la UTE recurrente no fue global en relación con la oferta sino parcial en relación a aspectos determinados, y analiza partidas adicionales de la oferta de la UTE recurrente.

Quinto. Con fecha 26 de julio de 2023, se acordó conceder la medida cautelar 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 presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para conocer del mismo a tenor de lo establecido en el artículo 45 de la LCSP.

Segundo. El inicio del procedimiento y el plazo de interposición del recurso especial se regulan en el artículo 50 de la LCSP, y se desarrolla en el artículo 19 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Por lo que, en el caso que nos ocupa, debe considerarse que la interposición se ha formulado en plazo, al haber sido presentado el recurso dentro de los quince días hábiles siguientes a la notificación de la resolución impugnada.

Tercero. La legitimación se regula en el artículo 48 de la LCSP, que señala que *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*.

En el presente caso, la parte recurrente es uno de los licitadores excluidos del procedimiento de licitación, por lo que dispone de legitimación en tanto la eventual estimación del recurso determinaría su reintegración al procedimiento de licitación.



Cuarto. El recurso se interpone contra un acto susceptible de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el artículo 44.2.b) de la LCSP, como es el acuerdo de exclusión de la oferta de la licitación. En efecto, el acuerdo adoptado por la Mesa Única de Contratación es el siguiente:

“Se ha incorporado a la documentación de la sesión informe del órgano proponente para valorar la justificación de la oferta anormalmente baja del licitador CONSULTORA DE RIEGOS, S.A. y OBRAMAS 9002, S.L. en UTE. Una vez analizada técnicamente no se entiende suficiente, por lo que los miembros de la Mesa Única de Contratación acuerdan por unanimidad la exclusión del licitador, de acuerdo con lo indicado en el informe técnico y asumiendo sus conclusiones.”

Dicho acuerdo se dicta en el marco de la licitación de un contrato de obra cuyo valor estimado es de 9.565.761,29 euros, IVA excluido, y por tanto es susceptible de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el artículo 44.1.a) de la LCSP.

Por todo ello, el objeto de este recurso se ha configurado correctamente.

Quinto. Pasando a examinar los motivos del recurso, conviene comprobar en particular el cumplimiento del estándar establecido en el artículo 149 de la LCSP, que exige al órgano de contratación requerir y analizar la justificación de las ofertas incursas en presunción de anormalidad, y en caso de exclusión, motivar suficientemente su apreciación de que la oferta no puede ser ejecutada.

Recordábamos en las Resoluciones 82/2020 de 23 de enero, y 464/2020 de 26 de marzo, lo siguiente:

“Expuesto lo anterior, procede traer a colación la doctrina de este Tribunal en relación con la justificación de las ofertas anormales o desproporcionadas. Así, en la Resolución 488/2015 declaramos que “En materia de la actuación de los órganos de contratación en presencia de ofertas anormales o desproporcionadas, así calificadas por exigencia de las previsiones establecidas en los Pliegos del Contrato, también es profusa la doctrina de este Tribunal de Contratación y, así y por todas, podemos citar la resolución 371/2015, en la que citábamos otras, señalando, al respecto, que, en la Resolución nº 683/2014, de 17 de septiembre, con



cita de la Resolución 142/2013, de 10 de abril, señalábamos que “la decisión, sobre 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 reiterado 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.

En caso de exclusión de una oferta incursa en presunción de temeridad, es exigible que se fundamenten los motivos que justifiquen tal exclusión. Por el contrario, en caso de conformidad, no se exige que el acuerdo de adjudicación explicita los motivos de aceptación. 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...’

En el mismo sentido, en nuestra Resolución 832/2014 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’.

De otra parte, en la Resolución 786/2014, indicamos 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, 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.

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 del contrato en tales condiciones’.

Continúa la Resolución 786/2014 declarando que ‘para desvirtuar la valoración realizada por el Órgano de Contratación en esta materia, será preciso que el recurrente ofrezca algún argumento que permita considerar que el juicio del Órgano de Contratación, teniendo por justificadas las explicaciones dadas por el licitador, cuya oferta se ha considerado, inicialmente, como anormal o desproporcionada, resulta infundado o a apreciar que se ha incurrido, en ese juicio, en un error manifiesto y constatable...

Por lo tanto, es competencia de este Tribunal, analizar si la justificación del licitador, cuya oferta es considerada anormal o desproporcionada, resulta suficiente o no, en los términos a que hemos hecho referencia antes, con cita de nuestra doctrina, análisis que exige considerar el requerimiento del órgano de contratación y los aspectos que éste prevé como exigibles y la justificación remitida al respecto por el licitador”.

Pues bien, aplicando este estándar de control en el presente caso, cabe revisar la justificación ofrecida por la UTE recurrente y los motivos ofrecidos por el órgano de contratación (a criterio de su órgano asesor técnico) para justificar la exclusión.

Por lo que hace a la primera cuestión, la UTE recurrente justificó su oferta siguiendo la estructura de los extremos enumerados por el artículo 149 de la LCSP y que le fueron requeridos, esto es:

- A) El ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción.
- B) Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.



C) La innovación y originalidad de las soluciones propuestas, para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.

D) El respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral, y de subcontratación, no siendo justificables precios por debajo de mercado o que incumplan lo establecido en el artículo 201 de la Ley de Contratos del Sector Público.

De la justificación ofrecida se pueden destacar algunos aspectos, que el recurso especial ha subrayado.

En primer lugar, se destaca el cambio en el lugar previsto en el Proyecto como vertedero, empleando uno más cercano y accesible, lo que considera una solución constructiva no propuesta por ningún otro licitador, y cuyo ahorro respecto al presupuesto del proyecto cuantifica en 643.559,06 euros.

También desarrollaba la UTE recurrente sus condiciones especialmente favorables en el suministro de materiales relativos a las medidas correctoras, por acuerdos comerciales especialmente beneficiosos, y cuantificaba un ahorro respecto al presupuesto de 109.442,28 euros.

Igualmente explicaba la previsión de ejecución de la obra con un parque de maquinaria propio, ya amortizado, con el consiguiente ahorro de costes de amortización y del coste de alquiler de maquinaria, así como la innovación en el método de ejecución del contrato, por la solución técnica incluida de emplear un cajón empujado en el cruce con la autovía A2.

Por su parte, el informe técnico en que se basa la decisión de la mesa de contratación de excluir la oferta por no considerar justificados los valores incluidos en la misma, señalaba lo siguiente (el subrayado es añadido):

“Se propone, por su proximidad y consecuente ahorro económico, la utilización de dos vertederos ubicados en el entorno de la presa de Valdepatao, ambos terrenos empleados en su día como préstamos para la obtención de materiales para la ejecución del dique de dicha presa y actualmente de titularidad de la Confederación Hidrográfica del Ebro. Tal y como el licitador refleja en su informe justificativo, al ser ambos terrenos de titularidad pública, pueden ser utilizados como zona de vertedero por cualquier otro licitador, por lo que en ningún caso



la utilización de estos terrenos públicos próximos a la obra supone una ventaja competitiva exclusiva de la UTE CONSULTORA DE RIEGOS, S.A. y OBRAMAS 9002, S.L. frente al resto de licitadores.

- Que cuentan con experiencia en trabajos similares y, particularmente, en la ejecución de obras de movimiento de tierras de todo tipo, por lo que son conocedores de las exigencias de los trabajos y cuentan con parque de maquinaria en propiedad totalmente amortizado, pero no queda suficientemente acreditado en su informe el beneficio económico que eso supone sobre el total de la oferta, con respecto al resto de competidores. Además, estas circunstancias esgrimidas son genéricas y pueden ser aducidas por cualquier otro de los licitadores.

- Aportan ofertas y cartas de compromiso de suministradores, pero no se aporta documentación alguna que permita confirmar una exclusividad para este ofertante en el trato recibido por los suministradores, lo que pone de manifiesto que estas circunstancias estarían al alcance de cualquier otro ofertante, lo que elimina la excepcionalidad requerida para admitir el excesivo alejamiento de las condiciones de mercado que es lo que determina la exclusión del licitador.

- Proponen que la ejecución del cruce de la NII se realice mediante cajón empujado,

argumentando que se trata de una solución más económica que la contemplada en el proyecto de cruce mediante ejecución de pantallas de hormigón y ejecución de solera y losa superior conformando sendos marcos armados ejecutados in situ. Para justificar la idoneidad económica de esta solución, adjuntan dos estudios realizados por empresas especializadas en el empuje de cajones, sin que quede reflejado que las mismas vayan a trabajar en exclusividad para este licitador, pudiendo poner su conocimiento y su tecnología en esta materia a disposición de cualquier otro licitador. En resumen, no queda justificado que esta técnica constructiva sólo pudiera ser empleada por este licitador, lo que le daría una ventaja competitiva real en el mercado, que es lo que permitiría justificar una baja legalmente definida como temeraria.

- Se propone un desglose de los costes unitarios de unidades de obra del movimiento de tierras, aportando rendimientos diarios, así como datos y costes de producción. Tras el estudio de este desglose, no queda de manifiesto que el licitador disponga de medios o técnica



constructiva en exclusividad que le otorgue una ventaja competitiva frente al resto de licitadores que justifique su oferta en situación de temeridad”.

En el informe remitido a este Tribunal, el mismo órgano técnico ha reiterado que “*el resto de licitadores tuvieron las mismas oportunidades de ofertar las soluciones técnicas y económicas propuestas y justificadas por el licitador CONSULTORA DE RIEGOS, S.A. Y OBRAMAS 9002, S.L. en U.T.E.*”.

En definitiva, parece claro que la motivación empleada por el órgano de contratación, por indicación de su órgano asesor técnico, reiterada ante este órgano de contratación, se ciñe a la falta de exclusividad de las soluciones indicadas por el licitador para justificar los valores incluidos en su oferta.

Pues bien, pese a las limitaciones necesariamente aplicables al control de este tipo de decisiones, por la apreciación técnica que corresponde al órgano de contratación, en el presente caso, sin necesidad de analizar el detalle de las cuestiones técnicas implicadas, este Tribunal considera insuficiente la motivación del órgano de contratación para excluir la oferta de la UTE recurrente.

En este sentido, la alusión reiterada al criterio único de la exclusión, como es la falta de *exclusividad* de los elementos incluidos en su oferta por parte del licitador, revela a juicio del Tribunal una aplicación incorrecta del estándar de justificación de ofertas presuntivamente anormales contenida en el artículo 149 de la LCSP.

Este precepto exige al órgano de contratación que, en caso de que una oferta quede incurso en presunción de anormalidad, requiera al licitador que justifique y desglose razonada y detalladamente “*el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta*”.

En particular, se estipula que se puede requerir justificación sobre aquellas condiciones de la oferta que sean susceptibles de determinar “*el bajo nivel del precio o costes de la misma*”, esto es:

a) El ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción.



- b) Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.
- c) La innovación y originalidad de las soluciones propuestas, para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.
- d) El respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral, y de subcontratación, no siendo justificables precios por debajo de mercado o que incumplan lo establecido en el artículo 201.
- e) O la posible obtención de una ayuda de Estado.

Más adelante se aclara que podrá acordarse la exclusión si el órgano de contratación estima que la información recabada *“no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador y que, por tanto, la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales”*.

En definitiva, el objeto de este trámite es que el órgano de contratación compruebe y resuelva motivadamente sobre si el bajo nivel de precios o costes propuestos tiene un motivo razonablemente justificado, sin exigir que el licitador acredite que su oferta contiene elementos que suponen un beneficio o mejora que le es exclusivamente accesible respecto al resto de licitadores.

La LCSP se refiere al procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción, a las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables disponibles para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras, y a la innovación y originalidad de las soluciones propuestas.

Ninguno de estos elementos entraña un estándar adicional, impuesto en este caso por el órgano de contratación, de que esos procedimientos, soluciones o condiciones sean exclusivos del licitador, sino de que se indiquen las particularidades de tales procedimientos, soluciones o condiciones que expliquen y justifiquen los valores incluidos en la oferta.



Que una solución técnica o acuerdo de suministro o servicio con un tercero, como ocurre en este caso, fueran accesibles a otros licitadores parece una constatación obvia, pues en otro caso la oferta devendría excluible por no reunir las condiciones técnicas exigidas por el Pliego.

Ocurre sin embargo que en este caso es la UTE recurrente quien ha incluido estas condiciones en su oferta, a diferencia de otros licitadores a quienes también les serían accesibles, pero no las incluyeron, y son tales condiciones las que justifican, según la UTE, los valores incluidos en su oferta.

Compartimos en este sentido el argumento contenido en el recurso de que la motivación del órgano de contratación en ningún momento cuestiona que la oferta pueda ser cumplida, y sin embargo implícitamente y de manera reiterada admite que sí puede serlo, pues considera que tales condiciones podrían ser utilizadas por otros licitadores en sus ofertas.

Como también compartimos que en un supuesto en que la presunción de anormalidad ha resultado aplicable por un muy escaso margen, la motivación exigible al órgano de contratación para acordar la exclusión debería ser especialmente reforzada y sólida (Resolución nº 188/2018), y sin embargo no ocurre así.

Por todo ello, debe estimarse el presente recurso especial anulando la resolución recurrida y retro trayendo el procedimiento al momento anterior a la exclusión de la UTE recurrida a fin de que el recurrente sea reintegrado al procedimiento de licitación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. J. L. F., en representación de CONSULTORA DE RIEGOS, S.A., y por D. A. M. M. en representación de OBRAMAS 9002, S.L. en compromiso de UTE, contra el acuerdo de la Mesa Única de Contratación de 15 de junio de 2023 que resuelve la exclusión del *“Contrato de obras para proyecto del colector de Valdeliberola del sistema de riegos del Alto Aragón.TM Candasmo (Huesca). Proyecto modificado nº 1 y adenda nº 2”*, licitado por la Dirección General del Agua del Ministerio para



la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, con los efectos previstos en el Fundamento Jurídico Quinto.

Segundo. Levantar la medida cautelar acordada, de conformidad con lo establecido en el artículo 57 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 multa 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.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES