



EB 2015/167

Resolución 015/2016, de 9 de febrero 2016, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial interpuesto por la empresa INGENIERÍA Y PREVENCIÓN DE RIESGOS, S.L. contra la adjudicación del “Servicio de asistencia técnica para la coordinación en materia de seguridad y salud de las obras de Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia (bloque 7), tramitado por el Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia – Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 23 de diciembre de 2015 la empresa INGENIERÍA Y PREVENCIÓN DE RIESGOS, S.L. (en adelante, IP) interpuso en el registro de este Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO), un recurso especial contra la adjudicación del “Servicio de asistencia técnica para la coordinación en materia de seguridad y salud de las obras de Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia (bloque 7)”, tramitado por el Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia – Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa (en adelante, Consorcio).

SEGUNDO: Solicitados por el OARC / KEAO el expediente y el informe del poder adjudicador al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) con fecha 23 de diciembre de 2015, los citados documentos se recibieron el 30 de diciembre.



TERCERO: Solicitadas alegaciones a los interesados con fecha 13 de enero, se han recibido con fecha 20 de enero las de la UTE formada por DARZAL CONSULTORÍA Y PREVENCIÓN, S.L. / SEGURINCO, S.L. (en adelante, la UTE), adjudicataria impugnada.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la representación de quien actúa en nombre del recurrente. Asimismo, consta, en principio, la legitimación necesaria dado que el recurso lo plantea un licitador del procedimiento de adjudicación al que se refiere el recurso, si bien esta cuestión será objeto de las observaciones que se señalarán en el Fundamento de Derecho Noveno.

SEGUNDO: Según el artículo 40.1 a) del TRLCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada.

TERCERO: El objeto del recurso es un acto impugnable, en concreto, la adjudicación del contrato (artículo 40.2 c) TRLCSP).

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma. En este sentido, no son aceptables las alegaciones de extemporaneidad formuladas por el alegante y por el poder adjudicador. Aunque el acto impugnado se remitió el día 3 de diciembre de 2015 y el escrito de recurso se entregó en este OARC / KEAO el día 23 de diciembre, pasado pues el plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 44.2 TRLCSP, su notificación era defectuosa. En concreto, no consta en ella la indicación de si es o no definitiva en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan (omite la posibilidad alternativa de plantear directamente el recurso contencioso administrativo), ni el órgano ante el que hubieran de presentarse ni el plazo para interponerlos (ver el artículo 58.2 de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común). Según una reiterada doctrina de este OARC / KEAO (ver, por ejemplo, la Resolución 107/2015), en los supuestos de notificaciones que contengan información procedimental errónea debe



aplicarse el principio de que dichos defectos no pueden perjudicar al particular, debiendo tenerse por interpuesta en plazo y procedente la actuación ante la instancia correcta cualquiera sea el momento en el que se produzca (ver, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1975 y de 5 de diciembre de 1989).

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Consorcio tiene aquí la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículo 3 del TRLCSP).

SEXTO: Los motivos que fundamentan el recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) El recurrente considera que la empresa APPLUS NORCONTROL S.L.U (en adelante, APPLUS), segunda clasificada en el listado de ofertas después de aplicar los criterios de adjudicación, está incurso en sospecha de anormalidad o desproporción, ya que el importe propuesto representa una baja del 44,64 % respecto al presupuesto de licitación, la baja media fue del 34,15% y el apartado 10.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) establece lo siguiente:

«De conformidad con lo establecido en el artículo 152.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, se considerarán ofertas con valores anormales o desproporcionados aquéllas cuya baja, expresada en tanto por ciento, sea superior en más de 10 puntos a la baja media, expresada en tanto ciento, del conjunto de ofertas admitidas a esta fase de valoración, procediéndose a continuación con lo dispuesto en los apartados 3 y 4 del señalado artículo.»

No consta en el expediente que se haya llevado a cabo el procedimiento previsto en los apartados 3 y 4 del artículo 152 del TRLCSP, y cabe entender que la oferta de APPLUS está excluida del listado de clasificación de ofertas, como pide el artículo 152.4 TRLCSP.



Dado que APPLUS, segunda clasificada, está excluida de la licitación, y la primera clasificada carece de la solvencia necesaria (ver las letras siguientes), la recurrente, tercera clasificada, tiene plena legitimación para el recurso porque de su estimación obtendría la adjudicación del contrato.

b) El apartado 4 del PCAP establece, como requisito de solvencia, el siguiente:

«Haber gestionado al menos dos contratos de Coordinación de Seguridad y Salud en obras de construcción por importe anual (correspondiente a la coordinación) equiparable al menos al 75% del presupuesto anual del presente contrato en los últimos 5 años. Deberá certificarse este hecho mediante aportación de copia del Boletín Oficial en el que aparezca la adjudicación correspondiente no aceptándose, en ningún caso, cualquier otro tipo de documentación sustitutivo.»

c) De lo anterior se deduce que la adjudicataria impugnada carece de la solvencia necesaria, por las siguientes razones:

- la primera adjudicación aportada no cumple en términos de plazo, además de que el informe técnico de ampliación no acredita fielmente la duración y el importe del contrato, no constando documento oficial de ejecución contractual más allá de 2009.

- por lo que se refiere a la segunda adjudicación, no pueden tenerse en cuenta los importes de las anualidades 2008, 2009 y 2010, pues superan el límite de 5 años expresado en los pliegos; sí podría servir la anualidad de 2011, pero el importe correspondiente (241.570,55 euros) no cubre el importe solicitado (fijado en un mínimo de 356.250 euros anuales). En el BOE que se adjunta no consta el plazo de ejecución, si bien el PCAP que se adjunta establece que dicho plazo es de 40 meses (3,33 años); conforme a ello, el contrato no cumple si se considera la anualidad media del contrato.

d) Finalmente, se solicita la nulidad de la resolución de adjudicación y la remisión de actuaciones al órgano de contratación para que excluya las ofertas



que no cumplen los Pliegos y resuelva la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa no incurso en temeridad.

SÉPTIMO: Por su parte, la UTE alega, en síntesis, los siguientes argumentos para solicitar la inadmisión o desestimación del recurso:

a) Se considera que el recurrente carece de legitimación activa, porque, en contra de lo que afirma, no ocupa el segundo lugar en la clasificación de ofertas; en este sentido, la empresa APPLUS habría sido requerida para acreditar la viabilidad de su oferta y sus alegaciones habrían sido aceptadas por el poder adjudicador, por lo que su proposición sería la segunda.

b) La solvencia ha sido acreditada de acuerdo con el PCAP. El importe que debe acreditarse para cumplir con el criterio es de 356.250 euros. En los 5 últimos años deberían considerarse las anualidades 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014.

c) Se aportó, para acreditar el plazo de ejecución del contrato adjudicado por ACUAMED, un certificado firmado por el poder adjudicador en el que se acredita como fecha de finalización del contrato el 29/12/2014, así como el importe de 2014 (391.597,99 euros, sin IVA).

d) Por lo que se refiere al contrato adjudicado por ADIF, debe tenerse en cuenta que los cinco años anteriores al 2015 serían los años 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014.

OCTAVO: El poder adjudicador, por su parte, alega lo siguiente en oposición al recurso:

a) Además de lo establecido en el PCAP, debe tenerse en cuenta las aclaraciones publicadas en la web del Consorcio con fecha 26 de junio; de acuerdo con ellas, el presupuesto a tomar como referencia para el cálculo de anualidades sería el resultante del cálculo de la media aritmética del



presupuesto de licitación repartido en el número de años de duración del contrato; en caso de prórroga de un contrato finalizado, debería adjuntarse a los documentos requeridos copia del contrato correspondiente a la prórroga.

b) En el primer contrato consta un presupuesto base de licitación de 2.566.384 euros, IVA incluido. Según la documentación aportada, el plazo inicial del contrato era de tres años y se ampliaba por tres años más sin incremento del importe, comenzando los trabajos el 4/1/2007 y finalizando el 4/1/2013; consecuentemente, se trataba de un contrato de una anualidad media de 368.733,33 euros, IVA excluido, y continuado a lo largo de los años 2011 y 2012, como exigen los pliegos.

c) En el segundo contrato, la base de licitación era de 1.359.694 euros, IVA incluido. El plazo, al no figurar de modo explícito en la documentación aportada, se entendió de tres años completos a comenzar a mediados de 2008 y con continuidad en los años 2009, 2010 y 2011, para una anualidad media de 390.716, 66 euros, IVA excluido, lo que se refrenda por la declaración firmada del representante legal del licitador.

NOVENO: En primer lugar, debe analizarse la legitimación del recurrente. La legitimación se considera en el artículo 22.1 2º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, como una cuestión previa, referida a la admisión del recurso y no a los temas “de fondo”. No obstante, el hecho de que la legitimación se sustente sobre todo en la posibilidad de que la potencial estimación del recurso aporte un beneficio tangible al recurrente hace que, en ocasiones, deba analizarse la viabilidad misma de la pretensión para determinar si existe la citada legitimación. En el presente caso, el recurrente es el tercer clasificado en el listado de ofertas al que se refiere el artículo 151.1 TRLCSP. El recurso alega que el primer clasificado carece de la solvencia exigida, por lo que debe ser excluido de la licitación, mientras que la oferta del segundo clasificado debe entenderse



excluida por proponer valores anormales o desproporcionados. Por el contrario, la UTE entiende que si la oferta del segundo clasificado no fue excluida es porque acreditó su viabilidad en el procedimiento recogido en el artículo 152 TRLCSP, por lo que ni aun demostrándose su falta de solvencia podría ser adjudicatario el recurrente, de lo que se deduciría que el recurso debe ser inadmitido por falta de legitimación.

La situación planteada debe partir del análisis de la alegación formulada en el recurso en contra de la solvencia del adjudicatario impugnado; si de dicho análisis se desprende que se trata de una alegación infundada, no procedería ya revisar la cuestión relativa a la supuesta anormalidad o desproporción de la oferta clasificada en segundo lugar, pues, cualquiera que fuese la conclusión a la que llegase este Órgano, solo podría conducir, en el caso más favorable para IP, a colocar su oferta en segundo lugar, lo que no es un beneficio tangible que acredite legitimación suficiente. Por el contrario, si se aceptara la falta de solvencia del adjudicatario impugnado debiera después verificarse lo relativo a la posible anormalidad de la oferta del segundo clasificado.

DÉCIMO: El apartado 4 del PCAP establece como requisito de solvencia lo siguiente:

«Haber gestionado al menos dos contratos de Coordinación de Seguridad y Salud en obras de construcción por importe anual (correspondiente a la coordinación) equiparable al menos al 75% del presupuesto anual del presente contrato en los últimos 5 años. Deberá certificarse este hecho mediante aportación de copia del Boletín Oficial en el que aparezca la adjudicación correspondiente no aceptándose, en ningún caso, cualquier otro tipo de documentación sustitutivo.»

Conviene recordar que esta cláusula no fue objeto de impugnación en su momento, por lo que su contenido pasa a regir la licitación y a vincular a las empresas y al poder adjudicador, debiendo ser también el parámetro que guíe el análisis de este Órgano.



De la documentación aportada por la UTE se deduce que se aportan los siguientes contratos para acreditar la solvencia:

CONTRATO	PROMOTOR	PRESUPUESTO ANUAL (sin IVA)	FECHA ADJUDICACIÓN
Contratación de la Consultoría y Asistencia para la Coordinación de Seguridad y Salud de las obras correspondientes a los proyectos incluidos en la provincia de Valencia, recogidos dentro de las actuaciones urgentes encomendadas a ACUAMED y aprobadas por la Ley 11/2005. <u>Nota:</u> Se adjuntan los siguientes documentos: – BOE n° 256 de 25/10/2007 de adjudicación del contrato – Cuadro de características del Pliego Administrativo con anualidades – Prórroga de fecha 0410112007 por 3 años más (hasta el 0410112013) – Certificado de Buena Ejecución del mencionado contrato.	ACUAMED- Aguas de las Cuencas Mediterráneas, S.A.	Año 2006: 60.344,83 € Año 2007: 741.379,31 € Año 2008: 741.379,31 € Año 2009: 669.296,55 €	22/12/2006
Consultoría y Asistencia para la Coordinación en materia de Seguridad y Salud de las obras de plataforma del Corredor del Mediterráneo de Alta Velocidad. Tramo: Murcia-Almería. <u>Nota:</u> Se adjuntan los siguientes documentos: – BOE n° 132 de 31/05/2008 de adjudicación del contrato – Cuadro de características del Pliego Administrativo con anualidades	ADIF (Entidad Pública Empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias)	Año 2008: 168.027,59 € Año 2009: 381.276,00 € Año 2010: 381.276,00 € Año 2011: 241.570,00 €	19/05/2008

Por lo que se refiere al primer contrato, llama la atención que el periodo de ejecución del contrato está claramente fuera del plazo de cinco años establecido en el PCAP. No obstante, el poder adjudicador ha aceptado la



validez del contrato para acreditar la solvencia con base en la documentación aportada por la UTE. Revisada dicha documentación, se observa que, además de la copia del anuncio en el BOE, se incluyó entre la documentación acreditativa un documento, fechado el 28 de diciembre de 2008, denominado “informe técnico”, en el que se señala, en referencia al contrato, que la fecha de inicio de la ejecución de los trabajos fue el 4 de enero de 2007 y la fecha prevista de finalización el 4 de enero de 2010; el informe formula una propuesta para ampliar la fecha de finalización del contrato tres años más, hasta el 4 de enero de 2013. La aceptación de este informe como prueba suficiente de la efectiva prolongación del periodo de ejecución no es correcta, pues se trata de una simple propuesta que, por definición, pudo o no ser aceptada por el órgano competente para decidir sobre la prórroga del contrato, decisión cuya existencia no consta; en este sentido, aunque la UTE cita en la declaración formulada a propósito de la solvencia técnica que incluye en ella un certificado de buena ejecución del contrato, dicho certificado no figura en el expediente remitido a este Órgano. Por todo ello, debe aceptarse en este punto la pretensión del recurrente y considerar inválido, a los efectos de acreditación de la solvencia, el primer contrato aportado.

En cuanto al segundo contrato, su periodo de ejecución se extendería entre los ejercicios 2008 y 2011. Consecuentemente, no todo el periodo de ejecución puede computarse para la acreditación de la solvencia, pues el PCAP marcaba un límite de “los últimos cinco años”. Dicho límite debe contarse desde el final del plazo de presentación de ofertas (ver el artículo 146.5 TRLCSP y el informe 5/06 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa), es decir desde el 23 de julio de 2015, de lo que resulta que solo son valorables los trabajos efectuados desde el 23 de julio de 2010. Según el informe del poder adjudicador, al no figurar de forma explícita en la documentación aportada, se entendió que el plazo de ejecución era de tres años completos a comenzar desde mediados de 2008 y con continuidad durante los años 2009, 2010 y 2011, resultando una anualidad media de 390.716,66 euros, superior a los 356.250 euros que resultan de aplicar, como pide el PCAP, el porcentaje del 75% al presupuesto anual del contrato impugnado. A juicio de este OARC / KEAO,



solo puede computar en el cálculo el periodo posterior al 23 de julio de 2010; de dicho cálculo sería el siguiente:

Año 2010 (parte proporcional desde 23 de julio) 168.179, 27 euros.

Año 2011 (hasta “mediados”, 30 de junio) 241.570 euros.

Total: 409.749,27 euros para 11 meses y 8 días

Por todo ello, debe considerarse válido este segundo contrato a los efectos de acreditación de la solvencia; sin embargo, dado que el PCAP requería presentar al menos dos contratos y el primero debe descartarse por las razones expuestas anteriormente, la conclusión es que el adjudicatario impugnado no ha acreditado la solvencia y debió ser excluido.

UNDÉCIMO: Aceptada la primera alegación del recurso, y de acuerdo con método expuesto en el Fundamento de Derecho Noveno, debe analizarse ahora la cuestión de la posible anormalidad o desproporción de la oferta de la empresa clasificada en segunda posición. A este respecto, debe recordarse que el apartado 10.2 del PCAP señala que «se considerarán ofertas con valores anormales o desproporcionados aquéllas cuya baja, expresada en tanto por ciento, sea superior en más de 10 puntos a la baja media, expresada en tanto por ciento, del conjunto de ofertas admitidas a esta base de valoración, procediéndose a continuación con lo dispuesto en los apartados 3 y 4 del señalado artículo (se refiere al artículo 152).» Como expresamente consta en el expediente (folio 188), la baja media fue del 34,15%, y la baja presentada por APPLUS es del 44,64%. Por lo tanto, es claro que debió iniciarse el procedimiento previsto en los apartados 3 y 4 del artículo 152 TRLCSP. No consta en el expediente que dicho procedimiento se haya llevado a cabo. Dado que, una vez resuelto que la UTE adjudicataria debió ser excluida, APPLUS pasa a ser el primer clasificado y el recurrente el segundo, la posible exclusión de APPLUS por considerarse inviable su oferta conllevaría que dicho recurrente obtuviera la adjudicación del contrato. Por lo tanto, deben retrotraerse las actuaciones para que el poder adjudicador tramite el procedimiento previsto en los Pliegos para las ofertas inicialmente incursas en anormalidad o desproporción, excluyendo en todo caso de la lista de empresas clasificadas a la UTE por no acreditar la solvencia exigida.



Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43. 2 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial interpuesto por la empresa INGENIERÍA Y PREVENCIÓN DE RIESGOS, S.L. contra la adjudicación del “Servicio de asistencia técnica para la coordinación en materia de seguridad y salud de las obras de Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia (bloque 7), tramitado por el Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia – Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa, anulando el acto impugnado, ordenando la exclusión del adjudicatario impugnado y la retroacción de actuaciones para que se tramite con el licitador clasificado en segundo lugar el procedimiento previsto en el PCAP para las ofertas inicialmente incursas en sospecha de anormalidad o desproporción.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento, a la vista de lo dispuesto en el artículo 47.4 TRLCSP.

TERCERO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de los recursos, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

CUARTO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

QUINTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley



29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2016ko otsailaren 9a

Vitoria-Gasteiz, 9 de febrero de 2016