

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
RESOLUCIÓN 293/2017

Recurso nº 139/2017 C.A. Región de Murcia 12/2017

Resolución nº 293/2017

En Madrid, a 24 de Marzo de 2017

VISTO el recurso interpuesto por D. J.F.M., en representación de SOCIEDAD ANÓNIMA DE RIEGOS, CAMINOS Y OBRAS, S.A. y D. F.G.P., en representación de GONZÁLEZ SOTO, S.A. (UTE S.A. DE RIEGOS, CAMINOS Y OBRAS, Y GONZÁLEZ SOTO, S.A.), contra la Orden de 26 de enero de 2017, de la Consejería de Fomento e Infraestructuras por la que se adjudica el “contrato de las obras de nuevo vial de conexión de los barrios de Apolonia y San Diego de Lorca” a la UTE ACCIONA INFRAESTRUCTURAS Y CONTINENTAL OBRAS Y MANTENIMIENTO, S.L., el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Consejería de Fomento e Infraestructuras de la Región de Murcia, mediante anuncio publicado en el DOUE en fecha 24 de diciembre de 2015, convocó la licitación del Contrato de obra “Nuevo Vial de conexión de los barrios de Apolonia y San Diego de Lorca”, procedimiento abierto y tramitación ordinaria. También fue objeto de publicación en el Boletín Oficial del Estado en fecha 22 de enero de 2016.

Segundo. El procedimiento de adjudicación se rige por Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por R.D.L. 3/2011 de 14 de noviembre (TRLCSP) y el Real Decreto 817/2009 de 8 de mayo que desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público.

Tercero. Por Orden de 1 de julio de 2016 se acordó la adjudicación del contrato a la UTE formada por S.A DE RIEGOS, CAMINOS Y OBRAS Y GONZALEZ SOTO S.A. Frente a dicha Orden se interpusieron dos recursos especiales en materia de contratación.

De un lado, el presentado por la UTE ACCIONA INFRAESTRUCTURAS, S.A. y CONTINENTAL OBRAS Y MANTENIMIENTO, S.L., recurso 665/2016, en el que se impugnaba la valoración del criterio precio utilizado por la mesa de contratación ya que se llevó a cabo sin excluir las ofertas cuyos valores se consideraban desproporcionados o temerarios, recurso que dio lugar a la resolución 779/2016, de 30 de septiembre, por la que se estimaba el recurso y se ordenaba retrotraer las actuaciones “para que se procediera a valorar las ofertas excluyendo aquellas que sean estimadas como desproporcionadas o anormalmente bajas”.

De otro, el presentado por la UTE HIDRÁULICA Y FRAGUADOS, S.L. y CONSTRUCCIONES Y DESARROLLOS TUDMIR, recurso 669/2016, en el que la recurrente consideraba que se le había dado un trato discriminatorio respecto de la UTE ACCION INFRAESTRUCTURAS S.A. y CONTINENTAL OBRAS Y MANTENIMIENTO, S.L., cuya oferta fue aceptada, pese a que en el programa de trabajo presentado acota a poco más de cinco meses el plazo para dejar asentar el relleno antes de la ejecución de las capas de firme, recurso que dio lugar a la resolución 780/2016, de 30 de septiembre, por el que se desestimaba el recurso interpuesto.

Cuarto. Mediante escrito presentado de 17 de febrero 2017, interpuso recurso especial frente a la Orden de 26 de enero de 2017, dictada por el Consejero de Fomento e Infraestructuras de la Región de Murcia, por la que acuerda adjudicar el citado contrato a la UTE ACCIONA INFRAESTRUCTURAS, S.A. y CONTINENTAL OBRAS Y MANTENIMIENTO, S.L.

Quinto. El Consejero de Fomento e Infraestructuras remitió al Tribunal en fecha 22 de febrero de 2017 el expediente administrativo, así como el informe previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP.

Sexto. La Secretaría del Tribunal en fecha 24 de febrero de 2017 dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que convinieran a su derecho, conforme a lo dispuesto en el art. 46.3 del R.D.L. 3/2011 de 14 de noviembre, habiendo presentado alegaciones la adjudicataria UTE ACCIONA INFRAESTRUCTURAS, S.A. y CONTINENTAL OBRAS Y MANTENIMIENTO S.L., así como la licitadora UTE HIDRÁULICA Y FRAGUADOS OYCO-CONSTRUCCIONES Y DESARROLLOS TUDMIR.

Séptimo. Con fecha 2 de marzo de 2017, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió mantener la suspensión del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo establecido en el art 45 TRLCSP.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para conocer del presente recurso corresponde a este Tribunal de conformidad con el artículo 41.3 del TRLCSP en relación con el 3.1.c) del mismo cuerpo legal.

Segundo. La UTE recurrente presentó una propuesta de licitación que ha quedado en clasificada en tercer lugar, lo que en principio determinaría que no debiera reconocerse a la misma legitimación para recurrir previsto en el artículo 42 del TRLCSP, ya que el mismo indica que “podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”, y precisamente, al existir una empresa situada por delante del hoy recurrente parecería que la estimación del recurso en nada afectaría al mismo.

Sin embargo, analizando las pretensiones ejercitadas en el recurso, solicita en primer lugar que se excluyan tanto a la UTE adjudicataria como a la que resultó segunda en el procedimiento por entender que “se han puesto de acuerdo para elaborar conjuntamente la totalidad de sus ofertas al presente concurso para disponer así de forma fraudulenta de dos opciones de adjudicación, sin constituir formalmente grupo empresarial”; y, de otro, que se excluya única y exclusivamente a la UTE adjudicataria por “no haberse justificado adecuadamente, e incluso contra legem por ACCIONA INFRAESTRUCTURAS, S.A y CONTINENTAL OBRAS Y MANTENIMIENTO, S.L. la temeridad en el plazo de su oferta” y “por haberse admitido por la administración contratante tal justificación de temeridad en el plazo sin que se hubieran cumplido por la licitadora y adjudicataria final ninguno de los requisitos y criterios del precepto antes citado”.

De acuerdo con lo anterior, se le reconoce legitimación para recurrir exclusivamente en relación con la primera de las pretensiones, pero no así respecto de la segunda, ya que de ser estimada en nada afectaría a sus legítimos intereses ya que recaería la adjudicación en la segunda empresa clasificada.

Tercero. El acto objeto de recurso es la Orden de 26 de enero de 2017, dictada por el Consejero de Fomento e Infraestructuras de la Región de Murcia, por la que acuerda adjudicar el citado contrato a la UTE ACCION INFRAESTRUCTURAS, S.A. y CONTINENTAL OBRAS Y MANTENIMIENTO, S.L.

Tratándose de un acuerdo de adjudicación adoptado en el procedimiento de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, debe considerarse como susceptible de recurso especial en materia de contratación, conforme a lo dispuesto en el artículo 40.1.b) en relación con el 40. 2.c) del TRLCSP.

Cuarto. La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44 del TRLCSP al no haber transcurrido más de quince días hábiles entre la fecha de notificación del acto impugnado y la de presentación del recurso.

Quinto. En lo que respecta al fondo del asunto, el recurrente ejercita dos pretensiones. De un lado, solicita la exclusión de la UTE adjudicataria y de la clasificada en segundo lugar por entender que “se han puesto de acuerdo para elaborar conjuntamente la totalidad de sus ofertas al presente concurso para disponer así de forma fraudulenta de dos opciones de adjudicación, sin constituir formalmente grupo empresarial”.

Centra su argumentación en la aplicación del artículo 57.4.d) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, cuyo efecto directo invoca.

En concreto, dicho precepto indica que “Los poderes adjudicadores podrán excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación, por sí mismos o a petición de los Estados miembros, en cualquiera de las siguientes situaciones: d) cuando el poder adjudicador tenga indicios suficientemente plausibles de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia”.

A lo que añade que el artículo 57.5 indica que “los poderes adjudicadores podrán, en cualquier momento del procedimiento, por decisión propia o a petición de los Estados miembros, excluir a un operador económico si se comprueba que este se encuentra, en vista de los actos cometidos u omitidos antes del procedimiento o durante el mismo, en una de las situaciones mencionadas en el apartado 4.

De otro lado, solicita que se excluya única y exclusivamente a la UTE adjudicataria por “no haberse justificado adecuadamente, e incluso contra legem por ACCIONA INFRAESTRUCTURAS, S.A. y CONTINENTAL OBRAS Y MANTENIMIENTO, S.L. la temeridad en el plazo de su oferta” y “por haberse admitido por la administración contratante tal justificación de temeridad en el plazo sin que se hubieran cumplido por la licitadora y adjudicataria final ninguno de los requisitos y criterios del precepto antes citado”.

Sexto. El órgano de contratación, en cuanto a la aplicación 57.4.d) de la Directiva 2014/24/UE, indica que “la aplicación por la Administración del citado precepto supondría un supuesto de Efecto Directo Vertical descendente, y que el Estado de España no ha cumplido con el deber de transposición del mismo, no podría esgrimir su aplicación a las dos UTEs para excluirlas de la licitación por tratarse de una norma perjudicial para ambas” a lo que añade que el citado artículo “emplea el término “podrá”, por lo que la exclusión sería potestativa del órgano de contratación en el caso de que hubiese entrado en vigor dicho precepto como consecuencia de la transposición del mismo, solo en el caso de que hubiese empleado el término “deberá”, y el órgano de contratación advirtiera de la existencia de prácticas colusorias, estaría obligado a la exclusión de las mismas si se hubiera realizado la transposición del citado precepto”.

A ello añade que, si bien es evidente que existen identidades entre las ofertas presentadas por las dos UTEs respecto de las cuales se solicita la exclusión, se considera que “puede ser consecuencia de que ACCIONA y OYCO concurrieron en UTE en la licitación de 2011”, licitación que finalmente no prosperó, resultando además que ambos contratos tienen el mismo objeto.

En cuanto a la segunda de las pretensiones de exclusión que afecta exclusivamente a la adjudicataria, relativa a la falta de justificación de la temeridad en el plazo realizada por la misma al manifestar que “es parcial y genérica y no responde a ninguno de los requerimientos que debe atender en cumplimiento de los requisitos del artículo 152.3 del TRLCSP”, indica que en “en este apartado de la ley se habla expresamente de la justificación de la valoración de la oferta y no de la justificación de la reducción del plazo, para el que no indica ningún requerimiento concreto”.

Además expone que si bien, “como el recurrente señala, la justificación de la temeridad en el plazo realizada por la UTE S.A DE RIEGOS, CAMINOS Y OBRAS Y GONZALEZ SOTO, S.A está mucho más detallada y razonada que la realizada por la UTE ACCIONA INFRAESTRUCTURAS, S.A Y CONTINENTAL OBRAS Y MANTENIMIENTO, S.L, pero ello no es óbice para que el Subdirector General de Carreteras, en su informe de 18 de mayo de 2016, haya concluido que ambas UTES pueden ejecutar las obras en el plazo ofertado, máxime cuando se ha incurrido en presunción de temeridad por tres días en el caso de la UTE ACCIONA

INFRAESTRUCTURAS, S.A Y CONTINENTAL OBRAS Y MANTENIMIENTO, S.L y por cuatro días en el de la UTE S.A DE RIEGOS, CAMINOS Y OBRAS Y GONZALEZ SOTO, S.A.

Séptimo. La adjudicataria UTE ACCIONA INFRAESTRUCTURAS, S.A Y CONTINENTAL OBRAS Y MANTENIMIENTO, S.L. realiza sus alegaciones analizando las pretensiones ejercitadas por la recurrente en su escrito, oponiéndose a la primera de ellas analizando pormenorizadamente los plazos de presentación de las ofertas de todos los licitadores así como la documentación técnica de las dos UTEs respecto de las cuales se alega la existencia de concierto previo, sin que, a su juicio, el recurrente haya demostrado “cómo se consigue falsear la competencia, cómo se consigue influir en el proceso”.

A ello añade además dos consideraciones. De un lado, que si fuera de aplicación el artículo 57, también habría que acudir al apartado sexto que prevé que los operadores económicos puedan demostrar su fiabilidad a pesar de la existencia de un motivo de exclusión y a no ser excluidos del procedimiento si dicha demostración es suficiente. Y de otro, que incluso en el caso un tema más sensible como el de las empresas vinculadas, el Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas, en sentencia de 19 de mayo de 2009, afirma que “extender la prohibición de participar en un mismo procedimiento a todas las situaciones en las que haya vinculación empresarial, incluso a aquellas en las que no han tenido incidencia alguna sobre las ofertas presentadas, es ir más allá de lo necesario para garantizar la aplicación de los principios de igualdad y transparencia”, “... que si la relación de control no ha influido o perjudicado en el contenido de las respectivas ofertas, no es suficiente para excluirlas automáticamente”. Cuestión que ha sido recogida igualmente por el Tribunal Supremo en sentencia de 24 de octubre de 2011.

En cuanto a la segunda de ellas, la falta de justificación de la temeridad del plazo, indica que la resolución de este Tribunal 780/2016, de 30 de septiembre, señalaba que “este Tribunal no puede entrar a revisar por aplicación de la doctrina de la discrecionalidad técnica...”.

Octavo. Por lo que se refiere a las alegaciones presentadas por la licitadora constituida por la UTE HIDRÁULICA Y FRAGUADOS OYCO-CONSTRUCCIONES Y DESARROLLOS TUDMIR, niega la existencia de concertación previa alguna con la adjudicataria, realizando un análisis de la documentación presentada por ambas y refiriéndose a la licitación del año 2011 en la que participaron de forma conjunta.

Asimismo, denuncia la existencia de esa misma práctica colusoria respecto de la recurrente y la UTE ALANCIN S.L, CONSTRUCCIONES RUIZ ALEMÁN, S.A. y TRANSPORTES EUROPEOS DEL CAMPO DE

CARTAGENA, al considerar que las mismas no solo han realizado la comunicación de grupo, sino que además D. J. F. M., firmante del presente recurso, es quien ha presentado la oferta tanto de S.A de RIEGOS, CAMINOS Y OBRAS (integrante de la UTE recurrente), como de la UTE ALANCIN S.L. (integrante de la UTE ALANCIN, S.L, CONSTRUCCIONES RUIZ ALEMÁN, S.A y TRANSPORTES EUROPEOS DEL CAMPO DE CARTAGENA), siendo, a su juicio, prácticamente idénticas las ofertas de las mismas.

Finalmente se adhiere al recurso interpuesto en cuanto a la falta de justificación por parte de la adjudicataria respecto de la temeridad del plazo.

Noveno. Analizadas las posiciones de las partes, procede pronunciarse separadamente sobre las mismas.

I. Análisis del posible efecto directo del art 57.4.d) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública.

El artículo 57 de la citada Directiva, que lleva por rúbrica “motivos de exclusión”, viene a recoger en los apartados 1, 2 y 4 el listado de prohibiciones de contratar, por lo que tratándose de normas que limitan el derecho de acceso a las licitaciones y perjudican por tanto a los operadores económicos, el Estado que no ha cumplido su deber de transposición no podría alegarlas frente a los particulares, ya que el efecto directo de las Directivas de contratación pública es el denominado “vertical ascendente”, lo que significa que lo pueden invocar válidamente los particulares (en especial, los operadores económicos) para hacer valer sus intereses frente al Estado, pero sin que queda el efecto directo “vertical descendente”, es decir, los poderes públicos no pueden ampararse en una norma de la Directiva no transpuesta en perjuicio de los particulares.

También quedaría excluida la posibilidad de que el efecto directo pudiera ser “horizontal”, es decir, invocado entre particulares, como ocurre en el presente caso.

Por tanto, y en base a lo expuesto, no puede acogerse la pretensión del recurrente de excluir a las dos UTEs que han quedado en primer y segundo lugar basado en el motivo del artículo 57.4.d).

A mayor abundamiento habría que añadir que no solamente - como señala el órgano de contratación - la existencia de dicho motivo de exclusión aparece recogida con carácter potestativo, sino que el apartado sexto del artículo 57, al que se refiere la adjudicataria en sus alegaciones y que si resulta su efecto directo, por cuanto concede un derecho adicional a los licitadores frente a los poderes públicos para poder acceder a los procedimientos, si establece la posibilidad de demostrar la fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión, y ambas UTEs, junto con el órgano de contratación, han dado una explicación razonada a la existencia de coincidencias en las ofertas presentadas.

II.- Análisis de la pretensión de exclusión de la UTE ACCIONA INFRAESTRUCTURAS S.A Y CONTINENTAL OBRAS Y MANTENIMIENTO S.L por falta de justificación de la temeridad respecto al plazo.

Esta pretensión es ejercitada tanto por la recurrente, la UTE S.A DE RIEGOS, CAMINOS Y OBRAS Y GONZALEZ SOTO, S.A. como por la licitadora UTE HIDRÁULICA Y FRAGUADOS OYCO-CONSTRUCCIONES Y DESARROLLOS TUDMIR, quien en su escrito de alegaciones se adhirió en este punto al recurso presentado por la anterior.

1. Por lo que se refiere a la UTE recurrente S.A DE RIEGOS, CAMINOS Y OBRAS Y GONZALEZ SOTO S.A, tal y como indicábamos en el fundamento de derecho segundo, este Tribunal entiende que la misma únicamente se encuentra legitimada para ejercitar la primera de las pretensiones relativa a la exclusión de las UTEs clasificadas en primer y segundo lugar, dado que la estimación de la misma podría determinar que la recurrente, clasificada en tercer lugar, pudiera ser adjudicataria de la licitación, de lo que resultaría su interés legítimo en el presente recurso.

No puede decirse lo mismo respecto a la segunda pretensión, ya que la exclusión de la adjudicataria por falta de justificación de la temeridad respecto del plazo no determinaría la adjudicación del contrato a la recurrente, por lo que no cabe reconocer en la misma el interés a que se refiere el artículo 42 TRLCSP y por tanto se inadmite el recurso en cuanto a dicha pretensión.

2. En relación con la licitadora UTE HIDRÁULICA Y FRAGUADOS OYCO CONSTRUCCIONES Y DESARROLLOS TUDMIR, cabe preguntarse la naturaleza que ha de darse a la “adhesión al recurso”. La adhesión significa sumarse al recurso formulado por otra parte, cooperar, ayudar sumar o reforzar

argumentos a las pretensiones de un recurso, sin que tienda a resultados distintos o contrapuestos que supondrían un nuevo recurso cuando el derecho a ejercitarlo ha caducado.

En el presente caso, si bien el resultado pretendido por la licitadora es el mismo que el expresado por el recurrente - que se excluya de la licitación a la adjudicataria – entiende este Tribunal que la falta de legitimación del recurrente para formular tal pretensión debe afectar igualmente a la licitadora que se “adhiera” a la misma, ya que inadmitido el recurso en cuanto a esa pretensión, su adhesión al recurso no puede calificarse como tal, sino que habría de tramitarse como un recurso especial con carácter independiente y autónomo al que habría que aplicar el plazo de interposición del artículo 44, ya que el trámite de alegaciones no es el adecuado para articular pretensiones no contempladas en el texto del recurso ni permite abrir un nuevo plazo para recurrir un acto recurrible sí, pero que fue consentido al no haberse interpuesto el recurso en plazo.

Así las cosas, considerando la fecha de la resolución impugnada y la fecha en la que se presentaron las alegaciones por la licitadora, habrían transcurrido en exceso los quince días hábiles que establece la ley, por lo que su recurso sería ser inadmitido por extemporáneo.

En todo caso, y entrando a conocer del fondo de la cuestión planteada, es preciso señalar que este Tribunal ya se pronunció sobre la justificación de realización del plazo de las obras ofrecida por la hoy adjudicataria en la Resolución 780/2016 de 30 de marzo antes mencionada, a la que nos remitimos, en la que se desestimó el recurso interpuesto por la licitadora que ahora formula su adhesión, resolución que ha devenido firme al no haber sido impugnada ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por todo lo anterior, VISTOS los preceptos legales de aplicación, ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA:**

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D. J.F.M., en representación de SOCIEDAD ANÓNIMA DE RIEGOS, CAMINOS Y OBRAS, S.A. y D. F.G.P., en representación de GONZALEZ SOTO, S.A. frente a la Orden de 26 de enero de 2017 por falta de legitimación de la pretensión relativa a la exclusión de la UTE ACCIONA INFRAESTRUCTURAS, S.A. Y CONTINENTAL OBRAS Y MANTENIMIENTO, S.L. por la falta de justificación de la temeridad respecto al plazo así como desestimar la pretensión relativa a eficacia directa del artículo 57.4.d) de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, según lo establecido en el artículo 47.4 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 de TRLCSP de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

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 de 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.