RE 077/2016

Acuerdo 92/2016, de 15 de septiembre de 2016, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por la UTE DESARROLLO, ORGANIZACIÓN Y MOVILIDAD, S.A. – AIT CONSULTORES ARAGÓN, S.L. – THE MOLINO PROYECTOS, S.L.P, frente a su exclusión en la licitación denominada «Servicio de consultoría y asistencia técnica para la revisión del Plan de Movilidad Sostenible del Ayuntamiento de Zaragoza», promovido por el Ayuntamiento de Zaragoza.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 21 de enero de 2016 se publicó, en el Diario Oficial de la Unión Europea, anuncio de licitación relativo al procedimiento denominado «Servicio de consultoría y asistencia técnica para la revisión del Plan de Movilidad Sostenible del Ayuntamiento de Zaragoza», promovido por el Ayuntamiento de Zaragoza. El mismo anuncio fue publicado el 18 de enero de 2016 en el Perfil de contratante del Ayuntamiento de Zaragoza, el 25 de enero de 2016 en el Boletín Oficial del Estado, y el 27 de enero de 2016 en el Boletín Oficial de Aragón. Se trata de un contrato de servicios tramitado por procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación, y un valor estimado de 289 256, 20 euros, IVA excluido.

En el anuncio se establecía que la fecha límite para la presentación de ofertas era el 22 de febrero de 2016, estando previsto un plazo de

obtención de información y aclaraciones hasta el 12 de febrero de 2016.

Ante las cuestiones planteadas, se procedió a la aclaración de los Pliegos, mediante Decreto del Consejero del Área de Urbanismo y Sostenibilidad del Ayuntamiento, de fecha 5 de febrero de 2016, procediéndose a publicar la misma y sin alterar el plazo de presentación de ofertas.

SEGUNDO.- El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares Específicas que rige la licitación (en adelante PCAPE), recoge los criterios de adjudicación en la cláusula l, estableciendo:

> «*1) Criterios de valoración.*
>
> ***1. Criterios objetivos. Máximo 51 puntos.***
>
> *La puntuación i se obtendrá de la aplicación de la siguiente fórmula:*
>
> *Puntuación oferta i= [(presupuesto de licitación-oferta i)/ (presupuesto de licitación-oferta mas económica)*51*
>
> ***2. Criterios dependientes de juicio de valor. Máximo 49 puntos.***
>
> *Metodología (28 puntos).*
>
> *-Conocimiento del problema. (3 puntos).*
>
> *-Adecuación entre las distintas fases (3 puntos).*
>
> *-Claridad y coherencia de las tareas propuestas (3 puntos).*
>
> *-Métodos de simulación de redes de transporte y selección de herramientas y su compatibilidad con las herramientas utilizadas por el Servicio de Movilidad Urbana. (8 puntos).*
>
> *-Métodos de realización de trabajos de campo para conocimiento de la demanda (aforos y conteos, encuestas de movilidad, encuestas de preferencias declaradas...) (8 puntos).*
>
> *-Calidad y nivel de discretización en los datos socio-económicos y demográficos (3 puntos).*
>
> *Plan de comunicación y participación ciudadana (13 puntos)*

-Planteamiento general. (3 puntos)

-Etapas del plan de comunicación y participación ciudadana y su asociación con las etapas de elaboración de la revisión del PMUS. (4 puntos)

-Herramientas para facilitar el proceso participativo. (6 puntos)

Plan de trabajo (8 puntos).

-Asignación y distribución adecuada de recursos humanos a cada una de las fases y etapas descritas en el Pliego de Prescripciones Técnicas (4 puntos).

-Coherencia temporal de las tareas y asignación de medios y recursos materiales descrito mediante un diagrama de barras de base mensual, orientativo, con el desarrollo de cada actividad, en el que figure la cuantificación porcentual de lo que supone el trabajo realizado en cada mes sobre el total previsto para cada actividad, contemplando todas las fases y etapas descritas en el Pliego de Prescripciones Técnicas. (4 puntos)».

TERCERO.- La cláusula m) del PCAPE hace referencia al *«porcentaje para presumir las bajas como temerarias»*, en el siguiente sentido:

> *«Dado que el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, se considerará, en principio, como desproporcionada o temeraria la baja de toda proposición cuyo porcentaje exceda en 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas».*

CUARTO.- En el procedimiento convocado presentaron propuestas doce licitadores, entre ellos la recurrente, la UTE DESARROLLO, ORGANIZACIÓN Y MOVILIDAD, S.A. – AIT CONSULTORES ARAGÓN, S.L. – THE MOLINO PROYECTOS, S.L.P. (en adelante la UTE).

QUINTO.- Tras la apertura y verificación de la documentación administrativa (sobre nº 1) presentada por los licitadores, y de la apertura del sobre nº2, que contiene la documentación ponderable mediante juicios de valor, la Mesa de contratación acuerda remitir ésta a los asesores técnicos, para la emisión de los correspondientes informes de valoración.

En sesión de 27 de junio de 2016, los miembros del Servicio de Movilidad Urbana que han elaborado el informe técnico (de fecha 17 de junio de 2016), proceden a explicar a los miembros de la Mesa su contenido, en relación al sobre 2, dando cuenta posteriormente a los representantes de la plica 2 de la puntuación obtenida. A continuación, se procede a la apertura del sobre nº 3, que contenía las ofertas económicas, acordándose remitir el expediente al Servicio de Técnico de Infraestructuras para que informe si existen bajas desproporcionadas de entre las presentadas, en cuyo caso deberán remitir al Servicio de Contratación escrito solicitando justificación de las mismas.

El Servicio Técnico considera que la UTE está incursa en baja anormal o desproporcionada, y la Mesa acuerda darle trámite de audiencia para que proceda a justificar la oferta presentada, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 152 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

Mediante escrito de 4 de julio de 2016 se le solicita que justifique la valoración de la oferta por encontrarse incursa en presunción de temeridad y precise las condiciones de la misma, «*en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo las condiciones d trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado*».

SEXTO.- La UTE presentó la justificación de su oferta el 11 de julio de 2016, que incluía, entre otros, los siguientes aspectos:

> «- Nuestra oferta incluye la realización de mínimo 4.200 encuestas para conocer los hábitos de movilidad (0,98% de error muestral para un universo de 700.000 personas con un intervalo de confianza de 90% con p=q), 1.200 de ellas telefónicas y el resto 3000 encuestas personales, es decir, en la calle, en las 18 zonas (14 distritos + 4 agrupaciones de barrios rurales).
>
> - Se dividen en dos (teléfono y calle), porque nuestra experiencia nos dice que si todas fueran telefónicas nos dejamos a una importante fracción de perfiles personales sin entrevistar, es decir, el 80% de las personas que responden al teléfono son personas con perfiles muy concretos (ejemplo de Lorca: el 6% de las personas que cogen el teléfono son mujer, mayor de 60 años y con muy poca movilidad).
>
> Hacer una parte por teléfono y otra en la calle (eligiendo correctamente la muestra por zonas, perfiles, etc.) es más rápida, más eficiente y permite importantes ahorros (como se ha demostrado anteriormente);
>
> Es preciso aclarar también, que las 3.000 encuestas que se hacen en la calle incorporan de tres a cinco preguntas más en función del perfil de movilidad del entrevistado, es decir, las encuestas a conductores, peatones, ciclistas, usuarios del transporte público, etc., a parte de la encuesta general, incorporan preguntas concretas a su modo de transporte. La idea es aprovechar y optimizar la colaboración del ciudadano, dado que lo más complicado es que la persona acceda a hacer la entrevista o encuesta.
>
> La división de la muestra por las 14+4 zonas se ha avanzado (se concretará en el momento de la campaña) de forma que el error muestral sea lo más homogéneo posible, con un mínimo que permita que el barrio con menos habitantes tenga un aceptable error muestral propio».

SÉPTIMO.- El 15 de julio de 2016 se elabora informe técnico en el que se da cuenta de la justificación aportada y se procede a realizar la valoración total de las ofertas. En él se concluye que:

> *«La documentación aportada no justifica que la baja ofertada no deba ser considerada como desproporcionada».*

A la vista del la documentación obrante en el expediente y del precitado informe, en sesión de 25 de julio de 2016 la Mesa propone la exclusión de la UTE, constando dicha decisión en el acta con el siguiente tenor literal:

> *«En primer lugar se da cuenta del informe emitido por el Servicio de Movilidad Urbana de fecha 15 de julio de 2016 del que se desprende que la empresa en U.T.E. DOYMO DESARROLLO, ORGANIZACIÓN Y MOVILIDAD, S.A. - AIT CONSULTORES ARAGÓN, S.L. - THEMOLINO PROYECTOS, S.L.P. queda excluida al encontrarse su oferta en baja temeraria existiendo discrepancia en el modo de justificación del error muestral obtenido para el número de encuestas propuesto, ya que en la justificación por temeridad el licitante calcula el error muestral en base a la suma de las encuestas de desplazamiento personales por modos de transporte. Esto no se puede realizar así ya que son dos tipos diferentes de encuesta, las segundas son útiles a efectos de evaluación de la movilidad, pero no se pueden agrupar con la finalidad de cálculo del tamaño de la muestra ni para la obtención del error muestral ya que son encuestas de distinto tipo y de distinta finalidad y que sólo deben hacerse con las encuestas telefónicas, tal y como ofertaba en su oferta técnica».*

Queda acreditado en el expediente que la UTE tuvo conocimiento de su exclusión el 5 de agosto de 2016, fecha en la que comparece en el Servicio de Contratación para la consulta del expediente de licitación de referencia, obteniendo copia del informe del Servicio de Movilidad de 17 de julio de 2016, y del informe de 17 de julio de 2016.

El 5 de agosto de 2016, la UTE solicitó a este Tribunal la adopción de medidas cautelares previas a la interposición de un recurso especial, consistentes en la suspensión del procedimiento de licitación. Mediante Resolución 17/2016, de 12 de agosto, del Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, se acuerda no suspender el procedimiento de referencia, por los motivos que en dicha Resolución se señalan.

OCTAVO.- El 16 de agosto de 2016 tiene entrada, en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, recurso

especial en materia de contratación interpuesto por D. Juan Manuel Pérez Rodríguez, D. Vicente Elipe Maicas y D. Sergi Paris del Pino, en nombre y representación de las entidades que constituyen la UTE, frente a su exclusión del procedimiento de licitación denominado «Servicio de consultoría y asistencia técnica para la revisión del Plan de Movilidad Sostenible del Ayuntamiento de Zaragoza», promovido por el Ayuntamiento de Zaragoza.

La UTE recurrente anunció el 5 de agosto de 2016, al órgano de contratación, la interposición de dicho recurso, conforme a lo preceptuado en el artículo 44.1 TRLCSP.

El 17 de agosto de 2016, el Tribunal solicita al Ayuntamiento, de conformidad con lo previsto en el artículo 46.2 TRLCSP, la remisión, en el plazo de dos días hábiles, del expediente completo y de un informe del órgano gestor del expediente. El 19 de agosto tiene entrada en el Tribunal, por correo electrónico, la documentación solicitada, remitiéndose en papel el 22 de agosto.

El recurso alega y fundamenta lo siguiente:

a) Que, ni el acuerdo de exclusión ni el informe en el que éste se basa, contienen una motivación razonada y suficiente de la inviabilidad de la oferta de la UTE. Señala en primer lugar que la desproporción de la misma es «poco significativa»: un 13,6% por debajo de la media de las doce ofertas y un 4,5% más baja que la oferta de la adjudicataria, no incursa en presunción de temeridad. A pesar de ello, presentó una justificación exhaustiva en la que se explica con detalle los ahorros por metodología y la optimización de procesos, así como la estructura de los distintos costes de la UTE, desglosados. Todo ello respondiendo al

requerimiento del órgano de contratación dentro del procedimiento contradictorio del artículo 152.3 TRLCSP, en el que se aprovechó para pedir a la recurrente, además de la justificación, que aclarase una cuestión técnica como es la referida a la metodología propuesta para la recogida y análisis de datos. Alega que no era éste el momento procedimental oportuno para exigir tal aclaración, pero que, aún habiéndola aportado, el informe técnico no entra a valorar las exhaustivas explicaciones que se dan a este respecto. Únicamente pone de manifiesto la discrepancia metodológica existente, y llega a la conclusión de que se ha producido un incumplimiento grave de los requisitos técnicos de la licitación, sin incidir de forma razonada y suficiente sobre las circunstancias de la anormalidad de la oferta.

b) Que la Mesa de contratación ha infringido el principio «*non venire contra factum propium*», pues los mismos técnicos que valoraron la oferta técnica y le asignaron la quinta mejor puntuación de las doce plicas valoradas en lo relativo a los métodos de realización de trabajos de campo, emiten, un mes después, nuevo informe en el que proponen la exclusión de la recurrente por discrepancias metodológicas. La Mesa hace suyo este informe y acuerda la exclusión en el trámite de presunción de temeridad.

c) No ha tenido lugar, como afirma la Mesa, un incumplimiento grave de los requisitos técnicos de la licitación que justifique la exclusión de la recurrente. El motivo de exclusión es desproporcionado: reside en una discrepancia de un aspecto concreto de la metodología de elaboración de encuestas de movilidad diaria, cuyo peso en la valoración técnica del concurso

es relativamente bajo, ya que forma parte de una serie de tareas que en su conjunto no pueden superar los 8 puntos, sobre los 49 correspondientes a aspectos técnicos para el desarrollo del plan de movilidad. Además, hay que tener en cuenta que la metodología para la elaboración de encuestas no es una prescripción técnica cerrada cuyo incumplimiento pueda dar lugar a la exclusión de la licitación, pues el propio PPT (cláusula b.1.2 y anexo I) establece que la metodología se definirá durante el desarrollo de los trabajos, admitiendo variaciones sobre la propuesta presentada en la licitación. Resulta, por tanto, un aspecto susceptible de discrepancias que en ningún caso supone un incumplimiento grave de los requisitos técnicos. A todo ello añade que la metodología de elaboración de encuestas propuesta por la UTE se adapta a lo exigido en el PPT.

d) La exclusión infringe, además, el principio de no discriminación e igualdad de trato de todos los candidatos. Todas las ofertas técnicas presentadas por los licitadores (salvo una) incurren, de un modo u otro, en alguna deficiencia o desajuste en relación con la propuesta metodológica y así se pone de manifiesto en el informe técnico de valoración del sobre 2. Pero, a pesar de ello, sólo se excluye a la recurrente, pues el propio planteamiento del concurso no supone la eliminación de un licitador por no ajustarse exactamente a los aspectos técnicos del pliego, sino una mejor o peor valoración de su oferta. Es más, la propuesta de la adjudicataria incurre en deficiencias similares a las que han dado lugar a la exclusión de la UTE, y la diferencia entre ambas ofertas económicas es tan pequeña, que aquélla también habría incurrido en temeridad si en vez de aplicar la media aritmética de

las bajas se hubiese aplicado la media aritmética de las ofertas, según establece el PCAP.

e) Por último, alega que su oferta económica es económicamente viable, con independencia de la metodología de elaboración de encuestas por la que se opte. Adjunta un informe técnico sobre la su exclusión, haciendo un análisis comparativo con el informe del órgano de contratación elaborado tras la justificación de temeridad; y se remite a dicho informe adjunto para avalar esta afirmación.

Por todo ello, solicita la anulación de su exclusión y la retroacción de las actuaciones del procedimiento a la fase de valoración de las ofertas económicas, incluyendo también la presentada por la UTE.

NOVENO.- El 23 de agosto de 2016, se da traslado del recurso al resto de licitadores, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones. El plazo finaliza sin que se presente ninguna alegación.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de la UTE para interponer recurso especial, y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP.

También queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un

contrato de servicios de valor estimado superior a 100 000 euros, por lo que este Tribunal es competente para la resolución del recurso planteado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17. 2. a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón, (en redacción dada por el artículo 33 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón). El recurso se ha interpuesto en tiempo y forma.

SEGUNDO.- Sentado lo anterior, este Tribunal administrativo debe resolver si la exclusión de la recurrente fue correcta o no. El recurso alega y fundamenta, como primer motivo del recurso, que, ni el acuerdo de exclusión ni el informe en el que éste se basa, contienen una motivación razonada y suficiente de la inviabilidad de la oferta de la UTE.

Señala en primer lugar que la desproporción de la misma es «poco significativa»: un 13,6% por debajo de la media de las doce ofertas y un 4,5% más baja que la oferta de la adjudicataria, no incursa en presunción de temeridad. A pesar de ello, presentó una justificación exhaustiva en la que se explica con detalle los ahorros por metodología y la optimización de procesos, así como la estructura de los distintos costes de la UTE, desglosados. Todo ello respondiendo al requerimiento del órgano de contratación dentro del procedimiento contradictorio del artículo 152.3 TRLCSP, en el que se aprovechó para pedir a la recurrente, además de la justificación, que aclarase una cuestión técnica como es la referida a la metodología propuesta para la recogida y análisis de datos. Alega que no era éste el momento procedimental oportuno para exigir tal aclaración, pero que, aún habiéndola aportado, el informe técnico no entra a valorar las

exhaustivas explicaciones que se dan a este respecto. Únicamente pone de manifiesto la discrepancia metodológica existente, y llega a la conclusión de que se ha producido un incumplimiento grave de los requisitos técnicos de la licitación, sin incidir de forma razonada y suficiente sobre las circunstancias de la anormalidad de la oferta.

Sin embargo, el informe del Servicio de Movilidad Urbana del Ayuntamiento de Zaragoza, de 15 de julio de 2016, relativo a la justificación de la baja desproporcionada presentada por dicha UTE, evidencia y pone de relieve que existe un incumplimiento del pliego técnico y, lo que resulta mucho más grave, una modificación de la propia oferta técnica de la UTE. El informe de manera razonada afirma:

> *«Por tanto se aprecia:*
>
> *- Que el licitador en su justificación por temeridad está modificando los parámetros de las encuestas y además lo hace con una reducción sobre la calidad de los resultados: Así en la oferta técnica, propone un error muestral, calculado para las 1.200 encuestas con un intervalo de confianza del 95% y ahora en la justificación por temeridad para esas mismas encuestas plantea un intervalo de confianza del 90%, lo cual supone una reducción en la calidad de los resultados. Por otro lado, en la Oferta técnica se plantean 100 encuestas por cada distrito y en la justificación por temeridad con las 1.200 encuestas y los 14 distritos+4 agrupaciones de barrios rurales no se alcanza esas 100 encuestas por distrito, lo cual supone una reducción significativa respecto a lo ofertado en su oferta técnica.*
>
> *- Que en la oferta técnica el licitante consideró 12 distritos para el cálculo del error particular por zonas y ahora en la justificación por temeridad plantea 14 distritos + 4 agrupaciones de barrios rurales. Por lo que se está modificando la oferta técnica sin variar el número de encuestas y en consecuencia aumentando el error muestral por encima del requisito del Pliego Técnico.*

- Que existe discrepancia en el modo de justificación del error muestral obtenido para el número de encuestas propuesto, ya que en la justificación por temeridad el licitante calcula el error muestral en base a la suma de las encuestas telefónicas y las encuestas de desplazamiento personales por modos de transporte. Esto no se puede realizar así ya que son dos tipos diferentes de encuesta, las segundas son útiles a efectos de evaluación de la movilidad, pero no se pueden agrupar con la finalidad de cálculo del tamaño de la muestra ni para obtención del error muestral ya que son encuestas de distinto tipo y de distinta finalidad y que sólo debe hacerse con las encuestas telefónicas, tal y como ofertaba en su oferta técnica.

- Finalmente anotar que, en la evaluación de la oferta técnica presentada por el licitador no quedaba lo suficientemente claro si el tamaño ofertado para la muestra cumplía con los requisitos del PPTP del contrato para la revisión del Plan de Movilidad Sostenible de Zaragoza, en su anejo nº1, donde se puntualiza que "la encuesta de movilidad diaria debe permitir la determinación de la movilidad diaria en un día laborable con un error muestral global inferior al 1% y con un error muestral a nivel O/D entre barrios no superior al 10%"; puesto que con estos requisitos establecidos, y considerando un nivel de confianza del 95% y un coeficiente de variación de 0,5, se estima que la muestra ofertada debería ser superior a 9.000 encuestas para cumplir el error global exigido. A la vista de la justificación ahora aportada se deduce que no parece probable satisfacer el error exigido con las 1.200 encuestas iniciales, ni con las 4.200 que ahora se concretan (1.200 telefónicas+3.000 de modos), además de que dicha suma de encuestas de diferente tipo es incompatible para el cálculo del error muestral, tal y como se ha explicado.

- Por lo tanto en la justificación por temeridad se está realizando una justificación que modifica los requisitos de la encuesta definidos en su oferta técnica y exigido en el Pliego Técnico, todo ello en base a una reducción de la calidad inicialmente ofertada y exigida. Lo que supone un incumplimiento grave de los requisitos técnicos de la licitación».

Este informe detalla pues, de manera específica y extensa los motivos por los que no cabe aceptar la justificación de la oferta presentada por la UTE, por implicar una modificación de la oferta técnica. De manera que la Mesa de contratación no podía admitir tal justificación de la oferta, sin vulnerar el principio de igualdad de trato de los licitadores.

En realidad, y con motivo de la justificación de la oferta, la recurrente incurre en una suerte de *reoferta*, que no cabe admitir, tal y como afirmamos en nuestro Acuerdo 52/2012, de 28 de noviembre.

Tampoco se puede admitir, como argumenta la recurrente, que en el momento procedimental de requerimiento de la justificación de la oferta económica incursa en presunción de anormalidad, no procedía solicitar aclaración de la oferta técnica —puesto que entiende que al haber sido valorada en la fase previa a la apertura de la oferta económica, no era ya posible retrotraer actuaciones a un momento anterior—. La oferta económica, y su presunción de baja desproporcionada, no pueden desvincularse de la forma en que el licitador llevará a término la prestación del servicio (oferta técnica). Oferta económica y oferta técnica forman parte de la misma proposición, y no puede entenderse a una sin la otra. Y la Administración, no sólo puede, sino que debe solicitar con carácter previo a la adjudicación, cuantas aclaraciones técnicas o económicas considere oportunas, todo ello conforme a lo establecido en el artículo 160 del TRLCSP que establece *«cuando para la valoración de las proposiciones hayan de tenerse en cuenta criterios distintos al del precio, el órgano competente para ello podrá solicitar, antes de formular su propuesta, cuantos informes técnicos considere precisos. Igualmente, podrán solicitarse estos informes cuando sean necesarios*

para verificar que las ofertas cumplen con las especificaciones técnicas del pliego».

En consecuencia procede desestimar este motivo del recurso.

TERCERO.- Edifica la UTE recurrente el segundo de sus motivos de impugnación, en la contravención de la teoría de los actos propios e infracción del principio que se deriva de la misma, fundamentada en que, los mismos técnicos que valoraron la oferta técnica y le asignaron la quinta mejor puntuación de las doce plicas valoradas en lo relativo a los métodos de realización de trabajos de campo, emiten, un mes después, nuevo informe en el que proponen la exclusión de la recurrente por discrepancias metodológicas, Informe que la Mesa hace suyo y acuerda la exclusión en el trámite de presunción de temeridad. Actuación que, a juicio del recurrente, es contraria al principio del «*non venire contra factum propium*»**.**

En primer lugar, es necesario dejar constancia, para la adecuada resolución de este motivo del recurso, que la admisión de la oferta técnica del licitador que incumplía los requisitos del PPTP del contrato para la revisión del Plan de Movilidad Sostenible de Zaragoza, es irregular y no puede ser objeto de protección jurídica en base a la simple aplicación del principio del «*non venire contra factum propium*», pues este principio solo opera sobre la base de una apariencia seria de legalidad inicial que no existe en este supuesto. Pues una situación fáctica, inicialmente aceptada, no deviene en jurídicamente aceptable por el hecho de la mera aceptación inicial.

En segundo lugar, y así lo afirmamos en nuestro Acuerdo 21/2013, de 30 abril, porque la conservación de un acto depende de los efectos que éste pueda producir, pues la legitimidad o validez de sus efectos es lo

que determina que el ordenamiento garantice su mantenimiento en el mundo del Derecho. Y, en el supuesto objeto de recurso, la admisión de quien incumple en su oferta el PPTP, por incumplir los criterios técnicos, es contraria a los requisitos exigidos en el procedimiento licitatorio en cuestión.

El ordenamiento jurídico contractual demanda a la Administración un respeto escrupuloso de la legalidad formal y material, que se traduce en el cumplimiento de todos los requerimientos y requisitos establecidos en los pliegos (auténtica ley del contrato), pues, solo así, se asegura que la actuación del órgano de contratación haga efectivos los principios que fundamentan el régimen jurídico de la contratación del sector público (principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, recogidos en el artículo 1 TRLCSP.

Además, afirmamos también en nuestro Acuerdo 21/2013, de 30 abril, el procedimiento de contratación pública se desarrolla a lo largo de diferentes periodos como son: la convocatoria de licitación, la presentación de proposiciones por parte de los licitadores, la apertura de las ofertas, la adjudicación, el perfeccionamiento contractual, y la ejecución del contrato con arreglo a lo convenido. Así, surgen derechos y obligaciones nuevas en cada fase del proceso, pero que no suponen una automática vinculación insuperable mientras no se alcance el fin propuesto, que es el perfeccionamiento del contrato perseguido. Precisamente por ello, la propuesta de adjudicación se configura jurídicamente como un mero acto de trámite, no como una resolución definitiva, pues no pone fin al procedimiento. Ese carácter de acto de trámite, se ve reforzado por lo dispuesto en el artículo 160.2 TRLCSP,

conforme al cual la propuesta de adjudicación no crea derecho alguno a favor del licitador propuesto.

No existe pues contravención del principio del *non venire contra factum propium*, en su consecuencia, y no ha lugar a la admisión del recurso por este motivo.

CUARTO.- Sostiene la recurrente, como tercer motivo del recurso, que no ha tenido lugar, como afirma la Mesa, un incumplimiento grave de los requisitos técnicos de la licitación, que justifique la exclusión de la recurrente. El motivo de exclusión es desproporcionado, reside en una discrepancia de un aspecto concreto de la metodología de elaboración de encuestas de movilidad diaria, cuyo peso en la valoración técnica del concurso es relativamente bajo, ya que forma parte de una serie de tareas que en su conjunto no pueden superar los 8 puntos, sobre los 49 correspondientes a aspectos técnicos para el desarrollo del plan de movilidad. Además, afirma la recurrente, hay que tener en cuenta que la metodología para la elaboración de encuestas no es una prescripción técnica cerrada cuyo incumplimiento pueda dar lugar a la exclusión de la licitación, pues el propio PPT (cláusula b.1.2 y anexo I) establece que la metodología se definirá durante el desarrollo de los trabajos, admitiendo variaciones sobre la propuesta presentada en la licitación. Resulta, por tanto, un aspecto susceptible de discrepancias que en ningún caso supone un incumplimiento grave de los requisitos técnicos. A todo ello añade que la metodología de elaboración de encuestas propuesta por la UTE se adapta a lo exigido en el PPTP.

Lo cierto es, y así se acredita en el informe del órgano de contratación de 19 de agosto de 2016, que a la vista de la oferta técnica y

económica presentada por la UTE, su justificación, y el Documento nº 1 anexo al recurso planteado, y de los informes del Servicio de Movilidad, la UTE recurrente ha modificado su oferta técnica, dado que va aumentando el número de encuestas ofrecidas (de las 1.200 iniciales, pasa a 4.200 en la justificación, llegando a ofrecer 9000 en el documento anexo al recurso), lo que lógicamente tiene consecuencias en el precio ofertado de imposible justificación y que motivaron la propuesta de exclusión. Y lejos de ser esta una cuestión meramente metodológica, supone una verdadera modificación de la oferta, y lo que es mucho más grave, que: «*Estos cambios se realizan tras tener conocimiento de los informes de valoración de las ofertas del resto de los licitadores en los que se hacía referencia al número de encuestas que ofrecían*».

Procede, también, desestimar este motivo del recurso.

QUINTO.- Finalmente, la recurrente mantiene que la exclusión infringe, además, el principio de no discriminación e igualdad de trato de todos los candidatos. Todas las ofertas técnicas presentadas por los licitadores (salvo una) incurren, de un modo u otro, en alguna deficiencia o desajuste en relación con la propuesta metodológica y así se pone de manifiesto en el informe técnico de valoración del sobre 2. Pero, a pesar de ello, sólo se excluye a la recurrente, pues el propio planteamiento del concurso no supone la eliminación de un licitador por no ajustarse exactamente a los aspectos técnicos del pliego, sino una mejor o peor valoración de su oferta.

Y, por último, alega que su oferta económica es económicamente viable, con independencia de la metodología de elaboración de encuestas por la que se opte. Adjunta un informe técnico sobre su

exclusión, haciendo un análisis comparativo con el informe del órgano de contratación elaborado tras la justificación de temeridad; y se remite a dicho informe adjunto para avalar esta afirmación.

Insiste la recurrente en considerar, a efectos de basar su argumentación, que el motivo de su exclusión es una mera cuestión de orden metodológico, cuando la realidad de las cosas, y así ha quedado acreditado a lo largo del procedimiento, es que se ha producido una modificación de calado de la oferta técnica.

Es precisamente la admisión de quien incumple los requisitos técnicos que exige el PPTP del contrato para la revisión del Plan de Movilidad Sostenible de Zaragoza, lo que supone una infracción insalvable del principio de no discriminación e igualdad de trato de todos los candidatos. De manera que no se puede apreciar en la Mesa, ni en los informes una actuación irregular, en este sentido, sino antes bien adecuada y conforme al ordenamiento jurídico de la contratación.

En cuanto a la viabilidad económica de su oferta, la recurrente, y con cita de la Resolución 413/2016, de 27 de mayo del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), en concreto su Fundamento de Derecho Cuarto, apoya su argumentación en que *«la justificación de la oferta incursa en presunción de temeridad no tiene por objeto demostrar su viabilidad, sino explicar satisfactoriamente la baja propuesta y permitir al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo. En igual sentido, el artículo 69.3 de la nueva Directiva sobre contratación pública (Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero), señala: "El poder adjudicador evaluará la información proporcionada consultando al licitador. Sólo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no*

expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos...". Para el órgano de contratación no se trata tanto de una cuestión sujeta a la discrecionalidad técnica -que opera en la apreciación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor-, sino de analizar y, en su caso, refutar de manera razonada la justificación de licitador».

El recurrente omite, sin embargo, que la Resolución 413/2016, de 27 de mayo del TACRC pone de manifiesto en el mismo Fundamento de Derecho Cuarto que: «*La justificación presentada supone en realidad una modificación del proyecto y, por tanto, es un argumento suficiente para rechazar la justificación presentada*».

Es decir, cuando se produce una modificación de la oferta, en el aspecto que sea, la oferta pierde su validez y el ordenamiento jurídico la expulsa del procedimiento de licitación, precisamente para salvaguardar los principios fundamentales de la contratación pública, con independencia de que sea viable o no, porque ya no es válida.

Procede, asimismo, desestimar ambos motivos del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP; y en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

III. ACUERDA

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial interpuesto por D. Juan Manuel Pérez Rodríguez, D. Vicente Elipe Maicas y D. Sergi Paris del Pino, en nombre y representación de las entidades que constituyen la UTE DESARROLLO, ORGANIZACIÓN Y MOVILIDAD, S.A. – AIT CONSULTORES ARAGÓN, S.L. – THE MOLINO PROYECTOS, S.L.P, frente a su exclusión del procedimiento de licitación denominado «Servicio de consultoría y asistencia técnica para la revisión del Plan de Movilidad Sostenible del Ayuntamiento de Zaragoza», promovido por el Ayuntamiento de Zaragoza.

SEGUNDO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

TERCERO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.