



Recurso nº 018/2011

Resolución nº 065/2011

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

En Madrid, a 9 de marzo de 2011.

VISTO el recurso interpuesto por “ARQUITECTURA Y ENERGÍA S.A” (en adelante ARENSA) contra el acuerdo del órgano de contratación de la Tesorería General de la Seguridad Social de 28 de diciembre de 2010, en cuya virtud se adjudica provisionalmente a la empresa CEINSA CONTRATAS E INGENIERÍA S.A, el contrato para la ejecución de las obras de construcción de un edificio destinado a usos múltiples de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social en LLeida, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Tesorería General de la Seguridad Social, convocó mediante anuncio publicado en el BOE con fecha 30 de julio de 2010, la licitación para adjudicar por procedimiento abierto, la contratación de obras de construcción de un edificio destinado a usos múltiples de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social en LLeida (expdte: 25603/10).

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Tercero.- Reunida en acto público, con fecha 28 de septiembre de 2010, la Mesa Central de Contratación de la TGSS, a fin de proceder a la apertura de la oferta económica relativa al expediente 10/25603, se constata que la oferta más económica presentada por “ARENSA” puede ser considerada anormalmente baja o desproporcionada por lo que

acuerda requerir de información a la misma a fin de que justifique la oferta, así como el asesoramiento técnico al órgano pertinente.

Cuarto.- Remitida la correspondiente información por ARENSA así como el pertinente informe técnico, la mesa de contratación con fecha 22 de diciembre de 2010, acuerda que la oferta, entre otras, de "ARENSA", no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados y propone la adjudicación provisional a favor de "CEINSA CONTRATAS E INGENIERÍA S.A".

Quinto. Con fecha 28 de diciembre, el órgano de contratación, adjudica provisionalmente el contrato correspondiente al expediente 25603/10 a "CEINSA CONTRATAS E INGENIERÍA S.A", notificándose con fecha 29 de diciembre la correspondiente resolución de adjudicación provisional a la empresa "ARENSA".

Sexto. Con fecha 12 de enero de 2011 por ARENSA se interpone "recurso especial en materia de contratación" frente a la adjudicación provisional.

Séptimo.-Con fecha 9 de febrero de 2011 por el Tribunal se deja si efecto la suspensión del expediente de contratación.

Octavo.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a las otras empresas que habían participado en la licitación, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen. Sin que hayan hecho uso de su derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de uno de los licitadores, no adjudicatario del contrato. (Artículo 312 de la LCSP).

Segundo. La interposición se ha producido dentro de plazo legal del artículo 314.2 de la Ley de Contratos del Sector Público al no haber transcurrido entre la notificación de la resolución y la interposición del mismo, el plazo de quince días hábiles.

Tercero. De conformidad con lo establecido en el artículo 311 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Cuarto. El análisis de los requisitos de admisión del recurso debe llevarnos asimismo a la determinación de si ha sido interpuesto contra alguno de los actos que de conformidad con lo establecido en el artículo 310 de la Ley de Contratos resultan susceptibles de recursos en esta vía.

Al respecto debe traerse a colación la doctrina sentada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 45/2010 de 28 de septiembre, conforme al cual:

“La segunda hipótesis a considerar en este apartado se refiere a la posibilidad de que la adjudicación provisional de haya dictado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto. En tal caso, debe entenderse que ya sólo cabe interponer el recurso que regula esta nueva Ley, siendo la cuestión a resolver si tal recurso puede interponerse o no contra la adjudicación provisional. A tal respecto el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa debe ser fijado tomando en consideración los principios que inspiran la reforma de la Ley de Contratos del Sector Público por la Ley 34/2010, de 5 de agosto. En este sentido queda de manifiesto por el propio contenido de la reforma que, tal y como se ha indicado en los antecedentes de este informe, una de las cuestiones a resolver por ella se refiere a la posibilidad o no de recurrir por la vía del recurso especial los actos administrativos que puedan derivar de los trámites a cumplimentar entre ambas adjudicaciones. Se trata en particular de las incidencias que desde el punto de vista jurídico, surjan en relación con la presentación durante el período que transcurre entre ellas de los diferentes documentos que se refería el párrafo segundo de la L en su redacción anterior. Precisamente para dar solución a la posibilidad de que también dichos actos fueran susceptibles de recurso especial, exigencia que se deriva de la Directiva 2007/66/CE, la reforma suprime la dualidad de adjudicaciones manteniendo una sola, antes de la cual deben aportarse por el futuro adjudicatario la totalidad de los documentos. Puesto que dicha única adjudicación es uno de los actos recurribles a través

del nuevo recurso especial, es evidente que las incidencias relacionadas con la presentación de tales documentos ya pueden ser motivo para la interposición del recurso, recogiendo con ello lo que expresamente advirtió la Comisión Europea en dictamen motivado dirigido al Reino de España. Pues bien, el equivalente a esta adjudicación en el sistema hasta ahora vigente es sin duda la adjudicación definitiva pues es la que se acuerda una vez concluida la totalidad de los trámites que componen el procedimiento.

Consecuentemente, frente a los actos de adjudicación provisional dictados con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma, debe considerarse que no cabe el recurso especial creado por ella, más que si respecto de los se cumplieran los requisitos que de conformidad con el nuevo artículo 310 permiten recurrir los actos de trámite (...)"

Esta doctrina es plenamente asumida en sus argumentaciones y en su conclusión por este Tribunal. Como consecuencia de ello, debe entenderse que contra la adjudicación provisional sólo puede aceptarse la posibilidad de interponer recurso cuando pueda considerarse incluida en alguno de los supuestos en que, con arreglo al artículo 310.2 letra b) de la Ley de Contratos del Sector Público, cabe interponer recurso contra los actos de trámite. Tales supuestos se refieren a los actos que decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable de derechos e intereses legítimos.

Es evidente, que en el supuesto que nos ocupa, el acto recurrido (la adjudicación provisional) cumple los requisitos para poder ser reputado acto de trámite susceptible de recurso especial.

Por lo demás destacar que se trata de un acto dictado en el seno de un procedimiento abierto para la contratación obras sujeto a regulación armonizada, por lo que de conformidad con el artículo 310.1a) es susceptible de recurso.

Quinto. La cuestión de fondo que se plantea en el recurso interpuesto se ciñe a la consideración por la ahora recurrente de su oferta como justificada, instando en consecuencia se adjudique el contrato en su favor, al ser su oferta la económicamente más ventajosa.

Sexto.- En este sentido y en la medida que la cuestión de fondo se circunscribe a la apreciación o no de la temeridad de la oferta presentada por la actora, al tratarse, el que nos ocupa, de un procedimiento de adjudicación en el que se utilizará como único criterio para proceder a ésta el precio más bajo (cláusula 5 del pliego de cláusulas administrativas particulares), ha de atenderse a lo previsto en el artículo 136.1 de la LCSP, conforme al cual:

“Cuando el único criterio valorable de forma objetiva a considerar para la adjudicación del contrato sea el de su precio, el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas podrá apreciarse de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente, por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado.”

En consonancia con lo previsto, la cláusula 9.8 del pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato que nos ocupa, prevé:

“El carácter desproporcionado o anormal de las ofertas se apreciará de acuerdo con los criterios establecidos en los apartados 1 a 4 del artículo 85 del RGLCAP y su declaración requerirá la previa solicitud de información a todos los licitadores supuestamente comprendidos en ella, así como el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.”

El citado artículo 85 del RGLCAP en relación con el expediente de que tratamos, expresamente prevé que:

“Se considerarán, en principio, desproporcionadas o temerarias las ofertas que se encuentren en los siguientes supuestos:

“(…) Cuando concurren cuatro o más licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía”.

Aplicando lo expuesto al supuesto examinado, se constata, que la oferta de “ARENESA” al ser inferior en más de diez unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas, se considera, en principio, temeraria o desproporcionada.

Y decimos, “en principio”, toda vez que la apreciación final de la citada temeridad corresponderá al órgano de contratación previa audiencia al contratista y previos los informes técnicos oportunos (136.3 y 4), trámites previstos oportunamente en el pliego y que se han cumplido en el supuesto examinado.

Así, se concede trámite de audiencia a la ahora recurrente en cumplimiento de lo previsto en el artículo 136.3 de la LCSP.

En este punto, destacar que por la actora se justifica su capacidad y solvencia técnica basada en la ejecución de obras similares, en el conocimiento que tiene de la TGSS. Alega además que cuenta con maquinaria y medios auxiliares propios que les permite no tener que alquilarla.

Baste decir al respecto que, en el contrato que nos ocupa se exige clasificación (que no solvencia), lo cual, se ha examinado en trámite precedente y que, en modo alguno, supone una justificación de los precios ofertados, debiéndose destacar que el precio unitario ofertado es de 629,37 euros /m”, estando el de la licitación en 1300 euros/m”, es decir más del doble.

Consecuentemente, por el servicio técnico competente, a través del informe pertinente emitido con fecha 13 de diciembre de 2010, como órgano especializado a tales efectos no considera justificada la oferta presentada por “ARENESA”.

Como lógica consecuencia, deberá adjudicarse el contrato a la siguiente proposición económicamente más ventajosa, de conformidad con lo previsto en el artículo 136.4 de la LCSP en su redacción anterior a la modificación operada por Ley 34/2010 de 4 de agosto, conforme al cual:

“Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior, estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, acordará la adjudicación provisional a favor de la siguiente proposición económicamente más ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo anterior, que se estime pueda ser cumplida a satisfacción de la Administración y que no sea considerada anormal o desproporcionada”.

En consonancia con dicha previsión la cláusula 10.2 del pliego de cláusulas administrativas del contrato que nos ocupa, prevé que:

“ La adjudicación al licitador que presente la oferta económicamente más ventajosa no procederá cuando, de conformidad con lo previsto en el artículo 136.3 y 4 de la LCSP, el órgano de contratación presuma que la proposición no pueda ser cumplida como consecuencia de la inclusión en la misma de valores anormales o desproporcionados”.

En consecuencia, no pudiendo dudarse del cumplimiento de los trámites formales y materiales que para la apreciación de la temeridad de la oferta presentada por “ARENSA” se requieren legalmente, procede desestimar el recurso de contrario interpuesto.

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por “ARQUITECTURA Y ENERGÍA S.A” frente al acuerdo de 28 de diciembre de 2010 del órgano de contratación de la Tesorería General de la Seguridad Social, por el que se adjudica provisionalmente el contrato relativo a la ejecución de las “obras de construcción de un edificio destinado a usos múltiples de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social en LLeida”, a la empresa “CEINSA”.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.