



RE 061/2012

Acuerdo 47/2012, de 30 de octubre de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por PAVIMENTOS AUXILIARES PIRINEO, S.A. frente a la admisión de un licitador en la licitación del contrato denominado «Contrato de Conservación, Mantenimiento y Explotación del Túnel de Bielsa-Aragnouet y sus accesos», convocado por el Consorcio para la Gestión, Conservación y Explotación del Túnel de Bielsa-Aragnouet y sus accesos.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 21 de julio de 2012 se publicó, en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), el anuncio de licitación, relativo al procedimiento de adjudicación denominado «Contrato de Conservación, Mantenimiento y Explotación del Túnel de Bielsa-Aragnouet y sus accesos», convocado por el Consorcio para la Gestión, Conservación y Explotación del Túnel de Bielsa-Aragnouet y sus accesos (en adelante el Consorcio), contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación, con un presupuesto de licitación de 1 915 093,46 euros y un valor estimado de 4 404 714,96 euros, en ambos casos IVA excluido.

El 11 de agosto de 2012 se publicó en el DOUE una nota aclaratoria sobre el contenido de la oferta económica.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

SEGUNDO.- En el procedimiento convocado presentaron propuestas varios licitadores, entre ellos las mercantiles PAVIMENTOS AUXILIARES PIRINEO, S.A. y SANTIAGO ANGULO ALTEMIR, S.L. con el compromiso de constituirse en Unión Temporal de Empresas (en adelante la UTE) y API MOVILIDAD (en adelante API).

La Mesa de contratación, en sesión celebrada el día 10 de septiembre de 2012, procedió a la apertura y calificación de la documentación administrativa (Sobre nº 1), presentada por los licitadores, y advirtió deficiencias y omisiones subsanables en varios de ellos, para lo cual les requirió, a los efectos de subsanación y/o aclaración, según se recoge en el acta correspondiente.

TERCERO.- Consta en el expediente que en sesión de la Mesa de contratación celebrada el 14 de septiembre de 2012, y a la vista de la documentación presentada, se acordó la admisión de todos los licitadores, al haber subsanado lo requerido. Se procedió, en la misma sesión, a la apertura del Sobre nº 2, que contenía la documentación que debía ser objeto de evaluación previa, de acuerdo con los criterios del Anexo VI del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) y se encomendó al Consorcio la realización de un informe técnico sobre la valoración de su contenido. Estas circunstancias, quedan acreditadas en el acta de la sesión de la Mesa.

CUARTO.- En sesión de la Mesa de contratación celebrada el 3 de octubre de 2012, la Presidenta informa a los asistentes de la puntuación obtenida por cada uno de los licitadores en el informe técnico de fecha 1 de octubre de 2012, asumido por la Mesa, excluyéndose a aquellos que no alcanzaban el umbral mínimo de 18 puntos fijado en el PCAP. Se



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

procedió a continuación a la apertura de los Sobres nº 3, correspondientes a la oferta económica y a las propuestas sujetas a evaluación posterior, de los licitadores admitidos.

A la Mesa le surgen dudas en dicha lectura sobre la cuantía de la oferta formulada por la empresa API (718 160,07 euros, IVA excluido), dado que el desglose de precios unitarios a 12 meses coincide con el importe total del contrato a 24 meses, por lo que decide pedir aclaración a la empresa, en virtud de lo establecido en la cláusula 2.2.11 del PCAP y en el artículo 9 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, dándole un plazo de dos días hábiles para su formulación.

Todas estas circunstancias, quedan igualmente acreditadas en el acta de la sesión de la Mesa.

QUINTO.- Dentro del plazo concedido, API presenta documentación de aclaración, en concreto y según consta en el expediente, documento en el que se hace constar que efectivamente el importe total ofertado para los dos años de contrato es el doble del importe del contrato para un año, es decir, 1 436 320,13 €, IVA excluido.

La Mesa de contratación vuelve a reunirse el 5 de octubre de 2012, se realiza la comprobación aritmética de todas las ofertas admitidas y se comprueba que el importe total del desglose de precios unitarios a 12 meses coincide con la mitad del importe total del contrato a 24 meses. Entienden que la empresa API no modifica con su aclaración la oferta presentada, por lo que debe admitirse en el proceso de licitación, resultando su oferta la de 1 436 320,13 €, IVA excluido. A continuación se



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

analiza la posible incursión de las ofertas en carácter desproporcionado o anormalmente bajo. En aplicación de los criterios contenidos en el PCAP a estos efectos, se identifican cuatro propuestas como inicialmente incursas en oferta anormalmente baja (entre ellas la de API) y se acuerda conceder la audiencia prevista en el artículo 152 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), para que justifiquen la valoración de las ofertas y precisen las condiciones de las mismas. Estas circunstancias, quedan acreditadas en el acta de la sesión de la Mesa.

SEXTO.- Con fecha 18 de octubre de 2012, tiene entrada en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, interpuesto por D^a Patricia Romero Gasa en representación de PAVIMENTOS AUXILIARES PIRINEO, S.A, recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de la Mesa de contratación de 5 de octubre de 2012 por el que se admite a API en la licitación.

La recurrente, ha incumplido, al menos formalmente, lo preceptuado en el artículo 44.1 TRLCSP, que establece la obligación, al recurrente, de anunciar previamente la interposición de dicho recurso.

El recurso alega, y fundamenta a los efectos de esta resolución, lo siguiente:

Tras relatar los antecedentes de la licitación, y de las actuaciones producidas en las diversas sesiones de la Mesa de contratación, señala que a su juicio la oferta económica formulada por API es insubsanable, al permitir el artículo 81 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre,



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

por el que se aprueba el Reglamento General de la ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP) únicamente la subsanación de la documentación administrativa, a la que hace referencia el actual artículo 146 TRLCSP.

Entienden que no se trata de un error o defecto material de los señalados en el artículo 81 RGLCAP, por lo que no debió concederse la posibilidad de aclaración prevista en el artículo 9 de la Ley 3/2011. Consideran que esta interpretación se encuentra avalada por determinada jurisprudencia, por informes de órganos consultivos en la materia, que reproducen, y por la propia ubicación sistemática de los artículos 81, 82 y 83 del RGLCAP.

A su juicio, en cualquier caso, la literalidad del artículo 84 RGLCAP no deja lugar a dudas respecto del preceptivo rechazo de todas aquellas proposiciones que presentan error manifiesto en su importe. Por otra parte la actuación de la Mesa de contratación, solicitando y admitiendo la aclaración en este caso, comporta la vulneración de los principios de igualdad y transparencia que rigen la contratación pública, ex artículos 1 y 139 TRLCSP.

Concluyen señalando que la actuación de la Mesa no pudo ser otra que la de admitir el importe que quedó reflejado en el acto de apertura de 3 de octubre de 2012, o excluir la oferta si el licitador ha admitido en error sufrido en la misma. Por todo lo alegado, solicitan se rechace la oferta de API por haber reconocido su error.

SÉPTIMO.- El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón solicita el 19 de octubre de 2012 al órgano de contratación el



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

expediente completo y el informe al que hace referencia el artículo 46.2 TRLCSP, que tienen entrada en el Tribunal el día 22 de octubre de 2012.

Con fecha 23 de octubre de 2012, el Tribunal da traslado del recurso al resto de licitadores, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

OCTAVO.- El 29 de octubre de 2012, D. Luis Ayres Janerio, en representación de API, presenta ante este Tribunal, escrito en el que alega, en síntesis, lo siguiente:

1. Argumenta que el recurso no cuenta con la legitimación del otro integrante de la UTE, SANTIAGO ANGULO, S.L, por lo que no se puede dar por legitimada únicamente a PAVIMENTOS AUXILIARES PIRINEO, S.A.
2. Entienden que no existe duda de que su proposición económica se ajusta perfectamente al modelo incluido en el Anexo V del PCAP —tras la corrección de errores publicada— por lo que la misma no incurre en ninguna causa de rechazo de las contempladas en el artículo 84 RGLCAP.
3. Consideran que la Mesa de contratación les solicitó la aclaración que entendió oportuna, y que ésta fue formulada señalando que el importe para 24 meses de contrato es el doble del ofertado para 12 meses, calculado según las instrucciones del PCAP corregido.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Por lo anterior solicitan la inadmisión del recurso, o si el Tribunal considera oportuno entrar en el fondo de la argumentación, la desestimación de éste por no ser conforme a derecho.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Previamente a entrar en el análisis de los restantes requisitos del procedimiento, corresponde pronunciarse sobre la legitimación de la reclamante. En efecto, PAVIMENTOS AUXILIARES PIRINEO, S.A. ha presentado la reclamación exclusivamente en su nombre, cuando en el procedimiento de licitación concurrió con el compromiso de constituirse en unión temporal de empresas junto con SANTIAGO ANGULO ALTEMIR, S.L. Al respecto, este Tribunal considera —en contra de lo que manifiesta la alegante— que no es obstáculo para admitir la legitimación activa de los reclamantes el hecho de que presenten la reclamación por sí solos, aún en el caso de que hubieran concurrido a la licitación como parte integrante de una Unión Temporal de Empresas. Y ello, porque el sentido amplio que el artículo 42 TRLCSP da al concepto de legitimación, permite entender que siempre que los derechos o intereses legítimos de una entidad resulten afectados por la resolución, incluso aunque sólo lo sean parcialmente, ésta resultará legitimada para interponer la reclamación.

En consecuencia, procede considerar como legitimada a la reclamante para interponer recurso especial, quedando asimismo



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

acreditada su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP.

Se hace en este punto preciso examinar si el recurso ha sido interpuesto frente a un acto de los incluidos en el artículo 40. 2 TRLCSP.

Debe ponerse de manifiesto a este respecto que el artículo 40.2 TRLCSP (al que remite el artículo 17. 2. a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del Sector Público en Aragón), delimita cuáles son los actos que pueden ser objeto del recurso especial en materia de contratación, en concreto:

- a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.
- b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.
- c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

A estos efectos, el acto recurrido —acuerdo de la Mesa de contratación por el que se admite a API en la licitación— entiende este



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Tribunal que no se encuentra entre los supuestos regulados en este mencionado artículo 40.2 b) TRLCSP, toda vez que la admisión en la licitación no decide, ni directa ni indirectamente, la adjudicación, que recaerá en el licitador que haya proporcionado la oferta económicamente más ventajosa, no determina por supuesto tampoco la imposibilidad de continuar el procedimiento, sino todo lo contrario, que continúe el mismo con las empresas que han concurrido inicialmente a la licitación y han sido admitidas, y no produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, porque el ahora recurrente puede, en todo caso, recurrir la adjudicación —como argumenta el Consorcio en su informe al recurso—.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el carácter irrecurrible de los acuerdos de la Mesa de contratación consistentes en la admisión de las ofertas presentadas en diversas resoluciones, entre otras en la número 59, de 2 de marzo de 2011, dictada en el recurso número 32 de 2011, en la que se pone de manifiesto, lo siguiente:

«(...) Para llegar a una interpretación adecuada de este precepto es preciso tener en consideración una doble posibilidad en cuanto a la función que se pretende cumpla el mismo. De una parte, cabe entender que mediante él se pretende evitar que los actos de trámite, que son irrecurribles en principio, priven de la posibilidad de ejercitar sus derechos a los licitadores al quedar al margen del procedimiento de adjudicación a pesar de tener derecho a participar en él. Por otra, cabría entender que el legislador ha querido dotar de sustantividad a los actos de la Mesa sobre la admisión de licitadores y, por ello, ha admitido la posibilidad de que sean impugnados sus actos en tal sentido. En el primer caso sólo podría impugnarse la exclusión de licitadores, en el segundo sería posible impugnar también los actos de admisión.

A juicio de este Tribunal, una correcta interpretación del precepto exige que se examinen paralelamente este precepto y el que le da origen, es decir el



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

artículo 107 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre. Del análisis conjunto de ambos preceptos se desprende que el legislador ha querido evitar la posibilidad de que resulten perjudicados los derechos o intereses legítimos de los administrados como consecuencia de actos de trámite, que de no ser por la excepción contenida en la Ley, no serían recurribles. Ello significa que, en tales casos, la posibilidad de recurrir no se abre a todos los interesados sino sólo a aquellos respecto de los cuales pudiera resultar perjudicado el ejercicio de sus derechos o la defensa de sus intereses legítimos como consecuencia del acto de trámite en cuestión. La justificación de esto es clara. El licitador que hubiera resultado excluido del procedimiento por el acto de trámite, quedaría privado de la posibilidad de defensa de su derecho o interés legítimo pues carecería de legitimación para recurrir el acto resolutorio del mismo. Precisamente para evitar esta posibilidad establece el legislador en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, primero y en la Ley de Contratos del Sector Público con posterioridad, la posibilidad de impugnación del acto de trámite que le perjudique.

Sin embargo, esta misma razón excluye la posibilidad de que los actos de trámite que no perjudican de forma directa el derecho de un licitador sean recurridos por éste, pues, con independencia de que la no exclusión del procedimiento no prejuzga respecto del contenido de la adjudicación, además, de resultar adjudicatario el licitador que debiera haber sido excluido, siempre quedará la posibilidad de recurrir el acto de adjudicación a los restantes licitadores en base a la circunstancia que debió motivar su exclusión».

Por su parte, este Tribunal, desde su Acuerdo 26/2011, de 14 de noviembre, también ha señalado:

«A estos efectos hay que señalar que en un procedimiento de licitación hay una resolución final —la adjudicación— que pone fin al mismo, y para llegar ésta se han de seguir una serie de fases, con actos y con intervención de órganos diferentes. Estos actos previos a la adjudicación son los que la Ley denomina «actos de trámite», que por si mismos son actos instrumentales de la resolución final, lo que no implica en todo caso que no sean impugnables. Lo que la LCSP establece es que no son impugnables separadamente, salvo que la misma los considere de una importancia especial —en términos legales, que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos— por un principio de concentración procedimental. Así, habrá que esperar a la resolución del procedimiento de adjudicación para plantear todas las discrepancias del recurrente sobre el procedimiento tramitado y sobre la legalidad de todos y cada uno de los actos de trámite».



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

En consecuencia, procede declarar la inadmisión del recurso presentado, por haberse interpuesto contra actividad no susceptible de impugnación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.1 c) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, sin perjuicio de la facultad que corresponde a la recurrente de impugnar, en su caso, la adjudicación.

SEGUNDO.- No obstante lo anterior, a la vista del expediente, de la fundamentación del recurrente, de las alegaciones recibidas y del informe emitido por el Consorcio, este Tribunal quiere señalar que las actuaciones realizadas por la Mesa de contratación fueron ajustadas al régimen jurídico de la contratación del sector público. En concreto, la solicitud y admisión de una aclaración de la oferta económica a API no supone una quiebra del principio de igualdad de trato a los licitadores del procedimiento, como argumenta la recurrente.

El artículo 9 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, establece textualmente:

«Artículo 9.— Aclaración de ofertas.

1. Únicamente podrá requerirse información a los candidatos o los licitadores tras la apertura de las ofertas, en el supuesto de que se solicite aclaración sobre una oferta o si hubiere que corregir manifiestos errores materiales en la redacción de la misma y siempre que se respete el principio de igualdad de trato.

2. En estos supuestos la Mesa de contratación o el órgano de contratación podrá tomar la iniciativa de ponerse en contacto con el licitador, sin que tal contacto pueda entrañar, en ningún caso, una



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

modificación de los términos de la oferta. En todo caso deberá dejarse constancia documental de estas actuaciones».

Como viene señalando este Tribunal desde su Acuerdo 4/2011, de 14 de abril, este precepto ha incorporado la doctrina sentada el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 10 de diciembre de 2009 (Asunto T-195/08), en el sentido de considerar que, cuando la formulación de la oferta y las circunstancias del asunto, indican que probablemente la ambigüedad puede explicarse de modo simple y disiparse fácilmente, la desestimación pura y simple de dicha oferta es contraria a las exigencias de una buena administración. Además, este trámite de aclaraciones no resulta en ningún caso equivalente al de subsanación que consagra en el ámbito de la contratación, y para la documentación acreditativa de la capacidad y solvencia del licitador, el artículo 81 RGLCAP, como pretende la recurrente.

Del análisis del expediente remitido se constata que concurría en el presente caso una de las circunstancias que permiten acudir a la solicitud de aclaración —existencia de un manifiesto error material en la redacción de la oferta—, pues como señala el Consorcio en su informe, el PCAP, en su Anexo V, hoja 1, solicita el importe de la oferta económica del contrato cuyo plazo de ejecución es de 24 meses, mientras que en el Anexo V, hoja 2, se solicita una descomposición por precios unitarios a 12 meses. Previendo la confusión que este hecho podía acarrear en la presentación de proposiciones, se publicó la nota aclaratoria precisando que la oferta debía hacerse a 24 meses, aunque el desglose de precios unitarios se mantuviera a 12 meses. A pesar de dicha nota, API presentó el mismo importe final en las dos hojas, advirtiéndose la existencia de un error material manifiesto e



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

incongruente, que podía aclararse en los términos previstos en el artículo 9 de la ley 3/2011 sin alterar la oferta, sino únicamente subsanado un error motivado por la inicial confusión que pudo provocar la redacción del PCAP.

Se acredita también el respeto al principio de igualdad de trato, que la aclaración no ha supuesto en ningún caso una modificación de los términos de la oferta, y la constancia documental en el expediente de todas las actuaciones realizadas, por lo que el trámite de aclaración llevado a efecto ha sido verificado con respeto a la previsión legal.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP y en los artículos 2, 17 y siguientes, de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón:

III. ACUERDA

PRIMERO.- Inadmitir el recurso especial, presentado por D^a Patricia Romero Gasa, en nombre y representación de PAVIMENTOS AUXILIARES PIRINEOS, S.A, frente a la admisión de un licitador en la licitación del contrato denominado «Contrato de Conservación, Mantenimiento y Explotación del Túnel de Bielsa-Aragnouet y sus accesos», convocado por el Consorcio para la gestión, conservación y explotación del Túnel



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

de Bielsa-Aragouet y sus accesos, por haberse interpuesto contra actividad no susceptible de impugnación.

SEGUNDO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

TERCERO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo 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 la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.