

Recurso 51/2025
Resolución 129/2025
Sección Tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 6 de marzo de 2025

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las entidades licitadores presentadas con compromiso de constituirse en la **UTE FERROVIAL CONSTRUCCIÓN, S. A. - HELIOPOL, S. A.U.** (en adelante, la UTE) contra la resolución de adjudicación de 29 de enero de 2025 del contrato denominado «2023-971932. Línea 3 Metro de Sevilla. Tramo Norte. Subtramo III» (Expediente CONTR 2023 0000971932), promovido por la Consejería de Fomento, Articulación del Territorio y Vivienda, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha 26 de marzo de 2024 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria del contrato indicado en el encabezamiento con un valor estimado de 206.440.690,57 euros. En dicha fecha los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Tras la tramitación procedimental correspondiente, con fecha 29 de enero de 2025 se dicta resolución por la que se adjudica el contrato a las entidades presentadas con compromiso de UTE VIAS Y CONSTRUCCIONES, S.A. - LANTANIA, S. A. - DSV EMPRESA CONSTRUCTORA Y FERROVIARIA, S.L.

SEGUNDO. El 10 de febrero de 2025 tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la UTE recurrente antes indicada contra la resolución de adjudicación.

El día 11 de febrero la Secretaría del Tribunal recabó del órgano de contratación la documentación necesaria para su tramitación y resolución y se solicitó la documentación necesaria para la tramitación del recurso especial. La documentación se recibió el día 13 de febrero.

Con fecha 14 de febrero de 2025, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas.

El mismo día se presenta solicitud de acceso a la documentación presentada por la recurrente, lo cual determina la suspensión del plazo para realizar alegaciones por la entidad solicitante (la UTE adjudicataria).

El 18 de febrero de 2025, ante lo genérico de la solicitud de acceso, es necesario requerirle a efectos de que concrete a qué documentos pretende acceder, de tal modo que lo justifique, y asimismo se le comunica la suspensión del plazo de alegaciones desde su solicitud.

El 20 de febrero de 2025, tiene entrada en el Tribunal escrito del solicitante en respuesta al requerimiento, y el día 24 de febrero de 2025, se notifica al solicitante que este Tribunal acuerda en fecha de 21 de febrero denegar la puesta de manifiesto. Desde esa fecha se produce la reanudación del plazo de alegaciones, plazo que ha vencido el día 4 de marzo de 2025. Se han presentado alegaciones por la UTE adjudicataria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

Aun cuando desde un punto de vista formal, el recurso se interpone contra la resolución de adjudicación del órgano de contratación de fecha 29 de enero de 2025, sustantivamente el recurso se dirige contra la exclusión del licitador, que se ha hecho definitiva y ha sido confirmada en la resolución de adjudicación, que ha de entenderse que es el acto recurrido.

En el presente supuesto se recurre, por tanto, el acuerdo de adjudicación que confirma de manera definitiva la exclusión de aquella, con relación a un contrato de servicios con un valor estimado superior a cien mil euros, y convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que, contra el citado acto cabe recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 44.1, letra a) y apartado 2, letra, c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 d) de la LCSP establece que: *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*



d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento”.

Por su parte, la citada disposición adicional decimoquinta en su apartado 1 establece que *“Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica.*

Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado”.

En el supuesto analizado, la resolución de adjudicación de 29 de enero de 2025 se notificó el día 30 de enero. El recurso especial se interpuso el día 10 de febrero de 2025, por lo que recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal concedido de quince días hábiles.

Resultaba aplicable el plazo especial de diez días naturales, preceptuado en el artículo 58 del Real Decreto-Ley 36/2020, de 30 de diciembre por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, el órgano de contratación realizó un pie de recurso deficiente en la resolución de adjudicación. Si bien el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) recogía el plazo de 10 días naturales, a la resolución de adjudicación preveía en el acuerdo cuarto que se procedía: *“Disponer la publicación de esta Resolución indicando los recursos que contra la misma procedan, de conformidad con lo establecido en el artículo 151 de la LCSP y la cláusula 10.8 del PCAP”.*

Bien, el régimen de recursos se preveía en la cláusula 30, de tal modo que por dicha notificación deficiente se debe atender al plazo general más beneficioso de 15 días hábiles, por lo que en virtud del principio pro actione hemos de pasar por este plazo. Así considerado, el recurso se habría interpuesto en el plazo establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Tramitación preferente.

El recurso se interpone contra la exclusión en una licitación financiada con fondos europeos según señala el pliego de cláusulas administrativas particulares, de tal modo que la tramitación del presente recurso especial en materia de contratación tiene preferencia para su resolución por este Tribunal, pues el artículo 34 del Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, expresa que lo tendrán siempre que *“se interpongan contra los actos y decisiones relacionados en el artículo 44.2 de la LCSP, que se refieran a los contratos y acuerdos marco que se vayan a financiar con fondos europeos”.*

SEXTO. Sobre la denegación de la vista solicitada por la UTE adjudicataria.

El 14 de febrero de 2025, la UTE adjudicataria, (las entidades VÍAS Y CONSTRUCCIONES, S.A., LANTANIA, S.A.U., y DSV EMPRESA CONSTRUCTORA Y FERROVIARIA, S.L.) remiten escrito al Tribunal con el siguiente contenido:



“Que por medio del presente escrito y de conformidad con lo previsto en el artículo 56 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de contratos del Sector Público y artículo 29 del RD 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, se viene a solicitar se proceda a la puesta de manifiesto del expediente a esta parte, en calidad de interesada, a fin de tomar las notas necesarias para formular las alegaciones, solicitando se nos indique día y hora a tal efecto o se facilite acceso al archivo a través de las personas aquí representadas”.

Es decir, solicita tener vista del expediente como entidad interesada. Al ser los términos de la solicitud de acceso impreciso el Tribunal le requiere el día 18 de febrero a efectos de que *“concrete aquellos documentos cuyo acceso solicita, que no hayan sido publicados en el perfil de contratante del órgano de contratación, toda vez que no cabe una solicitud genérica de la documentación contenida en el expediente de contratación, al objeto de depurar por este Órgano aquellas partes que, bien por contener datos de carácter confidencial o bien por incluir información sensible de terceros, según lo dispuesto por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, no deban ser divulgados. Asimismo, deberá justificar en qué medida esa documentación, a la que solicite acceder, es indispensable para ejercer su derecho de defensa, de conformidad con el artículo 29.2 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”.*

Se le comunicaba igualmente que el plazo concedido para formular alegaciones había quedado suspendido con su solicitud de vista realizada en el Registro del Tribunal el 14 de febrero de 2025, y se le advertía que el mismo se reanudaría una vez se resolviera su solicitud.

En la concreción realizada por la UTE interesada se expresaba que se pretendía acceder:

“(…) el informe justificativo de la viabilidad de la oferta, junto con su documentación anexa, presentado ante la Mesa de Contratación por Ferrovial Construcción, S.A. y/o Heliopol, S.A.U. Según se indica en la página 3 del escrito de recurso presentado por estas empresas, el informe justificativo es de fecha 25 de octubre de 2024.

El acceso a este informe justificativo junto con su documentación anexa resulta absolutamente imprescindible para el ejercicio efectivo del derecho de defensa por esta parte.

En efecto, en el propio escrito de recurso se indica que el informe justificativo y sus anexos incluyen más de 1.300 páginas a las que expresamente se remite la recurrente. A la vista de esta remisión, parece claro que el acceso a este documento resulta, lógicamente, esencial para poder analizar el alcance y realidad de las alegaciones y los argumentos incorporados al escrito de recurso y poder esta parte, en consecuencia, ejercitar su derecho a defenderse y formular alegaciones con una mínima efectividad y unas mínimas garantías.”.

Durante el procedimiento de contratación se ha puesto de manifiesto la postura de las partes respecto de los datos aportados al procedimiento, acerca de los que representan datos afectados por la confidencialidad, y por la reserva de acceso por poder afectar a secreto comercial.

Así podemos destacar los siguientes documentos que constan en el expediente:

1. La confidencialidad de la UTE recurrente. En el folio 457 del expediente expresa que del sobre 2 de su oferta, son confidenciales los criterios 1, 2, 6, 7 y 8, correspondientes a los criterios de adjudicación, valorados mediante un juicio de valor, justificándolo en que incorporan esos documentos soluciones técnicas, procesos constructivos, secuencias de ejecución y elementos técnicos de las entidades que constituyen la UTE, las entidades FERROVIAL



CONSTRUCCIÓN, S.A. y HELIOPOL, S.A.U. , las cuales han desarrollado constituyéndose en su planteamiento técnico para la ejecución de las obras.

2. La confidencialidad de la UTE propuesta adjudicataria, en el folio 471 del expediente, constituida por las entidades VIAS Y CONSTRUCCIONES, S.A., LANTANIA, S.A.U., DSV EMPRESA CONSTRUCTORA Y FERROVIARIA, S.L. En este sentido, se declara confidencial los 8 apartados de los criterios de adjudicación, valorados mediante un juicio de valor.

3. En tercer lugar, se debe tener en cuenta el documento presentado a efectos de justificar que la oferta está incurso en presunción de anormalidad presentado por la UTE recurrente. Aunque no se declara nada confidencial, la misma se encontraría afectada por la declaración de confidencialidad del sobre 2, pues esta está interrelacionada.

De este modo, la UTE que fue propuesta como adjudicataria, y que en alegaciones en el procedimiento solicita la vista, si bien declaró confidencial toda la documentación del sobre 2 relativa a los criterios valorados mediante juicio de valor, estando englobados los que solicita ver de la UTE recurrente.

Tras su escrito genérico de solicitud de vista, como se ha citado concreta el 20 de febrero de 2025 su pretensión de tener acceso al informe justificativo de la viabilidad de la oferta, junto con su documentación anexa, presentado ante la mesa de contratación por la UTE recurrente, como hemos dicho información coincidente con la que la propia UTE que solicita el acceso a dicha información, ya declaró confidencial. Es decir, pretende el acceso a documentos que ella misma ha marcado como confidenciales, no siendo conforme a la buena fe, no es un comportamiento coherente y es contrario a la doctrina de los propios actos, dado que la misma no puede esgrimir su derecho de acceso, cuando su proceder ha sido similar y con él habría impedido igualmente el acceso que ahora invoca como vulnerado.

En efecto, conforme a lo previsto, tanto la adjudicataria como la recurrente, en sus proposiciones han declarado confidenciales esa información.

Al respecto, este Tribunal en la Resolución 187/2022, de 18 de marzo, puso de manifiesto que en su Resolución 320/2020, de 24 de septiembre, se argumentaba que: *«Como señala la Resolución 166/2019, de 11 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales <<(…) debe señalarse que el mismo recurrente declaró también confidencial la totalidad de su oferta, supuesto similar al ya examinado en la resolución de este Tribunal 927/2018, a cuyo contenido debemos remitirnos: “Ahora bien, aunque fuera cierto que por los adjudicatarios de los distintos lotes se haya declarado confidencial la totalidad de su oferta técnica evaluable mediante juicios de valor, también lo es que ello no afectaría a toda la proposición sino solo a dicha oferta técnica sujeta a juicios de valor, y que la recurrente ha hecho lo mismo al amparo del artículo 140 del TRLCSP, es decir, ha declarado confidencial íntegramente su oferta técnica evaluable mediante juicios de valor. Tal y como alega el órgano de contratación “Por lo tanto no hay una ventaja de unos licitadores respecto a otros, no vulnerándose el principio igualdad de trato entre licitadores, puesto que todos los licitadores pueden hacerlo y de hecho el licitador que presenta este recurso su propia oferta técnica la ha calificado de confidencial, sin aludir a que partes son confidenciales y cuáles no, sino calificando la oferta en su conjunto de confidencial; lo que no puede hacer la licitadora recurrente es ir contra su propios actos, es un principio general del derecho -la doctrina de los actos propios-, es decir declaro confidencial toda mi oferta y luego recurro que otros licitadores hagan lo mismo y exijo que no sea confidencial todas las ofertas de los demás licitadores”, pero la mía sí.*

Pues bien, a la luz de todo lo expuesto, si bien es cierto que el órgano de contratación debió al menos motivar la extensión de la confidencialidad a la totalidad de las ofertas de algunos licitadores, en particular de la empresa



adjudicataria, también lo es que la recurrente ha hecho lo mismo, por lo que no puede pretender que constituya infracción legal lo que el mismo ha hecho>>>».

En este sentido, la Sentencia 20/2020 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 15 de enero de 2020 [Roj: STS 54/2020], citada asimismo en la mencionada Resolución 187/2022, de 18 de marzo, de este Tribunal, afirma que *«En la STS de 19 de marzo de 2007 (RC 6169/2001) hemos recordado que tanto la doctrina del Tribunal Constitucional, como la jurisprudencia del Tribunal Supremo, consideran que el principio de buena fe protege la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno e impone el deber de coherencia en el comportamiento propio. Lo que es tanto como decir que dicho principio implica la exigencia de un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de los propios actos, constituyendo un supuesto de lesión a la confianza legítima de las partes "venire contra factum proprium"».*

Por tanto, la pretensión de la entidad ahora adjudicataria sobre el acceso a la documentación contenida en el sobre 2 de la UTE recurrente, que se contiene en el informe de justificación de la oferta presentada, que contiene valores anormales, deviene contraria al deber de coherencia en el comportamiento exigido en el artículo 7.1 del Código Civil, que dispone que *«Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de buena fe».*

En este sentido, estándose igualmente a lo establecido en la Resolución de este Tribunal 200/2023, de 10 de abril, en su Fundamento de Derecho 6º. *“ [...] solicitando acceso a documentos que ella misma ha marcado como confidenciales es contraria a la buena fe, a un comportamiento coherente y a la doctrina de los propios actos, dado que la misma no puede esgrimir que se ha infringido su derecho de acceso con base en la extensión de la confidencialidad declarada por la empresa adjudicataria, cuando su proceder ha sido similar y con él habría impedido igualmente el acceso que ahora invoca como vulnerado.”*

Por todo ello, se procedió a denegar la vista comunicándose a la licitadora con fecha 24 de febrero de 2025.

SÉPTIMO. Fondo del recurso. De las actuaciones realizadas en el seno del procedimiento relativas al rechazo de la oferta de la entidad ahora recurrente, inicialmente incurso en baja anormal.

Según resulta de la documentación obrante en el expediente administrativo, EA, en fecha 17 de octubre de 2024 la comisión técnica asesora emite un informe, que es objeto de examen por la mesa de contratación en esta misma fecha, no formulándose observaciones al mismo y resultando, por tanto, aprobado por la mesa. La mesa procede a la apertura de sobres electrónicos n.º 3: *“documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas”* y al examen de las ofertas para identificar aquellas que pudieran encontrarse en presunción de anomalía de conformidad con lo establecido en el artículo 149 de la LCSP, y en la cláusula 10.5 y el Anexo I del PCAP. Como resultado de este análisis se procede a la apertura del trámite de justificación de la viabilidad de determinadas ofertas incursas presuntamente en anomalía.

Se realizó el examen de las ofertas para identificar aquellas que pudieran encontrarse en presunción de anomalía de conformidad con lo establecido en el artículo 149 de la LCSP, con relación a la cláusula 10.5 y el Anexo I del PCAP. Como resultado de este análisis se procede a la apertura del trámite de justificación de la viabilidad de las ofertas incursas presuntamente en anomalía entre ellas el de la UTE recurrente. En la sesión de la mesa de contratación del 19 de diciembre de 2024 se valoró el informe técnico de 10 de diciembre de 2024 emitido por el Servicio de Infraestructuras del Transporte, sobre la viabilidad de las ofertas presuntamente



incursas en baja anormal, realizado en base a la documentación justificativa presentada en respuesta a los requerimientos efectuados a los licitadores incursos en presunción de anormalidad.

Presentada la justificación por parte de la UTE FERROVIAL CONSTRUCCIÓN S.A. - HELIOPOL S.A., ahora recurrente, su oferta económica de 138.491.940,4 euros (IVA excluido), supuso un 19,50% de baja y una reducción del presupuesto de licitación de 33.541.968,41 de euros, estando un 1,74 % por debajo del límite de la anormalidad, porcentaje que supone la cantidad de 2.448.141,34 euros.

El informe de 10 de diciembre de 2024 citado expresaba que:

“La oferta presentada por la UTE FERROVIAL CONSTRUCCIÓN S.A. / HELIOPOL S.A. ha sido debidamente analizada a la luz de la normativa vigente y la documentación aportada por la empresa. La justificación de su oferta incluye un estudio económico detallado presentando una comparativa entre los costes de proyecto y los costes estimados en base a ofertas y a otros precios descompuestos para el resto de las partidas. Además, se adjunta en un anexo las ofertas de materiales y suministros recibidas, acuerdos con suministradores, ofertas de subcontratas así como descomposiciones de precios. Aun así, no aportan una comparativa de precios de un porcentaje de unidades de obra representativos del presupuesto total, para poder certificar que estamos ante precios de mercado, sino una sola oferta para cada uno, de la mayoría de los precios, es decir, no se proporciona una comparativa de precios en algunas de las partidas de mayor relevancia del proyecto, lo que impide certificar que se trata de precios ajustados al mercado. Se estima que los costes directos para los que no se aportan precios de mercado comparativos representan más del 40 % de la justificación de la baja presentada.

Además, aunque se presenta un informe de una empresa auditora externa para una de las empresas de la UTE, para justificar el porcentaje de los gastos generales, no se proporciona auditoría externa para la otra empresa del grupo, ni para el conjunto de la UTE.

En conclusión, tras el análisis detallado de la oferta presentada por la UTE FERROVIAL CONSTRUCCIÓN S.A. / HELIOPOL S.A. y la documentación aportada, se reconoce el esfuerzo en desglosar los aspectos económicos y justificar los costes mediante comparativas, ofertas, acuerdos y presupuestos. Sin embargo, persisten deficiencias significativas en la justificación de los costes directos junto con la ausencia de una motivación específica para los gastos generales asociados a la estructura de la UTE, impide verificar la integridad de una copia de este documento mediante la lectura del código QR adjunto o mediante el acceso a la dirección afirmar que la oferta cumple con los criterios de precios ajustados al mercado. Por lo tanto, se propone desestimar la justificación presentada por la UTE FERROVIAL CONSTRUCCIÓN SA / HELIOPOL S.”

La mesa, evaluado el citado informe, elevó al órgano de contratación propuesta de rechazo de las ofertas de los licitadores de conformidad con lo establecido en el artículo 149.6 de la LCSP y la cláusula 10.5 del PCAP, al no estimar justificada su viabilidad, tal como queda fundamentado en el citado informe que consta en el expediente en los folios 421 y ss.

Clasificadas las proposiciones de las empresas admitidas al procedimiento de contratación, atendiendo a los criterios de adjudicación establecidos en el PCAP, la mesa de contratación proponía a las entidades presentadas en compromiso de UTE, VÍAS Y CONSTRUCCIONES, S.A., LANTANIA SA Y, DSV EMPRESA CONSTRUCTORA Y FERROVIARIA SL. como la mejor oferta para que se le requiriese la documentación justificativa previa a la adjudicación que se relaciona en la cláusula 10.7 del PCAP.



OCTAVO. Fondo del recurso: alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

Pone de relieve que solo por un 1,74 % se supera el límite del umbral, lo cual supone un importe de 2.448.141,34 euros. Expresan que la justificación de la viabilidad de la oferta y sus anexos (Anexos IV y V de la justificación de la viabilidad que obra en el expediente) incluyen y justifican *“los ahorros de costes y las ofertas de los proveedores y subcontratistas que los soportan sin que resulte necesario acudir a la averiguación de los que el Informe viene a denominar “precios de mercado” restando importancia a las ofertas aportadas”*.

Explican que existen *“compromisos de proveedores que se contienen en los anejos de la justificación de la viabilidad de la oferta”* que estiman que no pueden ser calificados de otra forma que de *“ofertas y compromisos de mercado toda vez que los proveedores y subcontratistas que los avalan son, obvio es decirlo, empresas de reconocido prestigio que operan en el mercado actualmente (...)”*.

Muestra su desacuerdo con el informe que valora la justificación de la baja cuando expresa que *“aunque se presenta un informe de una empresa auditora externa para una de las empresas de la UTE, para justificar el porcentaje de los gastos generales, no se proporciona auditoría externa para la otra empresa del grupo, ni para el conjunto de la UTE”*.

Explica que el ahorro en gastos generales se justifica porque *“el porcentaje de participación de las empresas en compromiso de UTE es del 70% (Ferrovial Construcción) y del 30% (Heliopol) tal y como se acredita con el que acompañamos como DOCUMENTO N° 11”*.

Explica que *“no podemos compartir que por el hecho de que la partícipe en la UTE (Heliopol) no proporcione una auditoría externa que concrete el % real de Gastos Generales invalide la documentación que refleja tal % real y que ha sido aportada en la justificación de la viabilidad de la oferta (págs.710 y ss.), entre otras razones porque el % real de Gastos Generales deriva del análisis de las cuentas registradas en el Registro Mercantil.”*.

Añade que *“menos podemos compartir el hecho de que constando en la justificación de la viabilidad de la oferta el % de Gastos Generales de Ferrovial Construcción, S.A. (que participa en la UTE con un 70%) no sea tenido en cuenta como un incuestionable ahorro de costes de muy seria entidad que el propio Informe reconoce efectuado por una auditoría externa que se contiene en el Apartado 1.7 de la justificación de la viabilidad de la oferta (págs. 502 y ss. de la misma)”*.

Sentado lo anterior, su fundamentación jurídica se sustenta en los siguientes puntos:

A) En primer lugar, que la exclusión de una oferta debe ser “reforzada”, estimando que *“especialmente cuando el límite de la incursión de una oferta incurra en anormalidad es prácticamente despreciable (en el caso que nos ocupa de un 1,74 %)”*.

B) En segundo lugar, que el análisis de la viabilidad de una oferta incurra en anormalidad debe ser un análisis de la oferta global. Explica que debe hacerse *“del precio ofertado con un solo importe (el precio) compuesto por el PEM, los GG, BI, etc (...)”*.

Explica que el análisis de la oferta global más que el *“desmenuzamiento de la misma para justificarla”*, coste a coste, debe suponer la posibilidad de que costes particulares que eventualmente no estén suficientemente justificados no impidan en absoluto que si otros costes sí están justificados puedan compensarse, unos con otros.



C) El estudio de la viabilidad de una oferta (anormal) debe suponer que el contratista *“cuya oferta incurre (formalmente) en anormalidad justifique que a pesar de la anormalidad formal es una oferta viable y que no existe un riesgo cierto de que vaya a impedir la ejecución del contrato, en suma, que no se frustré el fin del contrato”*.

D) La viabilidad de la oferta no es otra cosa que la constatación de que los costes en que va a incurrir el contratista pueden predicarse de inferiores a la determinación de los costes que refleje el proyecto ofertado de forma tal que cuando el proyecto prevé costes superiores a los reflejados en la justificación de la viabilidad de la oferta es evidente que la oferta no debe ser rechazada.

E) *“Que cuando el importe que supera el límite de anormalidad es casi despreciable como en el caso que nos ocupa si ciertos costes de ejecución reales, constatables y acreditados son inferiores o muy inferiores a los mismos costes contemplados en el proyecto (de forma o por cuantía muy superior a los reales) es evidente que la oferta no debe ser rechazada”*.

F) Explica que la *“discrecionalidad técnica” puede ser dejada de aplicar cuando tales informes incurren en errores manifiestos o no analizan con el suficiente “refuerzo” la exclusión de ofertas incursas en anormalidad, especialmente cuando la incursión lo es por cantidades despreciables, como es el caso que nos ocupa*.

A efectos de demostrar ese error aporta un documento que lleva el número 12, el cual se ha denominado *“ANÁLISIS PEM-OFERTA”*. En dicho documento se refleja que el proyecto prevé un tanto por ciento de gastos generales del 13%, explicando que esto aplicado a la oferta supone un importe de 15.129.371,63 euros. Defiende que este importe es el que sería retribuido al contratista por tal concepto.

Asimismo, señala que el tanto por ciento de gastos generales en que incurre FERROVIAL CONSTRUCCIÓN, S.A., una de las dos entidades que conforman la UTE, resultan contrastados con los informes que han sido auditados por entidades externas a la propia entidad empresarial, es del 4,27 por ciento a efectos de explicar el margen existente en su oferta. En este sentido, pone de relieve que el informe técnico que analiza la viabilidad de la justificación a la anormalidad de la oferta, no *“critica ni invalida”* este extremo. Recuerda al respecto que *“el porcentaje de Ferrovial Construcción es del 70%”* en cuanto a la participación en la UTE.

Por otro lado, estima que no es coherente que ponga de relieve que el informe técnico solo critique que la otra entidad, es decir, HELIPOL, S.A.U., respecto de la otra entidad no aporte un tanto por ciento de gastos generales calculado por auditorías externas, cuando el porcentaje de participación en la UTE es del 30 por ciento del total.

Pone en evidencia una contradicción, pues explica al respecto que, incluso haciendo los cálculos respecto de los gastos generales de la entidad HELIPOL, S.A.U., y teniendo en cuenta su participación del 30%, y aunque se estimen dichos costes que alcanzaría, incluso el 13 por ciento, sin compensación que prevé el proyecto, los gastos generales en que incurriría la UTE como coste de ejecución alcanzarían la cifra de 2.285.117,01 euros.

Expresa al respecto que *“obvio es decirlo, es una cifra muy inferior a los 15.129.371,63 euros con que se retribuirían por el comitente público tales GG”*.

Por otro lado, mantiene su argumentación con respecto a otras de las partidas que serían compensables, en este sentido el beneficio industrial, manifestando que *“debe ser analizado el concepto de Beneficio Industrial que se retribuye por la Administración con un 6% y que supondría por tal concepto una retribución de 6.982.786,91 € en la oferta de mis representadas y que, sin embargo, hemos considerado reducir a un 1,19 %, que supondría un importe de 1.384.919,40 €, reducción ésta unánimemente admitida por la doctrina del Tribunal al que nos dirigimos (y por el*



resto de Tribunales de Recursos en esta materia). Lo anterior implica que por GG y BI la oferta de mi representada se retribuiría con un importe de 22.112.158,55 € (reseñado con la letra C en el documento nº 12)”.

Explica además que “lo anterior implica que los costes por GG y BI que como coste real están acreditados (incluso manteniendo el 13% de GG a la participación del 30% de Heliopol) alcanzan el importe de 11.687.439,58 € (reseñado con la letra D en el documento nº 14).

Explica que el ahorro o coste real de los conceptos de gastos generales y del beneficio industrial de la oferta con relación al importe que por dichos conceptos sería retribuido por la Administración alcanza el importe de 10.424.718,97 euros, de tal modo que si el presupuesto de ejecución material alcanza los 116.379.718,85 euros, en consideración con el presupuesto de ejecución material que se entiende que está en el límite de la anormalidad, que alcanza los 118.437.043,48 de euros, ello “implica una cifra casi ridícula (2.057.261,63 €) que tildamos de ridícula en relación al incuestionable importe de 10.424.718,97 € que es la diferencia entre la retribución a percibir por GG y BI en relación al coste real por tales conceptos”.

Explica finalmente que el informe técnico en que se fundamenta la resolución recurrida desatiende de forma “inaceptable la justificación de la baja y muy especialmente desatiende las Directrices que al respecto ha emitido la Consejería de Economía y Hacienda que acompañamos como DOCUMENTO Nº 13”.

El documento número 13 son las “directrices de la Dirección General de Fondos Europeos a tener en cuenta en relación con el procedimiento de análisis y justificación de las ofertas anormalmente bajas en expedientes administrativos de contratación al amparo del artículo 149 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”.

Hace alusión en apoyo de sus argumentos al documento nº 14 en cuanto el cálculo de las ofertas por experiencia del equipo de obra. Asimismo, a los documentos 15, 16 y 17 para los Subtramos I, II “del mismo proyecto que como podrá observarse han sido adjudicados con bajas del 21,51 % y del 19,90 %, bajas éstas que son superiores a la baja de nuestra oferta que se sitúa en el 19,50 % lo que evidencia también por este análisis la incuestionable viabilidad de la oferta de mi representada”.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación, en su informe al recurso, solicita la desestimación del recurso, alegando en primer lugar, que conforme a Derecho se ha llevado a cabo la tramitación del procedimiento contradictorio que marca el artículo 149 de la LCSP, una vez que se detectó que la oferta presentada por la recurrente había incurrido en anormalidad, conforme a los parámetros establecidos en el PCAP.

En segundo lugar, esgrime que el informe que analiza la justificación de la baja realiza un análisis de la justificación sobre la viabilidad de la oferta, conforme a las exigencias debidas de motivación, pues la verificación llevada a cabo en aquel constata el incumplimiento de los pliegos reguladores de la licitación.

Defiende que “estamos ante una cuestión de carácter exclusivamente técnico”, y que para la valoración de las ofertas incursas en presunción de anormalidad “se ha contado con un órgano técnico especializado, el Servicio de Infraestructura del Transporte, al que se aplica el criterio de discrecionalidad técnica, reconocido por la doctrina jurisprudencial consolidada”.



A continuación, analiza “si la actuación administrativa ha incurrido en desviación de poder, arbitrariedad, ausencia de toda justificación o error”.

El órgano de contratación se limita a informe “*in aliunde*” remitiendo a este Tribunal a las consideraciones expuestas en “*el informe del Servicio de Infraestructuras del Transporte de fecha 12 de febrero de 2025 que se acompaña al presente, en el que se da contestación a las alegaciones de la recurrente, si bien dejamos constancia en este lugar de las consideraciones finales de dicho informe que son asumidas por este órgano de contratación*”.

Al examinarse este informe, observamos como antes de las conclusiones el mismo informe de 12 de febrero del Servicio de Infraestructura del Transporte se remite de nuevo al informe de 10 de diciembre. Así expresa:

“Este servicio se ratifica en el INFORME DE ASESORAMIENTO TÉCNICO DEL SERVICIO DE INFRAESTRUCTURAS DEL TRANSPORTE SOBRE OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS EN RELACIÓN AL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN PARA LA CONTRATACIÓN DE OBRAS MEDIANTE PROCEDIMIENTO ABIERTO, de fecha 10 de diciembre de 2024, y en el que exponía lo siguiente (...).”

A continuación, parafrasea lo que ya consta en el expediente en tal informe y que ya conocía la UTE recurrente al realizar la ofertas.

Termina ese informe con una serie de consideraciones finales:

“Aunque la UTE presentó análisis económicos detallados y documentación de proveedores y subcontratistas, no se incluyó una comparativa suficiente de precios de mercado para un porcentaje representativo de las unidades de obra, lo que impide verificar la adecuación de los costes.

Se justificó parcialmente mediante el análisis de cuentas registradas y una auditoría externa para una de las empresas de la UTE, pero la ausencia de auditoría para la otra empresa y para el conjunto de la UTE genera incertidumbre sobre la veracidad de los ahorros declarados.

Aunque la UTE planteó su oferta de manera integral, se detectaron deficiencias en la justificación de los costes directos y en la estructura de los gastos generales, dificultando su validación.

En resumen, y como se ha dicho anteriormente, por el presente informe de asesoramiento, se ratifican los motivos expuesto en el informe de asesoramiento técnico de fecha 10 de diciembre de 2024, donde se desestimaba la justificación presentada por la UTE FERROVIAL CONSTRUCCIÓN SA / HELIOPOL SA, debido a que no justificó la viabilidad de su oferta, a pesar del esfuerzo en desglosar los aspectos económicos, las deficiencias en la justificación de los costes directos y la falta de respaldo suficiente en la motivación de los gastos generales impiden confirmar que los precios sean ajustados al mercado. Esta decisión se basa en la ratificación del Informe de Asesoramiento Técnico sobre ofertas anormalmente bajas de fecha 10 de diciembre de 2024.

Sumado a lo anterior, es voluntad de este órgano de contratación dejar constancia de la tendencia doctrinal (Castillo Blanco, F.A. (2020)) partidaria de la existencia de razones que avalarían un cambio en la situación jurisprudencial en relación con el criterio de considerar que la reducción e incluso la eliminación de un porcentaje de gastos generales y del beneficio industrial no conllevarían en principio la inadmisión de una oferta inicialmente considerada como anormalmente baja salvo que concurran circunstancias aparentemente excepcionales. Entre las razones que aconsejan un replanteamiento de la cuestión se puede destacar:



- Considerar que, conforme a los nuevos paradigmas que inspiran la actual legislación sobre contratos públicos, la institución de la anormalidad debe ser entendida no solo como garantía del cumplimiento de lo ofertado sino también para que el cumplimiento se realice respetando las demás exigencias contenidas en la regulación incluidas las que derivan de la competencia en el mercado.

- Considerar que, si se atiende a los criterios que la Directiva 2014/24/UE establece en su artículo 69.2, aunque su carácter no sea limitativo, de su lectura se deduce que el legislador europeo en todos los criterios trata de fomentar una sana competencia a través de mejoras de la competitividad y de la capacidad de innovación de la empresa ofertante. No lo hace mediante el recurso a la supresión de partidas que, como el beneficio industrial o los gastos generales, no tienen relación alguna con dichos aspectos, ya que de lo que se trata es de fomentar la innovación y la competitividad y no al contrario. Y es que en estos supuestos, se trata simple y llanamente de utilizar partidas que no están al alcance de todos, que pueden tener un impacto negativo sobre la libre competencia y que desde luego no constituyen el precio de mercado al que aspira la normativa actual”.

Finalmente, invoca el principio de discrecionalidad técnica en la valoración de la viabilidad de las ofertas, insistiendo en que la recurrente no ha logrado demostrar infracción o desconocimiento en la labor del órgano técnico que evaluó la viabilidad, el cual goza de la presunción de certeza o razonabilidad.

3. Alegaciones de la UTE adjudicataria.

Realiza las siguientes alegaciones en virtud de las consideraciones vertidas en el recurso especial.

A. En primer lugar, interesa la aplicación del principio de discrecionalidad técnica del órgano de contratación, de tal modo que corresponde a la carga al licitador de demostrar que su oferta incurso en presunción de anormalidad es viable.

Expresa que la diferencia existente entre el importe de su oferta y el umbral de anormalidad, de un 1,74%, es “absolutamente despreciable” y “ridícula”, y que ello “no justificaría una menor exigencia en el esfuerzo probatorio de la viabilidad de la oferta y la necesidad de atender a un examen “de la oferta global”, de tal manera que aquellos costes que no están debidamente justificados puedan compensarse con otros costes que sí lo estarían”.

Defiende que la decisión tomada se ve amparada por un informe efectuado por un órgano técnico, extenso y motivado que analiza los aspectos de la oferta de la recurrente y la justificación dada por la misma respecto de la corrección de la oferta y la posibilidad de correcta ejecución del contrato. Más adelante explica que “ni el hecho de que el porcentaje entre la oferta y el umbral de anormalidad sea escaso permite al licitador presentar justificaciones incompletas o negar el principio de discrecionalidad técnica, (ii) ni, en todo caso, la diferencia entre el importe de la oferta presentada por las Recurrentes y el umbral de anormalidad puede considerarse como “despreciable” en el caso que aquí ocupa”.

Es decir, que no debe “aceptarse su justificación menos detallada e incompleta de la viabilidad de la oferta de las Recurrentes por razón de la supuesta “cantidad despreciable” pues se incurre en presunción de anormalidad. No es despreciable la cantidad de 2.448.141,34 euros, diferencia entre la oferta de las recurrentes y el umbral de anormalidad, es decir, afirmando que se encuentra realizado “sobre la base de unos cálculos matemáticamente incorrectos, como se analizará exhaustivamente con posterioridad, que las Recurrentes han decidido reducir el beneficio industrial de esta obra “a un importe de 1.384.919,40 euros””.



Aduce que la media de las ofertas presentadas por aquellas empresas que han participado en la licitación, y cuya oferta ha resultado finalmente admitida y considerada como no desproporcionada asciende a 148.412.750,85 euros.

Añade que ya la baja media de estas ofertas no temerarias ha sido del 13,73% respecto del presupuesto base de licitación de 172.033.908,81 euros.

Mientras la oferta presentada por la UTE recurrente es de 138.491.940,40 euros un 19,50% de baja respecto del presupuesto base de licitación, es decir, el 5,77% por debajo de esa baja media aplicada por las ofertas no temerarias, que ya era un 13,73% de baja respecto del presupuesto base de licitación. Explica a continuación algo evidente que es que *“la diferencia entre la oferta media admitida no temeraria (148.412.750,85 euros) y la oferta de las Recurrentes (138.491.940,40 euros) asciende a un total de nada menos que 9.920.810,45 euros”*.

Todo ello, se afirma que es para que pueda *“advertirse con facilidad, ninguna de estas cantidades y porcentajes es despreciable ni intrascendente, máxime cuando, se insiste, se está ante unas obras con un presupuesto base de licitación de 172.033.908,81 euros”*. Estima que no cabe exonerar a la UTE recurrente, tal y como pretende, de la necesidad de justificar adecuadamente los bajos niveles de coste o los supuestos ahorros que afirma conseguir, sobre la base de una supuesta insignificancia entre el importe de su oferta y el umbral de anormalidad. Examina los tres motivos esenciales sobre los que se sustenta el recurso:

1. Los costes directos, explica que el informe técnico considera que, en más del 40% del total de la justificación de la baja, incluyendo *“algunas de las partidas de mayor relevancia del proyecto”*.

Defiende que la UTE recurrente no aporta documentación justificativa suficiente de que tales costes obedezcan a precios de mercado, explica que sería de mercado si se aportase *“una comparativa de precios de la mayor parte de unidades de obra, sino una única oferta para cada precio”*. Considera insuficientemente justificada la oferta anormalmente baja en más del 40% del total de la justificación de la baja, incluyendo según el informe *“algunas de las partidas de mayor relevancia del proyecto”*. Explica que el informe del órgano de contratación *“alberga serias dudas acerca de la viabilidad de la oferta para ejecutar el proyecto licitado, tanto en términos cuantitativos - más del 40% del total- como en términos cualitativos -algunas de las partidas más relevantes-”*.

Respecto a la alegación de la UTE recurrente, acerca de qué deben tenerse por suficientes los compromisos de sus proveedores, con independencia de que sean o no precios de mercado los recogidos en dichos compromisos, así como que sus proveedores son *“empresas de reconocido prestigio”*, explica que *“únicamente son capaces de argumentar una discrepancia valorativa con el Informe Técnico acerca de la suficiencia de la justificación de costes directos aportada, sin que en forma alguna se pueda advertir ningún error manifiesto o arbitrariedad en tal Informe Técnico”*.

De este modo, explica que *“ante esta simple discrepancia de pareceres, debería ser desestimado el Recurso, ya en este punto, en virtud del principio de discrecionalidad técnica del órgano de contratación, que en forma alguna se ve desvirtuada por la sucinta e injustificada argumentación del escrito de Recurso”*.

Añade que el órgano de contratación ha hecho bien *“desechando en el trámite de justificación de viabilidad de la oferta, de un único compromiso de proveedor, sin mayores justificaciones, desgloses, ni comparativas con otras ofertas o con la multiplicidad de bases de precios existentes”* (...), *“teniendo en cuenta que dicha problemática afecta, según el Informe Técnico, a nada menos que a más del 40% de los precios, incluyendo a algunas de las partidas más relevantes y críticas del contrato”*.



2. Respecto de los gastos generales recurren contra la afirmación del informe técnico acerca de que considera que las recurrentes solamente han proporcionado datos de auditoría externa respecto de FERROVIAL, pero que no han proporcionado datos de auditoría externa respecto de HELIOPOL y respecto al conjunto de la estructura de gastos generales de la UTE FERROVIAL/ HELIOPOL.

El informe técnico del órgano de contratación menciona que existe *“la ausencia de una motivación específica para los gastos generales asociados a la estructura de la UTE, impide afirmar que la oferta cumple con los criterios de precios ajustados al mercado.”*

Apela al contenido del artículo 149.4 in fine LCSP, y explica *“la falta de completitud de su justificación de gastos generales, si bien tratan de argumentar que el análisis de la viabilidad de una oferta incurra en presunción de anormalidad debe ser de “global”, es decir, debe referirse al precio ofertado en sí mismo más que centrarse en el “desmenuzamiento” de los costes y gastos generales, de tal modo que puedan “compensarse” las partidas que se encuentran justificadas con aquellas que no lo están”*.

Señala que la UTE recurrente expresa que el presupuesto de ejecución material (“PEM”) *“resultante del umbral de anormalidad establecido en la apertura de la licitación, asciende a 118.437.043,48 euros, de lo que resultaría, fijando los gastos generales en el 13% y el beneficio industrial en el 6%, que los importes por estos conceptos ascenderían a 15.396.815,65 euros y 7.106.222,61 euros, respectivamente, sumando un total de 22.503.038,26 euros”*. Añade que, si se contabiliza un 4,27% de gastos generales y un beneficio industrial del 1,19%, *“los referidos importes de gastos generales y beneficio industrial ascienden a 8.017.403,17 euros y 1.384.919,40 euros, respectivamente, sumando un total de 11.687.439,58 euros”*.

Explica que los argumentos no pueden ser acogidos, por los siguientes motivos:

- a) Que los cálculos de las recurrentes no son correctos, porque existe error de cálculo en la comparativa de las partidas de gastos generales y beneficio industrial en relación con el PEM del presupuesto base de licitación y el PEM de la oferta. Explica que del documento nº 12 aportado por la entidad recurrente se reflejan tres cuadros:

“- En el primer cuadro, aplicando los porcentajes del presupuesto base de licitación del 13% de gastos generales y 6% del beneficio industrial al PEM resultante de un presupuesto equivalente al del umbral de anormalidad, resultaría que los importes por estos conceptos ascenderían a 15.396.815,65 euros y 7.106.222,61 euros, respectivamente, sumando un total de 22.503.038,26 euros.

- A continuación, en el segundo cuadro, las Recurrentes extrapolan estos datos al, según las propias Recurrentes, PEM de su oferta, que sería de 116.379.781,85 euros. Así, el importe de un 13% de gastos generales ascendería a 15.129.371,64 euros, mientras que el importe de un 6% de beneficio industrial ascendería a 6.982.786,91 euros, sumando un total de 22.112.158,55 euros.

- Finalmente, en el tercer cuadro, las Recurrentes parten nuevamente del PEM de su oferta, pero aplican aquí los porcentajes de gastos generales y beneficio industrial que, según se afirma en el Recurso, son los realmente tomados en consideración y que implican un ahorro de costes, siendo así que, en este caso, tienen en cuenta los gastos generales de Ferrovial (4,27%) proporcionales a su 70% de participación en la UTE y el 1,19% de beneficio industrial”.



A continuación explica que *“la cifra resultante de adicionar al PEM “real” de la oferta, el porcentaje “real” de gastos generales de Ferrovial y el porcentaje “real” de beneficio industrial, asciende a un total de 128.067.221,43 euros; importe que es prácticamente 10,5 millones de euros inferior al de la oferta presentada por las Recurrentes, que asciende a 138.491.940,40 euros (tras haber reducido el beneficio industrial en 5,6 millones de euros por haberse considerado, supuestamente, un 1,19% en lugar del 6% del presupuesto base de licitación)”*.

Explica que la oferta debería ser de *“128.067.221,43 euros, mientras que la oferta realmente presentada es de 138.491.940,40 euros, es evidente que las cifras y cálculos que exponen las Recurrentes son manifiestamente erróneos, de tal manera que:*

(i) O bien el PEM de la oferta no es realmente 116.379.781,85 euros.

(ii) O bien los porcentajes reales de gastos generales y beneficio industrial no son ni el 4,27% para Ferrovial y el 13% para Heliopol, ni el 1,19% para el beneficio industrial.

(iii) O bien, mucho más probablemente, se trata de cifras injustificadas incluidas ad hoc por las Recurrentes para tratar de justificar a posteriori una oferta claramente incurrida en anormalidad, sin reparar siquiera en los patentes errores aritméticos padecidos”.

Fundamenta en el artículo 149.4 in fine de la LCSP y en la cláusula 10.5 del PCAP *“la exclusión de una oferta incurrida en anormalidad como la de las Recurrentes, cuya justificación se fundamenta en hipótesis económicas manifiestamente inadecuadas por cuanto dan lugar a una incoherencia e inconsistencia entre la cifra de la oferta presentada y las cifras de la justificación de dicha oferta”*.

b) Por otra parte, alega que existe una absoluta omisión de la justificación de los gastos generales de la estructura de la UTE y los gastos generales de HELIOPOL. Explica que la constitución de una UTE requiere de una serie de gastos asociados a la redacción y elaboración del contrato de constitución y formalización de la UTE, como son los honorarios legales y de asesoramiento, los gastos relativos a su inscripción en el Registro Mercantil, los impuestos y tasas administrativas preceptivas, los gastos de gestión, etc. Que no han quedado justificados pues *“el funcionamiento de la UTE también da lugar a la generación de una serie de gastos generales para tal UTE, distintos de los costes directos e indirectos a los que se refiere el artículo 130 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”* (RGLCAP).

Expresa que el informe técnico reprocha a las recurrentes, en particular, la ausencia de una motivación específica para los gastos generales asociados a la estructura de la UTE. Añade que, a su escrito de justificación de viabilidad de la oferta de 25 de octubre de 2024, tampoco aportaron ningún tipo de justificación de los gastos generales asociados a HELIOPOL, empresa que participaría al 30% en la UTE. Explica que a la luz del tenor del artículo 149.4 LCSP, *“resulta de todo punto lógico, dada la total ausencia de justificación, tanto de los gastos generales de estructura de la UTE como de los gastos generales de Heliopol, que el órgano de contratación adoptara la decisión de excluir la oferta incurrida en anormalidad presentada por las Recurrentes”*.

c) Por otro lado, afirma que los gastos generales de FERROVIAL no son comparativamente equiparables con el 13% de gastos generales previsto en el presupuesto base de licitación. Así señala la UTE recurrente ha manifestado que los gastos generales justificados por FERROVIAL, que participa al 70% en la UTE, son del 4,27%, frente al 13% del presupuesto base de licitación.

Explica que los gastos generales de HELIOPOL, ciertamente no justificados, se ven compensados por el ahorro en gastos generales de FERROVIAL, dado que HELIOPOL solo tiene una participación del 30% en la UTE.



Señala que la UTE recurrente explica “*la existencia de unos supuestos importantes ahorros en gastos generales, puesto que, frente al 13% del proyecto, el porcentaje real de gastos generales de Ferrovial, que participa la UTE al 70%, sería de solamente el 4,27%, según se habría acreditado por informes de auditoría*”.

Expone al respecto que ni los gastos generales que se deducen del documento nº 12 anexo al recurso son del 4,27%, ni, desde luego, los gastos generales de la empresa FERROVIAL son un concepto equivalente a los “*gastos generales de estructura del contrato*” que vienen remunerados en el presupuesto base de licitación del contrato con un 13%. Añade que se obvian en el cuadro del documento nº 12 anexo al recurso que además del 4,27% de gastos generales de FERROVIAL, y además del inventado 13% de gastos generales imputados de forma injustificada a HELIOPOL, se reconoce un 1,96% de gastos generales en control calidad, más seguros y avales, más los gastos información y difusión. Del 1,96% dice que se encuentra absolutamente injustificado, y que no se ve respaldado más que por la propia declaración de las recurrentes, resulta evidente que el escrito de recurso induce a confusión al obviar su existencia y circunscribirse a argumentar que el 4,27% de gastos generales de la empresa FERROVIAL compensa el 13% de gastos generales de la empresa HELIOPOL.

Concluye además que la UTE recurrente, en sus justificaciones según sus propios cálculos, se aprecia la carencia de soporte acreditativo y, errores aritméticos, prácticamente un 2% del precio del contrato, que suma un total de 2.285.117,01 euros.

En cuanto al concepto de “*gastos generales de empresa*”, de FERROVIAL con relación a que supone el 4,27%, esto no es equivalente al concepto de “*gastos generales de estructura del contrato*”, que es lo remunerado con un 13% en el presupuesto base de licitación.

A estos efectos distingue ambos conceptos, explicando que el artículo 131.1.a) del RGLCAP dice, en lo que aquí interesa, lo siguiente:

“*El presupuesto base de licitación se obtendrá incrementando el de ejecución material en los siguientes conceptos:*

1. Gastos generales de estructura que inciden sobre el contrato, cifrados en los siguientes porcentajes aplicados sobre el presupuesto de ejecución material: a) Del 13 al 17 por 100, a fijar por cada Departamento ministerial, a la vista de las circunstancias concurrentes, en concepto de gastos generales de la empresa, gastos financieros, cargas fiscales, Impuesto sobre el Valor Añadido excluido, tasas de la Administración legalmente establecidas, que inciden sobre el costo de las obras y demás derivados de las obligaciones del contrato. Se excluirán asimismo los impuestos que graven la renta de las personas físicas o jurídicas.”

En este contrato, no es controvertido que el porcentaje empleado en el presupuesto base de licitación es del 13%.

Ahora bien, ese 13%, como resulta del artículo citado, lo que remunera son todos los “*Gastos generales de estructura que inciden sobre el contrato*”, siendo así que, precisamente entre estos gastos generales de estructura del contrato, conforme al propio artículo 131.1.a) citado, se encuentran los denominados “*gastos generales de la empresa*”, que es el concepto al que responde, en el caso que aquí ocupa, el 4,27% de gastos generales de la empresa FERROVIAL.

Esto es, señala que los gastos generales de empresa son solo uno de los múltiples conceptos cuya suma conforma el 13% de los gastos generales de estructura del contrato. Es decir, que el 13 por ciento de porcentaje también remunera, conforme al propio artículo 131.1.a) del RGLCAP:



- “- Los gastos financieros (tales como avales, seguros, costes de financiación, etc.).*
- Las cargas fiscales, excluido el IVA (por ejemplo, el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras).*
- Las tasas de la Administración (tales como tasas de vertederos, tasas por obtención de licencias, tasa por ocupación de dominio público, etc.).*
- Los demás gastos derivados de las obligaciones del contrato (gastos de replanteo, gastos de liquidación, gastos de constitución de UTE, etc.)”.*

Por tanto, a través del porcentaje del 13% recogido en el presupuesto base de licitación de este contrato, lo que se pretende remunerar es el gasto general de empresa de las licitadoras -esto es, no solamente el 4,27% de gastos generales de la empresa FERROVIAL, ni el inventado 13% de gastos generales de la empresa HELIOPOL-, *“sino también los restantes conceptos de gasto que también tienen la consideración de gastos generales de estructura del contrato, incluyendo gastos financieros, cargas fiscales, o demás gastos derivados de las obligaciones del contrato que no tengan la consideración de coste directo o indirecto -esto es, que no formen parte del PEM-”.*

Explica que *“no puede pretenderse que el hecho de que los gastos generales de la empresa Ferrovial se encuentran en el 4,27%, existiría un ahorro respecto de los gastos generales de estructura del contrato presupuestados en el 13%, supone confundir gravemente dos conceptos que no son homogéneos ni comparables, por cuanto uno -los gastos generales de empresa- son solo una parte del otro -los gastos generales de estructura del contrato-, que es un concepto más amplio”.*

Achaca a la UTE recurrente que *“esta confusión es plenamente deliberada”*, en atención a la vista del cuadro del documento nº 12 anexo al recurso, pues advierte que la UTE conoce que el 13% de gastos generales de estructura del contrato remunera otros costes y gastos adicionales al 4,27% de gastos generales de empresa de FERROVIAL. Muestra de ello es que se reconoce un 1,96% adicional de gastos generales en *“control calidad + Seguros y Avales + Gastos Información y Difusión”*.

Añade además que se *“están obviando en sus cálculos numerosos gastos generales que necesariamente han de afrontar con ocasión del contrato”*. Así explica que del contenido del artículo 131.1.a) del RGLCAP con los conceptos incluidos en el cuadro anterior del documento nº 12 anexo al recurso, permite poner de relieve que las recurrentes no han tomado en consideración, en la justificación de sus gastos generales, *“las cargas impositivas distintas del IVA -como el impuesto de actos jurídicos documentados-, los gastos financieros distintos de los seguros y avales -especialmente, el coste de financiación-, o las tasas administrativas aplicables -en esta obra no aplica la tasa de dirección de obras, pero sí las restantes tasas administrativas, como las tasas de vertederos, de ocupación de dominio público o de obtención de licencias, entre otras muchas”*.

En este sentido, incide en que la cláusula 21.3 del PCAP expresa que:

“Será de cuenta y a costa de la persona contratista la realización de las gestiones, pagos de todos los gastos, fianzas, tasas, arbitrios, redacción y visado de los proyectos que haya que presentar en los organismos y compañías competentes...”.

Son de gran relevancia económica, los conceptos incluidos dentro del 13% remunerado de gastos generales de estructura del contrato que no han incluido en sus justificaciones las recurrentes. El propio informe técnico de 10 de diciembre de 2024 del órgano de contratación llama la atención sobre este hecho, y precisamente reprocha, *“la ausencia de una motivación específica para los gastos generales asociados a la estructura de la UTE”*.



Explica que con ello se *“ignora por completo en sus justificaciones los gastos de replanteo, los gastos de liquidación, los gastos de adjudicación, o los gastos impositivos y financieros. En realidad, el Recurso únicamente alude a los gastos generales de la empresa Ferroviaria que supondrían un 4,27% y a, fundamentalmente, avales y seguros, que supondrían, supuestamente, un 1,96%. Estima que se ha ofrecido una justificación absolutamente parcial e incompleta de la viabilidad de su oferta, de conformidad con el artículo 149.4 de la LCSP y la cláusula 10.5 del PCAP, anteriormente transcritos, debe desestimarse el Recurso y confirmarse la exclusión acordada en la Resolución”*.

3. Aborda lo que en el recurso se plantea respecto a que la baja de su oferta, del 19,5%, es inferior a las bajas del 21,51% y del 19,90% correspondientes las ofertas que han resultado adjudicatarias de los subtramos I y II. Interesa la aplicación de la doctrina de este Tribunal que emane a, de entre otras resoluciones, la Resolución 316/2024, de 2 de agosto, en cuanto al *“carácter autónomo e independiente de los procedimientos de contratación respecto de otros anteriores o coetáneos, aun cuando coincidan en objeto y sujeto, en el sentido de que las actuaciones seguidas y las vicisitudes acaecidas en los mismos no pueden influir en otras licitaciones presentes o futuras que se rigen por sus propios pliegos y demás documentos contractuales (v.g. Resoluciones 90/2019, de 21 de marzo, 185/2019, de 6 de junio y 257/2019, de 9 de agosto, entre las más recientes)”*.

NOVENO. Sobre el fondo del asunto.

En cuanto al fondo del asunto resulta necesario comenzar con una exposición de qué debe entenderse a efectos de conseguir justificar la anormalidad de una oferta a la luz de la norma aplicable, así como con respecto a la doctrina administrativa más autorizada y constante.

El art. 149.6 LCSP advierte que, *“En general se rechazarán las ofertas incursas en presunción de anormalidad si están basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde una perspectiva técnica, económica o jurídica”*.

En cuanto a esta perspectiva, el Libro Primero de la LCSP relativo a la configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos, aplicable a todos los tipos contractuales, recoge como novedad, la obligatoriedad de desglosar tanto el presupuesto base de licitación como el valor estimado de los contratos. Señala el artículo 100. Presupuesto base de licitación: *“... el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación ...”*.

Por otro lado, el artículo 101 sobre el valor estimado expresa que:

“2. En el cálculo del valor estimado deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial”.

Existe la necesidad por tanto de justificar el cálculo de estos importes, de tal manera que los mismos se deben ajustar a la realidad, es decir, que no se determinen de forma irreflexiva. La obligatoriedad de desglosar los elementos que integran el importe de cada uno de esos dos conceptos económicos, gastos generales y beneficio industrial no supone, ni debe, comportar un incremento de esas cuantías, sino que éstas son la expresión transparente de sus componentes y costes respectivos. Es decir, no es un plus al importe final, sino que debe entenderse como una obligación de desglosar los conceptos que integran ese importe final. Así, en los contratos de obras la incorporación de los gastos generales de estructura y el beneficio industrial en el cálculo del valor estimado resulta claro, todo ello conforme a lo dispuesto por el artículo 131 del RGLCAP. La



LCSP incorpora la obligatoriedad de incluir como parte del valor estimado de los contratos los gastos generales y el beneficio industrial. El artículo 101.2 de la norma señala lo siguiente:

“En el cálculo del valor estimado deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial.”

En el valor estimado de los contratos debe tenerse en cuenta:

- los costes derivados de la aplicación de las normas laborales,
- los costes derivados de la ejecución material de la prestación,
- los gastos generales de estructura, y
- el beneficio industrial.

Con relación a los contratos de obra, la incorporación de los gastos generales de estructura y el beneficio industrial en el cálculo del valor estimado, se encuentran regulados en el artículo 131 del RGLCAP (vigente en todo lo que no se oponga a lo dispuesto en la LCSP), precepto que indica los porcentajes a aplicar a los gastos generales y al beneficio industrial y que incrementan el presupuesto de ejecución material de la obra:

“... El presupuesto base de licitación se obtendrá incrementando el de ejecución material en los siguientes conceptos: 1. Gastos generales de estructura que inciden sobre el contrato, cifrados en los siguientes porcentajes aplicados sobre el presupuesto de ejecución material:

a) Del 13 al 17 por 100, a fijar por cada Departamento ministerial, a la vista de las circunstancias concurrentes, en concepto de gastos generales de la empresa, gastos financieros, cargas fiscales, Impuesto sobre el Valor Añadido excluido, tasas de la Administración legalmente establecidas, que inciden sobre el costo de las obras y demás derivados de las obligaciones del contrato. Se excluirán asimismo los impuestos que graven la renta de las personas físicas o jurídicas.

b) El 6 por 100 en concepto de beneficio industrial del contratista...”

En este artículo 131, referido solo a los contratos de obras, se establece una horquilla de porcentajes para los gastos generales y un porcentaje concreto para el beneficio industrial. El concepto de gastos generales de estructura hace referencia a aquellos que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar el precio del contrato, deducidos de los conceptos que integran el presupuesto base de licitación, y que no guardan una relación directa con la ejecución del contrato ni con las obligaciones derivadas del mismo; es decir, son aquellos desembolsos relacionados con un proyecto de cualquier tipo por el mero hecho de tener una actividad en funcionamiento y engloba los gastos necesarios para no cesar la actividad, pero que no están directamente relacionados con los productos o servicios que se ofrecen y por lo tanto no aumentan los beneficios de la empresa. No tienen la consideración de coste de las obras, sino que constituyen costes derivados de la actividad general de la empresa contratista, en este caso de la UTE, y que pueden responder a conceptos más o menos habituales y normalizados en el mercado.

En cuanto al concepto de beneficio industrial, en relación a la aplicación del porcentaje del 6%, si bien no se recoge expresamente en la LCSP tal concepto, sí podemos encontrar referencias en los preceptos relativos a la resolución de los contratos de obra, de suministros y de servicios (artículos 246, 307 y 313 de la LCSP) cuando señalan como derecho del contratista a percibir el 6 por ciento del precio de adjudicación del contrato de la prestación dejada de realizar en concepto de beneficio industrial, por lo que se puede entender aplicable a cualquier contrato.



Es preciso señalar que el contenido de los gastos generales de estructura (primer párrafo del artículo 101.2 de la LCSP), ha sido abordado en varias ocasiones por este Tribunal, entre otras, en su Resolución 586/2022, de 2 de diciembre, en la que en su fundamento sexto se afirmaba que serían los originados por el mero hecho de tener una actividad en funcionamiento y engloba los gastos necesarios para no cesar la actividad, pero que no están directamente relacionados con los productos o servicios que se ofrecen y por lo tanto no aumentan los beneficios de la empresa, por ejemplo, los costes del gas, electricidad y limpieza, entre otros. El Informe 40/19 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado los define como aquéllos que no tienen la consideración de coste del servicio, por cuanto no dependen directamente de la prestación de éste, sino que constituyen realmente costes derivados de la actividad general de la empresa, y que pueden responder a conceptos más o menos habituales y normalizados en el mercado.

En este sentido la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional (Contencioso), de 17 enero de 2025, (FUN.8) que expresa que los gastos generales son una serie de gastos propios de las empresas de construcción, considerándolos gastos de estructura que inciden sobre el contrato, es decir que se trata de gastos propios de toda empresa de construcción con independencia de si ésta lleva a cabo o no obras, no obstante lo cual se considera que tienen incidencia sobre los contratos de obras que se estén llevando a cabo, calculándose los gastos generales aplicando un porcentaje que varía entre el 13 y el 17 por ciento sobre el presupuesto de ejecución material (art. 131 del Real Decreto 1098/2001).

Dichos costes generales de estructura dependen fundamentalmente del tipo de actividad y de la estructura organizativa de la empresa, por lo que es un coste relativamente conocido por cada empresa, de tal suerte que el declarado por la entidad licitadora para la ejecución del contrato es el único que puede tenerse en consideración, siempre y cuando lo justifique adecuadamente, pues es el que dicha entidad en su oferta ha afirmado que soporta por dicho concepto.

Partiendo de este concepto, el PCAP, establecía como montante añadido al PEM de 144.566.309,92 euros, y por otro lado, los importes, por un lado de los gastos generales del 13% del PEM, 18.793.620,29 euros y la cuantía del beneficio industrial del 6% del PEM, 8.673.978,60 euros, que junto con el IVA, arrojaba un presupuesto base de licitación de 208.161.029,66 euros.

Este Tribunal en muchas ocasiones, entre otras muchas en sus Resoluciones 215/2021, de 27 de mayo y 416/2021, de 28 de octubre, sostiene que *«en las ofertas inicialmente incursas en baja anormal, la verificación por parte del órgano de contratación solo debe limitarse a la viabilidad o posibilidad de cumplimiento del contrato desde la perspectiva de la oferta de cada entidad licitadora; en este sentido, la normativa sobre justificación de ofertas presuntamente anormales o desproporcionadas no impone de forma absoluta la necesidad de valorar la coherencia económica de la oferta en sí misma considerada, sino si es viable que la entidad licitadora ofertante la ejecute, de ahí que cobren especial importancia las condiciones de la propia licitadora. No cabe, por tanto, al menos como principio, extender ese análisis de viabilidad de la oferta a aquellas partidas de la misma que quedan al arbitrio de la empresa licitadora, como ocurre con los gastos generales o el beneficio industrial, quien las puede incluir en el porcentaje que estime pertinente, sin que los pliegos, ni las reglas de contratación establezcan fórmulas o porcentajes para la determinación o inclusión de tales partidas económicas (v.g. Resoluciones de este Tribunal, entre otras, 28/2016, 11 de febrero, 294/2016, de 18 de noviembre, 328/2016, de 22 de diciembre y 26/2017, de 3 de febrero, así como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en su Resolución 1157/2015, de 18 de diciembre).».*



Se ha de tener en cuenta igualmente la Sentencia, de 4 de julio de 2017, del Tribunal General de la Unión Europea, asunto T-392/15, relativa a un procedimiento de licitación de un contrato público de servicios, en la cual se analiza, entre otros extremos, el alcance de la obligación de motivación que incumbe al órgano de contratación cuando considera que la oferta seleccionada como más ventajosa en un procedimiento de contratación no es anormalmente baja. Según indica dicho Tribunal, esta obligación de motivación tiene un alcance limitado, de manera que cuando un órgano de contratación selecciona una oferta, no está obligado a señalar expresamente, en respuesta a cualquier solicitud de motivación que le sea presentada, las razones por las cuales la oferta que ha seleccionado no le ha parecido anormalmente baja. En efecto, el Tribunal General señala que si la oferta ha sido seleccionada por el órgano de contratación, se deduce –implícita pero necesariamente– que este órgano ha considerado que no existían indicios de que dicha oferta fuera anormalmente baja. En definitiva, conforme a la doctrina expuesta, por un lado, en los supuestos en los que el órgano de contratación considere que se justifica adecuadamente la viabilidad de la oferta, no se requiere que se expliciten de manera exhaustiva los motivos de la aceptación, y por otro lado, si la justificación de la oferta inicialmente incurso en baja anormal o desproporcionada no se considera suficiente, la motivación del informe ha de ser más exhaustiva de forma que desmonte las justificaciones aportadas por la entidad licitadora.

También este Tribunal, en su Resolución 110/2019, 11 de abril, confirmada entre las más recientes en la 459/2023, de 22 de septiembre, señala que los precios unitarios ofertados han de considerarse en el conjunto o globalidad de la oferta, pudiendo hacerse una oferta más baja en una de las prestaciones o servicios del contrato que pueda compensarse con la realizada en otra partida o componente del mismo. Sobre el particular, este Órgano, entre otras, en su Resolución 555/2023, de 3 de noviembre, afirmaba que los gastos generales de estructura como cualquier otro coste, siempre que se acredite que los mismos se han justificado en exceso, pueden absorber los déficits de otras partidas de costes, pues para la viabilidad de la oferta ha de considerarse ésta en su conjunto.

Íntimamente ligado con lo anterior, ha de tenerse en cuenta que de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, en la que cabe mencionar entre otras muchas la Resolución 90/2019, de 21 de marzo, y de los restantes Órganos de resolución de recursos contractuales, en la determinación de si una oferta, incurso inicialmente en baja anormal o desproporcionada, está o no justificada su viabilidad, rige el principio de discrecionalidad técnica, según el cual la actuación administrativa está revestida de una presunción de certeza o de razonabilidad apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación, y que sólo puede ser desvirtuada si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega.

Dicha Resolución 90/2019, de 21 de marzo, de este Tribunal, fue recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa, recurso 379/2019, que fue desestimado mediante Sentencia de 3 de marzo de 2021 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, que señala en lo que aquí interesa en su fundamento quinto lo siguiente:

«Los órganos de contratación gozan de discrecionalidad técnica para valorar si la oferta es anormalmente baja, que encuentra su fundamento en la presumible imparcialidad del órgano de contratación, especialización de sus conocimientos, e intervención directa en el procedimiento de selección, de forma que solamente en los supuestos en que sea evidente la existencia de error en la valoración efectuada por el órgano de contratación es posible sustituir la decisión adoptada.»



En el caso de autos, la decisión se ve amparada por un informe efectuado por órgano técnico extenso y motivado que analiza los aspectos de la oferta de la recurrente y la justificación dada por la misma respecto de la corrección de la oferta y la posibilidad de correcta ejecución del contrato.

(...)

En definitiva, el Órgano de Contratación a través del informe técnico ha motivado ampliamente las razones por las que no se entiende justificada la oferta, siendo esta desproporcionada o anormalmente baja en atención al criterio establecido en la Ley de Contratos y el Pliego.».

En este mismo sentido, cabe destacar las Resoluciones de este Tribunal 330/2021, de 16 de septiembre, 379/2021, de 8 octubre, 26/2022, de 21 enero, 314/2022, de 10 de junio, 22/2023, de 13 de enero y 102/2023, 17 de febrero, entre otras.

En el supuesto que se examina, de lo expuesto se infiere que la recurrente no cuestiona el procedimiento contradictorio seguido para la justificación de la proposición de la oferta de la recurrente, ni que el informe de viabilidad de dicha oferta adolezca de arbitrariedad, ni que se haya cometido desviación de poder, ni que el acto de rechazo no esté adecuadamente motivado, lo que plantea es la existencia de una incorrecta valoración por parte del órgano de contratación de la justificación de la oferta de dicha entidad excluida incurso en baja anormal.

Algunas cuestiones se ponen de manifiesto en al informe de viabilidad realizado por el Servicio de Infraestructuras del Transporte de 12 de febrero de 2025, al que remite el informe al recurso especial:

- Respecto a la argumentación de FERROVIAL sobre el ahorro de costes directos, en cuanto a que sí justificaba cumplidamente los ahorros de costes y las ofertas de los proveedores y subcontratistas en los anexos de la justificación de la viabilidad de la oferta, sin que fuera necesario recurrir a la averiguación de "precios de mercado".

Considera que los compromisos de proveedores son "ofertas y compromisos de mercado", ya que son empresas de reconocido prestigio, pero no aportan una comparativa de precios. Al respecto afirma el informe que *"no se aporta una tabla comparativa de precios de un porcentaje de unidades de obra representativos del presupuesto total, para poder certificar que estamos ante precios de mercado, sino una sola oferta para cada uno, de la mayoría de los precios, es decir, no se proporciona una comparativa de precios en algunas de las partidas de mayor relevancia del proyecto, lo que impide certificar que se trata de precios ajustados al mercado"*.

Estas justificaciones las podemos encontrar en el informe de justificación de la oferta a efectos de demostrar que no está incurso en anormalidad de 25 de octubre de 2024 de la UTE recurrente, de los folios 344 y 501, así como en los compromisos aportados en el anexo IV. Estimamos que el órgano de contratación al respecto no hace una crítica suficiente a la extensa justificación aportada, pues si bien no aporta una tabla comparativa sí que aporta presupuestos o compromisos de proveedores de suministros o de colaboradores externos de los trabajos que justifican el precio ofertado, por lo que no existe una verdadera motivación de la desestimación de los precios ofertados por costes directos.

Si bien en los compromisos del anexo IV no se aporta un compromiso de los costes directos de cada uno de los proveedores firmantes, no existe una exhaustividad por parte del informe que critique la extensa labor justificativa que ha realizado la UTE recurrente en justificar estos costes directos en los folios señalados que sean inteligibles. Conforme a los anteriormente argumentado si la justificación de la oferta inicialmente incurso en baja anormal o desproporcionada no se considera suficiente, con relación a la justificación de los costes



directos, la motivación del informe ha de ser más exhaustiva de forma que desmonte las justificaciones aportadas por la entidad licitadora, pues dichos certificados de proveedores manifiesta que en el mercado existen entidades dispuestas a realizar dichas tareas al precio que cada uno se compromete. Distinta cuestión es que se estime que están por debajo del precio de mercado, pero ello habría de justificarse adecuadamente por el órgano de contratación.

- En cuanto a los gastos generales de estructura, es cierto que la UTE recurrente presenta una justificación con debilidades importantes en estos extremos, pues si bien el informe técnico de 10 de diciembre considera que las recurrentes han facilitado datos de auditoría externa respecto de FERROVIAL, sin embargo, no lo han hecho de la entidad HELIOPOL ni tampoco respecto al conjunto de la estructura de gastos generales de la UTE FERROVIAL/HELIOPOL. Al respecto, cumple mencionar que la apreciación de la viabilidad de las ofertas incursas en presunción de temeridad responde al concepto de discrecionalidad técnica corresponde al órgano de contratación. Según lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP corresponde al órgano de contratación “*considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuarto*” estimar si la oferta puede ser o no cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. De acuerdo con ello, es imprescindible que el informe de los servicios técnicos esté suficientemente motivado, a los efectos de que la mesa de contratación primero, en su propuesta, y el órgano de contratación después, puedan razonar o fundar su decisión. Solo cabe excluir una oferta que contenga valores anormales cuando, a la vista de la justificación aportada y los informes sobre la misma, se estime que “la oferta no puede ser cumplida”. O, como expresa también el artículo 69.3 de la nueva Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, los poderes adjudicadores exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando ésta parezcan anormalmente bajas para los servicios de que se trate y sólo se podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos, teniendo en cuenta los elementos mencionados en el apartado 2 del citado artículo, para poder apreciar de forma motivada si es posible o no el cumplimiento de la proposición en términos satisfactorios que ponga de manifiesto que esa anomalía no afectará a la ejecución del contrato. Para ello la LCSP, en su artículo 149, establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad. Y ello exige, en un primer momento, otorgar al licitador la posibilidad de que explique los elementos que ha tenido en cuenta a la hora de formular su oferta de manera que no se produzca un rechazo automático y que el órgano de contratación pueda llegar a la convicción de que la oferta se puede cumplir garantizando la correcta ejecución del contrato. Estos trámites tienen por objeto evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y garantizar la sana competencia entre las empresas (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 29 de marzo de 2012, dictada en el asunto C-99/10, SAG EV Slovensko a.s.).

Tal como se indica en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña 3/2012, de 30 de marzo, “*Según se desprende de la normativa mencionada, con la regulación de las ofertas o proposiciones con valores anormales o desproporcionados se persigue un doble objetivo: en primer lugar, garantizar la ejecución correcta del contrato, es decir, que la ejecución del contrato no se pueda frustrar como consecuencia del hecho de que una oferta o una proposición contenga valores anormales o desproporcionados y, por lo tanto, comprobar que estas ofertas o proposiciones son viables y que en caso de ser seleccionadas se podrán cumplir correctamente en los términos establecidos; y, en segundo lugar, establecer unos mecanismos de protección para la empresa licitadora, de manera que su oferta o proposición no pueda ser rechazada de forma automática, sino que tenga la posibilidad de defenderla*”.

La información justificativa, debe convencer al órgano de contratación de que con la oferta formulada, anormalmente más baja en comparación con las demás del mismo procedimiento competitivo, y con la



justificación de su desglose, se pueden cumplir las prestaciones objeto del contrato, de manera que si la justificación es insuficiente o motivadamente no garantiza adecuadamente la ejecución del contrato, atendiendo a la inicial presunción y para preservar el interés público de la licitación la oferta ha de ser rechazada.

En este sentido, en el requerimiento a efectos de acreditar la viabilidad de la oferta de conformidad con lo establecido en el artículo 149 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y la cláusula 10.5 del PCAP, se le solicitaba (folio 419 del expediente) justificasen la oferta económica presentada, incluidas las mejoras ofertadas, mediante la aportación “*de un estudio económico o desglose de la misma y de aquella información y documentos que resulten pertinentes a efectos de acreditar la viabilidad el precio ofertado; y en particular en lo que se refiere a los siguientes valores:*

- a) El ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato ofertado por la empresa.*
- b) Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar el contrato.*
- c) La innovación y originalidad de las soluciones propuestas para ejecutar el contrato.*
- 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 LCSP*
- e) Justificar, si las hay, la obtención de una ayuda de Estado o de subvenciones que posibiliten un mejor precio.”.*

Asiste a la razón al órgano de contratación cuando expresa que no se han proporcionado datos de auditoría externa respecto de HELIOPOL y respecto al conjunto de la estructura de gastos generales de la UTE FERROVIAL/HELIOPOL, de tal modo que no puede considerarse acreditados esos gastos generales de estructura de HELIOPOL pues lo único que se aporta es un estudio de un Departamento de Fiscalidad y Contabilidad del GRUPO RUSVEL, al que pertenece HELIOPOL que analiza los gastos generales y de estructura de la empresa.

Se ha de dar la razón a la entidad interesada, que, a diferencia del órgano de contratación, sí analiza los cálculos realizados. Razona el documento nº 12 aportado junto con el recurso, expresando que los porcentajes del presupuesto base de licitación del 13% de gastos generales y 6% del beneficio industrial al PEM resultante de un presupuesto equivalente al del umbral de anormalidad, resultaría que los importes por estos conceptos ascenderían a 15.396.815,65 euros y 7.106.222,61 euros, respectivamente, sumando un total de 22.503.038,26 euros.

Del cuadro de documento nº 12 del PEM de su oferta, se deduce que su oferta sería de 116.379.781,85 euros. Si se le adiciona el 13% de gastos generales ascendería como expresa la adjudicataria, es decir, 15.129.371,64 euros, mientras que el importe de un 6% de beneficio industrial ascendería a 6.982.786,91 euros, sumando un total de 22.112.158,55 euros.

Por otro lado, nuevamente expresa el PEM de su oferta, argumentando que, aplicando a la cifra de 116.379.781,85 euros, los porcentajes de gastos generales y beneficio industrial que, según se afirma en el recurso, son los realmente tomados en consideración y que implican un ahorro de costes, expresan que serían solo los gastos generales de FERROVIAL (4,27%) es decir, los que son proporcionales a su 70% de participación en la UTE y el 1,19% de beneficio industrial. A continuación, explica que “*la cifra resultante de adicionar al PEM “real” de la oferta, el porcentaje “real” de gastos generales de Ferrovial y el porcentaje “real” de beneficio industrial, asciende a un total de 128.067.221,43 euros.*



Como dice, son 10,5 millones de euros inferior al de la oferta presentada por la de la UTE, que asciende a 138.491.940,40 euros. Ello supone reducir el beneficio industrial en 5,6 millones de euros por haberse reducido hasta el 1,19% en lugar del 6% del presupuesto base de licitación. Termina el cuadro exponiendo que podría haber sido compensable su oferta hasta llegar a los 128.067.221,43 euros, mientras que la oferta realmente presentada es de 138.491.940,40 euros.

Queda patente entonces que queda sin definir los gastos de estructura de la otra entidad, HELIOPOL, y los de la propia UTE. No hay en el informe de justificación de la recurrente para justificar su viabilidad, motivación específica para los gastos generales asociados a la estructura de la UTE, impide afirmar que la oferta cumple con los criterios de precios ajustados al mercado.

La Sentencia de la Audiencia Nacional, (Sala de lo Contencioso), expresa que los gastos generales no tienen relación, directa ni indirecta, con las obras concretas que la empresa llevaría a cabo. Indica que *"... los gastos generales, en la medida en que constituyen cargas comunes fijas de las empresas, tienen que ser repartidos entre las distintas obras que se encuentra ejecutando el contratista en un mismo espacio de tiempo, pues no sería exacto imputar todos los gastos generales de un mismo período a una sola obra"*.

Debemos insistir en lo que decíamos anteriormente, los gastos generales son una serie de gastos propios de las empresas de construcción, considerándolos gastos de estructura que inciden sobre el contrato, es decir que se trata de gastos propios de toda empresa de construcción con independencia de si ésta lleva a cabo o no obras, no obstante lo cual se considera que tienen incidencia sobre los contratos de obras que se estén llevando a cabo, calculándose los gastos generales aplicando un porcentaje que varía entre el 13 y el 17 por ciento sobre el presupuesto de ejecución material (art. 131 del Real Decreto 1098/2001). Y obviamente no podemos saber fehacientemente cuales son estos, para poder compensarlos si no se acreditan los gastos de las entidades participantes, ni lo del conjunto de la UTE.

Por otro lado, cumple igualmente destacar, y es aquí el error en la justificación que los gastos generales que se deducen del documento nº 12 anexo al recurso, son del 4,27%, pero se calculan los gastos generales de la empresa FERROVIAL en términos de una cantidad equivalente a los *"gastos generales de estructura del contrato"* que vienen remunerados en el presupuesto base de licitación del contrato con un 13%. Los gastos generales, en la medida en que constituyen gastos de estructura de las empresas es decir, cargas comunes fijas de ésta, tienen que ser repartidos entre las distintas obras que lleva a cabo cada empresa de construcción en un mismo período, pues no sería ni exacto ni justo imputar todos los gastos generales de un mismo período a una sola obra, ni a una sola empresa; para llevar a cabo este reparto entre las diferentes obras es preciso determinar los gastos generales de la empresa en un determinado período, y a continuación dividir ese total de los gastos generales entre los costes totales de las obras en curso en el período, resultando de lo anterior un coeficiente o porcentaje de reparto de los gastos generales.

Además, los gastos generales que se deducen del documento nº 12 anexo al recurso son del 4,27%, no son gastos generales de la empresa FERROVIAL pues se presentan como un concepto equivalente a los *"gastos generales de estructura del contrato"* que vienen remunerados en el presupuesto base de licitación del contrato con un 13%.

El artículo 131.1.a) del RGLCAP expresa: *"El presupuesto base de licitación se obtendrá incrementando el de ejecución material en los siguientes conceptos:*



1. Gastos generales de estructura que inciden sobre el contrato, cifrados en los siguientes porcentajes aplicados sobre el presupuesto de ejecución material: a) Del 13 al 17 por 100, a fijar por cada Departamento ministerial, a la vista de las circunstancias concurrentes, en concepto de gastos generales de la empresa, gastos financieros, cargas fiscales, Impuesto sobre el Valor Añadido excluido, tasas de la Administración legalmente establecidas, que inciden sobre el costo de las obras y demás derivados de las obligaciones del contrato. Se excluirán asimismo los impuestos que graven la renta de las personas físicas o jurídicas.”

El 13%, incluye todos los “gastos generales de estructura que inciden sobre el contrato”, y como un subconcepto se encuentran los denominados “gastos generales de la empresa”, que es el concepto al que responde, en el caso que aquí ocupa, el 4,27% de gastos generales de la empresa FERROVIAL. (Sin tener en cuenta que no se justifican ni los de la otra empresa ni los de la UTE). Existen otros conceptos cuya suma conforma el 13% de los gastos generales de estructura del contrato; porcentaje que, en consecuencia, también remunera, conforme al propio artículo 131.1.a) del RGLCAP:

- Los gastos financieros.
- Las cargas fiscales, excluido el IVA.
- Las tasas de la Administración.
- Los demás gastos derivados de las obligaciones del contrato.

Por tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 131 del RGLCAP, a través del porcentaje del 13% recogido en el presupuesto base de licitación de este contrato, lo que se pretende remunerar es, no solamente el gasto general de empresa de las licitadoras -esto es, no solamente el 4,27% de gastos generales de la empresa FERROVIAL.

Pero ahí no se justifica ni el importe ficticio (no acreditado) del 13% de gastos generales de la empresa HELIOPOL (la otra empresa de la UTE), así como otros subconceptos de gasto incluido en la consideración de gastos generales de estructura del contrato. Entrando aquí los gastos financieros, cargas fiscales, o demás gastos derivados de las obligaciones del contrato, que no son coste directo o indirecto del propio contrato, sino que son de la empresa en sí misma considerada, y que no forman parte del PEM. Es decir, existe un error de conceptos en la justificación, pues una cosa son los gastos la empresa, los cuales son solo una parte del otro, y otra distinta, los gastos generales de estructura del contrato, que es un concepto más amplio y que es al que se refiere el artículo 131 del RGLCAP, se confunden dos conceptos que no son homogéneos ni comparables, por cuanto uno son solo una parte del otro, los gastos generales de estructura del contrato, siendo un concepto más amplio.

Partiendo de este error de concepto, deviene fácilmente comprensible que los cálculos no se encuentran argumentados correctamente. Existiendo incoherencias en los cálculos, y respecto de las partidas expresadas en su justificación, la falta de acreditación como son las cuentas auditadas de HELIOPOL, y como con las de la UTE a efectos de acreditar los gastos generales, unidos a los errores de concepto hace imposible que pueda este Tribunal suplirle en su deber de motivación del recurso construyendo una argumentación que solo corresponde a quien impugna una decisión del poder adjudicador. Por lo anterior procede la desestimación de este motivo de recurso.

Efectivamente, partiendo de este error, la justificación de la viabilidad de su oferta, la UTE recurrente, queda ya vaga e imprecisa, de tal modo que la alegación que efectúa está ya completamente huérfana de la más mínima explicación, de la subsunción de ambas partidas, de gastos generales y beneficio industrial en la oferta global realizada.



Por último, como ha quedado reproducido anteriormente, la UTE recurrente también basa su denuncia en determinadas licitaciones similares acontecidas en las licitaciones relativas a los otros tramos de la misma línea de Metro. Al respecto, en lo relativo a las citadas alegaciones de la recurrente con relación a las condiciones y resultado de determinadas licitaciones anteriores o coetáneas, procede recordar que es doctrina de este Tribunal -plasmada de modo reiterado en sus resoluciones (v.g. Resoluciones 79/2019, de 21 de marzo, 19/2020, de 30 de enero, 450/2020, 17 de diciembre, 251/2021, de 24 de junio y 424/2022, 11 de agosto, entre otras)-, el carácter autónomo e independiente de un procedimiento de adjudicación respecto de otro y otros coetáneos o anteriores. Así, en nuestra Resolución 19/2020, de 30 de enero, señalábamos que «(...) la invocación de otras licitaciones como elemento determinante de la inadecuación del presupuesto y valor estimado de esta licitación tampoco pueden ser relevantes a los efectos pretendidos por la recurrente, pues cada licitación es independiente de las demás, desconociéndose además las circunstancias y alcance concreto de cada una de ellas o los factores tenidos en cuenta para regular el régimen de cada una de las prestaciones. No basta, pues, invocar la identidad sustancial de todas ellas. Al respecto, este Tribunal viene sosteniendo el carácter autónomo e independiente de los procedimientos de contratación respecto de otros anteriores o coetáneos, aun cuando coincidan en objeto y sujeto, en el sentido de que las actuaciones seguidas y las vicisitudes acaecidas en los mismos no pueden influir en otras licitaciones presentes o futuras que se rigen por sus propios pliegos y demás documentos contractuales (v.g. Resoluciones 90/2019, de 21 de marzo, 185/2019, de 6 de junio y 257/2019, de 9 de agosto, entre las más recientes)».

En el sentido expuesto del carácter autónomo e independiente de los procedimientos de contratación respecto de otros anteriores o coetáneos, aun cuando coincidan en objeto y sujeto, es en el que tanto el informe al recurso como la adjudicataria en su escrito de alegaciones esbozan sus argumentos de oposición al recurso, poniendo de manifiesto determinadas diferencias entre la presente licitación y las esgrimidas por la recurrente, dado que como es doctrina de este Tribunal las actuaciones seguidas y las vicisitudes acaecidas en un procedimiento de contratación no pueden influir en otras licitaciones presentes o futuras que se rigen por sus propios pliegos y demás documentos contractuales.

Procede, por tanto, la desestimación íntegra del recurso interpuesto.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **UTE FERROVIAL CONSTRUCCIÓN, S. A. - HELIOPOL, S. A. U.** (en adelante, la UTE) contra la resolución de adjudicación de 29 de enero de 2025 del contrato denominado «2023-971932. Línea 3 Metro de Sevilla. Tramo Norte. Subtramo III» (expediente CONTR 2023 0000971932), promovido por la Consejería de Fomento, Articulación del Territorio y Vivienda.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.



Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

