

Recurso 66/2015**Resolución 313/2015****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 3 de septiembre de 2015

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **DRAINSAL, S.L.**, contra la Resolución de adjudicación, de 5 de febrero de 2015, del Pleno de la Diputación Provincial de Sevilla relativa al contrato denominado *“Obras de conservación y mantenimiento de la red viaria y mejoras en la movilidad en la provincia de Sevilla”* (Expte. PAA/334/2014) *LOTE 1*, promovido por la citada corporación provincial, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 8 de agosto de 2014, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El citado anuncio se publicó, igualmente, el 26 de agosto de 2014 en el Boletín Oficial del Estado núm. 207 y el 6 de agosto de 2014 en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Diputación Provincial de Sevilla.

El objeto del contrato de obras está dividido en cuatro lotes, ascendiendo su



valor estimado a 5.369.247,82 euros.

SEGUNDO. La licitación se llevó a cabo de conformidad con la tramitación prevista en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

TERCERO. Con fecha 5 de febrero de 2015, el Pleno de la Diputación Provincial de Sevilla acuerda la adjudicación de los distintos lotes que componen el objeto del contrato citado en el encabezamiento de esta Resolución.

CUARTO. El 3 de marzo de 2015, tuvo entrada en el registro del órgano de contratación recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad, DRAINSAL, S.L. contra la adjudicación *del LOTE 2* del contrato de obras anteriormente citado.

QUINTO. Posteriormente, con fecha 9 de marzo de 2015, las entidades DRAINSAL, S.L. y ELSAMEX, S.A., siendo ésta última con la que concurrió la recurrente a la licitación en forma de Unión Temporal de Empresas (en adelante UTE), presentaron escrito ante el órgano de contratación por el que subsanaban el error cometido en el escrito de recurso de 3 de marzo, ya que en realidad el objeto del mismo se circunscribía a la adjudicación del *LOTE 1 y no del LOTE 2*.

SEXTO. El 20 de marzo de 2015, tuvo entrada en el Registro auxiliar de este Tribunal el escrito de recurso interpuesto, así como la subsanación anteriormente mencionada, remitido por el órgano de contratación, acompañado de un informe, y copia del expediente de contratación.

Posteriormente, tras requerimientos de 23 y 27 de marzo de 2015 por parte de la Secretaría de este Tribunal, los días 25 y 30 de marzo se recibió el listado de licitadores en el procedimiento, así como otra documentación adicional.

SÉPTIMO. El 7 de abril de 2015, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días a los licitadores para que presentaran alegaciones, habiéndolas presentado en el plazo concedido para ello las entidades INNDEEX INGENIEROS Y CONSTRUCTORES, S.L. y CONSTRUCCIONES ARAPLASA, S.A., CONSTRUCCIONES MAYGAR, S.L., MARTÍN CASILLAS, S.L.U., y finalmente EXPLOTACIONES LAS MISIONES, S.L.U.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP, en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción anterior al Decreto 120/2014, de 1 de agosto de 2014 y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

En concreto, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato promovido por la Diputación Provincial de Sevilla, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto del convenio, a tales efectos, formalizado el 26 de septiembre de 2012 entre la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y la Diputación Provincial de Sevilla.

SEGUNDO. Procede pues, analizar la legitimación de la recurrente. En el escrito de recurso se hace referencia a la interposición por parte de las entidades

ELSAMEX, S.A. y DRAINSAL, S.L.; a la vista de la documentación que obra en el expediente, este Tribunal ha podido comprobar que efectivamente dichas entidades licitaron en forma de UTE a todos los lotes que componían el objeto del procedimiento de licitación, por lo que no cabría cuestión alguna sobre la legitimación de las mismas, si no fuera por el hecho de que finalmente tan solo una de las entidades se encuentra representada por medio de la firma del escrito de recurso, en concreto DRAINSAL, S.L., al existir en éste una sola rubrica.

Cabe cuestionarse por tanto, si es suficiente la interposición del recurso por tan solo una de las entidades que constituían la UTE para considerar que existe legitimación suficiente para la interposición de aquél.

Así lo manifiesta la entidad CONSTRUCCIONES MAYGAR, S.L. en sus alegaciones, donde expone que el escrito de interposición del recurso aparece única y exclusivamente firmado por una de las empresas componentes de la UTE, por lo que cabe concluir la falta de legitimación de la recurrente. En el mismo sentido alegan las entidades MARTÍN CASILLAS, S.L.U. y EXPLOTACIONES LAS MISIONES, S.L.U.

Sobre tal cuestión ya ha tenido ocasión de manifestarse este Tribunal, en concreto en la Resolución 149/2015 de 28 de abril, donde se hacía referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2009 (RJ\2009\5865), recogiendo las distintas líneas jurisprudenciales en la materia; en la citada sentencia se concluye que la legitimación activa de uno de los copartícipes de la UTE *<<es admisible cuando se realiza “sin oposición de los restantes”. Y si aquí consta expresamente que uno de los componentes mostró su oposición clara a la interposición de cualquier recurso jurisdiccional, es obvio que la Sala de instancia (al declarar la falta de legitimación del otro componente de la UTE) no ha quebrantado el conjunto de preceptos esgrimidos.*

Y, por lo mismo, tampoco se ha conculcado la doctrina sobre los intereses legítimos ya que la eventual anulación del acto ningún beneficio reportaría a

los recurrentes ante la patente inexistencia de la unión temporal de empresas que concurrió al concurso dada la renuncia de uno de sus integrantes.>>

Esta posición del Tribunal Supremo ha sido también asumida por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 479/2014, de 18 de junio.

De la doctrina expuesta se colige que el recurso interpuesto por un miembro de la UTE con la oposición expresa del otro integrante de la misma debe inadmitirse por falta de legitimación del primero. Particularmente, dicha inadmisión es patente cuando, como señala la citada Resolución 479/2014, de 18 de junio, del contenido del escrito de oposición se deduce la extinción de la propia agrupación de empresarios, que ningún beneficio obtendría ya en caso de una eventual estimación del recurso.

Así pues, los supuestos analizados por el Tribunal Supremo y el propio Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales conllevan una oposición al recurso por parte de uno de los componentes de la UTE y una renuncia al compromiso de constitución de la UTE.

Sin embargo, no es esto lo que acontece en el caso aquí examinado donde no cabe presumir la oposición de uno de los miembros de la UTE por la simple falta de rubrica del escrito de recurso, ya que como anteriormente se ha indicado, si bien en el cuerpo del recurso se erigen como partes reclamantes las entidades DRAINSAL, S.L. y ELSAMEX, S.A., tan solo uno de los representantes de dichas entidades finalmente lo firma; así, si ello efectivamente conlleva que finalmente se considere a DRAINSAL, S.L. como única recurrente, no puede resultar de la mera falta de firma del recurso por la otra parte, su oposición a la interposición del mismo, y aun más en el presente supuesto, donde posteriormente se presenta escrito de subsanación que aparece suscrito por ambas entidades. Así pues, no se muestra, en ningún caso, una oposición a la continuación del

recurso por parte de la otra empresa, ni del mismo se evidencia una voluntad inequívoca de romper con el compromiso de constitución de la UTE en caso de que una eventual estimación del recurso diere lugar, finalmente, a la adjudicación del contrato a su favor.

Por las razones expuestas, este Tribunal considera que *el principio pro actione* demanda en el supuesto analizado que se admita la legitimación de la entidad reclamante en orden a la continuación del procedimiento y ello con base en el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, son susceptibles de recurso en esta vía.

El recurso se dirige contra la resolución de adjudicación de un contrato de obras sujeto a regulación armonizada que pretende concertar un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que resulta procedente el recurso especial de conformidad con lo estipulado en el artículo 40 apartados 1 a) y 2 c) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 a) del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.”*

En el supuesto examinado, la resolución de adjudicación impugnada fue publicada en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Diputación Provincial de Sevilla el 12 de febrero de 2015, por lo que habiéndose presentado el escrito de recurso en el Registro del órgano de contratación el 3 de marzo, el mismo se interpuso dentro del plazo legal antes expresado.

Mención aparte merece el escrito de subsanación presentado por la entidades que componían la UTE licitadora y que fue presentado en el registro del órgano de contratación, con fecha 9 de marzo de 2015. El objeto de dicho escrito fue la subsanación del error material que cometió la recurrente a la hora de determinar el lote concreto cuya adjudicación recurría, pues en su escrito de recurso inicial se hace referencia al “*LOTE 2*” y ahora en su escrito de subsanación, afirma la recurrente, que se refería al “*LOTE 1*”.

Sobre este escrito de subsanación, exponen en sus alegaciones las entidades CONSTRUCCIONES MAYGAR, S.L., MARTÍN CASILLAS, S.L.U. y EXPLOTACIONES LAS MISIONES, S.L.U. que en realidad la rectificación efectuada el 9 de marzo de 2015, impugnando realmente el “*LOTE 1*”, sería extemporánea, ya que lo consideran un nuevo recurso, y su admisión infringiría lo dispuesto en el artículo 44 del TRLCSP.

Procede pues, analizar la auténtica naturaleza del escrito presentado con fecha 9 de marzo de 2015. Como se ha indicado anteriormente, la recurrente expone en dicho escrito que había cometido un error de tipo material en el recurso presentado ante el órgano de contratación con fecha 3 de marzo de 2015, ya que se había interpuesto contra el “*LOTE 2*” cuando se puede deducir del mismo cuerpo del recurso que en realidad se estaba interponiendo contra el “*LOTE 1*”, a lo que las entidades interesadas en el procedimiento alegan que el cambio en el lote impugnado supone un nuevo recurso por lo que resultaría extemporáneo.

Del escrito de recurso presentado con fecha 3 de marzo de 2015, resulta que el acto contra el cual la recurrente interpone recurso especial, es “*la Resolución de adjudicación del lote 2 del contrato en cuestión recaída en la entidad MARTÍN CASILLAS, S.L.U.*”. Por otro lado, tras el estudio del expediente de contratación remitido a este Tribunal, se ha podido comprobar que la adjudicataria del “*LOTE 2*”, fue en realidad la entidad “CONSTRUCCIONES MAYGAR, S.L.”, siendo la entidad “MARTÍN CASILLAS, S.L.U.” adjudicataria del “*LOTE 1*”.

Visto lo anterior, resulta evidente que existía un error en el escrito de interposición de recurso presentado por la recurrente, ya que no se correspondían la entidad adjudicataria con el lote recurrido. De lo anterior se deduce que, efectivamente, el escrito presentado por la recurrente el 9 de marzo, contenía una subsanación del inicialmente presentado el 3 de marzo, donde se corregía el error material observado, por lo que no procede considerarlo un nuevo recurso y por tanto no resultaría extemporáneo.

QUINTO. Procede, pues, analizar la cuestión de fondo suscitada. La recurrente expone que el órgano de contratación no ha apreciado de forma correcta la concurrencia de baja temeraria o desproporcionada de varios licitadores, incluida la empresa adjudicataria, debido a que ha aplicado de forma indebida el artículo 85 del RGLCAP.

En este sentido argumenta la recurrente que en el presente caso, regulado en el artículo 151.2 del TRLCSP con más de un criterio de adjudicación, no cabía la aplicación automática del artículo 85 del RGLCAP, sino que para poder apreciar que una oferta incurre en valores anormales o desproporcionados hay que acudir a los criterios establecidos en los pliegos.

Según la recurrente, el PCAP incluía los parámetros objetivos para considerar que una oferta estaba incurso en valores anormales, si bien éstos son diferentes a los incluidos en el artículo 85 del RGLCAP; en concreto, se establece lo siguiente en el pliego: *“Se consideraran ofertas anormalmente bajas o desproporcionadas aquellas que se desvíen en más de diez puntos porcentuales de la media aritmética de las ofertas presentadas”*.

Finalmente considera la recurrente, que el órgano de contratación ha aplicado indebidamente el artículo 85 del RGLCAP para la apreciación de los valores anormales, teniendo ello como resultado que no ha apreciado valores desproporcionados en determinadas ofertas, cuando de la aplicación de los criterios establecidos en los pliegos, tres ofertas, incluida la de la adjudicataria

merecían tal calificación, es por ello que solicita en su escrito de recurso que se anule la resolución recurrida, ordenando retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la resolución de adjudicación para que se declare que las ofertas de las entidades MARTÍN CASILLAS, S.L.U., MAYGAR, S.L. y CONACON, S.L. están incursas en baja anormal o desproporcionada.

Por su parte, el órgano de contratación señala que procedería estimar el recurso especial interpuesto por la recurrente, ya que reconoce que se ha aplicado indebidamente el punto cuarto del artículo 85 del RGLCAP; en este sentido expone que, siendo de aplicación el artículo 152.2 del TRLCSP, es el PCAP el que debe recoger los parámetros objetivos para determinar la desproporcionalidad de la oferta.

Considera el órgano de contratación que de estimarse el recurso deberían retrotraerse las actuaciones al análisis de las ofertas y su posible desproporcionalidad, con las consecuencias previstas en el artículo 152 del TRLCSP.

Finalmente las entidades interesadas CONSTRUCCIONES MAYGAR, S.L., MARTÍN CASILLAS, S.L.U. y EXPLOTACIONES LAS MISIONES, S.L.U. exponen en sus escritos de alegaciones que la recurrente no ha tenido en cuenta en su escrito la regulación relativa a los grupos de empresas prevista en el artículo 86 del RGLCAP, en relación con la oferta económica a tener en cuenta para el cálculo de aquellas que incurran con valores anormales o desproporcionados, cuando concurran en una licitación varias ofertas de empresas vinculadas, en los términos del artículo 42.1 del Código de Comercio. Por otro lado, también exponen los interesados que se habrá de tener en cuenta lo establecido en la cláusula 9.2 del PCAP que exige que *“Las proposiciones técnicas que no alcancen el 50% de la puntuación total en esta fase de evaluación técnica, serán excluidas de la licitación, sin que tenga lugar la apertura del sobre C (proposición económica)”*.

SEXTO. Una vez expuesto lo alegado por cada una de las partes, procede analizar la cuestión de fondo objeto del recurso, esto es, si el órgano de contratación aplicó de forma correcta la forma de calcular las ofertas incursas en valores anormales o desproporcionados según lo previsto en el TRLCSP.

La cuestión objeto de la controversia se encuentra regulada en el artículo 152.2 del TRLCSP; dicho precepto regula el supuesto, ante el que ahora nos encontramos, de que exista más de un criterio de valoración y en el que los pliegos podrán expresar los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. A tales efectos, si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, podrán indicarse en el pliego los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales.

De lo anterior se extrae, en primer lugar, que para el caso de que los pliegos establezcan más de un criterio de adjudicación, no existe previsión *ex lege* por la que se tenga que apreciar la existencia de ofertas que puedan incurrir en valores anormales o desproporcionados, y en segundo lugar, que en caso de que el órgano de contratación considere conveniente el establecimiento de parámetros, los mismos deberán estar regulados en los pliegos.

En el supuesto ante el que nos encontramos, podemos comprobar que el PCAP establece dos criterios de adjudicación, por un lado el criterio de valoración de la oferta económica, con un peso del 75% y por otro el criterio de valoración técnica, con un peso del 25%. Según lo anteriormente expuesto y al estar establecido más de un criterio de valoración, se habrá de estar al contenido de los pliegos para determinar si efectivamente se han establecido parámetros para considerar si las ofertas están incursas en valores anormales o desproporcionados y siendo así, cuáles son estos.

En la cláusula 9.1 del PCAP, “*valoración económica de la oferta: 0-75 puntos*”, se establece lo siguiente: “*Se considerarán ofertas anormalmente bajas o desproporcionadas aquellas que se desvíen en más de 10 puntos porcentuales de la media aritmética de las ofertas presentadas*”.

Por tanto, no hay lugar a dudas que el PCAP que rige este contrato sí establece parámetros para determinar si alguna de las ofertas presentadas a la presente licitación estaba incurso en valores anormales o desproporcionados, y que dichos parámetros no son otros que *incurrirán en valores anormales aquellas ofertas que estuvieran por debajo del 90% de la media aritmética de las ofertas válidas presentadas*.

Del expediente remitido a este Tribunal, y en concreto del contenido del anexo al informe técnico sobre las ofertas presentadas al procedimiento de licitación, de fecha 3 de diciembre de 2014, se puede comprobar que en las operaciones efectuadas para detectar las ofertas incursas en valores anormales o desproporcionados se han utilizado los parámetros contenidos en el artículo 85.4 del RGLCAP en lugar de aquellos contenidos en el PCAP y anteriormente mencionados.

Ello se extrae también de uno de los informes técnicos elaborados con ocasión del recurso, y en concreto el de fecha de 16 de marzo de 2015 que remite el órgano de contratación, y donde se expone que “*una vez revisado el procedimiento seguido para la apreciación de ofertas desproporcionadas se comprueba que, efectivamente, debido a la coincidencia entre el porcentaje de baja previsto en el reglamento y el establecido en el pliego, se entendió aplicar íntegramente lo establecido en el apartado 4 del artículo 85 del RGLCAP*”.

De esta forma, como la recurrente solicita y el órgano de contratación reconoce en su informe de fecha 19 de marzo de 2015, procede la estimación del recurso, anulándose la adjudicación del *LOTE 1* y retrotrayendo las actuaciones al momento previo al cálculo de las bajas anormales o desproporcionadas, para

que dichos cálculos se realicen, utilizando exclusivamente los criterios establecidos en los pliegos en los términos anteriormente argumentados.

Sin embargo, no resulta de la competencia atribuida a este Tribunal la declaración de las ofertas que se puedan encontrar incursas en valores anormales o desproporcionados, como también solicita la recurrente, ya que, según lo establecido en el artículo 152.4 del TRLCSP, la declaración de las ofertas incursas en valores anormales o desproporcionados corresponde, previo al procedimiento regulado en el apartado 3 de dicho artículo, al órgano de contratación.

Adicionalmente, como las partes interesadas manifiestan en las alegaciones al escrito de recurso y como además no podría ser de otra forma, en los cálculos encaminados a determinar aquellas ofertas incursas en valores anormales o desproporcionados, se habrá de tener en cuenta el resto de normas de aplicación y en especial, lo dispuesto en el artículo 86 del RGLCAP, en relación con la valoración de las ofertas presentadas por distintas empresas de un mismo grupo, y la cláusula 9.2 del PCAP donde se establece el umbral mínimo de puntuación necesaria en la valoración de los criterios evaluables mediante juicio de valor, como presupuesto para la valoración de la proposición económica.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en el día de la fecha,

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **DRAINSAL, S.L.**, contra la Resolución de adjudicación, de 5 de febrero de 2015, del Pleno de la Diputación Provincial de Sevilla relativa al contrato denominado *“Obras de conservación y mantenimiento de la red viaria y mejoras en la movilidad en la provincia de Sevilla”* (Expte. PAA/334/2014) *LOTE 1*, promovido por la citada corporación provincial, y en

consecuencia anular la resolución impugnada, en lo relativo al LOTE 1, y acordar la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la emisión del informe técnico sobre las ofertas anormales o desproporcionadas, y todo ello según lo manifestado en los fundamentos de derecho de esta Resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento.

TERCERO. Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo 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.