



Recurso nº 507/2020

Resolución nº 959/2020

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

En Madrid, a 11 de septiembre de 2020

VISTO el recurso interpuesto por D. F.J.S.S., en representación de FERROVIAL AGROMAN, S.A. y D. J.L.A.E. en representación de OBRAS PUBLICAS ONAINDIA, S.A. contra la Resolución de adjudicación de la licitación convocada por la Dirección General del Agua del Ministerio para la Transición Ecológica para contratar las *“obras del proyecto de colectores para el saneamiento de la Cuenca Alta Del Rio Nervión, Addenda y Adenda Número 2. Lote 2, Sistema Basaurbe”* el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El 10 de junio de 2019 se publicó en el DOUE anuncio de licitación del contrato de obras del proyecto de colectores para el saneamiento de la cuenca alta del río Nervión, *addenda y addenda número 2* Número de referencia: 01.301-0123/2111 por parte de la Dirección General del Agua.

El contrato de obras tiene un valor estimado de 33.689.632,41 euros, y se halla dividido en dos lotes: el primero para al Sistema Markijana y el lote 2 para el sistema Basaurbe. Ambos lotes tienen un periodo de duración de 36 meses no prorrogables y se adjudican sobre la base de un criterio de calidad (45 puntos) y precio (55 puntos) de conformidad con lo establecido en los pliegos. Son valores estimados, respectivamente, del Lote 1 y 2 los de 22.994.209,80 y 10.695.422,61 euros.

El plazo de presentación de ofertas finalizaba el 11 de julio de 2019.



Análogos anuncios fueron publicados en el BOE y la Plataforma de Contratación del Sector Público, en fechas 11 y 10 de junio de 2020, todo ello, sin perjuicio de las rectificaciones de errores posteriores correspondientes.

Segundo. Con carácter previo fueron aprobados los pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT) de los que podemos extraer las siguientes previsiones.

En relación a la exigencia de la solvencia económica y financiera, y técnica o profesional, el PCAP (apartado 15 del cuadro de características) establece que *“los licitadores deberán acreditar la solvencia económica y financiera, técnica, aportando los documentos exigidos en los artículos 87 y 88 y 92 a 94 de la LCSP”*.

Tercero. El procedimiento de adjudicación aparece recogido en el informe del órgano de contratación. Así, con fecha 18 de julio de 2019 se reúne la Mesa de Contratación del Ministerio para la Transición Ecológica (Acta 25/2019), se inicia el acto de apertura del sobre número 1, documentación general, se hace entrega del listado de licitadores, 15 en total, con el porcentaje de UTE y vinculación que consta en el expediente. Comprobada su documentación, se acuerda por unanimidad admitir a todos los licitadores.

Con fecha 25 de julio de 2019 se reúne la Mesa de Contratación (Acta 26/2019), se inicia el acto de apertura del sobre número 2, de criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor. Se remite la documentación a la unidad responsable de su evaluación.

Con fecha 3 de octubre de 2019 se reúne la Mesa de Contratación (Acta 32/2019) y, al detectar elementos mejorables del Informe Técnico sobre criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor, la Unidad gestora retira el citado informe para nuevo análisis y reelaboración.

El 17 de octubre de 2019, el Subdirector General de Infraestructuras y Tecnología aprueba el informe para la valoración de criterios cualitativos cuya cuantificación depende de juicio de valor del lote 2.



En reunión de la Mesa Única de contratación del Ministerio para la Transición Ecológica de fecha 24 de octubre de 2019 (Acta 35/2019) los miembros de la Mesa Única de Contratación acuerdan por unanimidad aprobar las valoraciones del informe sobre criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor emitidos el 17 de octubre de 2019 por la SG de Infraestructuras y Tecnología y asumir sus conclusiones.

Con fecha 31 de octubre de 2019 se reúne la Mesa de Contratación (Acta 36/2019), y se procede al acto público de apertura de los sobres que contienen la oferta económica. Se ha incorporado informe de bajas temerarias resultado del procedimiento de apertura del sobre de la oferta económica. A la vista del informe la Mesa acuerda por unanimidad que se efectúe requerimiento de justificación a los licitadores con ofertas incursas en presunción de anormalidad

Con fecha 12 de diciembre de 2019 se reúne la Mesa de Contratación (Acta 42/2019), se ha incorporado a la documentación de la sesión justificación de oferta anormalmente baja de COMSA, S.A y NORTUNEL, S.A. y SIECSA CONTRUCCIONES Y SERVICIOS S.A. La Mesa acuerda por unanimidad su exclusión de acuerdo con los informes y asumiendo sus conclusiones. La Mesa acuerda por unanimidad aprobar el informe de valoración total de ofertas, fechado el 3 de diciembre de 2019, del Subdirector General Adjunto de Programación Económica, en la que informa sobre la puntuación total de cada oferta presentando un cuadro con dichas puntuaciones, ordenadas de mayor a menor, que establece que la empresa que ha obtenido la mayor puntuación es AZVI, S.A y CONTRUCCIONES Y PROMOCIONES BALZOLA, S.A. en UTE, y efectuar propuesta de adjudicación a su favor por ser la oferta más ventajosa para la Administración y dar da traslado de la misma al órgano de contratación para que, si así lo considera, requiera a dicha empresa para la presentación de la documentación contenida en el artículo 150.2 de la LCSP.

El 28 de enero de 2020, el Subdirector General de Programación Económica solicita a la Subdirección General de Infraestructuras y Tecnología la verificación de la documentación del apartado 15.1. del Cuadro de Características del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.



Con fecha 30 de enero de 2020, el Subdirector General de Infraestructuras y Tecnología informa que, analizada la documentación solicitada y presentada por la UTE propuesta como adjudicataria por la Mesa de Contratación, no cumple con los requisitos exigidos en el apartado 15.1. del Cuadro de Características del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Con fecha 13 de febrero de 2020 se reúne la Mesa de Contratación (Acta 06/2020) y acuerda solicitar aclaración de la documentación presentada por la UTE propuesta como adjudicataria en relación a la verificación de los requisitos exigidos en el apartado 15.1. del Cuadro de Características del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Con fecha 21 de febrero de 2020, el Subdirector General de Infraestructuras y Tecnología informa que, analizada la nueva documentación presentada por la UTE propuesta como adjudicataria, cumple con los requisitos exigidos en el apartado 15.1. del Cuadro de Características del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Con fecha 27 de febrero de 2020 se reúne la Mesa de Contratación (Acta 08/2020) y acuerda calificar como correcta la documentación presentada por el licitador propuesto relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos en el apartado 15.1. del Cuadro de Características del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Teniendo en cuenta el importe de la oferta propuesta como adjudicataria por la Mesa (10.391.993,48 euros, con un IVA del 21%), y el presupuesto del proyecto aprobado base de licitación (12.941.461,36 euros, con un IVA del 21%), el coeficiente de adjudicación resultante es de 0,803000000.

De acuerdo con el Real Decreto 2188/1995, de 28 de diciembre, la presente Propuesta de adjudicación fue fiscalizada por la Intervención Delegada con fecha de 15 de abril de 2020, y aprobada por el Secretario de Estado de Medio Ambiente (orden TEC 1425/2018), con fecha de 21 de abril de 2020.

Así, mediante acuerdo de 21 de abril de 2020 la mesa propone al órgano de contratación la adjudicación del Lote 2 del contrato obras al licitador AZVI S.A- CONSTRUCCIONES Y



PROMOCIONES BALZOLA SA, en UTE, notificándose la adjudicación en la Plataforma de Contratación en 19 de mayo de 2020.

Cuarto. En 8 de junio de 2020 se interpone recurso por Ferrovial-Onaindia alegando, fundamentalmente, no haber podido tener acceso al expediente, a pesar de haberlo solicitado, y la falta de solvencia económica y financiera del adjudicatario, porque, con posterioridad al plazo de finalización de la presentación de ofertas, pero con carácter previo a la adjudicación, la empresa presentó concurso de acreedores y procedió al expediente de regulación de empleo de su plantilla por extinción. Asimismo solicita la práctica de prueba (que se oficie a la TGSS y a la Diputación Foral para que se certifique si la adjudicataria ha incurrido en deudas con la Seguridad Social o con la Hacienda Foral) entre 11 de julio de 2019 y el momento actual). Solicita, en mérito a lo anterior, que se anule la resolución de adjudicación y se proceda a una nueva adjudicación.

Quinto. En 13 de agosto de 2020 el autorizado por los recurrentes tomó vista de expediente. En 19 de agosto de 2020 se realizan alegaciones complementarias, en que se ratifica en las alegaciones anteriores reiterando la solicitud de práctica de prueba por cuanto la obrante (1.- Certificado de estar al corriente del cumplimiento de las obligaciones con la Tesorería General Seguridad Social, a fecha de 28 de enero de 2020. 2.- Certificado de estar al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias con la AEAT, a fecha de 5 de diciembre de 2019. 3.- Certificado de estar al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias con la Diputación Foral De Bizkaia, a fecha de 4 de diciembre de 2019. 4.- Certificado de estar al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias con la Diputación Foral De Guipuzcoa, a fecha de 4 de diciembre de 2019) no resulta suficiente para acreditar la solvencia del adjudicatario.

Sexto. En el informe remitido a la interposición del recurso, el órgano de contratación realiza la exposición de los hitos de adjudicación del contrato anteriormente recogidos invocando que ha respetado el ordenamiento jurídico en todo momento, sin precisión de la documentación fiscalizada. En mérito a ello solicita la desestimación del recurso.

Séptimo. Otorgado plazo para la presentación de alegaciones en 15 de junio de 2020, en 22 de junio de 2020 fueron presentadas por los adjudicatarios. En las alegaciones, amén de oponerse a la puesta de manifiesto del expediente, invoca la suficiente solvencia por



haber presentado la documentación requerida y haber sido calificada la misma de manera favorable por la mesa. Invoca, además, la doctrina de este Tribunal (resoluciones 193 y 1273/2019) sobre que la acreditación de la solvencia del art. 140.4 LCSP no ha de concurrir ininterrumpidamente entre la presentación de ofertas y la formalización del contrato. Asimismo, se opone a la solicitud de prueba por considerar que la misma resulta innecesario. Por todo ello, solicita la desestimación del recurso.

Octavo. En fecha 22 de junio de 2020 la secretaria del Tribunal, por delegación de éste, acordó el mantenimiento de la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación, producida automáticamente por recurrirse el acuerdo de adjudicación conforme al art 56.3 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la presente resolución del recurso la que acuerde el levantamiento..

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 9/2017, 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 lo sucesivo).

Segundo. Es objeto del presente recurso el acuerdo de adjudicación de fecha 21 de abril de 2020, del Secretario de Estado de Medio Ambiente, por el que se adjudica definitivamente el contrato relativo a la ejecución de las Obras del Proyecto de colectores para el saneamiento de la Cuenca Alta Del Rio Nervión, Addenda y Adenda Número 2. Lote 2, Sistema Basaurbe, al licitador AZVI S.A- CONSTRUCCIONES Y PROMOCIONES BALZOLA SA, en UTE.

Tratándose de un contrato de obras de valor superior a tres millones de euros, el acto resulta impugnabile de conformidad con el art. 44 LCSP.

Tercero. Con carácter previo a entrar en el fondo del recurso, este Tribunal debe dilucidar si el mismo ha sido interpuesto en plazo.



De acuerdo con lo establecido en el artículo 50 LCSP:

“2. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará: ... d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento”

En el caso que nos ocupa, la publicación de la adjudicación tuvo lugar el 19 de mayo de 2020 y el recurso se interpuso el 8 de junio, por lo que el recurso sería temporáneo.

Cuarto. El siguiente óbice de admisión hace referencia a la legitimación del recurrente. A tenor del art. 48 LCSP: *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.

En el supuesto que nos ocupa, la recurrente es la segunda clasificada en la selección de adjudicatario, por lo que indudablemente se halla legitimada.

Quinto. Analizados los óbices de admisión, y habiendo obtenido la conclusión del que el recurso es admisible, procede analizar las alegaciones que vierte el recurrente para obtener la anulación del acuerdo de adjudicación.

Este análisis debe partir de las disposiciones de la LCSP sobre la solvencia del eventual adjudicatario.

El art. 65 LCSP dispone: *“1. Solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en alguna prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas.*

(...)



2. Los contratistas deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato.”

Sin agotar la normativa, el art. 71 enumera, como es sabido, las prohibiciones para contratar, entre las que se encuentra “c) Haber solicitado la declaración de concurso voluntario, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso, salvo que en este haya adquirido eficacia un convenio o se haya iniciado un expediente de acuerdo extrajudicial de pagos, estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso.

d) No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen...” (El subrayado es propio a lo largo de toda la resolución). Y, en relación con ello el art. 85: “Sin perjuicio de lo establecido en el segundo párrafo del apartado 3 del artículo 140, la prueba, por parte de los empresarios, de no estar incursos en prohibiciones para contratar podrá realizarse mediante testimonio judicial o certificación administrativa, según los casos”.

El art. 74: “1. Para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando esta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley.

2. Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo.”

El art. 84: “1. La capacidad de obrar de los empresarios que fueren personas jurídicas se acreditará mediante la escritura o documento de constitución, los estatutos o el acta



fundacional, en los que consten las normas por las que se regula su actividad, debidamente inscritos, en su caso, en el Registro público que corresponda, según el tipo de persona jurídica de que se trate”.

El recurso se fundamenta en el dictado del art. 140 LCSP, cuyo apartado 4 dispone: “4. *Las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato”.*

Ello, no obstante, el precepto debe ser interpretado, tal como invoca la competidora adjudicataria.

Así, en Resolución de 1 de marzo de 2019 (Resolución 193/2019, Recurso 1325/2018) recordaba este Tribunal:

“No existen salvo error u omisión precedentes en que esta situación se haya planteado con la vigencia de la nueva LCSP, aunque sí que se dictaron resoluciones bajo la vigencia del anterior Texto Refundido, como por ejemplo las Resoluciones 1002/2017, de 24 de noviembre, 783/2015, de 11 de septiembre, 502/208, de 29 de junio, 831/2016, de 28 de octubre, o 1041/2016 de 16 de diciembre, entre otras.

Pues bien, aunque ciertamente la previsión legal es muy exigente, este Tribunal considera que el artículo 140.4 LCSP admite una interpretación distinta a la que mantiene el Órgano de Contratación. El Tribunal entiende que, al exigir la LCSP art. 140,4, que estas circunstancias de capacidad “concurran” en la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas y que “subsistan” en el momento de la perfección del contrato, no está exigiendo necesariamente que hayan concurrido también en todo el período intermedio, pudiendo por tanto existir deudas en este período intermedio siempre que la capacidad exista en los dos momentos que literalmente cita la LCSP. En este caso, la empresa adjudicataria ha acreditado que en el momento en que se solicita la acreditación de estar al corriente de las obligaciones con la seguridad social, ha obtenido un certificado positivo, es decir, que no mantiene deuda con dicha entidad. En efecto, cuando presenta la documentación exigida, el 6 de noviembre, el certificado es positivo; como se recoge en



el informe del órgano de contratación el certificado que se le transmite por los servicios, en el que se afirma que no se encuentra al corriente de sus obligaciones, se encuentra desfasado porque no incorpora que, en ese mismo día, dentro de plazo, la empresa regularizó sus obligaciones con la seguridad social. Abunda en ello la redacción de la cláusula 8.5 del PCAP que transcribe el artículo 140.4 cuando afirma que “de acuerdo con el artículo 140.4 de la LCSP, las condiciones de aptitud y de solvencia exigidas deben concurrir en la fecha de finalización del plazo de presentación de las ofertas y subsistir en el momento de la perfección del contrato”. Este precepto debe ser entendido en el contexto de artículo 1 LCSP que proporciona criterios de interpretación de toda la Ley, y, entre otros, el de favorecer la concurrencia en la licitación. La finalidad del precepto analizado, interpretado a la luz de este principio, a juicio de este Tribunal, y como ya se ha expuesto, solo exige que en el momento de presentación de las ofertas y cuando debe acreditarse documentalmente la no existencia de deudas con la seguridad social en el momento de la adjudicación del contrato el licitador esté al corriente de las obligaciones con la seguridad social, pero no exige que esta situación deba producirse durante todo el procedimiento de licitación”.

Esta resolución es lo suficientemente clara y taxativa y da la razón al órgano de contratación que, a la vista de la documentación presentada, concluyó en la concurrencia de capacidad y solvencia del licitador.

Por lo demás, deben decaer las alegaciones del recurrente en cuanto a la concurrencia de prohibición de contratar pues la situación de concurso (aún en el supuesto de que hubiera acaecido) no es la que se tipifica como tal, y sin que la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, contemple tal extremo, más allá de las negociaciones con los acreedores a que se refiere su art. 5 bis, que son diversas de la declaración de concurso e incompatibles con ésta (cfr. Art. 5bis.4).

Así las cosas, no resulta necesaria la práctica de la prueba propuesta y el recurso debe ser desestimado.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación



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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. F.J.S.S., en representación de FERROVIAL AGROMAN, S.A. y D. J.L.A.E. en representación de OBRAS PUBLICAS ONAINDIA, S.A. contra la Resolución de adjudicación de la licitación convocada por la Dirección General del Agua del Ministerio para la Transición Ecológica para contratar las *“obras del proyecto de colectores para el saneamiento de la Cuenca Alta Del Rio Nervión, Addenda y Adenda Número 2. Lote 2, Sistema Basaurbe”*.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 58.2 de la LCSP.

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