

Recurso 278/2020

Resolución 114/2021

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

Sevilla, 25 de marzo de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FLORESUR S.L.** contra el acuerdo de exclusión, de 10 de agosto de 2020, adoptado en el procedimiento de licitación denominado “Restauración hidrogeomorfológica y naturalización del río Adra, Fase II, tramo aguas arriba de la confluencia de los ríos Grande y Chico” (Exp. CONTR 2019-194444), promovido por la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En fecha 17 de diciembre de 2019, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato citado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 3.099.287,81 euros.



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 citada Ley y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. La mesa de contratación, en fecha 7 de agosto de 2020, acuerda la exclusión de la oferta presentada por la actual recurrente en base al informe de valoración de 4 de agosto sobre la documentación presentada para justificar la viabilidad de las ofertas incursas en presunción de anormalidad, en el que se indica:

FLORESUR S.L.

“La justificación presentada por la empresa No especifica en ningún momento la viabilidad de los preciso directos e indirectos ofertados, fundamentando su justificación en la NO exclusión del procedimiento de licitación a empresas que en su opinión no cumplen presuntamente con la solvencia técnica necesaria.

La valoración de esta alegación no corresponde realizarla a esta comisión a la que sólo atañe pronunciarse sobre los aspectos técnicos de las ofertas admitidas. A este respecto la empresa se ratifica en la oferta presentada sin realizar justificación alguna.

Por lo anterior se considera que la oferta no se justifica satisfactoriamente.”.

Con fecha 10 de agosto de 2020 se publica el acta de la citada sesión en el perfil de contratante

CUARTO. Con fecha 29 de septiembre de 2020, tuvo entrada en el registro del órgano de contratación recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad FLORESUR S.L. (en adelante, FLORESUR) contra su exclusión y en el que solicita, entre otras peticiones, la medida cautelar de suspensión.

Posteriormente, con fecha 22 de septiembre de 2020, la recurrente presentó en el registro electrónico de este Tribunal el citado escrito de recurso especial.



QUINTO. Con fecha 22 de septiembre de 2020, la Secretaría de este Tribunal dio traslado al órgano de contratación del recurso presentado y le solicitó el informe sobre el mismo, así como las alegaciones en relación con la medida cautelar de suspensión instada por la recurrente; el expediente de contratación; y el listado de licitadores con los datos necesarios a efectos de notificación. El 7 de octubre se reiteró dicha solicitud. La documentación requerida tuvo entrada en el registro de este Órgano el 5 de noviembre de 2020.

SEXTO. Mediante Resolución de 8 de octubre de 2020 se adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento. Presentada solicitud de revocación de la medida cautelar por el órgano de contratación esta se inadmitió por cuanto se había adjudicado el contrato perdiendo la medida acordada toda su eficacia.

SÉPTIMO. La Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de recurso a los interesados en el procedimiento concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado ALTHENIA, S.L. (en adelante ALTHENIA)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 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. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, 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.

En este sentido, nos encontramos ante un contrato de obras con un valor estimado de 3.099.287,81 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del



recurso es un acto de trámite, en concreto la exclusión de la oferta de la recurrente, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

Cabe señalar que si bien en el caso de las ofertas incursas en presunción de anormalidad, la mesa carece de competencia para excluir a las licitadoras, solo puede proponer su exclusión (artículo 149.6 de la LCSP; cláusula 10.5 del pliego de cláusulas administrativas particulares), en el acta de la sesión de 7 de agosto se indica expresamente que se acuerda la exclusión de determinadas empresas.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el apartado c) del artículo 50.1 de la LCSP, dispone que: *«El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

c) Cuando [el recurso] se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación (...), el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción».

En el supuesto analizado, el acuerdo de exclusión ha sido publicado en el perfil con fecha 10 de agosto de 2020 y el recurso ha sido presentado en el registro del órgano de contratación con fecha 29 de agosto de 2020. En consecuencia, el mismo ha sido presentado dentro del plazo legal establecido.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso, procede el examen de las cuestiones planteadas.

Con fecha 5 de junio de 2020, se reúne la mesa de contratación para la apertura de los sobres números 3 y observa que la proposición presentada, entre otras, por la empresa recurrente incurre en presunción de anormalidad. Por ello, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 149.4 de la LCSP, se le requiere para que justifique la viabilidad económica de su oferta.

Posteriormente, con fecha 7 de agosto de 2020, la mesa acuerda la exclusión de la oferta presentada por la actual recurrente en base al informe de valoración de 4 de agosto.



Disconforme con la decisión de la mesa, FLORESUR presenta recurso especial en materia de contratación por el que impugna dicho acuerdo, solicitando en su escrito que se tenga por interpuesto el recurso especial y se dicte resolución frente a la propuesta de exclusión de FLORESUR, S.L., *“anulando dicha propuesta en atención a la potencial distorsión de la competencia del concurso provocada por la participación de licitadoras en las que no concurrirían los requisitos de solvencia exigidos por el PCAP, materializada en una inflación del umbral de temeridad provocando la exclusión del procedimiento de entidades de reconocida trayectoria en el sector, en los términos expuestos en el cuerpo del presente escrito, retrotrayéndose el procedimiento al momento de valoración de la solvencia técnica de las licitadoras y continuándose el procedimiento sólo con aquellas entidades en las que concurran todos los requisitos exigidos, todo ello con cuanto más resulte procedente.”*.

Centra sus argumentos en las siguientes alegaciones:

- Sostiene que estamos ante un contrato que exige una determinada especialización por su objeto, y que por ello se exige en cuanto a la solvencia que se presente una determinada clasificación y además determinados certificados expedidos por organismos independientes acreditativos del cumplimiento de normas de garantía de la Calidad o de gestión ambiental :

- Clasificación empresarial K-6-4 / K-6-e

- Certificados acreditativos del cumplimiento de normas de garantía de la calidad o de gestión medioambiental:

(i) Certificado de garantía de calidad según ISO 9001: 2015, o sus actualizaciones en actuaciones forestales o en restauración de hábitats y ecosistemas.

(ii) Certificado de sistemas de gestión ambiental según ISO 14001: 2015, o sus actualizaciones en actuaciones forestales o en restauración de hábitats y ecosistemas.

Señala que este sistema obedece a la naturaleza generalista de la clasificación requerida (Grupo K, subgrupo 6) relativa a «Jardinería y Plantaciones», la cual se emplea de forma amplia por no existir clasificación específica para actuaciones forestales, silvícolas, o de restauraciones ambientales, como las que son objeto del contrato. En consecuencia, considera que la mera posesión de dicha clasificación no implica la cualificación y/o especialización en todos los ámbitos de actuación que abarca, dada su amplitud.



Señala que contemplando el PCAP la presentación del DEUC, no será hasta la adjudicación cuando el órgano de contratación acceda al contenido íntegro de esas clasificaciones y certificaciones empresariales, y sólo lo haga respecto de aquella entidad que resulte adjudicataria, sin más comprobación para el resto de licitadoras concurrentes y añade que requeridas determinadas empresas para la subsanación de la documentación del sobre 1, todas son admitidas, al haber subsanado en tiempo y forma.

En la sesión de 9 de junio, se procede a la apertura de las ofertas económicas. Alega la recurrente que constata que, entre las empresas que han ofertado con bajas superiores a la media aritmética (más competitivas), predominan las que tienen elevada puntuación técnica; mientras que, entre las ofertantes con bajas inferiores a dicha media aritmética (por tanto, poco competitivas), predominan las que tienen, además, una deficiente oferta técnica a tenor de la puntuación obtenida.

Por otra parte, señala que algunas de esas empresas le son desconocidas, siendo así que ella concentra su actividad mercantil -desde su constitución hace más de treinta (30) años- en el sector forestal-medioambiental, atesorando una dilatada experiencia en la concurrencia de licitaciones, especialmente en Andalucía.

Ante ese hecho, recopiló información empresarial pública de las entidades concurrentes en el procedimiento. Sorprendentemente, el resultado de esa labor reveló que al menos siete (7) de esas licitadoras no contarían con la clasificación y/o certificaciones ISO exigidas por el PCAP; siendo, además, sus actividades principales ajenas al sector forestal-medioambiental. La admisión de esas licitadoras en el procedimiento y la consecuente valoración de sus ofertas económicas dio lugar a una incontrovertida distorsión del valor medio de las mismas, forzando la incursión en anormalidad o desproporción de proposiciones económicas realizadas por empresas que cumplen con todos los requisitos de solvencia exigidos en el PCAP; lo cual, a priori, supone una mayor capacidad para ejecutar las obras objeto del contrato de forma más competitiva económica y técnicamente.

En este sentido, su oferta fue considerada, por el órgano de contratación, como anormal o desproporcionada al superar el umbral de temeridad (fijado en 35,1157%) en 0,4449 diezmilésimas porcentuales; umbral éste que hubiese sido superior de no ser admitidas las ofertas de entidades en las que no concurren -a la vista de la información pública- los requisitos de solvencia exigidos, indicando que



un recalculado umbral de temeridad quedaría fijado en un 35,7550 %, en lugar del actual 35,1157 %, de forma que su oferta no superaría ese nuevo umbral y, consecuentemente, no incurriría en temeridad o desproporción.

Así, alega que se aprecia la posible concurrencia en el procedimiento de licitación de los siguientes elementos distorsionadores de la competencia:

- Admisión y concurrencia en la licitación de entidades que, aparentemente, no cumplen con los requisitos de solvencia exigidos en los documentos rectores del procedimiento de contratación.
- Ofertas económicas superiores a la media aritmética -correspondientes a empresas que incumplirían con los requisitos de solvencia exigidos-, que dejan ver un desconocimiento del valor real de las obras a realizar.
- Disminución notable del umbral de temeridad al computar proposiciones económicas de entidades que incumplirían el PCAP; resultando la incursión en anormalidad de aquellas ofertas firmadas por licitadoras cumplidoras de los requisitos de solvencia exigidos.

Ante ello, señala que la mesa procedió a:

- Excluir del procedimiento a FLORESUR, entre otras licitadoras, por no justificar de forma conveniente su oferta.
- Proponer la adjudicación del contrato en favor de la entidad ALTHENIA, S.L.
- Enviar a la Agencia de la Competencia el escrito presentado por FLORESUR, por el que se ponía de manifiesto la concurrencia de indicios reveladores de una presumible distorsión de la competencia, materializado en el umbral de temeridad del expediente.

A este respecto invoca el artículo 71 LCSP sobre la prohibición para contratar por haber incurrido determinadas empresas en falsedad al efectuar la declaración responsable a que se refiere el artículo 140 o al facilitar cualesquiera otros datos relativos a su capacidad y solvencia, añadiendo que de conformidad con lo establecido en el artículo 72, la declaración de la prohibición para contratar corresponderá al órgano de contratación.

Invoca también el artículo 140.3 de la LCSP que establece que *“El órgano o la mesa de contratación podrán pedir a los candidatos o licitadores que presenten la totalidad o una parte de los documentos justificativos, cuando consideren que existen dudas razonables sobre la vigencia o fiabilidad de la*



declaración, cuando resulte necesario para el buen desarrollo del procedimiento y, en todo caso, antes de adjudicar el contrato". Así como el artículo 141 y 326 en lo relativo a las funciones de calificación de la documentación por la mesa; el artículo 22 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el artículo 69 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Por su parte, el órgano de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56.2 de la LCSP, emite su informe, en el que se opone al recurso.

La interesada ALTHENIA en sus alegaciones se opone al recurso en los términos que constan en el expediente.

SEXTO. Expuestas las argumentaciones de las partes en el anterior fundamento jurídico, procede su examen.

El acto que es objeto de recurso es la exclusión de la recurrente por no haber justificado la viabilidad de su oferta incurso en presunción de anormalidad.

A este respecto interesa recordar la sucesión de hechos producidos, según se recoge en el informe del órgano de contratación al recurso:

1. En la sesión de la mesa de contratación del día 5 de junio se da lectura pública de la puntuación obtenida según los criterios de adjudicación evaluados mediante juicio de valor, y se procede a abrir el sobre número 3 relativo a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas, remitiéndose las ofertas a la comisión técnica para la emisión del informe de valoración final, es decir, que contemple y contenga las puntuaciones obtenidas de acuerdo con los criterios de adjudicación de juicio de valor y de aplicación de fórmulas, prestando especial atención al supuesto de que alguna o algunas de las empresas hubiera podido incurrir en baja anormal en aplicación de los parámetros objetivos establecidos en el Anexo XIII del PCAP.



A lo largo del estudio de la documentación y en aplicación de dichos parámetros por parte de la comisión técnica se observa que hay varias empresas, entre las que se encuentra la recurrente, que se hallan en una posible baja anormal o desproporcionada.

En aplicación del artículo 149 LCSP el órgano de contratación requiere a todas ellas, el día 17 de junio, que justifiquen la oferta presentada. En respuesta al mencionado requerimiento la mercantil FLORESUR se limita a enviar un escrito en el que señala la posible concurrencia de diversos elementos distorsionadores de la competencia, sin que considere “necesaria la justificación y/o aclaración de la propuesta económica formalizada por esta entidad”.

Finalmente, la comisión técnica emite el informe de valoración definitivo el día 4 de agosto, recogiendo lo siguiente:

“La justificación presentada por la empresa no especifica en ningún momento la viabilidad de los precios directos e indirectos ofertados, fundamentando su justificación en la NO exclusión del procedimiento de licitación a empresas que en su opinión no cumplen presuntamente con la solvencia técnica necesaria. La valoración de esta alegación no corresponde realizarla a esta comisión a la que solo atañe pronunciarse sobre los aspectos técnicos de las ofertas admitidas. A este respecto, la empresa se ratifica en la oferta presentada sin realizar justificación alguna. Por lo anterior, se considera que la oferta no se justifica satisfactoriamente.”

Posteriormente, la mesa de contratación, en su sesión de 7 de agosto de 2020, y como primer acuerdo según consta en el Acta:

“La Mesa acuerda enviar a la Agencia de la Competencia el escrito aportado por la empresa Floresur, que se (sic) a la presente acta, en el que manifiesta la posible concurrencia de indicios que revelan una presumible distorsión en el umbral de temeridad del expediente”.

A continuación, la mesa, asumiendo el informe técnico, acuerda la exclusión de las empresas incursas en presunción de anormalidad y propone la adjudicación del contrato a ALTHENIA.

Pues bien, la entidad recurrente con ocasión del recurso contra su exclusión combate el acto por el que se determinan las ofertas que se encuentran incursas en presunción de anormalidad, que es un acto previo.



El artículo 44 de la LCSP tras exponer en su apartado 2 los actos que son susceptibles de recurso, dispone en su apartado 3 que *“Los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el apartado 2 podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección con arreglo a derecho, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación”*.

Esto es lo que hace la recurrente al presentar el escrito de fecha 19 de junio de 2020: poner de manifiesto que en su opinión determinadas empresas no reunían el requisito de solvencia técnica exigido por el pliego, considerando que se ha podido producir una distorsión en la competencia.

De esta manera, si bien el recurso se presenta formalmente contra el acto de exclusión, materialmente se está combatiendo la determinación de las empresas cuyas ofertas se encontraban incursas en presunción de anormalidad, que es un acto previo, basado en la existencia, a juicio de la ahora recurrente, de indicios de distorsión de la competencia en la fijación del umbral de temeridad por la participación de empresas que carecían de la solvencia técnica necesaria.

La LCSP muestra una especial preocupación porque las licitaciones no supongan prácticas restrictivas de la competencia, declarando su artículo 1 como uno de sus principios la salvaguarda de la libre competencia, que tiene reflejo en otros preceptos como el artículo 132.3 y , sobre todo, el artículo 150.1. con cita expresa de las mesas de contratación.

Por ello especial relevancia tiene para el presente caso en atención a las circunstancias concurrentes, este último precepto, teniendo en cuenta que se trata de un acuerdo de la mesa así como lo indicado en el informe al recurso:

“De todos modos, también debe reseñarse que a pesar de todo lo expuesto la mesa de contratación acuerda enviar a la Agencia de la Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía el escrito aportado por la empresa Floresur en el que manifiesta la posible concurrencia de indicios que revelan una



presumible distorsión en el umbral de temeridad del expediente para que sea ésta quien se manifieste al respecto, al tratarse del organismo autónómico encargado de la defensa de la competencia.”.

El artículo 150.1 de la LCSP establece en su párrafo tercero: *“Si en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación, tuviera indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, los trasladará con carácter previo a la adjudicación del contrato a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que a través de un procedimiento sumarísimo se pronuncie sobre aquellos. La remisión de dichos indicios tendrá efectos suspensivos en el procedimiento de contratación. Si la remisión la realiza la mesa de contratación dará cuenta de ello al órgano de contratación. Reglamentariamente se regulará el procedimiento al que se refiere el presente párrafo.”.*

En relación con este precepto cabe añadir que fue la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en su informe al anteproyecto de LCSP, de 16 de julio de 2015, la que señaló: *“Para ello podría ser recomendable la implementación de un procedimiento sumarísimo, a imagen por ejemplo del procedimiento utilizado por esta Comisión en los casos de Unidad de Mercado, con el que se interrumpa el procedimiento de adjudicación del contrato y durante el cual esta Comisión pudiera apreciar la existencia de indicios o no de comportamientos anticompetitivos en la contratación. En este caso, podría decidirse de una manera rápida pero efectiva si las sospechas planteadas carecen de base, o si por el contrario es recomendable proseguir con la investigación solicitada.”.*

Téngase en cuenta que frente al artículo 132.3 de la LCSP, que tiene su precedente en la disposición adicional vigésima tercera del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, el artículo 150.1 supone la introducción de un trámite nuevo en el procedimiento de adjudicación de los contratos.

En definitiva, de conformidad con la regulación del artículo 150.1 de la LCSP, el presupuesto para trasladar la cuestión al órgano competente en materia de defensa de la competencia es que la mesa de contratación tenga indicios fundados de conductas colusorias.



El legislador, en estos supuestos, ha atribuido la competencia para determinar si realmente existen esas prácticas al órgano competente en materia de defensa de la competencia, que, en el presente caso, sería la actual Agencia de la Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía, cuya resolución tendría influencia en el procedimiento de licitación.

Pues bien en el caso que nos ocupa, la decisión de la mesa de remitir el escrito presentado por FLORESUR a la citada Agencia, en el que manifiesta que concurren circunstancias distorsionadoras de la competencia, implica que, como dispone el artículo 150.1 de la LCSP, ha apreciado indicios fundados de conductas colusorias, sin que conste en el expediente que la misma se haya pronunciado.

Siendo ello así, y a vista de las actuaciones realizadas, este Tribunal no puede pronunciarse sobre la cuestión planteada por el recurso, que es presupuesto para analizar la conformidad o no a derecho de la exclusión. Téngase en cuenta que un pronunciamiento de este Tribunal sobre la cuestión planteada podría resultar contradictorio con el pronunciamiento de la Agencia, a la que la LCSP ha atribuido la competencia.

En consecuencia, procede inadmitir el presente recurso.

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

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FLORESUR S.L.** contra el acuerdo de exclusión, de 10 de agosto de 2020, adoptado en el procedimiento de licitación denominado “Restauración hidrogeomorfológica y naturalización del río Adra, Fase II, tramo aguas arriba de la confluencia de los ríos Grande y Chico” (Exp. CONTR 2019- 194444) promovido por la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible, por las causas expuestas en el fundamento de derecho sexto.

SEGUNDO. 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.

