



Recurso nº 092/2011

Resolución nº 137/2011

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

En Madrid, a 11 de mayo de 2011.

VISTO el recurso interpuesto por D. M. C. E., en representación de MANTENIMIENTO DE INFRAESTRUCTURAS S.A. contra la resolución de la Dirección General de Carreteras por la que se declaraba anormalmente baja o desproporcionada su oferta y se adjudicaba provisionalmente a la unión temporal de empresas formada por OBRAS , CAMINOS Y ASFALTOS S.A. y CARIJA S.A., el contrato 30.54/10-2; 51-TO-0305 “Contrato de servicios para la ejecución de diversas operaciones de conservación y explotación en la A-42, N-401, N-401a. Tramos: Varios. P.K.: Varios. Provincia de Toledo”, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Por la Dirección General de Carreteras se convocó licitación para la adjudicación por procedimiento abierto del contrato referido mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado de 9 de agosto de 2010, con presupuesto de licitación de 10.082.389,83 euros. La recurrente presentó oferta en la citada licitación.

Segundo. La licitación se llevó a cabo con aplicación de los trámites previstos en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la anterior y del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, acordándose mediante resolución del Director General de Tráfico de 23 de marzo de 2011 la adjudicación a favor de la unión temporal de empresas integrada por OBRAS , CAMINOS Y ASFALTOS S.A. y CARIJA S.A. por un importe de 7.249.067,40 euros más el 18 por 100 en concepto de Impuesto sobre el Valor Añadido.

Tercero. Contra dicha resolución MANTENIMIENTO DE INFRAESTRUCTURAS S.A. ha interpuesto recurso especial en materia de contratación mediante escrito que tuvo entrada el día 7 de abril de 2011 en el registro de este Tribunal por el que previas las consideraciones que entiende convienen a su derecho solicita que se acuerde la nulidad de la resolución de adjudicación provisional efectuada.

Cuarto. Mediante resolución de 27 de abril de 2011, el Tribunal acordó el mantenimiento de la suspensión del procedimiento producida en virtud de lo dispuesto en el artículo 315 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Quinto. Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que formularan alegaciones, habiendo dejado transcurrir el plazo legal sin absolver el trámite.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso, calificado por la recurrente como especial en materia de contratación, se interpone ante este Tribunal que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 311.1 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Segundo. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello y dentro de plazo toda vez que, no constando en las actuaciones la fecha en que se remitió la resolución de adjudicación a la recurrente, no pueden considerarse transcurridos los quince días hábiles que establece el artículo 314.2 de la Ley mencionada.

Tercero. Queda por examinar si se ha cumplido el requisito objetivo del recurso, es decir si éste se ha interpuesto contra acto recurrible en esta vía. Al respecto debe traerse, en principio, a colación el criterio mantenido reiteradamente por este Tribunal en el sentido de que el acto de adjudicación provisional de los contratos tiene el carácter de acto de trámite a partir de la reforma operada en la Ley de Contratos del Sector Público por la Ley 34/2010, de 5 de agosto que incorporó a ella una nueva regulación del recurso especial en materia de contratación. En efecto esta última disposición suprimió el doble trámite de adjudicación reduciendo a una sola las anteriores adjudicaciones provisional y definitiva.

Como consecuencia de ello, la Junta Consultiva en dictamen 45/2010, de 25 de septiembre sentó doctrina que este Tribunal ha seguido reiteradamente por considerarla suficientemente fundada, entendiéndose que a los efectos de interposición del nuevo recurso especial contra actos de adjudicación acordados en procedimientos sujetos a la Ley en su anterior redacción, la adjudicación provisional quedaba convertida en un mero trámite y, en consecuencia, debía entenderse que sólo cabía interponer el recurso contra ella en aquellos casos en que concurrieran circunstancias que la convirtieran en algunos de los actos de trámite cualificados contra los cuales el artículo 310.2 de la Ley de Contratos del Sector Público admite la interposición del recurso.

La cuestión, en consecuencia, que debe resolverse ahora es la de si en el caso presente la adjudicación provisional tiene la consideración indicada y, por tanto, es susceptible de recurso en esta vía.

A tal respecto, debe tenerse en cuenta que el recurso se interpone contra el acto de adjudicación provisional por ser el que ha servido al recurrente de medio a través del cual ha conocido la exclusión de su oferta por considerarla incurso en la condición de anormalmente baja o desproporcionada de conformidad con lo establecido en el artículo 136 de la Ley de Contratos del Sector Público. Tal circunstancia impide que, para el caso de que el licitador seleccionado como adjudicatario provisional incurriera en el caso previsto en el artículo 135.2 de la Ley de Contratos del Sector Público en su primera redacción, y en consecuencia no adquiriera la condición de adjudicatario definitivo, la oferta de la recurrente pueda ser tenida en cuenta a los efectos de ser adjudicataria definitiva por haber sido previamente excluida.

El anterior razonamiento supone que debemos considerar al acto de adjudicación provisional en el caso objeto del presente recurso como un acto de trámite que decide de modo indirecto sobre la adjudicación para la empresa recurrente, y, en consecuencia, como un acto recurrible en esta vía de conformidad con lo dispuesto en el artículo 310.2, letra b) de la ya citada Ley de Contratos del Sector Público.

Cuarto. Sentado lo anterior, debe ahora entrarse en el análisis de la cuestión de fondo planteada por el escrito de recurso. Se refiere ésta de modo exclusivo a si las ofertas presentadas por empresas que forman parte de un mismo grupo, de conformidad con las

normas del artículo 42.1 del Código de Comercio, integradas en unión temporal de empresas con otras que no forman parte del mismo, deben ser valoradas en los términos establecidos en el artículo 86 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas o, si por el contrario, siguiendo el criterio sentado por la Abogacía General del Estado, no procede la aplicación del mismo en tales casos.

El artículo 86 del citado reglamento dispone que *“cuando empresas pertenecientes a un mismo grupo, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos del artículo 42.1 del Código de Comercio, presenten distintas proposiciones para concurrir individualmente a la adjudicación de un contrato, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, la oferta más baja, produciéndose la aplicación de los efectos derivados del procedimiento establecido para la apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, respecto de las restantes ofertas formuladas por las empresas del grupo”*. Por su parte, la Abogacía General del Estado en su dictamen 18/07, sentó el criterio de que las ofertas presentadas por empresas del mismo grupo, cuando alguna de ellas lo hiciera formando unión temporal de empresas con otras que no pertenecieran al mismo grupo, deberán valorarse como ofertas independientes para la determinación de qué bajas deben considerarse como anormales o desproporcionadas.

Tal criterio es contradicho por la recurrente al indicar que la consideración de tales ofertas como independientes llevaría en algunos casos a la aplicación de la norma en claro fraude de ley.

Este Tribunal no puede por menos que reconocer, como hace en su dictamen la Abogacía General del Estado, que no procede aplicar lo dispuesto en el artículo 86 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a las uniones temporales de empresas constituidas o a constituir por dos o más empresas de las cuales una se encuentre vinculada a un determinado grupo, pero no las demás. Esta conclusión es una lógica consecuencia de la interpretación teleológica del precepto. En efecto, el fundamento de este precepto no es otro que evitar la manipulación que de la presentación de ofertas por empresas pertenecientes al mismo grupo puede derivarse para la determinación del límite cuantitativo a partir del cual una oferta debe considerarse anormalmente baja o desproporcionada. Tal presunción no puede afectar a las uniones

temporales de empresas integradas por entidades de las que no todas están vinculadas al grupo en cuestión toda vez que el contenido de la proposición y, en particular, el importe de la oferta económica se determinará por acuerdo de todas las integrantes y no atendiendo a instrucciones de la matriz del grupo.

Quinto. Sin embargo, siendo cierta la consideración hecha en el apartado anterior no puede ignorarse que en determinadas ocasiones las empresas pertenecientes a un grupo podrían acudir a la unión temporal de empresas con otras que estén fuera del mismo para eludir la aplicación de la norma anteriormente transcrita. Ello puede presumirse, en particular, cuando se trate de uniones temporales en que la participación de la empresa vinculada sea muy superior a la de la otra empresa, o ésta última tenga un objeto relacionado sólo de forma marginal con la prestación o en supuestos similares. En tales casos no ofrece duda que puede presumirse la existencia de fraude de ley tal como lo define el artículo 6 del Código Civil (*“Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”*) y considerar que es de aplicación lo dispuesto en el artículo 86 del Reglamento anteriormente citado.

En consecuencia, la cuestión a dilucidar por este Tribunal será la de si, atendiendo a las circunstancias antedichas, resulta posible aplicar la doctrina del fraude legal a las condiciones en que han sido pactadas las uniones temporales de empresas cuyas ofertas han sido objeto de consideración en el presente caso.

A tal respecto el Tribunal ha examinado los compromisos de unión temporal de empresas celebrados y a los que no ha sido aplicado lo dispuesto en el artículo 86 citado, debiendo considerar que del porcentaje de responsabilidad asumido por cada una de las empresas que los integran se desprende, sin lugar a dudas, que evidentemente no se trata de supuestos de aplicación fraudulenta de la norma. Así, en el caso de la unión temporal a constituir entre API MOVILIDAD S.A. y CONSTRUCCIONES ANTOLÍN GARCÍA LOZOYA S.A., el porcentaje de responsabilidad asumido por cada uno de ellos es del 65% y del 35% respectivamente; en el caso de la que se proponen integrar EZENTIS S.A. y SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A., es del 60% y

40%; y, finalmente, en el caso de la proyectada entre DRAGADOS S.A. y MJ CONSTRUCCION Y OBRAS PÚBLICAS S.A., 80% y 20%.

Resulta claro que dados los porcentajes de responsabilidad asumidos en las dos primeras uniones temporales no cabe dudar de su veracidad y por tanto es adecuado no tomarlas en consideración a los efectos del tantas veces citado artículo 86 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Alguna duda podría plantear la unión temporal prevista entre Dragados S.A. y MJ Construcción y Obras Públicas S.A., puesto que la diferencia entre ambos porcentajes de responsabilidad puede considerarse más desproporcionada. Sin embargo, no debe olvidarse que el límite del 20% lo admite el propio Reglamento en su artículo 52.4 como participación mínima de cada empresa en la unión temporal para que su clasificación pueda ser computada a efectos de acreditar ésta. En consecuencia si, de conformidad con el Reglamento, un veinte por ciento de participación en la unión temporal hace que la clasificación ostentada por la empresa sea suficiente para computar a efectos de determinar la clasificación de la unión temporal, no existe razón para no tenerla en cuenta a efectos de no aplicación de lo dispuesto en el artículo 86 del Reglamento.

Sexto. Procede en consecuencia desestimar el recurso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. M. C. E., en representación de MANTENIMIENTO DE INFRAESTRUCTURAS S.A. contra la resolución de la Dirección General de Carreteras por el que se declaraba anormalmente baja o desproporcionada su oferta y se adjudicaba provisionalmente a la unión temporal de empresas formada por OBRAS , CAMINOS Y ASFALTOS S.A. y CARIJA S.A., el contrato 30.54/10-2; 51-TO-0305 “Contrato de servicios para la ejecución de diversas operaciones de conservación y explotación en la A-42, N-401, N-401a. Tramos: Varios. P.K.: Varios. Provincia de Toledo” confirmando en todos sus extremos la resolución recurrida.

Segundo. Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 315 de la Ley de Contratos del Sector Público, al amparo de lo dispuesto en el artículo 317.4 de la citada Ley.

Tercero. 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.