



Recurso nº 665/2016 C.A. de la Región de Murcia 53/2016

Resolución nº 779/2016

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

En Madrid a 30 de septiembre de 2016

VISTO el recurso presentado por D. F.L.H. y D. J.R.C.O., en nombre y representación, respectivamente de ACCIONA INFRAESTRUCTURAS, S.A. Y CONTINENTAL, OBRAS Y MANTENIMIENTO, S.L., asociadas bajo compromiso de UTE, contra la resolución que acuerda adjudicación del contrato de obra Nuevo vial de conexión de los barrios de Apolonia y San Diego de Lorca, de la Consejería de Fomento e Infraestructuras, Dirección General de Carreteras, de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia la UTE formada por S.A. DE RIEGOS, CAMINOS Y OBRAS y GONZÁLEZ SOTO, S.A., este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El 24 de diciembre de 2015 y el 22 de enero de 2016 se publicó, respectivamente, en el DOUE y en el BOE, el anuncio de licitación de la obra pública Nuevo vial de conexión de los barrios de Apolonia y San Diego de Lorca.

Segundo. Una vez realizada la apertura de los sobres, se dio traslado de las ofertas al Subdirector General de Carreteras para que analizara las mismas a efectos de que realizara el cálculo para determinar la existencia de ofertas económicas y de plazo presuntamente incursas en bajas anormales o desproporcionadas. Emitidos ambos informes ni la oferta económica ni la de plazo del recurrente incurría en temeridad. La del adjudicatario sí estaba incursa en lo que al plazo se refiere.

Tercero. Una vez realizados los informes, la mesa de contratación acordó por mayoría el 4 de mayo de 2016 extender la regla de grupos prevista en el pliego para el criterio precio, al criterio plazo.



Cuarto. Por aplicación de este criterio la oferta de la UTE recurrente quedó incurso en temeridad y se le requirió para que justificase su oferta en este punto. Después de solicitar y obtener vista del expediente, la UTE recurrente presenta escrito de alegaciones. En el mismo, se muestra disconforme con el criterio de la mesa de contratación de aplicar la regla de grupos al criterio del plazo y con la regla del redondeo. En todo caso, incluye una justificación de su oferta.

Quinto. Analizadas por el Subdirector de Carreteras las justificaciones de temeridad presentadas, se admite la oferta de la UTE recurrente entre otras. Por Orden de 1 de julio de 2016 se acuerda la adjudicación del contrato a la UTE formada por S.A. DE RIEGOS, CAMINOS Y OBRAS y GONZÁLEZ SOTO, S.A. Disconforme la UTE ACCIONA INFRAESTRUCTURAS, S.A. Y CONTINENTAL, OBRAS Y MANTENIMIENTO, S.L., con dicha resolución presenta recurso especial en materia de contratación. El órgano de contratación ha emitido informe al recurso presentado solicitando la desestimación del recurso. En el mismo sentido se pronuncia la empresa adjudicataria en escrito de alegaciones.

Sexto. En fecha 1 de agosto de 2016 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que convinieran a su derecho, habiendo evacuado el trámite conferido la UTE RONDA DE LORCA.

Séptimo. El 8 de agosto de 2016, este Tribunal acordó 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 para resolver corresponde este Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 40 y 41 del TRLCSP y en el Convenio suscrito al efecto con la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia el 4 de octubre de 2012, publicado en el BOE, mediante Resolución de 5 de noviembre de 2012, de la Subsecretaría del Ministerio de Presidencia.



Segundo. El acto objeto del recurso es susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Tercero. El recurso ha sido interpuesto en el plazo de quince días establecido en el artículo 44.2 TRLCSP.

Cuarto. En cuanto al requisito de la legitimación como ha tenido ocasión de señalar este Tribunal, por todas Resolución nº 1155/2015 de 18 de diciembre:

“La legitimación para interponer el recurso especial se recoge en el artículo 42 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en el que se manifiesta 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.

Este precepto ha sido tratado por este Tribunal en multitud de ocasiones. Así, por ejemplo, en la reciente Resolución nº 907/2015, de 5 de octubre y en muchas otras anteriormente, hemos fijado una doctrina constante que es congruente con los pronunciamientos del Tribunal Supremo en esta materia. En efecto, el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) en su sentencia de 20 mayo de 2008 expone lo siguiente:

“Para resolver la cuestión de la legitimación y como reconocen las partes, debe tenerse en cuenta que en el orden Contencioso-Administrativo, superando el concepto de interés directo a que se refería el art. 28 de la Ley de Jurisdicción de 1956, viene determinada por la invocación en el proceso de la titularidad de un derecho o interés legítimo [art. 24.1 C.E. y art. 19.1.a) Ley 29/98] que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial (S. 29-6-2004).

Como señala la sentencia de 19 de mayo de 2000, el mismo Tribunal Constitucional ha precisado que la expresión «interés legítimo», utilizada en el



artículo 24.1 de la Norma Fundamental, aun cuando sea un concepto diferente y más amplio que el de «interés directo», ha de entenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado o específico (sentencia del Tribunal Constitucional 257/1989, de 22 de diciembre), lo que en el ámbito de esta Sala del Tribunal Supremo ha llevado a insistir que la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), con la que se define la legitimación activa, comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1990), y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento (SSTS de 4 de febrero de 1991, de 17 de marzo y 30 de junio de 1995 y 12 de febrero de 1996, 9 de junio de 1997 y 8 de febrero de 1999, entre otras muchas; SSTC 60/1982, 62/1983, 257/1988, 97/1991, 195/1992, 143/ y ATC 327/1997).”

Pues bien, como ya hemos dicho en muchas ocasiones, para determinar si en un asunto concreto concurre el requisito de la legitimación en el reclamante ha de tenerse en cuenta que, aunque la doctrina jurisprudencial en el ámbito administrativo considera el concepto de interés legítimo con criterios amplios, tal interés ha de ser propio e ir más allá de la mera defensa de la legalidad. En nuestra Resolución 290/2011 indicamos que el Tribunal Supremo en sus sentencias de 19 de noviembre de 1993 y 27 de enero de 1998, expone que el interés legítimo equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material o jurídico o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética. Por lo tanto, para que pueda considerarse, en términos generales, que concurre el interés legítimo es menester que la resolución administrativa impugnada pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica del que recurre, lo



que descarta la acción pública fuera de los casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico la permite; esto es, el interés legítimo no puede ser asimilado al de interés en la legalidad (SSTC 60/82, y 257/88, entre otras, y SSTs de 14 de marzo de 1997 -RJ1997, 2340- y de 11 de febrero de 2003 -RJ 2003, 3267-, entre otras).

Teniendo en cuenta esta doctrina parece claro que para determinar si el interés que muestra la entidad recurrente excede del mero interés por la legalidad es preciso analizar si efectivamente concurre alguna ventaja de tipo jurídico que pueda calificarse como cierta y que correspondería al recurrente en caso de prosperar su pretensión.

Respecto de la aplicación de la regla de grupo, la recurrente carece de legitimación para aducirla como motivo de su impugnación y, por consiguiente, para solicitar la anulación de la resolución de adjudicación con relación a la anormalidad o desproporción del plazo de ejecución ofertado, toda vez que no ha sido excluida de la licitación ni por este ni por ningún otro motivo por lo que de estimarse el mismo no le produciría ningún beneficio jurídico ni económico.

Sin embargo, la recurrente ostenta legitimación respecto de los restantes motivos del recurso.

Quinto. Respecto de estos motivos, la recurrente considera que no se ha aplicado bien la fórmula del redondeo. El informe del Subdirector General fijó el umbral de temeridad en 13'20 meses. La operación matemática ofrecía un tercer decimal 6, por lo que procedía redondear a la centésima superior, es decir, fijar el umbral en 13'21 meses. Basa esta alegación en que ese criterio de redondeo fue el fijado en la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, de introducción del euro y en el Reglamento 1103/97, del Consejo, de 17 de junio, sobre determinadas disposiciones relativas a la introducción del euro.

En segundo lugar, la UTE recurrente discrepa de la valoración del criterio precio, ya que se ha llevado a cabo sin excluir las ofertas cuyos valores se consideraban desproporcionados o temerarios. Cita en apoyo de su tesis los artículos 22.1, 151.1 y 152.4 de la Ley de Contratos del Sector Público y una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 31 de julio de 2014.



Una vez realizados los cálculos de acuerdo con las alegaciones a las que acabamos de hacer referencia, considera que la adjudicación debe recaer en la UTE recurrente.

Sexto. El órgano de contratación, por lo que se refiere a la cuestión del redondeo considera que se han utilizado dos decimales tal y como se presentaron las ofertas de los licitadores.

En cuanto a la exclusión de las ofertas consideradas temerarias señala que el 152.4 establece que 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, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la 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. Considera que no se deben confundir los términos puntuación y clasificación, como hace el recurrente. La legislación vigente no habla en ningún caso de recalcular sino de no clasificar, que estrictamente es lo mismo que excluir de la clasificación realizada o no tenerlas en consideración, las empresas que, tras las actuaciones pertinentes, queden incursas en baja anormal o desproporcionada. Así mismo se desprende del literal del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que establece expresamente como se procede a valorar la puntuación de las empresas haciendo referencia a la oferta más baja y en ningún caso establece que previamente hayan de retirarse las que hayan incurrido en temeridad.

Séptimo. Por lo que se refiere al tema de la fijación de decimales, entendemos que la decisión del órgano de contratación es correcta, no resultando aplicable al cálculo de unas ofertas de plazo que se establecían en dos decimales, reglas de redondeo establecidas en normas que nada tienen que ver, como son las de introducción del euro.

Octavo. En cuanto a la necesidad de hacer un recálculo de la oferta más ventajosa económicamente excluyendo las excluidas por no haber podido justificar sus valores anormales o desproporcionados, hay que tener en cuenta los preceptos que resultan de aplicación. El artículo 151.1 del TRLCSP por el que se regula la clasificación de las ofertas



dispone, que "El órgano de contratación clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas y que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales conforme a lo señalado en el artículo siguiente."

El artículo 152 del TRLCSP regula el procedimiento a seguir por el órgano de contratación en relación con las ofertas que presenten valores anormales o desproporcionados y en su apartado 4 dispone:

"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 puede ser cumplida a satisfacción de la Administración y que no sea considerada anormal o desproporcionada".

El RD 817/2009, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público, en el artículo 22, que regula las funciones de las Mesas de Contratación, establece el orden de las actuaciones a seguir disponiendo en los apartados e) -f) -g) lo siguiente:

"e) Valorará las distintas proposiciones, en los términos previstos en los artículos 134 a 136, ambos inclusive de la Ley, clasificándolas en orden decreciente de valoración, a cuyo efecto podrá solicitar los informes técnicos que considere precisos de conformidad con lo previsto en el artículo 144.1 de la Ley de Contratos del Sector Público.

f) Cuando entienda que alguna de las proposiciones podría ser calificada como anormal o desproporcionada, tramitará el procedimiento previsto al efecto por el artículo 136.3 de la Ley de Contratos del Sector Público, y en vista de su resultado propondrá al órgano de contratación su aceptación o rechazo, de conformidad con lo previsto en el apartado 4 del mismo artículo.



g) Fuera del caso previsto en la letra anterior, propondrá al órgano de contratación la adjudicación provisional a favor del licitador que hubiese presentado la proposición que contuviese la oferta económicamente más ventajosa según proceda de conformidad con el pliego de condiciones que rija la licitación."

La aplicación de estos preceptos supone que lo dispuesto en el artículo 151.1 del TRLCSP debe relacionarse con lo previsto en el artículo 22 del Real Decreto 817 /2009, sobre funciones de las mesas de contratación, donde se regula el orden de actuación en los procedimientos abiertos, sin que ello resulte contrario al contenido del artículo 152.4 del TRLCSP, ya que éste dispone que la clasificación de las ofertas se realice conforme al apartado 1 del artículo anterior, es decir respecto de las ofertas que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales.

Todo lo anterior avala considerar que la normativa citada ha establecido el procedimiento a seguir destinado a la selección de las ofertas que cumplan los requisitos establecidos para cada fase, resultando que por ello en la valoración no deben incluirse las proposiciones declaradas desproporcionadas o anormales hasta tanto no se haya seguido el procedimiento establecido en el artículo 152 del TRLCSP y, en su caso, resulte justificada la viabilidad de la oferta.

Este criterio es el sustentado en el Dictamen, de 29 de septiembre de 2008, de la Abogacía General del Estado, en el que analizados hechos similares a los producidos en el presente caso, concluye *"En consecuencia, el cálculo de la puntuación económica de las ofertas debe realizarse con posterioridad al análisis y valoración de la justificación de las ofertas anormales o desproporcionadas, excluyendo a las no admitidas por no haberse estimado la justificación sobre su viabilidad tras el mencionado trámite de audiencia"*, así como por este Tribunal, en Resoluciones, entre otras 465/2015 y 698/2016, ya que valorar las ofertas que presenten valores desproporcionados o anormales, que finalmente podrían ser inválidas, puede alterar la puntuación y determinar la adjudicación de un contrato a empresa distinta a la que resultaría si se hubieran excluido previamente dichas ofertas.

Ello supone la estimación del recurso, pero no en los términos expresados por el recurrente en su suplico de que se proceda por este Tribunal a adjudicarle el contrato.



Hemos repetido reiteradamente que este Tribunal tiene exclusivamente una función revisora, que se contrae a examinar la validez de los actos recurridos, acordando, de concluirse su anulabilidad o nulidad, la retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a aquel en que el vicio se produjo, pero sin sustituir la competencia del órgano de contratación para adjudicar a aquel que, conforme a los pliegos y las normas de contratación administrativa, corresponda.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. F.L.H. y D. J.R.C.O., en nombre y representación, respectivamente de ACCIONA INFRAESTRUCTURAS, S.A. Y CONTINENTAL, OBRAS Y MANTENIMIENTO, S.L., asociadas bajo compromiso de UTE, contra la resolución que acuerda adjudicación del contrato de obra Nuevo vial de conexión de los barrios de Apolonia y San Diego de Lorca, de la Consejería de Fomento e Infraestructuras, Dirección General de Carreteras, de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia la UTE formada por S.A. DE RIEGOS, CAMINOS Y OBRAS y GONZÁLEZ SOTO, S.A., acordando la retroacción de actuaciones para que se proceda a valorar las ofertas excluyendo aquellas que sean estimadas como desproporcionadas o anormalmente bajas.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación adoptada según lo establecido en 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 del



Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, 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 10.1. k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.