



Recurso nº 991/2013

Resolución nº 078/2014

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

En Madrid, a 5 de febrero de 2014

VISTO el recurso interpuesto por D. R.A.S.H., en representación de Acciona Infraestructuras S.A., respecto del acuerdo de fecha 2 de septiembre de 2013 adoptado por la Comunidad de Regantes "Santa María Magdalena" de Mengíbar (Jaén) por el que se adjudica a la empresa Padillo Instalaciones y Obras, S.L. el contrato de obras "*Proyecto de Consolidación de los Sectores IV y V de la Comunidad de Regantes 'Santa María Magdalena'*", el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Comunidad de Regantes "Santa María Magdalena" de Mengibar (Jaén) convocó, mediante anuncio publicado en el DOUE de 30 de mayo de 2013 y en el BOE de 4 de junio de 2013, licitación para la adjudicación del contrato de ejecución de las obras de construcción del Proyecto de Consolidación de los Sectores IV y V de la Comunidad de Regantes "Santa María Magdalena".

El valor estimado del contrato es de 11.367.180,10 euros.

Segundo. La licitación se desarrolló conforme a las normas del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre), culminando mediante acuerdo de fecha 2 de septiembre de 2013 de adjudicación provisional a la empresa Padillo Instalaciones y Obras, S.L.

Tercero. Acciona Infraestructuras, S.A. interpuso, previo anuncio al órgano de contratación, recurso especial en materia de contratación frente al referido acuerdo de adjudicación



provisional, mediante escrito presentado en la Comunidad de Regantes “Santa María Magdalena” con fecha 12 de septiembre de 2013.

Cuarto. El citado recurso fue inadmitido por acuerdo del Presidente de la Comunidad de Regantes de fecha 20 de septiembre de 2013. Dicha inadmisión se sustentaba en el hecho de no resultar susceptible de tal recurso el acuerdo de adjudicación provisional del contrato.

Quinto. Posteriormente, con fecha 24 de octubre de 2013 se presenta en el en el Registro General del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas escrito dirigido a este Tribunal presentado por la representación de Acciona Infraestructuras, S.A., en el que se interesa la nulidad del contrato suscrito entre la Comunidad de Regantes “Santa María Magdalena” de Mengíbar (Jaén) y la empresa Padillo Instalaciones y Obras, S.L. el 26 de septiembre de 2013, cuya formalización fue publicada en el BOE núm, 245 de 12 de octubre de 2013. En dicha publicación se anuncia la formalización del contrato el 26 de septiembre de 2013 y se indica asimismo que la adjudicación se realizó con fecha de 2 de septiembre.

La cuestión de nulidad que se formula por este licitador respecto del contrato celebrado parte de defender la nulidad de la resolución de 20 de septiembre de 2013 del Presidente de la Comunidad de Regantes, con amparo en los arts. 32.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y 62.1.b) de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, al entenderse que se trata de resolución dictada por órgano manifiestamente incompetente en tanto que conforme al artículo 41 del TRLCSP es este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales el competente para haber resuelto el recurso especial en materia de contratación interpuesto en su día frente al acuerdo denominado de adjudicación provisional y que fue inadmitido por el Presidente de la Comunidad de Regantes. En tal sentido, considera el licitador que el contrato celebrado entre la Comunidad de Regantes “Santa María Magdalena” y la empresa Padillo Instalaciones y Obras, S.L. el 26 de septiembre de 2013 es nulo conforme al artículo 37.1.c) TRLCSP, toda vez que se interpuso recurso especial en materia de contratación frente a la adjudicación y, no habiendo sido resuelto el mismo por el órgano competente, la Comunidad de Regantes formalizó el contrato vulnerando el artículo 45 TRLCSP.

En razón de todo ello, concluye solicitando que se declare nulo el contrato de obra formalizado y se condene a la Comunidad de Regantes a remitir el previo recuso especial en



materia de contratación interpuesto frente al acto de adjudicación para que sea resuelto por este Tribunal, y, en segundo lugar, que se anule asimismo la resolución del Presidente de la Comunidad de Regantes en la que se acordó inadmitir el recurso interpuesto frente a la adjudicación.

Sexto. Dicho recurso, tramitado con el número 749/2013, fue resuelto por esta Tribunal en la resolución nº 537/2013, de 22 de noviembre de 2013 en la se acordó lo siguiente:

*“Primero. Estimar la cuestión de nulidad interpuesta por D. R.A.S.H. en representación de Acciona Infraestructuras, S.A., respecto del contrato suscrito entre la Comunidad de Regantes Santa María Magdalena de Mengíbar (Jaén) y la empresa Padillo Instalaciones y Obras, S.L. el 26 de septiembre de 2013, para la ejecución de las obras de construcción del Proyecto de Consolidación de los Sectores IV y V de la Comunidad de Regantes "Santa María Magdalena", declarando la nulidad del mismo así como la nulidad del acuerdo de fecha 20 de septiembre de 2013 del Presidente de dicha Comunidad inadmitiendo el recurso especial en materia de contratación interpuesto frente al previo acuerdo de adjudicación provisional, y **acordando retrotraer las actuaciones del procedimiento de adjudicación al tiempo de la interposición del recurso especial en materia de contratación frente al acuerdo de adjudicación provisional de fecha 2 de septiembre de 2013, a fin de que se proceda a la tramitación legal de dicho recurso.** “*

Pues bien, el procedimiento que nos ocupa tiene por objeto dar cumplimiento a la citada resolución.

Séptimo. Con fecha 8 de enero de 2014 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto en fecha 12 de septiembre de 2013 y que fue indebidamente inadmitido por el órgano de contratación al resto de licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, trámite que ha sido evacuado por la mercantil Padillo Instalaciones y Obras, S.L mediante escrito de alegaciones de fecha 13 de enero de 2014.

Octavo. El órgano de contratación ha evacuado el informe previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP el pasado 11 de diciembre, defendiendo la legalidad de su actuación en tanto estima que la adjudicación del contrato *“estuvo motivada por el hecho de ser la oferta*



presentada por la adjudicataria la que más puntos obtuvo y la más ventajosa una vez descartadas las que habían incurrido en baja desproporcionada como la de la entidad recurrente Acciona Infraestructuras S.A. a la que se le notificó oportunamente su situación, sin que fuera impugnada, como así consta en el expediente administrativo”.

Noveno. Mediante acuerdo de fecha 26 de diciembre de 2013, este Tribunal ha acordado como medida cautelar mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia de este Tribunal para conocer del recurso interpuesto ya fue analizada por la Resolución nº 537/2013 antes aludida, en la que se indicó lo siguiente:

“Dado el objeto de la cuestión de nulidad aquí planteada, lo primero que debe abordarse es la competencia de este Tribunal para conocer de la misma.

Para resolver tal cuestión, resulta preciso partir del examen de la naturaleza de la entidad contratante, Comunidad de Regantes “Santa María Magdalena”. De conformidad con el art. 82 del Texto Refundido de la Ley de Aguas aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, las Comunidades de Regantes tienen el carácter de corporaciones de derecho público adscritas al Organismo de cuenca, que velará por el cumplimiento de sus estatutos u ordenanzas y por el buen orden del aprovechamiento. Actuarán conforme a los procedimientos establecidos en dicha Ley, en sus reglamentos y en sus estatutos y ordenanzas, de acuerdo con lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Sobre la naturaleza de estas entidades, la sentencia de 1 de febrero de 2011 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) señala que las Comunidades de Regantes forman parte de la denominada Administración Corporativa, caracterizándose por ser entes dotados de personalidad jurídica a los que la Ley les atribuye la gestión de fines públicos, lo que les convierte en Administraciones Públicas, pero a la vez satisfacen los intereses privados de sus miembros, siendo pues de naturaleza mixta público-privada. Se



trata de Entidades de Derecho Público que, aun adscritas al Organismo de cuenca que ejerce sobre ellas las potestades de tutela únicamente en los supuestos previstos en la Ley de Aguas, realizan fines de naturaleza mixta, referidos tanto a la consecución del interés general como a la satisfacción de los intereses privados de los comuneros.

Habida cuenta de lo expuesto, debe entenderse que las Comunidades de Regantes ostentan la condición de poderes adjudicadores a los efectos de la legislación de contratos del sector público en aquellos supuestos en los que actúen en gestión de fines públicos, como es el caso del contrato que nos ocupa, de obras relativas a las instalaciones de regadío. Se trata, en efecto, de entidades de derecho público, encontrándose incluidas en el sector público conforme a la genérica referencia que hace el artículo 3.1.c) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público a cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo. Ostentan a estos efectos asimismo la consideración de Administración Pública, y por tanto de poder adjudicador, conforme al artículo 3.2.e) del TRLCSP.

De otra parte, la vinculación de estas entidades a las Confederaciones Hidrográficas (en el caso de la Comunidad de Regantes "Santa María Magdalena" a la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir), resulta determinante de que, conforme al artículo 41, apartados 1 y 5, del TRLCSP, corresponda a este Tribunal la competencia para conocer de los eventuales recursos especiales en materia de contratación o, como es el caso, cuestiones de nulidad (art. 39.1 TRLCSP), que se susciten frente a sus acuerdos y contratos.

Por último, nos encontramos ante un contrato de obras sujeto a regulación armonizada de acuerdo con el artículo 14 TRLCSP."

En consecuencia, cabe concluir que este Tribunal es el competente para conocer del presente recurso especial en materia de contratación.

Segundo. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, Acciona Infraestructuras S.A., está legitimado para la interposición del presente recurso especial en materia de contratación.



Tercero. El presente recurso especial en materia de contratación se dirige contra el acuerdo de fecha 2 de septiembre de 2013 adoptado por la Comunidad de Regantes “Santa María Magdalena” de Mengíbar (Jaén) por el que se adjudica provisionalmente a la empresa Padillo Instalaciones y Obras, S.L. el contrato de obras “Proyecto de Consolidación de los Sectores IV y V de la Comunidad de Regantes “Santa María Magdalena”.

Partiendo de lo anterior, cuestión previa y esencial para determinar la procedencia de entrar a analizar el fondo de las cuestiones planteadas, es determinar si el recurso resulta admisible atendiendo a la naturaleza acto impugnado.

Esta cuestión ya fue resuelta por el Tribunal en la Resolución nº 537/2013 en la que se concluyó lo siguiente:

“En nuestro caso, el órgano de contratación, Presidente de la Comunidad de Regantes, dictó acuerdo denominado de adjudicación provisional, al amparo de lo dispuesto en el artículo 135.3 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público. No consta que posteriormente y antes de la formalización se dictase acuerdo de adjudicación definitiva, siendo así que en el anuncio en el BOE de la formalización del contrato se indica como fecha de adjudicación el 2 de septiembre de 2013, data del acuerdo de adjudicación provisional.

*Con amparo en el carácter de adjudicación provisional de dicho acuerdo, el Presidente de la Comunidad de Regantes resolvió inadmitir el recurso especial que frente al mismo interpuso el licitador que aquí plantea la cuestión de nulidad. Dicho recurso se interpuso frente al acuerdo reseñado en el plazo legal de los quince días hábiles siguientes a su notificación (art. 44.2 TRLCSP), por persona legitimada para ello al ser licitador en el procedimiento de adjudicación y no resultar adjudicatario, con lo que se veían afectados sus derechos o intereses legítimos (art. 42 LCSP), por lo que habremos de determinar con carácter previo al examen de la cuestión de nulidad que aquí se suscita **si efectivamente era jurídicamente posible la interposición de recurso especial en materia de contratación frente al acuerdo de 2 de septiembre de 2013 denominado de adjudicación provisional.** De resultar positiva la respuesta, necesariamente habrá de concluirse en que la Comunidad de Regantes al formalizar el contrato a pesar de haberse interpuesto dicho recurso vulneró lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP, conforme al cual si el acto recurrido es el de adjudicación, una vez interpuesto el recurso quedará en suspenso la tramitación del*



expediente de contratación, disponiendo asimismo el artículo 156.3 TRLCSP que la formalización del contrato sólo podrá llevarse a efecto si no se hubiese interpuesto recurso que lleve aparejada la suspensión.

Para dar respuesta a esta cuestión parece preciso clarificar cual es el régimen normativo aplicable al procedimiento de licitación, toda vez que el órgano de contratación alude a la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, y además a la figura de la adjudicación provisional prevista en el artículo 135 de dicha norma con anterioridad a la reforma operada en la misma por la Ley 34/2010 de 5 de agosto, que vino a suprimir la anterior diferenciación entre una adjudicación provisional y otra definitiva del contrato, recobrándose desde entonces la existencia de un único acuerdo de adjudicación, susceptible de este recurso especial conforme al artículo 40.2.c) del vigente TRLCSP.

A estos efectos, el régimen normativo aplicable al procedimiento de adjudicación de un contrato sujeto a la normativa de contratación del sector público es el vigente al tiempo de la iniciación del mismo, entendiendo que ello se produce con la publicación de la convocatoria del procedimiento de adjudicación (Disposición Transitoria Primera.1 del TRLCSP), lo que aquí sucedió con fecha 30 de mayo de 2013, ya en vigor el TRLCSP.

*Así pues, en nuestro caso en modo alguno resultaría aplicable la Ley 30/2007, mucho menos en la redacción anterior a la Ley 34/2010, con lo que **debe entenderse que el acuerdo en su momento impugnado mediante recurso especial por Acciona Infraestructuras, S.A. constituía en realidad la adjudicación del contrato, sin merecer el calificativo de provisional**, lo que se encuentra en consonancia con el hecho de que en la práctica, a dicha pretendida adjudicación provisional, no siguió otro acuerdo de adjudicación definitiva. **Se trataba pues de un acto susceptible de recurso especial en materia de contratación** y, en cualquier caso, el órgano de contratación en ningún caso es competente para pronunciarse sobre la admisibilidad de dicho recurso especial."*

Cuarto. Analizadas ya las cuestiones relativas a la "procedencia del recurso", tal y como las califica el recurso presentado por Acciona Infraestructuras S.A, debemos entrar en el análisis del fondo de la cuestión planteada.



Como hemos señalado con anterioridad, el presente recurso especial en materia de contratación se interpone contra el acuerdo de fecha 2 de septiembre de 2013 adoptado por la Comunidad de Regantes "Santa María Magdalena" de Mengíbar (Jaén) por el que se adjudica provisionalmente a la empresa Padillo Instalaciones y Obras, S.L. el contrato de obras "Proyecto de Consolidación de los Sectores IV y V de la Comunidad de Regantes "Santa María Magdalena".

Como motivos de impugnación, la aquí recurrente alega, en síntesis, los siguientes:

- Defectuosa notificación del acto de adjudicación provisional recurrido lo que, a su juicio, le genera indefensión.
- Falta de motivación de la resolución recurrida.
- La oferta de Acciona Infraestructuras S.A no está incurso en presunción de anormalidad o desproporción por lo que, siendo la oferta que obtuvo una mayor puntuación debió ser la adjudicataria del contrato.

Expuesto lo anterior, debemos dar respuesta a cada una de las cuestiones planteadas por la recurrente.

Quinto. Comenzando con la cuestión relativa a la defectuosa notificación del acto de adjudicación provisional recurrido, en concreto denuncia la recurrente que la notificación del acuerdo de 2 de septiembre de 2013 es defectuosa (1) *"al no indicarse si el acto es o no definitivo en vía administrativa"*, (2) *"al indicar que cabe un recurso -especial en materia de contratación- que a lo mejor no cabe y no instruirse sobre la posibilidad de interponer ningún otro recurso lo que no conjuga con el carácter potestativo del recurso especial en materia de contratación"* (3) *"al no indicar los órganos ante los que cabría interponer el recurso especial en materia de contratación y el recurso que junto aquel debería haber"* y (4) *"al indicar sólo el plazo existente para interponer el especial en materia de contratación y no indicar el plazo en el que podría interponerse el otro recurso que podría haber y, posiblemente, concediendo un plazo menor al legalmente previsto"*.

Todos estos defectos le generan, según afirma, una situación de indefensión.



Del análisis de la notificación del acuerdo de 2 de septiembre de 2013 que se realiza por el órgano de contratación a la ahora recurrente resulta que en el mismo se indica literalmente lo siguiente:

“Se le informa a los efectos de posibles recursos que el procedimiento de adjudicación está sujeto a la regulación armonizada existiendo la posibilidad de plantear el recurso especial previsto en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en su artículo 37 en el plazo de 10 días hábiles, contados desde que se publique el acto impugnado”.

Ya hemos señalado anteriormente que la normativa que resulta de aplicación al contrato es el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

Pues bien, de lo dispuesto en los artículos 40 a 50 de la citada norma, en los que se regula el régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resolución de conflictos, resulta que contra el acto que aquí nos ocupa podía interponerse, con carácter potestativo, recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso- administrativo (art. 40) siendo competente para conocer del recurso el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (art. 41) debiendo interponerse el recurso en el plazo de quince días (art. 44).

Partiendo de lo anterior, cabe concluir que, efectivamente, puede apreciarse la existencia de errores en la notificación efectuada en lo que se refiere al régimen de impugnación del acuerdo de adjudicación provisional, no obstante, ello no determina a juicio de este Tribunal la existencia de indefensión.

Lo primero que debe de señalarse es que, con independencia de cual sea el texto de la notificación, lo cierto es que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) ya señalaba expresamente en la cláusula octava, la posibilidad de interponer contra los actos que se indican, el recurso especial en materia de contratación, previsto en el artículo 40 del TRLCSP, advirtiéndole que el mismo tiene un carácter potestativo y previo al recurso contencioso-administrativo y que, en su caso, deberá interponerse en los plazos previstos en el artículo 44 del TRLCSP.



Por otro lado, debe tenerse en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha reiterado (entre otras, Sentencias de 23 de mayo y 23 de junio de 1976 –RJ 1976/4220-, 3 de junio de 1977 –RJ 1977/2795-, 30 de noviembre de 1981 –RJ 1981/5336-, 25 de enero de 1984 –RJ 1984/154-, y 20 de febrero de 1987 –RJ 1987/933-) que *“si el interesado se da por notificado, utilizando el recurso procedente, surte plenos efectos la notificación defectuosa”*. Así se insiste también en los pronunciamientos de 4 y 31 de mayo de 1993 –RJ 1993/3470 y RJ 1993/3765-, en el último de los cuales se señala que las notificaciones defectuosas surten efectos a partir de la fecha en que se interponga el recurso pertinente (en aplicación de los artículos 79.3 de la LPA y 59.3 de la antigua LJCA), por lo que no puede alegarse un supuesto defecto de notificación cuando se han interpuesto los recursos procedentes tal y como sucede en el caso que nos ocupa.

No cabe estimar, por tanto, este motivo de impugnación.

Sexto. En cuanto a la falta de motivación de la resolución recurrida, denuncia la recurrente que *“aunque la notificación señale que se acompaña copia del texto íntegro del acuerdo, lo cierto y verdad es que no le consta a esta representación que se haya remitido el texto íntegro de la resolución de adjudicación”*, por lo que entiende vulnerado lo dispuesto en el artículo 151.4 del TRLCSP.

Añade que la *“la falta de motivación de la resolución recurrida es absoluta habida cuenta de que (1) ni contiene las características y ventajas de la proposición del adjudicatario que fueron determinantes para que haya resultado como tal (2) ni contiene la exposición resumida de las razones por las que se desestima al resto”*.

Sobre el adecuado cumplimiento de la obligación de motivación, este Tribunal ha declarado, en numerosísimas resoluciones (valga por todas la resolución 214/2011) que el acto de adjudicación se entenderá motivado de forma adecuada, si al menos contiene la información que permita al licitador interponer recurso en forma suficientemente fundada, pues, de lo contrario, se le estaría privando de los elementos necesarios para configurar un recurso eficaz y útil, generándole una indefensión y provocando recursos indebidamente. En esta línea, ha señalado que del artículo 151.4 del TRLCSP cabe deducir, de una parte, que el objetivo perseguido por la motivación es suministrar a los licitadores excluidos y a los candidatos descartados la información suficiente sobre cuáles fueron las razones



determinantes de su exclusión o descarte, a fin de que el interesado pueda contradecir las razones argumentadas como fundamento del acto dictado mediante la interposición del correspondiente recurso.

En el caso analizado, la notificación del acuerdo de adjudicación se limita a señalar la empresa adjudicataria, Padillo Instalaciones y Obras, S.L., con indicación del importe ofertado por la misma, 6.604.331,64 euros más 1.386.909,64 euros en concepto de IVA.

En consecuencia la notificación realizada del acuerdo de adjudicación está viciada de nulidad, por falta de la motivación exigida por el artículo 151.4 del TRLCSP.

Séptimo. En cuanto al último motivo de impugnación, argumenta la recurrente que la oferta de Acciona Infraestructuras S.A no está incurso en presunción de anormalidad o desproporción por lo que, siendo la oferta que obtuvo una mayor puntuación, debió ser la adjudicataria del contrato. En definitiva, considera la ahora recurrente que la Mesa de Contratación incurrió en un error al considerar que la oferta de Acciona Infraestructuras S.A se encontraba en presunta anormalidad o desproporción.

La argumentación de la recurrente se centra, en síntesis, en dos cuestiones. En primer lugar, considera que la Mesa de Contratación no ha sabido calcular el límite de la presunta anormalidad o desproporción de las ofertas incurriendo en un error porque *“ha minorado las cinco unidades porcentuales que establece el pliego a la media aritmética de las ofertas y no a la baja media, saltándose así uno de los pasos esenciales previstos en el Pliego, cual es determinar la baja media, para luego minorar las cinco unidades porcentuales de esta”*. En definitiva, considera la recurrente que por parte de la Mesa se confundieron los conceptos “media aritmética de las ofertas” y “baja media”.

En segundo lugar, aun cuando se considerase anormal o desproporcionada la oferta de Acciona Infraestructuras S.A, entiende la recurrente que la misma sería realizable.

Comenzando con el primero de los argumentos desarrollados por el recurso, debemos partir de lo dispuesto en el PCAP que rige la presente contratación. En concreto, debemos estar a lo dispuesto en la **cláusula 5.6.3** relativa a los “Criterios objetivos de valoración” que se refiere de manera expresa a las “ofertas económicamente consideradas para la



determinación de las que presenten valores anormales o desproporcionados”, señalando literalmente lo siguiente:

“Cuando el número de ofertas que se admitan a licitación sea igual o superior a cinco, se excluirán del cálculo de la media aritmética la oferta más alta y la más baja. Seguidamente se procederá al cálculo de la media aritmética, estableciendo así la baja media, que se expresará en un porcentaje del presupuesto base de licitación.”

Añadiendo a continuación que:

“Se considerará desproporcionada o anormal la oferta económica que represente una baja que exceda en más de cinco puntos de la baja media”.

Partiendo de lo anterior, procede analizar el cálculo efectuado por la Mesa de Contratación, que se encuentra reflejado en el Acta de la reunión de 6 de agosto de 2013.

En la misma se incluye el cuadro resultante de la apertura de la oferta económica presentada por cada una de las empresas licitadoras con indicación del porcentaje de baja que cada una de las ofertas supone sobre el presupuesto base de licitación que se fijó en el pliego en 11.367.180,10 euros.

Para el cálculo de la media aritmética se decide excluir la oferta más cara (Vías y Construcciones S.A.) y la más barata (Comsa S.A.U.), y atendiendo a la existencia de ofertas presentadas por entidades pertenecientes a un mismo grupo empresarial, Vías y Construcciones S.A., Dragados S.A. y UTE Guamar S.A.-Cobra S.A., se decide tener sólo en cuenta la oferta más favorable es decir, UTE Guamar S.A.-Cobra S.A., quedando fuera del cálculo de la media Vías y Construcciones S.A. y Dragados S.A.

Pues bien, a juicio de este Tribunal, este proceder de la Mesa de Contratación incurre en un error a la vista de lo dispuesto en el **artículo 86** del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP) que bajo la rúbrica “Valoración de las proposiciones formuladas por distintas empresas pertenecientes a un mismo grupo” señala lo siguiente:

“1. A los efectos de lo dispuesto en el artículo 83. 3 de la Ley, 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 (LEG 1885, 21), 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 tanto debe entenderse que la exclusión, para el cálculo de la baja media, de las ofertas presentadas por Vías y Construcciones S.A. y Dragados S.A. debió hacerse antes de excluir la oferta más cara y la más barata.

Este es, por otra parte, el criterio avalado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que en su Informe nº 34/2012 de 14 de diciembre señala lo siguiente acerca de la correcta interpretación del artículo 86 del RGLCAP:

*“(…) En primer lugar, la previsión del artículo 86.1 del Reglamento General en cuanto a que “se tomará únicamente, para aplicar el régimen de apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, la oferta más baja”, cuando concurren empresas pertenecientes a un mismo grupo, tiene el efecto que persigue el TJUE cuando exige que los licitadores no estén en condiciones de conocer el umbral de anomalía en el momento de presentar su documentación. Esta cautela es una garantía para el principio de libre concurrencia y no lo contrario, toda vez que este inciso del artículo 86.1 del Reglamento General establece **la exclusión de ofertas “sólo para el cálculo de la media aritmética de las ofertas presentadas”** (según informe 27/05 de esta Junta Consultiva emitido precisamente a petición de la Asociación de Empresas Constructoras de Ámbito Nacional).”*

Añadiendo que:

“El método de cálculo del umbral de anomalía que deriva actualmente de los artículos 145.4 (cuyo contenido, no está de más recordar, procede directamente de los ya derogados artículos 83.3 y 234.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas [RCL 2000, 1380, 2126]) y 152 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (RCL 2011, 2050 y RCL 2012, 1964) , y de los artículos 85, 86 y 90 del



Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no solo no contraviene el principio de imposibilidad de rechazo automático de las proposiciones, sino que cumple todos los requisitos que el TJUE en su Sentencia Lombardini SpA exige respecto de sistema de valoración, en los términos que se señalan a continuación. Concretamente, los artículos enumerados en el párrafo anterior dan forma a un sistema de valoración previa de proposiciones que distingue según cuál sea la naturaleza y número de los criterios de adjudicación (entre otros, informes de la JCCA 18/96, 28/01, 58/08, 54/10 y resoluciones del TCRC nº 228/2011, 113/2012, 147/2012):

- *Así cuando el único criterio valorable de forma objetiva a considerar para la adjudicación del contrato sea el de su precio (la antigua subasta), el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas se apreciará conforme a los criterios de los artículos 85 y 86 del Reglamento General, por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado.*
- *Cuando, por el contrario, para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración (esto es, el antiguo concurso), los criterios de valoración de las proposiciones deberán figurar en todo caso en los pliegos. Una vez esgrimido el sistema de valoración vigente en nuestro ordenamiento jurídico procede indicar en qué medida cumple con las exigencias del TJUE, expresadas en el fallo de la Sentencia Lombardini (reproducido más arriba). En este sentido procede hacer dos consideraciones:*
- *En primer lugar, la previsión del artículo 86.1 del Reglamento General en cuanto a que "se tomará únicamente, para aplicar el régimen de apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, la oferta más baja", cuando concurren empresas pertenecientes a un mismo grupo, tiene el efecto que persigue el TJUE cuando exige que los licitadores no estén en condiciones de conocer el umbral de anomalía en el momento de presentar su documentación. Esta cautela es una garantía para el principio de libre concurrencia y no lo contrario, toda vez que este inciso del artículo 86.1 del Reglamento General **establece la exclusión de ofertas "sólo para el cálculo de la media aritmética de las ofertas presentadas" (según informe 27/05 de esta Junta Consultiva emitido precisamente a petición de la Asociación de Empresas Constructoras de Ámbito Nacional).***

Por tanto, la exclusión de las ofertas presentadas por Vías y Construcciones S.A y Dragados S.A. debió efectuarse antes de calcularse la media aritmética conforme a lo dispuesto en la cláusula 5.6.3 del PCAP.



La consecuencia de lo anterior es que la oferta más cara que debió excluirse para calcular la media aritmética no era la de Vías y Construcciones S.A. que ascendía a 9.093.744,09 (que ya debía estar excluida en aplicación del transcrito artículo 86 del RGLCAP), sino la de Corsan-Corviam Construcción S.A. que ascendía a 7.957.026,07 euros, que es la tercera más cara después de las ofertas presentadas por Vías y Construcciones S.A y Dragados S.A, ambas excluidas del cómputo en aplicación del artículo 86 del RGLCAP.

Teniendo en cuenta lo que acaba de señalarse, y atendiendo a los criterios contenidos en la cláusula 5.6.3 del PCAP deben efectuarse las siguientes consideraciones.

Establece la citada cláusula lo siguiente.

“Cuando el número de ofertas que se admitan a licitación sea igual o superior a cinco, se excluirán del cálculo de la media aritmética la oferta más alta y la más baja. Seguidamente se procederá al cálculo de la media aritmética, estableciendo así la baja media, que se expresará en un porcentaje del presupuesto base de licitación.”

Por tanto para el cálculo de la media aritmética, debe excluirse la oferta de Corsan-Corviam Construcción S.A. como más alta (7.957.026,07 euros) y la de Comsa S.A.U. como más baja (5.569.918,25 euros), resultando que la media asciende a 6.720.367,40 euros lo que supone, respecto del presupuesto de licitación, una baja media de 4.646.812 euros, esto es del 40,88 %.

La cuestión polémica radica en la correcta interpretación de la cláusula en la parte que señala que *“Se considerará desproporcionada o anormal la oferta económica que represente una baja que exceda en más de cinco puntos de la baja media”*.

A juicio de la demandante, la expresión debe ser entendida como cinco puntos porcentuales sobre el porcentaje de baja media, lo que supone considerar desproporcionadas o anormales las bajas superiores al 45,88 %, mientras que a juicio del órgano de contratación, como resulta del informe de 4 de diciembre de 2013, emitido por el Ingeniero agrónomo miembro de la mesa de contratación, dicha expresión debe ser entendida como un 5% de la media aritmética de las bajas, lo que supone considere como anormales las bajas superiores a la cantidad de 4.879.153,34 euros (media aritmética de la baja más el 5%).



La controversia debe ser resuelta, a juicio de este Tribunal, a favor de la demandante, Acciona Infraestructuras S.A. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la dicción literal del pliego es clara cuando señala que **la baja media se expresará en un porcentaje del presupuesto base de licitación** por lo que, siendo la baja media un concepto que se expresa en porcentaje, en este caso un 40,88%, es evidente que el exceso de cinco puntos debe entenderse referido el porcentaje en el que se expresa la baja media.

Sentado lo anterior, cabe concluir que serán desproporcionadas o anormales las ofertas económicas que representen una baja que exceda del 45,88 % del presupuesto de licitación, lo que supone una oferta económica de 5.215.262,23 euros o menos.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la oferta económica presentada por Acciona Infraestructuras S.A ascendió a 6.330.538,00 euros no puede entenderse que la misma esté incurso en presunción de temeridad por lo que debe estimarse el presente recurso especial en materia de contratación.

En consecuencia, procede anular la adjudicación realizada y ordenar la retroacción de actuaciones al momento previo a la clasificación de las ofertas, debiendo considerarse la oferta de Acciona Infraestructuras S.A y adjudicarse el contrato a la oferta más ventajosa.

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. R.A.S.H. en representación de Acciona Infraestructuras S.A., respecto del acuerdo de fecha 2 de septiembre de 2013 adoptado por la Comunidad de Regantes "Santa María Magdalena" de Mengíbar (Jaén) por el que se adjudica a la empresa Padillo Instalaciones y Obras, S.L. el contrato de obras "*Proyecto de Consolidación de los Sectores IV y V de la Comunidad de Regantes "Santa María Magdalena"*", anulando la adjudicación realizada con retroacción de actuaciones al momento previo a la clasificación de las ofertas, por entender que la oferta de Acciona Infraestructuras S.A no está incurso en presunción de temeridad debiendo considerarse su oferta,



adjudicarse el contrato a la oferta más ventajosa y realizarse la oportuna notificación a los licitadores en el procedimiento debidamente motivada en los términos del artículo 151.4 del TRLCSP.

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 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.