



Recurso nº 270/2012

Resolución nº 285/2012

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 14 de diciembre de 2012.

VISTA la reclamación interpuesta por D. A. A. V. y D. E. M. de C. A., en representación de la U.T.E CONSTRUCCIONES AMENABAR S.A-TECSA EMPRESA CONSTRUCTORA S.A contra la resolución de adjudicación de 18 de octubre de 2012 del Presidente de la Autoridad Portuaria de Bilbao del Contrato de las obras de ejecución del proyecto constructivo de "Conexión Ferroviaria y Vías de Servicio de la Terminal Logística Ferroviaria del Puerto de Bilbao en Pancorbo (Burgos), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Autoridad Portuaria de Bilbao convocó, mediante anuncio enviado al Diario Oficial de la Unión Europea el 19 de julio de 2012, publicado en el Boletín Oficial del Estado el 20 de julio de 2012, la licitación del Contrato de las obras de ejecución del proyecto constructivo de "Conexión Ferroviaria y Vías de Servicio de la Terminal Logística Ferroviaria del Puerto de Bilbao en Pancorbo (Burgos), con un presupuesto de licitación de 19.576.205,09€ IVA excluido, por procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, de procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, acordándose mediante resolución de 18 de octubre de 2012 la adjudicación a favor de la U.T.E COMSA S.A.-CYCASA CANTERAS Y CONSTRUCCIONES S.A.

Tercero. El recurrente, mediante escrito presentado en el registro del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales el 12 de noviembre de 2012, interpuso

reclamación en materia de contratación contra la resolución de adjudicación de 18 de octubre de 2012.

En la reclamación solicita la nulidad del acuerdo de adjudicación, del acto de apertura de las ofertas y del informe de la Comisión Técnica, y que se ordene retrotraer las actuaciones al momento de la comisión de la infracción o, en su caso, se declare la nulidad del procedimiento de contratación. En escrito complementario presentado en el registro del Tribunal el 19 de noviembre de 2012 comunica, lo que califica como hecho relevante, la publicación en el D.O.U.E el 14 de noviembre de 2012 de la adjudicación y solicita que se oficie al citado Diario Oficial para que remitan copia del citado acuerdo.

Cuarto. El Tribunal en sesión de fecha 30 de noviembre de 2012 acordó mantener la suspensión automática producida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 104.6 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre.

Quinto. La Secretaría del Tribunal, en fechas 20 y 21 de noviembre de 2012, dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen. La U.T.E COMSA S.A.U-CYCASA CANTERAS Y CONSTRUCCIONES S.A. ha evacuado este trámite en plazo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La presente reclamación se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101 y Disposición Adicional Segunda.10 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre

Segundo. Con respecto a los restantes requisitos previos, debe entenderse que la reclamación ha sido interpuesta contra acto reclamable en esta vía y la legitimación activa de la parte recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 102 de la Ley 31/2007.

Tercero. Respecto al plazo para la interposición de la reclamación, es de quince días hábiles a partir de que el interesado haya tenido conocimiento de la infracción que se denuncia, lo cual se produce, de forma cierta, con la notificación de la resolución de

adjudicación. En consecuencia, el *dies a quo* para el cómputo del plazo para la interposición de la reclamación es el día siguiente al de la notificación de la resolución de adjudicación, que se produjo, según consta en el expediente remitido por el órgano de contratación, el día 23 de octubre de 2012.

El artículo 104.3 de la ley 31/2007 establece que *“La presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano competente para resolver la reclamación”*.

De acuerdo con el artículo 48.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuando un día fuese hábil en el municipio o Comunidad Autónoma en que residiese el interesado, e inhábil en la sede del órgano administrativo, o a la inversa, se considerará inhábil en todo caso. En el período de interposición se ha de considerar la fiesta en el País Vasco el 25 de octubre y el 9 de noviembre en Madrid.

La reclamación tuvo entrada en el registro del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales el día 12 de noviembre de 2012, por lo que se interpuso en plazo.

Cuarto. Respecto al fondo del asunto son varias las alegaciones del recurrente. En primer lugar, alega que la Mesa de Contratación no disponía del informe técnico de valoración el día de apertura de las ofertas económicas. Ahora bien en los documentos números 30 y 31 del expediente consta tanto el informe de fecha 15 de octubre de 2012 como el acta de la Mesa de Contratación de 17 de octubre de 2012, en cuyo folio 2, refleja expresamente que disponía del informe técnico correspondiente al momento de la apertura de las ofertas económicas.

En segundo lugar, alegaba que se había infringido el artículo 19 de la Ley 31/2007, al no haber excluido las ofertas que no habían superado el umbral técnico mínimo exigido. Pero lo cierto es que de acuerdo con el Pliego de Condiciones Particulares, apartado 8.7, la exclusión en el acto de apertura de proposiciones económicas sólo tendría lugar respecto a los licitadores rechazados en el trámite de calificación de la documentación general, que de acuerdo con la cláusula 7.16 se contiene en el sobre de “documentación

general". Así se refleja en el acta de la Mesa de 17 de octubre de 2012, folio 6, que excluye de la licitación a las tres empresas que no obtuvieron una calificación superior a 60 puntos considerada como técnicamente aceptable.

En tercer lugar, alega el recurrente la infracción del artículo 82 de la Ley 31/2007 por considerar que estaba incurso en baja anormal y no fue requerido de aclaración sobre la composición de su oferta económica. El recurso se limita a señalar la infracción pero sin argumentarla ni efectuar ninguna consideración sobre el cálculo de la baja que permita conocer el motivo del recurso en este aspecto.

El informe del órgano de contratación expone extensamente cómo se efectuó el cálculo de la baja y que, por la aplicación de la cláusula 8.10, consideraron que las ofertas relativas a los dos grupos empresariales concurrentes, no eran independientes. Sobre los cálculos de las bajas y las ofertas presentadas por empresas integradas en grupos empresariales, este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse, como es en el caso de la resolución número 137/2011 de 11 de mayo, que examina el supuesto de si las ofertas presentadas por empresas que forman parte de un mismo grupo, de conformidad con las normas del artículo 42.1 del Código de Comercio, integradas en unión temporal de empresas con otras que no forman parte del mismo, deben ser valoradas en los términos establecidos en el artículo 86 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas o, si por el contrario, siguiendo el criterio sentado por la Abogacía General del Estado, no procede la aplicación del mismo en tales casos.

Ahora bien, el cálculo de la baja considerando que los grupos empresariales no eran independientes fue del 31,49% y si hubiesen aplicado el criterio de tomar como referencia dos grupos empresariales distintos sería del 31,75%, por lo que la U.T.E recurrente al estar su baja cifrada en un 31,47% no estaría comprendida, en ninguno de los dos supuestos, como incurso en la presunción que obligase a la entidad contratante al requerimiento de aclaración en caso de plantearse su rechazo.

Quinto. En último lugar, las discrepancias del recurrente respecto del informe de valoración técnica pueden clasificarse en las que se refieren estrictamente al resultado de la valoración efectuada por los técnicos, aquellas que aluden a aspectos de su oferta que

no han sido evaluados en el citado informe y las relativas a características propias de su empresa.

La primera discrepancia de la valoración técnica obtenida por su empresa se refiere a todos los criterios de valoración, excepto al previsto en el apartado D “Programa de Actuaciones Medioambientales” en que considera que los nueve puntos obtenidos son correctos.

Respecto a la memoria constructiva y programa de trabajo, considera que su oferta merece una mayor calificación, reiterando y destacando lo ya expuesto en la misma, excepto en el apartado A.1.9 análisis de los condicionantes de obra, en que estima que no se ha valorado que el tramo de vía afectado por las obras es mantenido por ella, y el apartado A.1.12 relación global de medios humanos, en que la empresa considera que disponer de delegación en Burgos y parque de maquinaria en Pancorbo es un plus de calidad. Estos dos últimos aspectos, como se ha adelantado, se examinarán separadamente.

En el apartado relativo a la calidad a obtener, señala que ha presentado un Plan de Actuaciones de Calidad no exigido. Efectivamente, el apartado 14 del cuadro de características no prevé el Plan de Aseguramiento de la Calidad pero sí rige el anexo nº 6 y 7 del Pliego de Condiciones Particulares y el informe técnico efectúa una valoración motivada de la puntuación obtenida en este apartado. A continuación el recurrente reitera su oferta para que la valoración técnica a obtener sea superior a la ya otorgada.

Con relación a la Memoria de Seguridad y Salud, en cada uno de los subapartados entiende el recurrente que su oferta merece una mayor calificación en la puntuación técnica al haber adecuado su oferta a los requerimientos del pliego de condiciones particulares.

El recurrente no ofrece argumento alguno que pruebe o justifique que la valoración efectuada por la Comisión Técnica sea errónea, arbitraria o discriminatoria, simplemente expresa una opinión disconforme con la puntuación obtenida, ya que considera que debían habersele otorgado más puntos.

Con relación a esta cuestión, este Tribunal en sus resoluciones nº 269/2011, de 10 de noviembre y 280/2011, de 16 de noviembre ya ha señalado: *“En fin, en cuanto a irregularidad de la valoración técnica, como ha señalado anteriormente este Tribunal, es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la doctrina reiteradamente sostenida por nuestro Tribunal Supremo con respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios o que finalmente no se haya incurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración. “*

Y en este supuesto, como en aquellos, de lo alegado por la reclamante no puede sino deducirse que incide directamente en la discrecionalidad técnica de la valoración sin afectar a sus aspectos formales y sin que, examinadas las alegaciones del reclamante y los argumentos en contrario del informe de la entidad contratante, se haya apreciado por este Tribunal arbitrariedad, discriminación, omisiones o errores materiales, estando además el informe técnico en que se funda la adjudicación adecuada y suficientemente motivado.

Quinto. El recurrente discrepa de la valoración técnica obtenida por su empresa y para ello menciona aspectos de su oferta que, en su opinión, son ampliamente beneficiosos para el desarrollo del contrato, y no han sido evaluados en el citado informe. Así respecto al plazo de ejecución alega que han ofertado una reducción del plazo de un mes y que no se ha tenido en cuenta como mejora pese a las ventajas que supone.

También añade que la tecnología e I+D+I también supone una mejora que no ha sido oportunamente valorada.

Ahora bien, los criterios de valoración son los que están establecidos en el Anexo nº 1 del Pliego de Condiciones Particulares, norma específica décima, página 54, apartado b) que

tanto en cuanto al plazo de ejecución, como a la tecnología e I+D+I se hace mención expresa a su no aplicabilidad, por lo que la alegación del recurrente no puede ser estimada.

Por otra parte, el recurrente hace mención a características propias de su empresa y considera que en el apartado A.1.9 “análisis de los condicionantes de obra”, no se ha valorado que el tramo de vía afectado por las obras es mantenido por ella, y en el apartado A.1.12 relación global de medios humanos, entiende que disponer de delegación en Burgos y parque de maquinaria en Pancorbo es un plus de calidad que no ha sido tomado en consideración por el informe técnico.

Con relación al mantenimiento que asume la empresa de la línea ferroviaria, el informe del órgano de contratación expone que la recurrente omite que su oferta adolece de mención específica del contenido del Plan Marco, documento que especifica las condiciones particulares otorgadas por ADIF para los trabajos que suponen una potencial interferencia de las obras con la explotación ferroviaria de la Línea general Madrid-Hendaya de la Red Ferroviaria de Interés General, que figura como Anexo nº 8 del Pliego, y que la prestación del servicio de mantenimiento no es determinante a efectos de valoración ya que la Comisión Técnica debe valorar la concreta oferta presentada. De igual modo el informe del órgano de contratación añade que respecto a la delegación y al parque de maquinaria, se ha de valorar la oferta presentada, y en concreto, el organigrama y modelo de organización propuesto.

Efectivamente el informe técnico debe evaluar la concreta oferta presentada por la empresa licitadora y su adaptación al Pliego de Condiciones Particulares y no las características propias de la misma. Por otro lado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 9/09, de 31 de marzo de 2009 relativo a la aplicación del criterio de arraigo local o de vecindad de la empresa como requisito de aptitud, de solvencia o como criterio de adjudicación en los contratos, ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre la imposibilidad de su utilización como criterio de valoración: *“En primer lugar, el principio no discriminatorio que la Directiva 2004/18/CE consagra y que nuestra Ley expresamente recoge, según hemos visto en el punto anterior, en su artículo 1.*

Este principio, además, y con aplicación directa ya a los procedimientos de adjudicación está expresamente recogido también en el artículo 123 de la misma Ley, de conformidad con el cual “Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia”. Esta sola declaración pone ya de manifiesto hasta qué punto no está permitido discriminar las ofertas por razón de las características que pueda tener cada una de las empresas licitadoras, en este caso su domicilio social o su especial arraigo en una determinada localidad o territorio. (...)

En efecto la vinculación directa exige que el criterio de valoración afecte a aspectos intrínsecos de la propia prestación, a cuestiones relativas al procedimiento de ejecución o a las consecuencias directas derivadas de la misma. No puede afectar a cuestiones contingentes cuya alteración en nada altere ni la forma de ejecutar la prestación ni los resultados de la misma. ”

Sexto. Por último, es preciso añadir que el recurrente a lo largo de todo su escrito y en la propia solicitud del mismo, pretende que se declare la nulidad del informe técnico y que se vuelva a valorar su oferta para lo que reitera los aspectos técnicos de la misma en cada uno de sus apartados. Ahora bien, los actos administrativos gozan de presunción de legitimidad, así lo prevé el artículo 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que dispone que los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumen válidos, presunción de legalidad del acto administrativo que ha sido interpretada por la jurisprudencia, entre otras muchas, por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 12 febrero 2009 que considera: “Señalando al respecto que la presunción de legalidad que corresponde al acto administrativo, ex artículo 57 de la Ley 30/1992, no implica, en modo alguno, el desplazamiento de la carga de la prueba, pues dicha presunción únicamente impone la carga de recurrir en sede judicial la resolución administrativa, pudiendo obviamente basarse la impugnación en la falta de prueba de los hechos que sirven de presupuesto fáctico al expresado acto.

El principio de presunción de validez del artículo 57.1 de la Ley 30/1992, por tanto, significa únicamente que ha de entenderse transferida al destinatario de la resolución la carga de impugnar los actos de la Administración, para evitar que esa presunción de ser

conforme a Derecho los convierta en inmunes ante la pasividad que supone el transcurso de los plazos impugnatorios. La presunción de que los actos administrativos se acomodan a la legalidad no altera, sin embargo, las reglas de distribución de la carga de la prueba que fija el artículo 217 de la LEC, ni supone otorgar presunción de certeza a los hechos que en las resoluciones de la Administración se declaren probados.”

Las reglas de la carga de la prueba no se ven alteradas, de modo que a cada uno le incumbe la prueba de aquellos hechos que invoca en su favor, en este supuesto, el recurrente se ha limitado a alegar el error en la valoración de su oferta en el informe técnico emitido, se trata de un apreciación subjetiva que no puede ser considerada por este Tribunal, al haberse apoyado, como hemos señalado, en una reproducción de los aspectos técnicos que han sido en su opinión insuficientemente valorados.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar la reclamación interpuesta por D. A. A. V. y D. E. M. de C. A., en representación de la U.T.E CONSTRUCCIONES AMENABAR S.A-TECSA EMPRESA CONSTRUCTORA S.A contra la resolución de adjudicación de 18 de octubre de 2012 del Presidente de la Autoridad Portuaria de Bilbao del Contrato de las obras de ejecución del proyecto constructivo de “Conexión Ferroviaria y Vías de Servicio de la Terminal Logística Ferroviaria del Puerto de Bilbao en Pancorbo (Burgos).

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con lo previsto en el artículo 45 del TRLCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 106.5 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.