



Recurso nº 330/2012

Resolución nº 046/2013

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

En Madrid, a 30 de enero de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por Don F.J. M. V. en nombre y representación de SEÑALIZACIONES VILLAR, S.L., contra resolución de 7 de noviembre de 2012 de la Secretaría de Estado de Infraestructuras, Transporte y Vivienda del Ministerio de Fomento, de adjudicación del contrato de “Ejecución de diversas operaciones de conservación y explotación N-340, del límite provincial de Tarragona a Barcelona, P.K. 1.201,730 al 1.243,870; B-24, P.K.3790 al 10.640 y N-340ª, Castellet y La Gomal, Olérdola y Cervelló. Provincia de Barcelona.”, expediente Ext-N51-B-0103, el Tribunal en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha 5 de enero de 2012 el Consejo de Ministros autorizó la celebración del contrato de referencia, por un importe estimado de 12.305.453,62 €

Con fecha 6 de febrero de 2012, el órgano de contratación, previa fiscalización por la Intervención Delegada, aprobó el expediente de contratación, mediante procedimiento abierto, por un importe de 7.097.523,96 €, y un plazo de ejecución de 36 meses.

La licitación fue publicada en el BOE de 23 de febrero de 2012, y en el DOUE de 18 de febrero de 2012.

El plazo de presentación de ofertas finalizó el 16 de abril de 2012, estando prevista la apertura de la oferta técnica el 10 de mayo de 2012 y de la oferta económica el 30 de mayo de 2012.

A la licitación de referencia presentó oferta, entre otras, la empresa recurrente.

Segundo. El órgano de contratación procedió por resolución de 9 de noviembre de 2012 a la adjudicación del contrato a la UTE ALVAC, S.A. y PROSEÑAL, S.L. por 5.308.550,93 € (IVA incluido) al alcanzar una puntuación de 99,16, resultando con ello la oferta mejor valorada tras el procedimiento competitivo.

Tercero. Con fecha 16 de noviembre de 2012 se publica en la Plataforma de Contratación del Estado la resolución de adjudicación del contrato y con fecha 30 de noviembre se remite a todos los licitadores.

Notificada la mencionada resolución el 4 de diciembre a SEÑALIZACIONES VILLAR, S.A., interpone el 19 de diciembre de 2012, previo anuncio al órgano de contratación por escrito presentado el 14 de diciembre, recurso especial fundado en el argumento de que a la fecha de adjudicación, PROSEÑAL, S.L., una de las entidades que forman parte de la UTE adjudicataria, está incurso en el supuesto del artículo 60.1.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, según resolución de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, por lo que la resolución incurriría en vicio de nulidad radical, ex art. 32.b del mismo texto legal, en relación al artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Por ende, insta la declaración de nulidad de dicha adjudicación y que continúe el procedimiento con una nueva adjudicación a favor de la UTE en segunda posición tras la valoración de ofertas efectuada.

En relación a lo alegado por la recurrente quedan probados los siguientes hechos:

PROSEÑAL, S.L., figura en virtud de acuerdo adoptado el 19 de enero de 2011, como sociedad Unipersonal cuyo socio único es Don J. A. B., en el Registro Mercantil de Barcelona (Tomo 33059, Folio 72, Sección 8, H/B 12915) que fue objeto de anuncio 39030 del BORM nº 20, de 31 de enero de 2011 (página 5102).

Dicho socio figura como Administrador único hasta la anotación del acuerdo de 26 de abril de 2012 que supone la revocación de dicho nombramiento y su designación como apoderado así como la designación de Don F. R. M. como nuevo administrador único, publicándose así en el mencionado Registro desde 10 de mayo de 2012.

Al presentar su oferta ALVAC, S.A. y PROSEÑAL, S.L. el 16 de abril de 2012 aportaron la documentación exigida por los pliegos acreditativa de la capacidad para contratar y la clasificación correspondiente a ambas sociedades, tal y como obra en las páginas 223 a 225 del expediente de contratación.

El 23 de agosto de 2012 la Junta Consultiva de Contratación Administrativa declaró la incapacidad para contratar de PROSEÑAL, S.L. por seis meses, al encontrarse incurso en el supuesto del artículo 60.1.a) del TRLCSP al haber sido su Administrador condenado por dos delitos contra la Hacienda Pública (IVA 2003 y de 2004).

El 15 de octubre de 2012, a requerimiento del 2 del mismo mes y año efectuado por el órgano de contratación, se emite ante Notario por el administrador único de PROSEÑAL, S.L., Don F. R. M. , declaración bajo su responsabilidad de no estar incurso en ninguna prohibición o incapacidad para contratar, como recoge la página 447 del expediente.

El 25 de octubre de 2012 se interpone recurso contencioso administrativo frente a la declaración de prohibición para contratar recaída sobre PROSEÑAL, S.L., instando la medida cautelar de suspensión de los efectos del mencionado acuerdo.

Por resolución de 9 de noviembre de 2012, se produce la adjudicación del contrato a favor de la UTE de la que es partícipe PROSEÑAL, S.L.

El 3 de diciembre de 2012, la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dicta auto en la pieza separada de medidas cautelares, del Procedimiento Ordinario 436/2012, por el que se acuerda la suspensión de los efectos de la mencionada declaración de prohibición para contratar de la Junta Consultiva. En dicho procedimiento se ventila el recurso contencioso-administrativo interpuesto por PROSEÑAL, S.L. frente a la mencionada declaración de prohibición.

El 19 de diciembre de 2012 es impugnada la adjudicación por otro licitador SEÑALIZACIONES VILLAR, S.L., con base en la prohibición para contratar que pesa sobre PROSEÑAL, S.L.

Cuarto. Al amparo de lo previsto en el artículo 46.2 del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de

14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), se solicitó del órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido éste acompañado del correspondiente informe.

De conformidad con el artículo 46.3 del mismo texto legal, se notificó el recurso a los demás interesados en orden a la formulación de las alegaciones que a su derecho convinieran, habiendo ejercido su derecho al trámite las adjudicatarias ALVAC, S.A. y PROSEÑAL, S.L., por sendos escritos presentados el 22 de enero. Aluden a que, por el carácter constitutivo de la formalización del contrato, resulta irrelevante la incapacidad de PROSEÑAL, S.L. al tiempo de la adjudicación dado que es aquél el momento que ha de examinarse para enjuiciar la capacidad, por lo que la suspensión operada en la prohibición en virtud del auto de la Audiencia Nacional permitiría la formalización del contrato. Por otra parte, de no atenderse a ese argumento aluden a la posibilidad de que se mantenga la validez de la adjudicación a favor de ALVAC, S.A. aludiendo al informe del órgano de contratación y a la resolución de este Tribunal 131/2012 recaída en el recurso 108/2012.

El órgano de contratación ha emitido informe defendiendo la legalidad de la adjudicación efectuada sobre la base de que la supuesta prohibición para contratar de una de las entidades de la UTE adjudicataria, PROSEÑAL, S.L., no era conocida por el órgano de contratación constando la declaración responsable de 15 de octubre de 2012 de su administrador único. Por otra parte, los efectos de dicha declaración fueron suspendidos por auto dictado en la pieza de medidas cautelares por la Sala de lo Contencioso Administrativo de 3 de diciembre de 2012, en sede del recurso contencioso (P.O. 436/2012) presentado frente a la mencionada declaración. Por último, justifica el órgano de contratación que la adjudicación sería válida siguiendo el criterio del informe de la Abogacía del Estado en el Ministerio de Fomento de 6 de julio de 2012, en virtud del cual la falta de capacidad de uno de los miembros de la UTE -en un caso de declaración de concurso- no impide la adjudicación, una vez retirada la oferta de la sociedad incapaz, a la otra entidad con la que concurriría si cumple por sí sola con todos los requisitos.

Quinto. Este Tribunal, en su reunión de 15 de enero de 2013, acordó adoptar la medida provisional consistente en el mantenimiento de la suspensión de la tramitación del

procedimiento de contratación producida de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Sexto. Conforme al artículo 46.4 del mencionado cuerpo legal, que dispone que los hechos relevantes para la decisión del recurso, podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho, este Tribunal acordó y anunció el pasado 22 de enero la apertura de la práctica de la prueba así como la práctica de oficio de una diligencia consistente en recabar el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado (ROLECE) certificación de las anotaciones de prohibiciones de contratar que pesasen sobre PROSEÑAL, S.L., Don J. A. B. (socio único, apoderado actualmente y administrador al tiempo de la presentación de ofertas) y Don F. R. M. (anteriormente apoderado y administrador único de la sociedad al tiempo de la adjudicación y en la actualidad) durante el período que va de la presentación de la oferta hasta el momento de la adjudicación con las posibles anotaciones que afecten a las mismas.

Resultado de dicha prueba se constata la vigencia de una prohibición de contratar que pesa sobre PROSEÑAL, S.L. entre el 17 de septiembre de 2012 y hasta el 17 de marzo de 2012, que hay que entender suspendida por virtud del testimonio del auto aportado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 3 de diciembre de 2012. Asimismo, consta la prohibición para contratar que pesa sobre el socio único y apoderado Don J. A. B., en vigor desde el 5 de julio de 2012 hasta la misma fecha de 2013, no constando su suspensión. No figuran datos sobre prohibiciones que afecten al actual administrador único de PROSEÑAL, S.L., Don F. R. M.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver el presente recurso corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 41.1 del TRLCSP.

Segundo. La entidad recurrente ostenta legitimación activa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 de la citada Ley, a cuyo tenor: *Podrá interponer recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses*

legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.

En efecto, la entidad reclamante ostenta un claro interés legítimo en la medida en que es una de las entidades que ha concurrido al procedimiento para la adjudicación del contrato objeto de licitación, habiendo resultado su oferta valorada en segundo lugar inmediatamente a continuación de la adjudicataria.

Tercero. La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal de quince días hábiles previsto en el artículo 44.2 del TRLCSP, habiendo sido debidamente anunciada al Órgano de contratación conforme a lo establecido en el artículo 44.1 del TRLCSP.

Cuarto. El contrato objeto del recurso es un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada por lo que el acuerdo de adjudicación o la exclusión de la recurrente son susceptibles de recurso especial en materia de contratación conforme a lo dispuesto en el artículo 40.1. a) del TRLCSP.

Quinto. Se impugna el acuerdo de adjudicación en base a la apreciación de un vicio de nulidad del art. 32. b) del TRLCSP, al encontrarse PROSEÑAL, S.L., una de las empresas que conformaría la UTE adjudicataria, en un supuesto de prohibición para contratar del art. 60.1.a) del mencionado texto legal, en virtud de resolución de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, de 23 de agosto de 2012, al haber sido condenado el administrador de la misma por sendos delitos contra la Hacienda Pública (IVA 2003 y 2004).

Pide, en consecuencia, que continúe el proceso de adjudicación y se proceda a efectuar a favor de quien ostente la mejor oferta, correspondiendo esa condición a la presentada por la recurrente.

Sexto. Respecto a las cuestiones planteadas puede apreciarse lo siguiente:

Al tiempo de producirse la adjudicación pesaba sobre PROSEÑAL, S.L., la mencionada prohibición suspendida posteriormente por Auto de la Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional de 3 de diciembre. Esa prohibición estaba en vigor

al tiempo de emitirse la declaración responsable de 15 de octubre de 2012, por su entonces Administrador único Don F. R. M., faltando de forma evidente a la verdad. Por ende, la adjudicación se produce sobre un presupuesto falso, provocado por la propia Sociedad como es el de la no concurrencia de prohibición alguna para contratar. La prueba practicada revela que incluso el socio único, que figuraba como administrador al tiempo de la presentación de la documentación del 16 de abril de 2012 y figura actualmente como apoderado, está sujeto a prohibición de contratar también desde julio de 2012 hasta el mismo mes de 2013.

Pretende PROSEÑAL, S.L. que la prohibición que recae específicamente sobre ella al tiempo de la adjudicación, debe entenderse sin efecto como consecuencia del recurso contencioso-administrativo interpuesto y del auto de medidas cautelares de 3 de diciembre de 2012 que acuerda la suspensión. Sin embargo, cumple recordar que los efectos de la medida cautelar adoptada no son retroactivos, primero por el principio de ejecutividad del acto administrativo, y segundo porque el auto no prevé efecto retroactivo alguno.

Además ese argumento, en modo alguno, salvaría la eventual extensión de la prohibición para contratar que pudiera recaer sobre PROSEÑAL, S.L. por su especial vinculación con su representante y socio único, a los efectos del art. 60.1.a) ó 3 del TRLCSP, afectado por idéntica prohibición, igualmente en vigor al tiempo de la adjudicación y hasta el 5 de julio de 2013, según certificación incorporada al expediente de este recurso con ocasión de la práctica de la prueba.

La adjudicación es un acto de trámite pero cualificado que, si bien no perfecciona el contrato a los efectos del art. 27 sí determina su validez o nulidad -véanse los arts 35.1, en relación al art. 37.1.c) del Texto Refundido -y de hecho, en congruencia con esa consideración, se prevé su impugnabilidad del acto de adjudicación en el art. 40.2.b) del mismo texto legal, procediendo en definitiva examinar en sede de recurso la eventual concurrencia de motivos de nulidad de la adjudicación acordada.

Concurre, en suma, un motivo de nulidad de ésta del art. 35.1 del TRLCSP, a la vista de la prueba practicada y de los argumentos expresados, merced a la prohibición para

contratar que recaer sobre PROSEÑAL, S.L., al tiempo de la adjudicación procediendo declarar su nulidad.

No compete, en cambio, a este Tribunal en sede del presente recurso entrar a valorar a quién procede efectuar la nueva adjudicación dado que excede de las potestades de revisión de la legalidad del concreto acto de adjudicación impugnado, debiendo procederse conforme al art. 47.1 del mencionado texto refundido a nueva adjudicación en el plazo legal.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por SEÑALIZACIONES VILLAR, S.L., contra el acuerdo de adjudicación del contrato de “Ejecución de diversas operaciones de conservación y explotación N-340, del límite provincial de Tarragona a Barcelona, P.K. 1.201,730 al 1.243,870; B-24, P.K.3790 al 10.640 y N-340^a, Castellet y La Gomal, Olérdola y Cervelló. Provincia de Barcelona.”, expediente Ext-N51-B-0103., declarando su nulidad, debiendo el órgano de contratación proceder a una nueva adjudicación, sin que proceda hacer pronunciamiento alguno o valoración sobre quién ha de resultar adjudicatario.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 45 del TRLCSP.

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 47.5 del TRLCSP.

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 de 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.