



Recurso nº 1781/2023

Resolución nº 199/2024

Sección 2ª

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

En Madrid, a 15 de febrero de 2024.

VISTO el recurso interpuesto por D. P. R. en representación de VIALEX CONSTRUCTORA ARAGONESA, S.L y por D. J. J. S. J. , en representación de SUMELZO S.A., como componentes de la U.T.E SUMELZO y VIALEX CONSTRUCTORA ARAGONESA, contra la resolución del Secretario de Estado de Medio Ambiente de 30 de noviembre de 2023, de adjudicación del *“contrato de obras para proyecto del colector de Valdeliberola del sistema de riegos del Alto Aragón.TM Candasmo (Huesca). Proyecto modificado nº 1 y adenda nº 2”*, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Dirección General del Agua convocó la licitación pública, por procedimiento abierto ordinario, del *“contrato de obras para proyecto del colector de Valdeliberola del sistema de riegos del Alto Aragón.TM Candasmo (Huesca). Proyecto modificado nº 1 y adenda nº 2”*.

El contrato tiene un valor estimado de 9.565.761,29 euros.

Fue objeto de anuncio en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP en adelante) el día 18 de enero de 2023, rectificado el 20 de abril de 2023; en el Boletín Oficial del Estado el 19 de enero de 2023, rectificado el 26 de abril de 2023; y en el Diario Oficial de la Unión Europea el 20 de enero de 2023, rectificado el 25 de abril de 2023.



Segundo. En sesión de 23 de febrero de 2023 la mesa de contratación procedió a la apertura y calificación del sobre de documentación administrativa. En sesión de 2 de marzo de 2023 se realizó la apertura de la documentación correspondiente a criterios técnicos, que se acordó remitir a la unidad técnica para informe de valoración, la cual fue aprobada el 11 de mayo de 203 sobre la base del correspondiente informe, emitido el 3 de mayo.

En la sesión de 18 de mayo de 2023, la mesa de contratación procedió a la apertura de la oferta económica, y acordó requerir a la oferta de CONSULTA DE RIESGOS, S.A. y OBRAMAS 9002, S.L. en UTE, la justificación de su oferta, que había sido considerada formulada en términos que la hacen anormalmente baja, de acuerdo con los parámetros establecidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP en adelante). Examinada la justificación sobre la base de la correspondiente valoración técnica, la mesa de contratación acordó la exclusión de la oferta en sesión de 15 de junio de 2023.

En la misma sesión, la mesa de contratación acordó efectuar la propuesta de adjudicación en favor de SUMELZO, S.A. y VIALEX CONSTRUCTORA ARAGONESA, en UTE.

De dicho informe cabe destacar el siguiente contenido:

“Proponen que la ejecución del cruce de la NII se realice mediante cajón empujado, argumentando que se trata de una solución más económica que la contemplada en el proyecto de cruce mediante ejecución de pantallas de hormigón y ejecución de solera y losa superior conformando sendos marcos armados ejecutados in situ. Para justificar la idoneidad económica de esta solución, adjuntan dos estudios realizados por empresas especializadas en el empuje de cajones, sin que quede reflejado que las mismas vayan a trabajar en exclusividad para este licitador, pudiendo poner su conocimiento y su tecnología en esta materia a disposición de cualquier otro licitador. En resumen, no queda justificado que esta técnica constructiva sólo pudiera ser empleada por este licitador, lo que le daría una ventaja competitiva real en el mercado, que es lo que permitiría justificar una baja legalmente definida como temeraria”.

El 14 de julio 2023, CONSULTA DE RIESGOS, S.A. y OBRAMAS 9002, S.L. en compromiso de UTE interpuso recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal frente a la resolución de exclusión del procedimiento (recurso nº 1006/2023).



Dicho recurso fue estimado en la Resolución nº1204/2023 de este Tribunal, que acordó revocar la resolución de exclusión y retrotraer el procedimiento de licitación.

En sesión de 11 de octubre de 2023 la mesa de contratación analizó un nuevo informe de valoración de todas las ofertas, incluyendo la de CONSULTORA DE RIESGOS, S.A. y OBRAMAS 9002, S.L. en UTE, proponiendo como adjudicataria a dicha entidad. La adjudicación fue dictada por el Secretario de Estado de Medio Ambiente el 30 de noviembre de 2023, lo que fue publicado en la PLACSP el 1 de diciembre.

Tercero. Mediante recurso especial presentado el 27 de diciembre de 2023, la UTE recurrente combate la resolución de adjudicación, y considera que la oferta de la adjudicataria debió quedar excluida al comprender una variante o mejora no autorizada por el pliego, que no se corresponde con el proyecto de obras que sirve de base a la licitación.

Cuarto. De acuerdo con lo previsto en el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP en adelante) se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente. El órgano de contratación lo remitió junto con informe técnico en el que señala que *“la única vía para poder llevar a cabo la solución (...) propuesta por la UTE CONSULTORA DE RIEGOS S.A Y OBRAMAS 9002, S.L que justifica junto a otras soluciones su oferta económica, sería mediante la aprobación de un proyecto modificado, no pudiendo llevarse a cabo mediante el proyecto vigente al ejecutarse mediante partidas no incluidas en este, y que, por ende, no podrían certificarse con el proyecto actual”*.

Por lo que termina solicitando:

“Estimar el recurso nº 1781/2023 presentado por el licitador VIALEX CONSTRUCTORA ARAGONESA, S.L. Y SUMELZO, S.A. EN U.T.E., por considerar que la solución iv. Innovación en el método de ejecución del contrato. Cajón empujado en el cruce con la autovía A2 propuesta por la UTE CONSULTORA DE RIEGOS S.A Y OBRAMAS 9002, S.L no puede ser acometida sin la aprobación de un proyecto modificado, y, que, además, de acuerdo con los apartados 16 y 17 del PCAP, se prohíbe la posibilidad de introducir variantes y/o mejoras”.



Quinto. Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso interpuesto a las otras licitadoras, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones. CONSULTA DE RIESGOS, S.A. y OBRAMAS 9002, S.L. han presentado alegaciones ante este Tribunal oponiéndose al recurso, señalando que concurre cosa juzgada administrativa como consecuencia de la previa resolución de este Tribunal y que, en todo caso, su oferta se ajusta a las condiciones de la licitación.

Sexto. Con fecha 11 de enero de 2023 la Secretaria del Tribunal, por delegación de este, acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para conocer del mismo a tenor de lo establecido en el artículo 45 de la LCSP.

Segundo. El inicio del procedimiento y el plazo de interposición del recurso especial se regulan en el artículo 50 LCSP, y se desarrolla en el artículo 19 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

En el caso que nos ocupa, debe considerarse que la interposición se ha formulado en plazo, al haber sido presentado el recurso dentro de los quince días hábiles siguientes a la notificación de la resolución impugnada.

Tercero. La legitimación se regula en el artículo 48 de la LCSP, que señala que *“Podrá interponer el correspondiente 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 el presente caso, la parte recurrente es uno de los licitadores que han participado en el procedimiento de licitación, y su oferta ha quedado situada en segundo lugar, por lo que dispone de legitimación para presentar el recurso, en tanto su eventual estimación le permitiría tener una expectativa razonable de ser adjudicataria del contrato.

Cuarto. El recurso se interpone contra un acto susceptible de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el art. 44.2.c) de la LCSP, como es el acuerdo de adjudicación de la licitación.

Dicho acuerdo se dicta en el marco de la licitación de un contrato de obra cuyo valor estimado es de 9.565.761,29 euros, y por tanto es susceptible de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el art. 44.1.a) de la LCSP.

Por todo ello, el objeto de este recurso se ha configurado correctamente.

Quinto. Llegados ya al fondo del recurso, como se ha expuesto, el órgano de contratación acepta las alegaciones del recurso especial y propone su estimación, pues considera que la única forma de ejecutar la oferta de la UTE adjudicataria, en atención a una de las soluciones técnicas que incluye, sería la aprobación de un proyecto modificado, y no podría llevarse a cabo mediante el proyecto vigente al ejecutarse mediante partidas no incluidas y que no podrían certificarse.

Este Tribunal se ha pronunciado sobre los supuestos de allanamiento del órgano de contratación a las pretensiones del recurso especial en Resoluciones 605/2021, 41/2021, 846/2020 o 797/2020. En la última de ellas se razonaba lo siguiente:

“(...) hemos de señalar ante todo que en el TRLCSP no está regulado expresamente el efecto que deba tener sobre estos recursos especiales en materia de contratación una eventual conformidad del órgano de contratación con las pretensiones del recurrente. En ausencia de una norma específica sobre esta materia, el TRLCSP nos remite en lo no expresamente previsto por él, a la Ley 30/1992 (hoy, Ley 39 y 40/2015), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que resulta de aplicación supletoria. Pues bien, el artículo 113 de esta última disposición legal, al hablar de la resolución de los recursos administrativos, se limita a declarar que el recurso



administrativo resolverá sobre todas las cuestiones de fondo y forma que plantee el recurso, hayan sido o no planteadas por el recurrente, exigiendo no obstante congruencia, es decir, pleno ajuste de la resolución que se dicte a las pretensiones ejercitadas en el recurso y prohibiéndose expresamente la “reformatio in peius”.

Es evidente que, en los recursos administrativos comunes, la Administración es a la vez “juez y parte” y por ello, si la autoridad autora de un acto impugnado en vía administrativa reconsidera su decisión inicial y se muestra conforme con las pretensiones del recurrente, la solución es bien sencilla: le basta con estimar el recurso. Esta solución no es factible, sin embargo, en casos en que el órgano encargado de resolver el recurso, como sucede con este Tribunal, es una autoridad claramente distinta e independiente del órgano autor de un acto impugnado, es decir un órgano decisor independiente que dirime entre posiciones contrapuestas y por completo ajenas a él. Lo más similar a este Tribunal atendiendo además al espíritu de la Directiva que impuso la creación de este Tribunal, en lugar de acudir a un proceso judicial “ad hoc”, es el caso de la llamada “jurisdicción retenida” donde los recursos frente a los actos de la Administración sujetos al Derecho Administrativo se sustancian ante un órgano administrativo, pero plenamente independiente, como lo es sin duda el Consejo de Estado francés. Por tanto, ante el silencio de la LCSP y de su norma supletoria, la Ley 39/2015 sobre esta cuestión, hemos de remitirnos a la vigente regulación del recurso contencioso administrativo.

En ella, el reconocimiento tardío de las pretensiones del recurrente por parte del órgano administrativo autor de la resolución impugnada equivale a un allanamiento que pone fin al proceso judicial entablado, salvo que ello suponga una *“infracción manifiesta del Ordenamiento Jurídico”* (artículo 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Ello implica en definitiva que este Tribunal debe atribuir a la conformidad manifestada por el órgano de contratación respecto de la pretensión esgrimida en el recurso, la eficacia de un verdadero allanamiento y solo puede entrar en el fondo de la cuestión planteada por el recurso, en caso de que aprecie que la aceptación de las pretensiones de la recurrente *“infringe, de modo manifiesto el Ordenamiento Jurídico”*. En el presente caso, no se aprecia tal infracción del ordenamiento jurídico sino todo lo contrario pues, a la vista de lo expuesto, de las alegaciones de las



partes y de la documentación obrante en el expediente administrativo, resulta que la oferta formulada por la entidad adjudicataria no se ajusta al contenido del proyecto.

Conviene recordar que, según establece el artículo 231.1 de la LCSP (el subrayado es nuestro), “(...) *la adjudicación de un contrato de obras requerirá la previa elaboración, supervisión, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto que definirá con precisión el objeto del contrato*”. La solución constructiva propuesta por el recurrente (sustituir la solución adoptada por el proyecto para el cruce de la autovía A2 por una alternativa más barata) modifica la contemplada en el proyecto. Se trata, por lo tanto, de una variante, cuya admisibilidad está expresamente vedada en el punto 16 del cuadro de características. A mayor abundamiento, hemos de recordar que, conforme establece el artículo 142 de la LCSP, las variantes deben preverse en los pliegos, en los que se indicarán “(...) *los requisitos mínimos, modalidades, y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato*” (artículo 142.1 de la LCSP) e indicarse en el anuncio de licitación, precisando en el mismo sobre qué elementos y en qué condiciones quede autorizada su presentación (artículo 142.2 de la LCSP).

No es posible acoger, en este punto, la alegación formulada por la adjudicataria. Refiere, como también lo hace la recurrente, que la Memoria del proyecto contempló tres soluciones al problema del cruce de la autovía A2, entre ellas la propuesta por la adjudicataria. Señala que la solución final descarta esta opción, pero no la prohíbe. Tal conclusión, como decimos, no puede acogerse puesto que, como señala el artículo 128 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGCAP en adelante) “[l]a Memoria tendrá carácter contractual en todo lo referente a la descripción de los materiales básicos o elementales que forman las unidades de obra”, lo que limita, lógicamente, el carácter vinculante para las partes de aquella. El resto del contenido de la Memoria se dedica, según se deduce del artículo 127 del RGCAP, a explicar el *iter* seguido por el órgano de contratación para conformar la obra a realizar, cuya definición se concreta en el resto de la documentación que conforma el proyecto. En definitiva, el hecho de que la memoria incorpore alternativas para la resolución del problema planteado pone de manifiesto, simplemente, que el órgano de contratación ha valorado diversas alternativas para solucionarlo, pero en modo alguno habilita a los licitadores a separarse de la finalmente



trasladada al resto de la documentación que conforma el proyecto que, esta sí, tiene naturaleza contractual.

Pues bien, aplicando esta doctrina al caso presente, este Tribunal debe aceptar el allanamiento que formula el órgano de contratación salvo que se aprecie una infracción clara del ordenamiento jurídico. Pues bien, en el limitado control que puede ejercer este Tribunal, al basarse dicho allanamiento en un informe técnico, no resulta aparente una infracción de la legalidad por cuanto la adjudicataria admite haber propuesto una solución diferente a la solución técnica por la que opta el proyecto, que examina distintas alternativas para finalmente elegir *“como solución del cruce de la Autopista A2 con el Colector de Desagüe del Embalse de Valdepatao, la de Marcos Ejecutados con Pantallas”*.

Por lo demás, no cabe apreciar cosa juzgada administrativa con base en la previa resolución de este Tribunal, que se limitó a valorar la legalidad de la exclusión de la oferta de la posterior adjudicataria al haber quedado incurso en presunción de anormalidad, sobre la base del único argumento de que no proponía soluciones técnicas que no pudieran haber ofertado otros adjudicadores, y limitándose por tanto a examinar si este argumento genérico resultaba o no suficiente, sin que en dicho recurso se analizara el cumplimiento de las condiciones de licitación por parte de la oferta técnica, lo cual, como se ha dicho, nunca fue cuestionado en el procedimiento de licitación y solo lo ha sido en este segundo recurso especial ante el Tribunal.

Por todo ello, debe estimarse el presente recurso especial anulando la resolución recurrida y retrotrayendo el procedimiento al momento anterior a la adjudicación.

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 D. P. R. en representación de VIALEX CONSTRUCTORA ARAGONESA, S.L y por D. J. J. S. J. , en representación de SUMELZO S.A., como componentes de la U.T.E SUMELZO y VIALEX CONSTRUCTORA



ARAGONESA, contra la resolución del Secretario de Estado de Medio Ambiente de 30 de noviembre de 2023, de adjudicación del “*contrato de obras para proyecto del colector de Valdeliberola del sistema de riegos del Alto Aragón.TM Candasmo (Huesca). Proyecto modificado nº 1 y adenda nº 2*”, con los efectos previstos en el fundamento jurídico quinto.

Segundo. Levantar la medida provisional acordada.

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 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES