

Recurso 361 bis/2019

Resolución 265/2020

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

Sevilla, 30 de julio de 2020

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AVANZA SOLUTIONS & PROJECTS, S.L.** contra la resolución de adjudicación del contrato denominado “Ejecución de las obras de construcción del futuro edificio denominado Facultad de Ciencias Empresariales en la parcela B-5 del modificado plan especial de 2.009”, (Expte. 766.19), en relación al lote 2, promovido por la Universidad de Almería, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 6 de junio de 2019 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato indicado en el encabezamiento.

El valor estimado del contrato asciende a 5.167.898,58 euros. Asimismo, entre quienes presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente.

SEGUNDO. 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).



Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. El órgano de contratación, mediante resolución de 2 de septiembre de 2019, adjudica el contrato a la entidad ALBAIDA INFRAESTRUCTURAS S.A., respecto del lote 1 y a la entidad CONSTRUCCIONES GLESA, S.A., respecto al lote 2. La citada resolución fue notificada a la ahora recurrente con fecha 3 de septiembre de 2019, publicándose en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público con fecha 9 de septiembre de 2019.

El 21 de septiembre de 2019 tuvieron entrada en el Registro electrónico de este Tribunal, dos escritos de recurso especial en materia de contratación interpuestos por la entidad AVANZA SOLUTIONS & PROJECTS, S.L. (en adelante AVANZA), contra resolución de adjudicación de los lotes 1 y 2.

CUARTO. Con fecha 12 de mayo de 2020, se dicta por este Tribunal la Resolución 102/2020, correspondiente al recurso 361/2019 interpuesto por la entidad AVANZA contra la resolución de adjudicación del contrato denominado “Ejecución de las obras de construcción del futuro edificio denominado Facultad de Ciencias Empresariales en la parcela B-5 del modificado plan especial de 2.009”, (Expediente 766.19), en relación con el lote 1, promovido por la Universidad de Almería donde se acordaba anular el acto impugnado, a fin de que se procediese conforme a lo expuesto en los fundamentos de derecho de dicha resolución.

QUINTO. Mediante oficio de 1 de julio de 2020, la Secretaría de este Tribunal requiere al órgano de contratación el preceptivo informe sobre el mismo y la documentación integrante del expediente de contratación que, en su caso, no se hubiese remitido con ocasión del anterior recurso, respecto del lote 2. La documentación solicitada tuvo entrada en el Registro de este Tribunal con fecha 6 de julio de 2020.

SEXTO. Con fecha 2 de julio de 2020, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndolas presentado en plazo ALBAIDA INFRAESTRUCTURAS S.A..



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 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.

En concreto, el acto impugnado ha sido adoptado en la licitación de un contrato promovido por la Universidad de Almería, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto del convenio formalizado el 10 de diciembre de 2012 entre la entonces Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y la Universidad de Almería al amparo del artículo 11 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente -AVANZA- para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, respecto del lote 2, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El objeto de la licitación es un contrato de obras convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, cuyo valor estimado asciende a 5.167.898,58 euros, y el acto impugnado es la resolución por la que se acuerda la adjudicación del contrato. Por tanto, contra el mismo cabe recurso especial conforme a lo establecido en los artículos 44.1 a) y 2 c) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 d) de la LCSP establece que *“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.”

La disposición adicional decimoquinta en su apartado 1 establece que *“Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica.*

Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado.”

La resolución de adjudicación que ahora se impugna fue notificada a la recurrente con fecha 3 de septiembre y publicada el 9 de septiembre de 2019 en el perfil de contratante. Por tanto, el recurso presentado el 21 de septiembre de 2019, en el Registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal antes mencionado.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta.

Así, en lo que se refiere al fondo del asunto, la argumentación de la recurrente se centra, en síntesis, en cuestionar el acuerdo de la mesa sobre la viabilidad de las ofertas económicas presentadas por diferentes mercantiles por, a su juicio, no haber apreciado que las ofertas presentadas por estas licitadoras se encontraban incursas en presunción de anormalidad. En concreto, alega en su escrito que las entidades CONSTRUCCIONES GLESA, S.A., IMESAPI, S.A., así como por ALBAIDA INFRAESTRUCTURAS, S.A., las tres empresas clasificadas por delante de la ahora recurrente, han presentado ofertas con valores anormales o desproporcionados para el lote 2.

Al respecto, entiende AVANZA que tanto la mesa, y posteriormente el órgano de contratación al hacer suya la propuesta de clasificación de las ofertas y adjudicar finalmente el contrato en su lote 2 a la mercantil CONSTRUCCIONES GLESA, S.A., hicieron caso omiso de los parámetros señalados en el ANEXO V del



pliego –al que se remite la cláusula 26 del mismo- para identificar las ofertas que pudieran estar incursas en presunción de anormalidad.

Así, según cálculos de la recurrente el límite para considerar a una oferta como anormalmente baja sería de 376.957,34 €, esto es, el resultado de sumar a la media de las bajas, 327.788,99 €, el 15% de la propia media de las bajas, 49.168,35 €, encontrándose las empresas antes citadas por encima de ese límite y, por tanto, incursas en presunción de anormalidad, por lo que, según apunta, se debió seguir la tramitación señalada a estos efectos en el artículo 149 LCSP.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe se allana a las pretensiones de la recurrente por lo que considera que procede la estimación del recurso interpuesto, toda vez que los motivos alegados en este recurso son los mismos que los expuestos en el recurso interpuesto por AVANZA contra la resolución de adjudicación del Lote 1, recurso que, como ya se ha señalado, estimó las pretensiones de la empresa recurrente.

Por otra parte, la entidad ALBAIDA INFRAESTRUCTURAS S.A., como interesada en el procedimiento, se opone asimismo a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constanding en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidas.

SEXTO. Una vez expuesto lo anterior, hemos de analizar la cuestión sobre la que versa el presente recurso, esto es, si las ofertas presentadas por la adjudicataria y por otras licitadoras estaban incursas en presunción de anormalidad.

En el caso que nos ocupa, se fijó el umbral en términos de unidades porcentuales, considerándose también necesario que las bajas fueran calculadas en unidades porcentuales.

Pues bien, en este sentido, como ya señalaba este Tribunal en la Resolución 102/2020, de 12 de mayo:

«A este respecto, el artículo 149 de la LCSP señala, en lo que aquí interesa, que “1. En los casos en que el órgano de contratación presuma que una oferta resulta inviable por haber sido formulada en términos que la hacen anormalmente baja, solo podrá excluirla del procedimiento de licitación previa tramitación del procedimiento que establece este artículo.



2. La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación deberá identificar las ofertas que se encuentran incursas en presunción de anormalidad, debiendo contemplarse en los pliegos, a estos efectos, los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal. (...)"

En este punto, debemos continuar reproduciendo lo dispuesto en la cláusula 26 del pliego de cláusulas administrativas particulares:

"26. Ofertas con valores anormalmente bajos

En el ANEXO V se establecerán, en su caso, los parámetros objetivos en virtud de los cuales se entenderá que la proposición no puede ser admitida por ser considerada anormalmente baja.

Cuando se identifique una proposición que pueda estar incurso en presunción de anormalidad, la mesa o en su defecto, el órgano de contratación, antes de llevar a cabo la valoración de todas las ofertas dará audiencia al licitador afectado y tramitará el procedimiento legalmente previsto. En vista de su resultado se propondrá motivadamente al órgano de contratación su aceptación o rechazo, en cuyo caso se excluirá de la clasificación"

Por su parte, los apartados 16 y 24 del citado anexo V establecen lo siguiente:

"Apartado 16 CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN Y BAREMO DE VALORACIÓN PARA TODOS LOS LOTES.

En cuanto al precio en los LOTES 1 y 2 se estará en lo dispuesto en el art. 149 Ley 9/2017: ofertas anormalmente bajas. Fijándose un incremento del 15 % a la media de las bajas, el límite para considerar una oferta como desproporcionada.

Apartado 24 PARÁMETROS OBJETIVOS PARA CONSIDERAR UNA OFERTA ANORMAL O DESPROPORCIONADA

En cuanto al precio en los LOTES 1, 2 y 3 se estará en lo dispuesto en el art. 149 Ley 9/2017: ofertas anormalmente bajas. Fijándose un incremento del 15% a la media de las bajas, el límite para considerar una oferta como desproporcionada."

Pues bien, como vemos la cuestión se centra en dilucidar como debe interpretarse el apartado transcrito, al objeto de determinar cuando considerar una oferta como anormalmente baja. A este respecto, conviene traer a colación la Resolución 276/2019, de 25 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos



Contractuales, que, al amparo de la doctrina de ese Tribunal recogida en su Resolución 78/2014, de 5 de febrero, señala que «(...) si la cláusula del pliego que define el cálculo para apreciar la existencia de una baja anormal utiliza el término “puntos”, aquel ha de interpretarse no en el sentido de que son puntos porcentuales sobre el porcentaje de baja media, sino antes bien en el sentido de que la baja media se expresa en un porcentaje del presupuesto base de licitación, por lo que, siendo la baja media un concepto que se expresa en porcentaje, el exceso del número de puntos fijados en la cláusula debe entenderse referido el porcentaje en el que se expresa la baja media.»

En este mismo sentido, la citada Resolución 78/2014, de 5 de febrero, recoge que «La cuestión polémica radica en la correcta interpretación de la cláusula en la parte que señala que “Se considerará desproporcionada o anormal la oferta económica que represente una baja que exceda en más de cinco puntos de la baja media”.

A juicio de la demandante, la expresión debe ser entendida como cinco puntos porcentuales sobre el porcentaje de baja media, lo que supone considerar desproporcionadas o anormales las bajas superiores al 45,88 %, mientras que a juicio del órgano de contratación, como resulta del informe de 4 de diciembre de 2013, emitido por el Ingeniero agrónomo miembro de la mesa de contratación, dicha expresión debe ser entendida como un 5% de la media aritmética de las bajas, lo que supone considere como anormales las bajas superiores a la cantidad de 4.879.153,34 euros (media aritmética de la baja más el 5%).

En este sentido, debe tenerse en cuenta que la dicción literal del pliego es clara cuando señala que la baja media se expresará en un porcentaje del presupuesto base de licitación por lo que, siendo la baja media un concepto que se expresa en porcentaje, en este caso un 40,88%, es evidente que el exceso de cinco puntos debe entenderse referido el porcentaje en el que se expresa la baja media.

Sentado lo anterior, cabe concluir que serán desproporcionadas o anormales las ofertas económicas que representen una baja que exceda del 45,88 % del presupuesto de licitación, lo que supone una oferta económica de 5.215.262,23 euros o menos.»

En este mismo sentido, la Resolución 139/2017, 26 de abril, de Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid es aun más clarificadora cuando recoge lo siguiente: «(...) como afirma el propio órgano de contratación el “10 % superior a la media de los porcentajes de baja ofertas presentadas por todas las empresas licitantes admitidas”, es 3 puntos porcentuales, pero eso es lo que literalmente ha establecido el PCAP, no siendo correcto el cálculo realizado por los técnicos en su informe ya que no es



equivalente la expresión “10% superior a media de los porcentajes de baja” a 10 puntos porcentuales superior a la media de las bajas.

Probablemente el órgano de contratación tenía intención de aplicar otro criterio, cuya formulación debiera haber sido “superior en 10 puntos porcentuales a la media de los porcentajes de baja” de las ofertas presentadas por todas las empresas licitantes admitidas. Sin embargo no es ese el criterio establecido en el PCAP. Confunde el órgano de contratación punto porcentual y porcentaje:

- El porcentaje se utiliza para escribir los números bajo la apariencia de una fracción de cien. El símbolo de este concepto es el %, el cual se denomina “por ciento” y se traduce como “de cada cien”. Diez por ciento es un porcentaje que se escribe como 10% y que se entiende como diez de cada cien. En el caso del recurso el 10% de la media aritmética de las bajas es 2,76, por lo que el umbral de la baja temeraria es 30,37% ($27,61+2,76$).

- Los puntos porcentuales se utilizan para denominar la diferencia existente entre dos porcentajes, en este caso el cálculo se realiza como si los porcentajes fueran unidades reales. En el caso del recurso 10 puntos más de la media aritmética de las bajas sitúa el umbral de la baja temeraria en 37,61 ($27,61+10$).»

En el caso que nos ocupa, se consideró necesario que las bajas fueran calculadas en unidades porcentuales, ya que de esa manera se sumarían ambos porcentajes fácilmente para fijar el umbral. No obstante, lo cierto es que el tenor literal del pliego es otro, pues el mismo establece que el incremento ha de calcularse sobre la media de las bajas, y no sobre el porcentaje de la media, como erróneamente hizo la mesa de contratación.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que, como es sabido, los pliegos conforman la ley del contrato y vinculan en sus propios términos a las licitadoras que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación.

En relación a ello, debemos traer a colación el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Segunda, en Sentencia de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), que afirma en su apartado 78 que “Por otro lado, si la EUIPO [entidad contratante] no se hubiera atendido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación,



el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80)»

Por lo tanto, comprobado que, con respecto al lote 2, tampoco se han aplicado de manera correcta los parámetros objetivos en virtud de los cuales se entiende que la proposición no puede ser admitida por ser considerada anormalmente baja de acuerdo a lo dispuesto en el pliego y que, por tanto, no se ha seguido el procedimiento previsto en el artículo 149 de la LCSP, procede estimar el recurso por este motivo, debiendo anularse la adjudicación recaída y retrotraerse el procedimiento para que se proceda a un nuevo análisis de las ofertas conforme a lo expuesto en esta resolución y, en su caso, se proceda a solicitar la justificación de la viabilidad de su oferta a las entidades incursoas en presunción de anormalidad.

Asimismo, y a mayor abundamiento, el órgano de contratación se allana a las pretensiones de la recurrente por lo que considera que procede la estimación del recurso interpuesto, sin que este reconocimiento o allanamiento del órgano de contratación a la pretensión de AVANZA constituya infracción alguna del ordenamiento jurídico.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AVANZA SOLUTIONS & PROJECTS, S.L.** contra la resolución de adjudicación del contrato denominado “Ejecución de las obras de construcción del futuro edificio denominado Facultad de Ciencias Empresariales en la parcela B-5 del modificado plan especial de 2.009”, (Expte. 766.19), en relación al lote 2, promovido por la Universidad de Almería y, en consecuencia, anular el acto impugnado, a fin de que se proceda conforme a lo expuesto en los fundamentos de derecho de esta resolución.

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 2.



TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

CUARTO. Notificar 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.

