



Recurso nº 351/2016

Resolución nº 413/2016

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

En Madrid, a 27 de mayo de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.R.B.G., en representación de DYNAQUA MEDIO AMBIENTE, S.L. (en adelante, DYNAQUA, o la recurrente), contra el acuerdo de exclusión de su oferta y adjudicación consiguiente a la empresa SERS, CONSULTORES EN INGENIERÍA Y ARQUITECTURA, S.A. (en lo sucesivo, SERS o la adjudicataria), del contrato de servicios para la “*Redacción del proyecto de ampliación de la estación depuradora de aguas residuales y mejora de saneamiento de Miranda de Ebro (Burgos)*” (expediente 09.309-0202/0311), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Secretaría de Estado de Medio Ambiente del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente (en adelante, el órgano de contratación) convocó, mediante anuncio publicado en el DOUE y en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 22 de mayo y en el BOE el 21 de mayo de 2015, licitación por procedimiento abierto para contratar la redacción del proyecto de ampliación de la estación depuradora de aguas residuales (EDAR) y mejora del saneamiento de Miranda de Ebro. El valor estimado y presupuesto de licitación del contrato (sin IVA) se cifra en 253.223,43€. A la licitación referida se presentaron y fueron admitidas 40 ofertas, entre ellas la de la empresa recurrente.

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 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 de servicios (CPV 71318000) se clasifica en la categoría 12 del Anexo II del TRLCSP y, dado su valor estimado, está sujeto a regulación armonizada.

Tercero. El apartado 16.2.1.1 del Cuadro de características del Pliego de cláusulas administrativas (PCAP), establece que:

“Para la consideración de una oferta con valores anormales o desproporcionados se aplicarán los criterios incluidos en los apartados 1, 2, 3 o 4 del artículo 85 del RGLCAP. En dicho artículo (85 RGLCAP) se sustituyen todas las referencias a «10 unidades porcentuales», por la expresión «5 unidades porcentuales»”.

Tras los trámites oportunos, en la reunión de la mesa de contratación celebrada el 24 de septiembre de 2015, en sesión pública, se procedió a la apertura de los sobres y lectura de las ofertas económicas. Como consecuencia de la aplicación de la cláusula antes transcrita, se constató que seis ofertas, entre ellas la de DYNAQUA, resultaban desproporcionadas. Su oferta (104.201,44€) era la de menor importe; presentaba una baja del 54,85% y resultaba un 23,5% por debajo de la media de referencia; su puntuación en la oferta técnica había sido de 12,4 puntos (sobre un máximo de 40 puntos). La oferta de la adjudicataria (139.272,89€), no resultaba ya incurso en presunción de temeridad y había obtenido una de las puntuaciones más altas (26,4 puntos) en la oferta técnica.

A DYNAQUA, -como a los restantes licitadores con ofertas presuntamente temerarias- se le requirió para que presentara informe justificativo de su oferta en el que *“podrá alegar cuanto estime oportuno presentando los justificantes y documentos que estime pertinentes”*

Cuarto. La recurrente remitió en el plazo habilitado una amplia y detallada justificación de los gastos considerados en su oferta. Resaltaba su conocimiento de la zona que redundaría en el menor coste de ejecución de los trabajos que indicaba y que le *“permite tener un contacto próximo con diferentes empresas y consultoras que realizan sus trabajos en dicha comunidad... A partir de este conocimiento se basa la solución adoptada para realizar los trabajos optimizando los costes del mismo. La solución*



consiste en realizar cada uno de los trabajos especializados: geotecnia, topografía, caracterización de aguas,... por empresas especialistas, siempre bajo la supervisión y responsabilidad de Dynaqua Medio Ambiente, S.L.”. Adjuntaba las ofertas de esos colaboradores especialistas externos.

Quinto. El informe emitido el 22 de octubre de 2015 por la Subdirección General de Infraestructuras y Tecnología de la Dirección General del Agua (en lo sucesivo, la D.G. del Agua), se refiere a diversas partidas de coste deficientemente consideradas en la justificación presentada (coste del titulado superior; dietas por desplazamiento) y considera que la supervisión de los trabajos a realizar por empresas externas *“no es la suficiente para alcanzar las prestaciones solicitadas en el Pliego”*. Sobre las ofertas de esos colaboradores externos resalta que:

- En cuanto a *geotecnia*, no define de manera suficiente los trabajos de campo a realizar y no coincide con la oferta técnica presentada por DYNAQUA.
- Respecto a *topografía*, el Pliego *“exige como indispensable partir de la restitución de un nuevo vuelo fotogramétrico, lo cual no aparece en el cálculo de costes de la justificación ni en la oferta”* de la empresa colaboradora. Con lo ofertado *“no se asegura que se alcancen las prestaciones que para este trabajo se solicitan en el Pliego de Bases Técnicas que rige el concurso”*.
- Sobre *caracterización y control de caudales*, tampoco coincide con la oferta técnica de DYNAQUA, que preveía un mayor número de mediciones. Tampoco incluye datos y parámetros a analizar requeridos en el pliego.

Señala el informe también las deficiencias, respecto a lo requerido en los pliegos, en las ofertas de otros colaboradores externos (estudio acústico; automatización y control; edición y encuadernación) y advierte asimismo de que la oferta de DYNAQUA incluía propuestas que no se han considerado en la justificación, relativas al material y servicios para organizar exposiciones públicas.

Concluye el informe que en la justificación presentada *“no se contemplan todas las prestaciones necesarias que se exigen en el Pliego Bases Técnicas que rige el concurso. Así mismo, esta justificación no coincide exactamente con la oferta presentada por DYNAQUA”*, por lo que entiende que se debe considerar que *“la oferta no puede ser*



cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, debiendo ser excluida de la clasificación...”.

Reunida la mesa de contratación el 5 de noviembre de 2015, se aprueba el informe de valoración y se propone la exclusión de DYNAQUA y de las restantes ofertas incursas en presunción de temeridad, y la consecuente adjudicación a favor de SERS por resultar la oferta económicamente más ventajosa. La propuesta se confirmó mediante acuerdo del órgano de contratación el 28 de diciembre de 2015, notificado el 18 de enero de 2016.

Sexto. El 5 de febrero de 2016, DYNAQUA interpuso recurso contra dicho acuerdo, que fue estimado parcialmente por este Tribunal (Resolución 231/2016, de 1 de abril) al no haberse acompañado en la notificación el informe técnico en el que se basó la exclusión. Se ordena *“que se proceda a notificar nuevamente el acuerdo de exclusión al interesado, dando un nuevo plazo de recurso frente al mismo”*. En cumplimiento de esa resolución, el 7 de abril de 2016 se comunicó al interesado el acuerdo de adjudicación con el informe en el que se justifica su exclusión.

Séptimo. Contra el acuerdo de exclusión de su oferta, el 26 de abril de 2016, DYNAQUA ha presentado en el registro del órgano de contratación, escrito de interposición de recurso especial. Considera que su oferta es holgada en partidas como gastos generales o imprevistos con las que puede absorber las pequeñas diferencias advertidas en otras como costes de personal o de edición y encuadernación. En cuanto a las afirmaciones del informe técnico de la D.G. del Agua sobre su justificación, sostiene que:

- Las visitas de obra previstas son suficientes, puesto que se han tenido en cuenta las horas de viaje *“y el resto de la jornada dedicarla a visita, tiempo adecuado para una visita de obra (3/4 horas)”*. En cuanto a la supervisión de los trabajos de las empresas colaboradoras *“mucha supervisión puede realizarse on-line, y en las reuniones presenciales será la empresa externa la que se desplaza hasta Dynaqua, que la ha contratado, y no al revés”*.
- En cuanto a los trabajos de *geotecnia*, la empresa colaboradora a subcontratar ha examinado y conoce *“el terreno y las instalaciones existentes,... lo que permite ajustar los trabajos a la dimensión de los que ya se hicieron exitosamente y funcionan, lo que permite una más ventajosa oferta que sí puede ser cumplida”*.



Hace referencia a un documento nº4 que dice aportar, pero que no ha adjuntado al escrito de recurso.

- Sobre los trabajos de *topografía* y la exigencia del pliego de bases de partir de la restitución de un nuevo vuelo fotogramétrico, afirma DYNAQUA que *“sin entrar en las restricciones inherentes a este tipo de vuelos en zonas urbanas y pobladas, ello no es cierto, y sí lo es que ese documento de partida ofrece menos información y de menor calidad y fiabilidad que el levantamiento taquimétrico que propone la empresa”*.
- Sobre la *caracterización y control de caudales*, afirma que lo fundamental en esos trabajos *“es caracterizar el vertido al inicio,... no aporta en la mejora del documento caracterizar el proyecto cuando éste está a punto de ser finalizado. Por otra parte, volvemos a la realidad, y ésta es que existen unas instalaciones en funcionamiento en las que todos los meses obligadamente se realizan las analíticas correspondientes incluyendo todos los parámetros exigidos, no siendo necesario el alcance que se plantea en el informe”*.

Concluye DYNAQUA que el informe técnico sobre su justificación basa su conclusión de que la oferta no puede ser cumplida *“en los trabajos que importan solo el 10 % y solamente en una parte insignificante de ellos, cuando son empresas de reconocido prestigio que se comprometen a realizar los trabajos”*. Solicita que se anule el acuerdo de adjudicación y se acuerde la retroacción de actuaciones para que sea admitida la oferta presentada por DYNAQUA.

Octavo. El expediente administrativo, junto al informe del órgano de contratación, se recibió en este Tribunal el 10 de mayo de 2016. Se adjunta un nuevo informe de la Subdirección General de Infraestructuras y Tecnología en el que concluye que *“es imposible que DYNAQUA pueda cumplir con lo exigido en el contrato y satisfacer las prestaciones del Pliego”*, por lo que considera que se debe desestimar el recurso y mantener el acuerdo de adjudicación de 22 de diciembre de 2015.

El informe de la indicada Subdirección General ratifica y amplía los argumentos del elaborado inicialmente sobre la justificación de la oferta. En particular señala que:

- Respecto a los *gastos de desplazamiento* *“el reclamante advierte que sus técnicos estarán trabajando en la obra 3 o 4 horas diarias. Esto es totalmente*



- insuficiente y un incumplimiento grave del Pliego de Prescripciones de la licitación que requiere una dedicación de día completo, así se especifica en el apartado de Justificación de Precios”. Los trabajos de las empresas externas no se pueden supervisar on-line con las garantías de precisión mínimas requeridas.*
- Sobre los trabajos de *geotecnia* por parte de una empresa externa, reitera que no están suficientemente definidos, ni coinciden con la oferta técnica presentada.
 - Sobre los trabajos de *topografía*, DYNAQUA *“propone otra metodología que le conviene más para realizar los trabajos. Pues bien, la Dirección General del Agua, como órgano de contratación es soberana para decidir lo que quiere o no quiere contratar y con qué metodología se llevarán a cabo los trabajos...”*.
 - En cuanto a la *caracterización y control de caudales*, reitera que no se analiza la totalidad de parámetros requeridos en el Pliego de Prescripciones, lo que supone un grave incumplimiento del mismo. *“Los parámetros que requiere el Pliego son imprescindibles técnicamente para el contrato. No se pueden alcanzar las prestaciones del contrato con otros parámetros distintos a los requeridos”*. Señala otros incumplimientos de la oferta de la empresa externa y lo que considera errores manifiestos de los argumentos de la recurrente en cuanto a la periodicidad y frecuencia de los análisis y la discrepancia con su propia oferta técnica. Resalta que el pliego establece la obligatoriedad de *“analizar los puntos críticos de la red, ya que el análisis de los mismos permite conocer el caudal de agua y de contaminación que llega a la depuradora,... Lo que propone ahora el reclamante es trabajar con datos analíticos de la EDAR archiconocidos por la Administración”*.

Concluye el informe que la justificación presentada y los argumentos aportados en el escrito de recurso, confirman la existencia de *“errores, omisiones que afectan de forma importante al costo, incumplimientos manifiestos del Pliego de Prescripciones técnicas,... una puntuación técnica en su oferta ridícula de 31 puntos sobre 100 que no cuenta en absoluto con la conformidad de los Ingenieros de la Dirección General del Agua... Esto permite concluir que es imposible que DYNAQUA pueda cumplir con lo exigido en el contrato y satisfacer las prestaciones del Pliego”*.



Noveno. El 12 de mayo de 2016, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió mantener la suspensión del procedimiento de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Décimo. El 19 de mayo, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones, trámite que ha sido evacuado por la adjudicataria solicitando la desestimación del recurso interpuesto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Se recurre la exclusión de la licitación y el consiguiente acuerdo de adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, acto susceptible de recurso especial en materia de contratación de conformidad con lo establecido 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. Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP.

Tercero. La legitimación activa de la recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 42 del TRLCSP, por cuanto concurrió a la licitación de la que fue excluida y en la que podría resultar adjudicataria.

Cuarto. No es objeto de controversia que la oferta económica de la recurrente se encuentra, de acuerdo con el PCAP, en presunción de anormalidad o desproporción. Respecto al procedimiento seguido para la adopción del acuerdo de exclusión, de conformidad con lo dispuesto en los apartados 3 y 4 del artículo 152 del TRLCSP, 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”*.

La cuestión de fondo a dilucidar por tanto es si, a la vista de la justificación de su oferta por parte de DYNAQUA y del informe técnico de la D.G. del Agua, hecho suyo por la mesa y por el órgano de contratación, está fundada la exclusión.



En cuanto a la fundamentación de la exclusión, hemos señalado en numerosas resoluciones (entre otras, en la nº 043/2016, de 22 de enero) que 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; 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: *“El poder adjudicador evaluará la información proporcionada consultando al licitador. Sólo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos...”*. Para el órgano de contratación no se trata tanto de una cuestión sujeta a la discrecionalidad técnica -que opera en la apreciación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor-, sino de analizar y, en su caso, refutar de manera razonada la justificación del licitador.

En este caso, la desproporción de la oferta es muy significativa: un 26,6% por debajo de la media de las 40 ofertas y un 25,2% más baja que la oferta de la adjudicataria, no incurso ya en presunción de temeridad.

Los argumentos de DYNAQUA para justificar su oferta se han resumido en el antecedente cuarto; se refieren a: i). Su implantación y conocimiento de la zona, y ii). La realización de los trabajos especializados mediante la subcontratación con empresas conocedoras e implantadas en la zona.

En el informe de la D.G. del Agua sobre la justificación presentada, la discrepancia fundamental se centra en que las ofertas de los subcontratistas omiten trabajos o modifican los exigidos en los pliegos y discrepan de la propia oferta técnica presentada por DYNAQUA.



Respecto a las diferencias de coste estimadas en algunos gastos propios, salvo los relativos a desplazamientos, la mayor parte se refieren a aspectos no relevantes en la justificación de la oferta. En efecto, en la fase de justificación, la recurrente aportó un detalle exhaustivo de los gastos propios estimados y algunas de las apreciaciones del informe técnico sobre las diferencias o errores apreciados, carecen de entidad suficiente para rechazarla.

En todo caso, la consideración final del informe de la D.G. del Agua sobre el recurso de DYNAQUA de una *“puntuación técnica en su oferta ridícula de 31 puntos sobre 100 que no cuenta en absoluto con la conformidad de los Ingenieros de la Dirección General del Agua”*, no es un factor a tener en consideración a la hora de enjuiciar la viabilidad de una oferta. La valoración técnica de la misma se hizo de acuerdo con los criterios discrecionales previstos en el PCAP, más de la mitad de las 40 ofertas obtuvieron una puntuación inferior y, por lo demás, el PCAP no establecía una puntuación técnica mínima requerida para entrar a valorar la oferta económica.

En cuanto a los compromisos aportados por parte de los subcontratistas, la cuestión principal a considerar es si cumplen con las exigencias de los pliegos. En el capítulo 1 del Pliego de prescripciones técnicas (PPT), relativo a las especificaciones de los trabajos a realizar, se indican, entre otras, las obligaciones del adjudicatario para elaborar una base topográfica actualizada (apartado 1.1.2), para lo que *“deberá partir de la restitución de un nuevo vuelo fotogramétrico del ámbito de actuación del proyecto, a escala 1/1 000; y que deberá ser completado con la realización de un levantamiento topográfico de detalle de la zona”*, trabajo no contemplado en la oferta.

Pues bien, con independencia de su apreciación técnica, las consideraciones de la recurrente sobre que *“la restitución de un nuevo vuelo fotogramétrico,... ofrece menos información y de menor calidad y fiabilidad que el levantamiento taquimétrico que propone la empresa”*, no justifican que se puedan modificar las especificaciones técnicas de los trabajos a realizar. La justificación presentada supone en realidad una modificación del proyecto y, por tanto, es un argumento suficiente para rechazar la justificación presentada.

Modificaciones similares se producen respecto a los parámetros exigidos para determinar la *calidad del agua* residual de entrada a la planta (apartado 1.1.1 del PPT) o los *ensayos geotécnicos*, que deben afectar al terreno del trazado del colector (apartado 1.1.3).

En conclusión, una vez examinadas las justificaciones de su oferta por parte de la empresa recurrente y las manifestaciones contrarias de los informes técnicos y del órgano de contratación, este Tribunal, que carece de criterio propio respecto de las cuestiones técnicas planteadas en los mismos, entiende que, ante la evidente desproporción de la oferta y el incumplimiento de algunas de las especificaciones técnicas requeridas, está fundada la exclusión de la oferta de DYNAQUA y el recurso debe desestimarse.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto D. J.R.B.G., en representación de DYNAQUA MEDIO AMBIENTE, S.L., contra el acuerdo de exclusión de su oferta y adjudicación consiguiente a la empresa SERS, CONSULTORES EN INGENIERÍA Y ARQUITECTURA, S.A., del contrato de servicios para la *“Redacción del proyecto de ampliación de la estación depuradora de aguas residuales y mejora del saneamiento de Miranda de Ebro (Burgos)”*.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con lo previsto en el artículo 45 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 de dos meses, a contar desde el día siguiente al de 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.