

Expte.

DI-135/2012-2

**EXCMO. SR. CONSEJERO DE OBRAS
PÚBLICAS, URBANISMO, VIVIENDA Y
TRANSPORTES.**

**Pº María Agustín 36. Edificio Pignatelli
50009 ZARAGOZA**

Zaragoza, a 10 de mayo de 2012

ASUNTO: Recomendación relativa a contratos de obra pública

I.- ANTECEDENTES

PRIMERO.- El día 24/01/12 tuvo entrada en esta Institución la queja de un ciudadano donde expone sus dudas respecto de los criterios de selección de empresas que hace el Departamento de Obras Públicas y Transporte, cuando invita a varias empresas a ofertar un procedimiento negociado sin publicidad.

Concretamente, alude al expediente de contratación de la obra “*Saneamiento de blandones en varias carreteras de la provincia de Teruel*”, expediente SV-368-TE, en el que, según afirma, únicamente se invitó a participar a dos empresas que eran del mismo dueño, efectuándose a favor de una de ellas la adjudicación.

SEGUNDO.- A la vista de la queja presentada, se acordó admitirla a supervisión, asignando el expediente para su instrucción. Con tal objeto, se envió con fecha 07/02/12 un escrito al Consejero de Obras Públicas, Urbanismo, Vivienda y Transportes del Gobierno de Aragón recabando información sobre la cuestión planteada en la queja, con especial referencia a los criterios que se siguen para invitar a empresas a licitaciones de obra pública que se resuelven por procedimiento negociado, y solicitando remita copia del expediente SV-368-TE.

TERCERO.- Tras reiterar la solicitud en fecha 30/13/12, la respuesta del Departamento se recibió el pasado 25 de abril, y en ella hace constar, textualmente, lo siguiente:

“En primer lugar el criterio para seleccionar las empresas para el procedimiento negociado sin publicidad es el de invitar a aquellas empresas que realizan trabajos, relacionados con el objeto del contrato, en la zona donde se va a ejecutar la obra.

En el caso que nos ocupa, según me han informado, pues en esas fechas no había sido nombrado Director General de Carreteras, se invitaron a tres empresas que tienen el domicilio social en la ciudad de Teruel, como es el caso de

las empresas A, B y C., que presentaron sus ofertas en sobre cerrado en tiempo y forma.

Según el anexo nº 7 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en el cual se señalan los aspectos económicos y técnicos de la negociación, indica que se adjudicará a la oferta económica más baja, siendo éste el único parámetro que se comprueba.

Abiertos los sobres la Empresa A manifiesta la imposibilidad de atender la invitación efectuada. La B, presenta una oferta de 233.935 € y la Empresa C ofrece realizar la obra por 226.536,40 €. Por tanto se adjudica la obra a C.

Una vez recibido el escrito del Justicia se revisa el expediente y se comprueba que la representante de ambas empresas en la presentación de la proposición económica es la misma persona, no teniendo conocimiento en la Dirección General que ambas empresas fuesen del mismo dueño, según indica el Justicia de Aragón en su escrito por la denuncia de un ciudadano.

Se acompaña tal y como se solicita en el escrito fotocopia del expediente”.

CUARTO.- De la documentación del expediente administrativo y los datos que se han recabado a través de Internet relativos a las empresas que han participado en esta licitación resulta lo siguiente:

1º.- La empresa “*Entramados Compañía de Construcciones*” no es propiamente una empresa de obra pública. Según su página web <http://www.entramadosgrupo.com/empresa.html>, se trata de “*Una compañía constructora constituida en Teruel desde 1978, que se dedica al sector inmobiliario aunque también se extiende al sector turístico con un hotel urbano. El equipo humano que compone Grupo Entramados acumula una amplia experiencia en la realización de todo tipo de obras, con los últimos avances tecnológicos para la construcción*”. Entre sus realizaciones constan varias edificaciones residenciales (Residencial Parquesol I, Edificio Juan Salvador II o Residencial Valparaíso III), sin que se haga alusión alguna a obras públicas.

2º.- No parece ofrecer duda la vinculación entre las otras dos empresas participantes, B. y C. Ambas comparten página web (www.excavacionesquallar.com), sede en la calle B, parcela 39, del Polígono La Paz de Teruel, siendo coincidentes los números de teléfono, fax, dirección de correo electrónico, e incluso el anagrama de la empresa. Todos los camiones que figuran en su presentación están rotulados con el nombre “*Guallar*”. La persona que firma la proposición económica es la misma en ambos casos.

3º.- Según se desprende de la página web de Asistencia Técnica Invernal S.L., http://www.excavacionesquallar.com/principal_asistencia.html, la actividad de esta empresa es ajustada a su nombre, pues “*se centra en la limpieza invernal y viaria y alquiler, dentro de la conservación y mantenimiento de carreteras. Con los años, B ha incrementado su flota de quitanieves y ha expandido su actividad por toda España, considerándose una empresa de carácter nacional y líder en su actividad. La misión de nuestra empresa es ofrecer un servicio integral y de calidad dentro de la vialidad invernal*”. Conforme a ello, los servicios que ofrece son de limpieza invernal en ciudades y en carreteras y porte de materiales, teniendo la maquinaria apropiada a tal objeto: cuña y hoja quitanieves, esparcidor de sal y camiones.

II.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Única.- Sobre la obligación de promover una competencia real en los expedientes de contratación.

De acuerdo con los antecedentes expuestos, de las tres empresas llamadas a la licitación para la obra de saneo de blandones en varias carreteras de la provincia de Teruel solamente una resultaría idónea para la realización de la misma, pues la primera (que, con buen criterio, se abstuvo de participar) se dedica a otra finalidad distinta, como es la construcción de edificios, y la segunda tiene por objeto la limpieza y cuidado de carreteras ante problemas derivados de las inclemencias meteorológicas invernales.

Ciñéndonos a las dos que han presentado ofertas, los datos recabados muestran que, aunque se trate formalmente de dos empresas diversas, la gestión se realiza de forma conjunta, incluso disponen de un apoderado común que firma las ofertas.

Ello ha dado lugar a que el procedimiento negociado haya estado vacío de contenido desde el primer momento, y se evidencia en las ofertas presentadas por ambas empresas: la plica de B . muestra un precio de 198.250 €, que supone una baja del 0,87% respecto del tipo de licitación (199.981,29 €, que no incluyen IVA); la oferta de C., por importe de 191.980 €, hace una baja del 4%.

Según establece la Disposición Transitoria primera del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. Conforme a ello, el presente supuesto se regirá conforme a las normas de la *Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*.

El artículo 162 de esta norma dispone que *“En el procedimiento negociado será necesario solicitar ofertas, al menos, a tres empresas capacitadas para la realización del contrato, siempre que ello sea posible”*.

El correcto cumplimiento del requisito de solicitar ofertas al menos a *“tres empresas capacitadas”* exige que:

- Previamente a la invitación a participar, la Administración contratante se asegure de que todas las empresas a las que se va a solicitar oferta se hallen capacitadas para ejecutar la obra que se precisa.
- Las empresas han de ser diferentes, formal y materialmente, de forma que se pueda *“garantizar una competencia efectiva”* (art. 162.4), para lo que cada una de ellas elaborará su plica considerando sus medios y las posibilidades de negocio que ofrezca el contrato, sin conocer las de las otras empresas, que se mantendrán secretas hasta el momento de la apertura de los sobres. Así lo exige el párrafo 3 del mismo artículo al disponer *“Durante la negociación, los órganos de contratación velarán porque todos los licitadores reciban igual trato. En particular no facilitarán, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a*

determinados licitadores con respecto al resto”.

Contrastadas estas exigencias legales con las circunstancias observadas en el caso que nos ocupa puede deducirse que:

- Si bien la primera de las empresas que declina participar en el procedimiento no hace constar el motivo, parece obvio que este radica en que su actividad es diversa a la requerida. Sobre la segunda, se plantean dudas razonables respecto de su idoneidad, pues si bien trabaja en el ámbito de las carreteras, el objeto de su labor es otro.
- Aún considerando, en una interpretación excesivamente formalista, que las dos empresas que han presentado ofertas sean diferentes, la circunstancia de haber sido la misma persona quien firma las dos ofertas invalida el procedimiento. De ahí deriva, sin duda, la casi inexistente baja ofrecida por Asistencia Técnica Invernal y la escasa baja obtenida en el proceso de licitación, con evidente perjuicio para el interés público.

La Administración contratante debería haberse asegurado, antes de cursar la invitación, la aptitud de las tres empresas consultadas para realizar correctamente el objeto del contrato. No se conoce la documentación en que las empresas han justificado su solvencia técnica o profesional; el anexo II del pliego de cláusulas administrativas exigía “a) *Relación de las obras ejecutadas en el curso de los últimos cinco años avalada por certificados de buena ejecución para las más importantes. Criterios de selección: Certificaciones de Administraciones Públicas satisfactorias de obras ejecutadas de tal forma que cada año el presupuesto de las obras ejecutadas sea igual o superior al del contrato*” o alternatively, la clasificación en el grupo G-6, vales sin cualificación específica. Pero aún considerando que las tres empresas reunían los requisitos necesarios de solvencia técnica, el órgano de contratación debería haber apreciado la coincidencia entre las dos empresas ofertantes, eliminando a ambas de la licitación pues, conforme a lo establecido por el artículo 129.3 de la Ley de Contratos, cada licitador no podrá presentar más de una proposición, suponiendo la infracción de esta norma la no admisión de todas las propuestas por él suscritas. Con ello, la licitación hubiese quedado desierta.

Esta forma de proceder no ha respetado los principios “*de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa*” enumerados en el artículo 1 de la Ley de Contratos del Sector Público.

De acuerdo con la previsión contenida en el artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se la adjudicación del contrato mediante la Orden de Consejero de 8 de agosto de 2011 sería un acto anulable, al haber incurrido en infracción del ordenamiento jurídico. Ante ello procedería (artículo 103) su declaración de lesividad para el interés público y su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

III.- RESOLUCIÓN

Vistos los antecedentes de hecho y consideraciones realizadas, y en ejercicio de las facultades que a esta Institución confiere el artículo 22 de la Ley 4/1985, de 27 de junio, reguladora del Justicia de Aragón, he resuelto efectuar al Departamento de Obras Públicas, Urbanismo, Vivienda y Transportes del Gobierno de Aragón las siguientes **RECOMENDACIONES**:

Primera.- Que estudie proceder a la declaración de lesividad para el interés público de la Orden de 08/08/11 por la que se adjudica el contrato de obra "Saneamiento de blandones en varias carreteras de la provincia de Teruel, Expte SV-368-TE", al haberse incluido en infracción del ordenamiento jurídico en su trámite de adjudicación.

Segunda.- Que, en lo sucesivo, disponga lo oportuno para que en los contratos a adjudicar mediante procedimiento negociado se cumplan estrictamente los requisitos establecidos en la Ley, siendo esta mejor garantía del interés público.

Agradezco de antemano su colaboración y espero que en un plazo no superior a un mes me comunique si acepta o no las Recomendaciones formuladas, indicándome, en este último supuesto, las razones en que funde su negativa.

EL JUSTICIA DE ARAGÓN

FERNANDO GARCÍA VICENTE