

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 16 de mayo de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.F.N., en nombre y representación de API Movilidad y don J.O.P., en nombre y representación de Trabajos Bituminosos, S.L.U., licitadoras en compromiso de UTE, contra el Decreto del Delegado del Área de Gobierno de Desarrollo Urbano Sostenible por el que se rechaza la oferta de la recurrente y se adjudica el contrato de obras de renovación del Anillo Verde Ciclista de Madrid, número de expediente: 711/2016/08782, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 19 y 26 de junio de 2017, se publicó respectivamente en el DOUE y en el BOE la convocatoria de licitación del contrato de obras de referencia, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, con un valor estimado de 6.946.688,14 euros

El Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) en su apartado 21.2 establece lo siguiente:

“Criterios valorables en cifras o porcentajes (75 puntos).

(...).

De los criterios de adjudicación establecidos anteriormente, se tomarán en consideración a efectos de apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de valores anormales o desproporcionados, las ofertas que se desvíen de la baja media en más de 5 puntos porcentuales.

Dada la urgencia del procedimiento, el plazo para la justificación de las ofertas anormales o desproporcionadas por parte de los licitadores será de 3 días hábiles desde la fecha de su notificación”.

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron 33 licitadoras entre ellas las recurrentes.

Con fecha 21 de septiembre de 2017 se reúne la Mesa de contratación para la apertura de los sobres relativos a criterios valorables en cifras o porcentajes. Respecto de las ofertas que podían estar incursas en el supuesto de bajas anormales o desproporcionadas, el 3 de octubre de 2017, se emite informe por el Departamento de Vías Públicas en el que se hace constar que de conformidad con lo establecido en el artículo 86 del RGLCAP, en el cálculo de la baja media para aplicar el régimen de apreciación de ofertas anormales o desproporcionadas, únicamente se consideraron las ofertas más bajas de las propuestas de empresas del mismo grupo, fueran éstas en solitario o en UTE. Así, para el cálculo de la baja media, de las siguientes empresas del mismo grupo sólo se consideraron las bajas siguientes:

De las empresas Api Movilidad-Trabit, S.L.U. (36,57%) y Vías y Construcciones, S.A. (35,35%) pertenecientes al mismo grupo de empresas, la baja considerada fue la oferta de mayor baja, esto es, la de la UTE Api Movilidad-Trabit S.L.U., con el 36,57%.

De las empresas Tecnología de Firmes, S.A. (41,80%) y Constructora Consvial, S.L.-Asfalteco Obras y Servicios, S.A. (39,40%) pertenecientes al mismo

grupo de empresas, la baja considerada para estas empresas fue la oferta de mayor baja, esto es, la de la empresa Tecnología de Firmes, S.A., con el 41,80 %.

De acuerdo con esto, la baja media resultante es del 31,35%, y de acuerdo con lo establecido en el Pliego, todas las empresas con ofertas por encima del 36,35% se consideraron como presuntamente anormales o desproporcionadas. Entre estas licitadoras se encuentran Api Movilidad, S.A. y Trabit, S.L.U., (en adelante UTE Api Movilidad).

Tras el preceptivo trámite de audiencia a las licitadoras y el informe técnico correspondiente, la Mesa considera que ninguna de las empresas ha justificado la viabilidad de sus ofertas y eleva al órgano de contratación propuesta de rechazo de las ofertas presentadas por las empresas:

Nº 1.- TEVASEÑAL S.A.-COVINSA.; Nº 7.- CONSTRUCTORA SAN JOSE, S.A.; Nº 8.- ASFALTOS VICÁLVARO, S.L.; Nº 12.- TECNOLOGÍA DE FIRMES, S.A.; Nº 13.- CONSVIAL-ASFALTECNO OBRAS Y SERVICIOS, S.A.; Nº 14.- API MOVILIDAD, S.A.-TRABIT, UTE; Nº 15.- VELASCO GRUPO EMPRESARIAL, S.L. OCA, SA; Nº 23.- DÍEZ Y COMPAÑÍA, S.A.-HOCENSA; Nº 25.- ECOASFALT, S.A.; Nº 29.- VIALES Y OBRAS PÚBLICAS, S.A.; y Nº 31.GEVORA CONSTRUCCIONES, S.A., por no haber justificado suficientemente los valores anormales o desproporcionados.

Mediante Decreto de 9 de abril de 2018, del Delegado del Área de Gobierno de Desarrollo Urbano Sostenible, se adjudica el contrato a la empresa Obras y Servicios Taga, S.A.-Construcciones Taboada y Ramos, S.L.-Eiffage (con compromiso de constituirse en UTE), al haber obtenido la mayor valoración en la suma de las puntuaciones de los criterios no valorables en cifras y/o porcentajes y criterios valorables y se rechazan las ofertas según la propuestas realizada por la Mesa

El Decreto de adjudicación se notifica a las recurrentes con esa misma fecha.

Tercero.- El 23 de abril de 2018, tuvo entrada en este Tribunal el escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de las empresas que forman la UTE Api Movilidad, contra el Decreto de adjudicación del contrato puesto que alegan que el Informe del Departamento de Vías Públicas de la Dirección General del Espacio Público, Obras e Infraestructuras no ha apreciado conforme a Derecho las ofertas que se encuentran incursas en valores anormales o desproporcionados.

Por tanto solicitan la anulación de la adjudicación, retrotrayendo el procedimiento al momento de valoración de las ofertas presentadas por los licitadores.

El 26 de abril de 2018, el órgano de contratación remitió copia del expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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) de cuyo contenido se dará cuenta al resolver sobre el fondo del recurso.

Cuarto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Dentro del plazo concedido, la empresa adjudicataria ha presentado escrito de alegaciones en las que, en síntesis, concluye que *“Contrariamente a lo que se manifiesta por las recurrentes, la aplicación de este artículo por el órgano de contratación no se ha producido con carácter “subsidiario” tal y como pretenden hacernos creer en su recurso al entender que en el PCAP no se establecía su regulación y, consecuentemente, entendiéndolo con ello que en el PCAP no se habían adoptado las medidas necesarias para impedir que se lleva en a cabo conductas colusorias entre empresas perteneciente al mismo grupo empresarial”*. Argumenta que el PCAP contiene dos cláusulas que previenen y evitan, radicalmente, la

actuación de conductas colusorias entre empresas del mismo grupo, requiriendo a las empresas pertenecientes al mismo grupo empresarial para que, obligatoriamente, comuniquen al órgano de contratación si concurre dicha condición al momento de presentar sus proposiciones para la adjudicación del contrato y, si ello aconteciese, la aplicación al contrato, entre otras normas, del RGLCAP evitaría el riesgo de que en el mismo puedan producirse las referidas prácticas colusorias. En consecuencia, considera que *“con la redacción de la cláusula 1 del PCAP, en relación con el contenido de la cláusula 19.11, la aplicación del art. 86.1 RGLCAP al caso que nos ocupa no ofrecerá discusión alguna puesto que su fundamentación se encuentra en evitar conductas colusorias por parte de las empresas pertenecientes al mismo grupo empresarial”*, solicitando por tanto la desestimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

A la tramitación del recurso le es de aplicación la LCSP en virtud de lo establecido en la disposición transitoria primera, apartado 4 de dicha norma, puesto que el acto recurrido, el Decreto de adjudicación, fue dictado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, 9 de marzo de 2018.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de ambas empresas para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP al tratarse de personas jurídicas, licitadoras en compromiso de UTE al contrato, *“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”*.

Asimismo se acredita la representación de los firmantes del recurso.

Tercero.- El recurso se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de obras de importe superior a 3.000.000 de euros, por lo que el acto es recurrible de acuerdo con lo establecido en el artículo 44.1.a) y 2.c de la LCSP.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el Decreto de adjudicación se notificó el 9 de abril de 2018 y el recurso se interpuso el 23 de abril, por tanto dentro del plazo de quince días hábiles siguientes, de conformidad con el artículo 50. 1. d) de la LCSP.

Quinto.- El recurso tiene por objeto la anulación del acto de adjudicación al considerar que han sido incorrectamente apreciadas las ofertas incursas en baja anormal o desproporcionada de acuerdo a lo establecido en el PCAP.

Tratándose de un procedimiento abierto a adjudicar con pluralidad de criterios, tal como establece el artículo 152.2 del TRLCSP, corresponde a los Pliegos la determinación de los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores desproporcionados o anormales.

Tal como consta en los antecedentes de hecho, el apartado 20.2 del Anexo I del PCAP establece una pluralidad de criterios de adjudicación y una fórmula de valoración del criterio “oferta económica”. También se incluye un umbral de temeridad sin hacer referencia alguna a las empresas pertenecientes a un mismo grupo.

El órgano de contratación, de acuerdo con lo expresado por el informe técnico de 3 de octubre de 2017, alega que *“en la determinación de proposiciones anormales o desproporcionadas, y en particular, en el cálculo de la baja media para aplicar el régimen de apreciación de ofertas anormales o desproporcionada, únicamente se consideraron las ofertas más bajas de las propuestas de empresas del mismo grupo, fueran éstas en solitario o en UTE, de acuerdo a lo señalado en el*

artículo 86.1 del RGLCAP, entendiendo que lo indicado en el apartado 4 de este artículo 86 del RGLCAP, no excluye la aplicación de lo indicado en el apartado 1, para evitar cualquier riesgo de conductas colusorias entre empresas vinculadas. Debe señalarse, que a la vista del escrito presentado por las empresas API MOVILIDAD - TRABAJOS BITUMINOSOS, S.L.U., al que se ha hecho referencia anteriormente, por parte de los servicios técnicos se solicitó criterio a la Mesa de Contratación sobre la forma más adecuada de calcular la baja media, que entendió que se había calculado correctamente, al considerar en el cálculo solo las ofertas más bajas de las empresas del mismo grupo, de acuerdo a lo establecido en el apartado 1 del artículo 86 del RGLCAP, habida cuenta de que el régimen jurídico del contrato establecido en la cláusula 1 del PCAP determina la aplicación, no subsidiaria, sino directa del RGLCAP”.

La cuestión suscitada ya ha sido resuelta por el Tribunal en su Resolución 228/2014 de 17 de diciembre, en la que se concluía que en el caso planteado, análogo al que ahora se examina, no resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 86.1 del RGLCAP por las siguientes razones: *“el artículo 86 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas relativo a la valoración de ofertas presentadas por distintas empresas pertenecientes a un mismo grupo, desarrolla la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas actualmente derogada y establece dos regímenes diferenciados: El régimen aplicable a los contratos adjudicados por criterio único (anteriormente subastas), que es el establecido en los apartados 1 a 3 dada la remisión expresa establecida en el apartado 1 del artículo 86 al artículo 83.3 de la Ley que regulaba el cálculo de bajas temerarias en los contratos adjudicados por subasta, y el régimen aplicable a los contratos adjudicados mediante varios criterios (anteriormente concursos) que es el establecido en el apartado 4 del mencionado artículo 86 a la vista de la remisión que hace al artículo 86.4 de la derogada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Este régimen tiene su correspondencia en el vigente TRLCSP en el artículo 152 que también diferencia en los apartados 1 y 2 el distinto régimen a aplicar a la ofertas con valores anormales o desproporcionados según se trate de*

contratos que cuenten con un único criterio de adjudicación que sea el precio o cuando para la adjudicación deban considerarse más de un criterio de valoración.

Dado que el contrato de referencia se adjudica mediante varios criterios, le resulta aplicable lo establecido en el apartado 4 del artículo 86 del RGLCAP cuando señala que “los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán establecer el criterio o criterios para la valoración de las proposiciones formuladas por empresas pertenecientes a un mismo grupo”. El carácter potestativo y no obligacional de dicho precepto es evidente, dejando en manos del órgano de contratación que aprueba el PCAP la determinación o no de dicho criterio y sin que la opción por no regularlo necesariamente deba suponer la aplicación de la regulación del apartado 1 prevista para supuestos distintos”.

En consecuencia, siendo de aplicación el criterio expuesto al presente caso, el recurso debe ser estimado, anulando la adjudicación y retrotrayendo el procedimiento para que se practique una nueva apreciación de la temeridad de las ofertas presentadas hecha con los parámetros más arriba puestos de manifiesto.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial, interpuesto por don J.F.N., en nombre y representación de API Movilidad y don J.O.P., en nombre y representación de Trabajos Bituminosos, S.L.U., licitadoras en compromiso de UTE, contra el Decreto del Delegado del Área de Gobierno de Desarrollo Urbano Sostenible por el que se rechaza la oferta de la recurrente y se adjudica el contrato de obras de renovación

del Anillo Verde Ciclista de Madrid, número de expediente: 711/2016/08782, anulando la adjudicación y retrotrayendo el procedimiento al momento de determinar las bajas desproporcionadas que deberá realizarse de acuerdo con el criterio expuesto en la presente Resolución.

Segundo.- 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 de la LCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, 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 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 del LCSP.