

Recurso 193/2024
Resolución 231/2024
Sección Tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 7 de junio de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las entidades **SOLIDO OBRAS Y MANTENIMIENTO, S.L.** y **SARDALLA ESPAÑOLA, S.A.**, contra la adjudicación del contrato denominado “Servicio de conservación y mantenimiento de la red viaria, mejoras en la movilidad en la provincia de Sevilla, mantenimiento de la red viaria y mejoras en la movilidad en la provincia de Sevilla, durante 24 meses”, convocado por la Diputación Provincial de Sevilla (Expte. 2023/000491-PEA), respecto del lote 3, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 12 y 15 de noviembre de 2023 se publicó, respectivamente, en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. El 13 de noviembre, los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil. El valor estimado del contrato asciende a 13.860.595,64 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, 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 (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

El 25 de abril de 2024 el órgano de contratación acuerda la adjudicación del contrato citado en el encabezamiento de la presente resolución, respecto de los lotes: 1, 2, 3 y 4. La adjudicación fue publicada en el perfil de contratante y remitida a la entidad recurrente, con fecha 2 de mayo de 2024.

SEGUNDO. El 22 de mayo de 2024, se presentó en el Registro del órgano de contratación recurso especial en materia de contratación interpuesto por las entidades, en compromiso de unión temporal de empresas (UTE), SOLIDO OBRAS Y MANTENIMIENTO, S.L. y SARDALLA ESPAÑOLA, S.A (en adelante la UTE o la recurrente) contra la adjudicación del presente contrato respecto del lote 3, el citado escrito es remitido a este Órgano teniendo entrada el 24 de mayo de 2024.

Por parte de la Secretaría de este Tribunal se le solicitó al órgano de contratación, el informe sobre el recurso interpuesto, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución, posteriormente lo solicitado ha sido recibido en este Órgano.

La Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, no habiéndose presentado en el plazo concedido para ello.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

Las recurrentes ostentan legitimación para la interposición del recurso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 48 de la LCSP, en su condición de entidades licitadoras del procedimiento de adjudicación del contrato.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone desde una perspectiva formal contra la adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y que es convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por tanto, el recurso es procedente de conformidad con lo establecido en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 c) de la LCSP. La recurrente desde una perspectiva material impugna su exclusión del procedimiento de licitación, recogida en el acuerdo de adjudicación, respecto del lote 3.

CUARTO. Plazo de interposición.

El recurso se ha interpuesto en plazo, de conformidad con lo estipulado en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

La recurrente cuestiona la manera en que el órgano de contratación ha realizado los cálculos para determinar las ofertas anormales o desproporcionadas. En este sentido, indica que el órgano de contratación detectó que determinados licitadores en el procedimiento estaban vinculados al pertenecer al mismo grupo de empresas por lo que procedió a realizar un recálculo, manifiesta que dicho recálculo solo afectó al lote 3 y que sin embargo, según argumenta, el mismo debió de realizarse en todos los lotes en los que concurrían los licitadores en esta circunstancia. Afirma que los informes en los que se tratan estas cuestiones, de 12 de febrero y 11 de marzo de 2024 no se encuentran publicados en el perfil de contratante a la fecha de interposición del recurso.

Indica, que existía otro grupo de empresas que el órgano de contratación no tuvo en cuenta a la hora de realizar los cálculos. Se refiere a las ofertas presentadas por AUDECA S.L.U. y ELECNOR SERVICIOS Y PROYECTOS S.A.U.

La recurrente viene a indicar que las ofertas afectadas debieron ser excluidas al no manifestar en el Documento Europeo Único de Contratación (DEUC) la circunstancia de que pertenecían a un grupo de empresas.



Por lo anterior solicita que se anule el acto impugnado, recalculando las medias y las ofertas incursas en anormalidad y tras la tramitación oportuna se le adjudique el lote 3.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación en su informe se opone al recurso interpuesto realizando alegaciones a cada uno de los motivos de recurso.

El órgano de contratación manifiesta que el 11 de marzo de 2024 se emitió informe técnico sobre las ofertas presentadas al procedimiento de adjudicación. Alude a su contenido en el que se indica, con relación a la detección de grupos de empresas, las siguientes de las que conocía su existencia:

- «1) MAYGAR - PAVIMENTOS ASFÁLTICOS ANDALUCES
- 2) MARTIN CASILLAS - EXPLOTACIONES LAS MISIONES
- 3) ACEINSA MOVILIDAD - ACEINSA SALAMANCA- ACEINSA LEVANTE
- 4) ELECNOR- AUDECA
- 5) EIFFAGE - SERRANO AZNAR OBRAS PUBLICAS – MASFALT»

En lo relativo a si se tuvieron en cuenta los grupos de empresas a la hora de calcular las ofertas anormales o desproporcionadas atendiendo a los parámetros establecidos en el PCAP, en los cuatro lotes que componen el objeto del contrato, el órgano de contratación manifiesta lo siguiente: *«En conclusión, con respecto a la alegación de la “no realización de recálculos en todos los lotes”, se informa que tal y como se puede comprobar en el informe de 11 de marzo de 2024, los nuevos cálculos se realizaron para los 4 lotes, contemplándose todas las circunstancias, esto es, entre otras, el haberse presentado oferta en el lote correspondiente, que haya sido admitida y la pertenencia a grupo empresarial. Si bien es cierto, que, tras los nuevos cálculos, las únicas variaciones que se dieron con respecto al primer informe de 12 de febrero de 2024, han sido en el lote 3, ya que, tanto en los lotes 1, 2 y 4 (teniendo en cuenta los dos nuevos grupos que se mencionan al inicio del informe de 11 de marzo de 2024, junto con el resto de grupos, así como los casos en los que no se ha presentado oferta), no han implicado variación alguna respecto a las incursas en presunción de anormalidad, ni con respecto a los propuestos como adjudicatarios, considerándose válidos los requerimientos realizados para la justificación de anormalidad, así como el análisis de documentación aportada en su caso, tras dichos requerimientos».*

Por otro lado, con relación a la alegación de la recurrente sobre la falsedad en los DEUC de las entidades licitadoras que no manifestaron la pertenencia al correspondiente grupo de empresas, manifiesta lo siguiente: *«respecto a falsedad o error por los licitadores en la cumplimentación del DEUC (sobre lo cual inciden varias veces a lo largo del recurso), se ha de indicar que, efectivamente, existe un apartado que debe rellenarse y donde se debe declarar si se participa en la contratación junto con otros. Esa pregunta se contempla en la parte II del DEUC, cuyo tenor literal es el siguiente “¿Está participando el operador económico en el procedimiento de contratación junto con otros?”. Dicha cuestión, tal y como se desprende de las instrucciones de cumplimentación publicadas en sede electrónica de contratación de la Diputación Provincial de Sevilla, está referida a los supuestos en que varios empresarios concurren agrupados en una unión temporal.*

Visto lo anterior, el término grupo contemplado en la pregunta mencionada por el recurrente, se refiere a las Uniones Temporales de Empresas (UTE, en adelante), no confundir con Grupo empresarial. En consecuencia, únicamente debía marcarse Sí si se concurre al procedimiento en UTE.

En este sentido, se ha de aclarar que las empresas que según el recurrente han falseado el DEUC, y por consiguiente, la licitación, cumplimentaron dicho apartado de forma correcta, y en los casos de UTE, aportaron un DEUC por cada integrante de la misma. Estando acreditado todo ello en el expediente».



Finalmente, con relación a los motivos por los que la oferta de la recurrente fue excluida al considerar que no justificó, en los términos en los que le fue requerida, la viabilidad de su oferta, incurra inicialmente en parámetros anormales o desproporcionados, manifiesta el órgano de contratación que la recurrente presentó una documentación en la que a pesar de que se le solicitó expresamente no hace un desglose de costes «*analizando las diferentes unidades a ejecutar, que permitan comprobar la viabilidad de la oferta presentada, no se admite la justificación*».

Por todo lo anterior, solicita que el recurso sea desestimado.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Expuesto lo alegado por las partes procede examinar ahora el núcleo de la controversia. En primer lugar, se ha de proceder a aclarar la actuación impugnada dado que el contenido del recurso no resulta claro en este particular. En este sentido la recurrente impugna la adjudicación respecto de los lotes 1, 2, 3 y 4, sin embargo, solicita que le sea adjudicado el lote 3, por lo que el contenido de esta resolución debe circunscribirse a las actuaciones realizadas respecto del citado lote de acuerdo con el principio de congruencia y atendiendo al *petitum* concreto.

Además, se hace preciso manifestar que la recurrente no cuestiona el hecho de que su oferta haya sido excluida por el órgano de contratación al no ser justificada su viabilidad, al amparo de la documentación que presentó en su momento sino que, en síntesis, indica que el órgano de contratación no contempló correctamente los grupos de empresas a los que pertenecían determinadas licitadoras y que no aplicó debidamente el artículo 149.3 de la LCSP con relación al régimen de identificación de las ofertas incursas en presunción de anormalidad de acuerdo con los parámetros establecidos en los pliegos.

De lo anterior, se infiere que la recurrente sustenta su legitimación en el hecho de que su oferta fue indebidamente detectada como anormal o desproporcionada, sin cuestionar la circunstancia de que el órgano de contratación la excluyera por considerar que no justificó la viabilidad de su proposición al no presentar la documentación que concretamente le fue requerida.

Asimismo, con carácter previo a entrar en el fondo de la cuestión procede mencionar que muchas de las cuestiones que la recurrente manifiesta, pueden derivar del desconocimiento del informe técnico de 11 de marzo de 2024, que como la recurrente señala no se encontraba publicado a fecha de interposición del recurso pero que sí se publicó posteriormente el 28 de mayo de 2024. Teniendo en cuenta que la mayoría de las alegaciones se fundamentan en argumentos elaborados a partir de sospechas pudo la recurrente solicitar el acceso al expediente ante el órgano de contratación lo que, por otro lado, no obsta la obligación que tenía el órgano de contratación de publicar el citado informe -ex artículo 63.3.e) de la LCSP-, obligación que como hemos indicado fue finalmente cumplida de forma tardía.

Pues bien, la recurrente en primer lugar manifiesta que el órgano de contratación solo tuvo en cuenta el lote 3 en la detección de los grupos de empresas, a efectos de la aplicación del artículo 149.3 de la LCSP en relación con las ofertas incursas en valores anormales y no en los demás lotes. Asimismo, manifiesta que no se identificó en el procedimiento de licitación el grupo de empresas AUDECA S.L.U. y ELEC NOR SERVICIOS Y PROYECTOS S.A.U.

Respecto de la alegación de la recurrente relativa a que los grupos de empresas se tienen en cuenta en la detección de ofertas anormales o desproporcionadas únicamente en lote 3, y no en los demás, se debe manifestar, como ya se adelantó al principio de este fundamento, que el *petitum* del recurso se limita al lote 3, sobre el que solicita la adjudicación, por lo que se ha de concluir que la recurrente carece de legitimación para



solicitar la modificación del cálculo de ofertas anormales o desproporcionadas respecto del resto de los lotes en tanto que aunque hipotéticamente se pudiera estimar el motivo de recurso ningún beneficio le provocaría, ya que su oferta está excluida respecto de todos los lotes y solo solicita en el recurso la adjudicación respecto del lote 3.

Así las cosas, en numerosas resoluciones de este Tribunal (entre otras, en la 82/2017, de 28 de abril, 331/2018, de 27 de noviembre, 337/2018, de 30 de noviembre, 342/2018, de 11 de diciembre, 419/2019, de 13 de diciembre y 25/2020, de 30 de enero) se ha analizado el concepto de interés legítimo y por ende, la legitimación activa para la interposición del recurso especial o la reclamación en materia de contratación. En ellas se señalaba, con invocación de doctrina del Tribunal Supremo, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone 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 esfera jurídica de quien alega su legitimación.

Sobre esta base jurisprudencial, debe señalarse que siendo el acto impugnado la adjudicación, el interés legítimo de la recurrente en la interposición del recurso solo podrá admitirse si la eventual estimación de sus pretensiones condujera finalmente a la adjudicación a su favor del presente contrato. En consecuencia, si la recurrente no puede resultar en modo alguno adjudicataria respecto del resto de lotes -1,2 y 4- en tanto que se encuentra excluida del procedimiento y su recurso se circunscribe al lote 3, con la estimación del motivo de recurso no obtendría beneficio inmediato, más allá de la satisfacción moral de que se admitan sus pretensiones, por lo que procede la inadmisión del mismo por falta de legitimación de aquella.

En cualquier caso, y a mayor abundamiento, se debe manifestar que en el informe técnico de 11 de marzo de 2024 se manifiesta lo siguiente: *«Por tanto conforme a lo señalado en los párrafos anteriores, procederemos a calcular la media aritmética de las ofertas considerando sólo la más ventajosa de cada grupo, presentando a continuación la tabla donde se calcula dicha media y el límite que se establece para las menos ventajosas»* a continuación, en el informe, se contiene una tabla con los datos que se corresponden a cada uno de los cuatro lotes que componen el objeto del contrato. De lo contenido en el citado informe se infiere que la cuestión relativa a los grupos empresariales es tenida en cuenta respecto de todos los lotes y no solo del 3 como indica la recurrente. Por lo que se concluye que si no se hubiese inadmitido la pretensión se habría procedido a la desestimación de esta.

Respecto a la alegación de la recurrente relacionada con la no detección de un grupo de empresas a la hora de aplicar el artículo 149.3 de la LCSP en la detección de ofertas anormales o desproporcionadas, procede indicar que en el citado informe técnico 11 de marzo se puede observar que sí se tuvo en cuenta el grupo de empresas alegado por la recurrente. Esta circunstancia se desprende claramente del contenido del citado informe en el que se relacionan los distintos grupos de empresa de la siguiente manera:

«OFERTAS N.º 13, 24 : GRUPO MARTIN CASILLAS.

OFERTAS N.º 1, 2, 3 : GRUPO ACEINSA.

OFERTAS N.º 12, 25, 34 : GRUPO EIFFAGE.

OFERTAS N.º 4, 28 : GRUPO ALVAC.

OFERTAS N.º 9,29 : GRUPO MAYGAR.

OFERTAS N.º 5,39 : GRUPO AUDECA».

Por tanto, como indicamos, sí se tuvo en cuenta el grupo al que se refiere la recurrente y que se corresponde con el denominado: *«GRUPO AUDECA»*. De lo anterior, este Tribunal concluye que también procede la desestimación de este motivo de recurso.



Por otro lado, la recurrente argumenta que la detección de ofertas correspondientes a grupos de empresas que no lo hubieran manifestado en el DEUC debió conllevar la exclusión de las mismas de forma previa a la incorporación de las proposiciones económicas para la aplicación de los parámetros de anormalidad. En este sentido la recurrente manifiesta: *«en el DEUC existe un apartado que debe rellenarse y donde se debe declarar si participa en la contratación junto con otros, al objeto de que el órgano de contratación aplique adecuadamente y sin falsear la competencia, lo dispuesto en el artículo 149.3 de la LCSP».*

Sin embargo, este Tribunal considera -en la línea de lo argumentado por el órgano de contratación en su informe- que la recurrente confunde la parte II del DEUC apartado c) denominado *«información sobre el recurso a la capacidad de otras entidades»* con una declaración de pertenencia al grupo de empresas, identidad que resulta incorrecta. En este sentido, en el apartado citado se debe manifestar si la licitadora basa su capacidad económica en otras entidades para satisfacer los criterios de selección, en cuyo caso se habrá de presentar un modelo DEUC por cada una de las mismas. Esta circunstancia no tiene que ver con la cuestión alegada por la recurrente que es el supuesto en el que varias entidades que compongan un grupo empresarial presenten oferta en un mismo procedimiento de licitación, circunstancia que queda reflejada en el artículo 149.3 de la LCSP.

A mayor abundamiento, procede indicar que la declaración relativa a los grupos de empresas se encuentra regulada en el artículo 86.3 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que establece lo siguiente: *«A los efectos de lo dispuesto en los dos apartados anteriores, las empresas del mismo grupo que concurran a una misma licitación deberán presentar declaración sobre los extremos en los mismos reseñados».* En el pliego rector del presente procedimiento no se hace mención de la obligación de presentar la citada declaración. Sin embargo, este Tribunal ha podido comprobar que la mayor parte de los licitadores han presentado una declaración sobre esta cuestión, documento que se corresponde con el modelo que se encuentra dentro de los pliegos y anexos tipo en la Sede Electrónica de Contratación Local de la Diputación de Sevilla, denominado anexo V y en él se debe declarar si la entidad licitadora pertenece o no a un grupo de empresas.

En este sentido, en la cláusula 8 del anexo I del PCAP, se establece que en el sobre A se tendrá que presentar la siguiente documentación: *«Documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos. La cual consistirá en DEUC, debiendo presentar uno por cada Lote al que se licite. (Anexos II. En el caso de UTE, cada una de las empresas integrantes de la misma tendrán que presentar el correspondiente Anexo II) y compromiso de adscripción de medios establecidos en la cláusula 4.1 del PPT (Anexo IX). Los anexos a presentar están disponibles en el perfil del contratante de la Diputación Provincial de Sevilla (DEUC y Anexo IX)».*

Por tanto, teniendo en cuenta que en cualquier caso que la declaración de pertenencia al grupo de empresas no se exigía en los pliegos rectores de la presente licitación resulta desproporcionado que su omisión pudiera ser como argumenta la recurrente causa de exclusión, más teniendo en cuenta que la mesa de contratación no se la requirió en sede de subsanación y siendo esta documentación -la acreditativa de los requisitos previos- esencialmente subsanable a diferencia de la proposición.

Así se viene indicando por este Tribunal, por ejemplo, en la Resolución 187/2024, de 26 de abril, aludiendo a doctrina propia así como de otros órganos de resolución del recurso especial en materia de contratación al afirmar que: *«los defectos u omisiones que afectan a la documentación general acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos del artículo 140 de la LCSP, entre ellos los que se refieren a la documentación acreditativa de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional, según la tradicional concepción de los mismos, son esencialmente subsanables (v.g. Resolución 305/2018, de 31 de octubre y 172/2019, de 23 de mayo, entre otras)».*



Finalmente, se debe también manifestar que en cualquier caso la recurrente no alega la existencia de ningún grupo empresarial que no haya sido tenido en cuenta por el órgano de contratación, a la vista de la documentación contenida en el expediente de contratación, sin que se haya acreditado la existencia de las infracciones que alega la recurrente ni que haya existido error en la determinación de las ofertas anormales o desproporcionadas que conllevaron finalmente la exclusión de la oferta de la recurrente al no justificar la viabilidad de su proposición, por los motivos anteriormente fundamentados.

Por lo anterior, procede también la desestimación de este motivo y con él del recurso interpuesto.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las entidades **SOLIDO OBRAS Y MANTENIMIENTO, S.L.** y **SARDALLA ESPAÑOLA, S.A.**, contra la adjudicación del contrato denominado “Servicio de conservación y mantenimiento de la red viaria, mejoras en la movilidad en la provincia de Sevilla, mantenimiento de la red viaria y mejoras en la movilidad en la provincia de Sevilla, durante 24 meses”, convocado por la Diputación Provincial de Sevilla (Expte. 2023/000491-PEA), respecto del lote 3.

Inadmitir el recurso respecto del motivo relativo al cálculo de las bajas anormales o desproporcionadas, con relación a los lotes 1, 2 y 4, al encontrarse su oferta excluida y no solicitar la anulación de la exclusión con relación a los citados lotes, en los términos argumentados en el fundamento de derecho sexto.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, respecto del lote 3.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

