



Recurso nº 096/2013 C.A. Murcia 004/2013

Resolución nº 088/2013

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 27 de febrero de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D. I.M-C.G., en nombre y representación de FERROVIAL SERVICIOS, S.A., contra el acuerdo de exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato de colaboración público privada para la realización de Inversiones en medidas de ahorro y eficiencia energética y aprovechamiento de energías renovables en determinados hospitales del Servicio Murciano de Salud expediente 2/2012, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Servicio Murciano de Salud convocó, mediante anuncio publicado en el perfil de contratante del Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en el BOE, y en el Diario Oficial de la Unión Europea de 3 de julio de 2012, la licitación para adjudicar un *contrato de colaboración público privada para la realización de Inversiones en medidas de ahorro y eficiencia energética y aprovechamiento de energías renovables en determinados hospitales del Servicio Murciano de Salud*, por un procedimiento de diálogo competitivo, fijándose como fecha límite para la presentación de ofertas el día 27 de julio de 2012.

A la mencionada licitación, dividida en cinco lotes, concurrieron nueve licitadores, entre ellos FERROVIAL SERVICIOS S.A. que ha interpuesto el presente recurso especial en materia de contratación.

Segundo. El órgano de contratación procedió al examen de la documentación presentada, valorando el 25 de octubre de 2012 la Mesa especial de diálogo competitivo su solvencia, aprobando el 31 de octubre de 2012 el Director Gerente del Sistema Murciano de Salud, dicha valoración de las propuestas presentadas y acordando la apertura de la siguiente

fase de presentación de Propuestas de Solución Inicial (PSI) por los licitadores invitados al diálogo competitivo (páginas 273 a 278 del expediente de contratación).

Dicha resolución fue objeto de tres recursos especiales en materia de contratación que se sustanciaron ante la Consejería de Sanidad y Política Social del Gobierno de la Comunidad Autónoma con los números 404, 405 y 406/2012.

El primero de ellos interpuesto por VALORIZA fue desestimado (págs. 297 a 318 del expediente de contratación).

El segundo, interpuesto por la UTE ROCHINA- IMTECH dio lugar a una estimación parcial, indicando la parte dispositiva de la resolución (págs. 319 a 336 del expediente) que debería retrotraerse el procedimiento al momento de valoración de las ofertas de los licitadores. Si bien este efecto se matiza en el último fundamento de derecho de la resolución indicando que se produce dicha retroacción a los solos efectos de rectificar la valoración de la recurrente con el fin de sumar la puntuación correspondiente al proyecto desarrollado por la misma en el Gran Teatro del Liceo de Barcelona.

El tercero de ellos, fue igualmente estimado indicando su resolución en su parte dispositiva (págs. 337-352 del expediente) que suponía la retroacción del procedimiento al momento anterior al 25 de octubre para que se modificase la valoración de la oferta de la UTE recurrente (COFELIS.S.A-IMESAPI S.A.).

Ninguno de estos recursos especiales, fundados en discrepancias en la valoración obtenida por las propuestas de las recurrentes, fue interpuesto por FERROVIAL SERVICIOS S.A., tampoco se adhirió a los mismos ni efectuó alegaciones.

Las resoluciones recaídas en estos recursos no fueron recurridas por FERROVIAL SERVICIOS, S.A. ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En cumplimiento de las órdenes de la Sra. Consejera de Sanidad y Política Social que deciden los recursos especiales mencionados, se dicta la resolución de 9 de enero de 2013 del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, que ordena la retroacción del procedimiento a los solos efectos de rectificar la valoración de las ofertas de la UTE ROCHINA- IMTECH (pág. 353 del expediente de contratación) y de la UTE COFELIS.S.A-

IMESAPI,S.A con la adición de la puntuación correspondiente a los conceptos indebidamente excluidos. Consecuencia de la nueva valoración se produce un empate a 27 puntos resuelto por sorteo celebrado el 15 de enero de 2013, tal y como aparece en la resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, de 16 de enero de 2013, (págs. 354 a 357 del expediente de contratación) que supone la continuación del procedimiento con la invitación a los licitadores seleccionados y la exclusión de FERROVIAL SERVICIOS S.A.

En el caso del recurso 406/2012 la valoración no produce efecto alguno en tanto la recurrente la UTE COFELIS.S.A-IMESAPI, S.A, no alcanza la puntuación mínima.

Tercero. Frente a dicha Resolución, FERROVIAL SERVICIOS S.A., presentó en el registro de este Tribunal el 7 de febrero de 2013, previo anuncio presentado el 6 de febrero en el Registro del Órgano de Contratación, recurso especial en materia de contratación.

Solicita la recurrente la declaración de nulidad de todas las actuaciones llevadas a cabo por el Servicio Murciano de Salud, por falta de motivación del acuerdo impugnado y de la exclusión de la recurrente, por discriminación al haberse modificado los criterios de valoración el 10 de octubre de 2012 y por no haberse valorado oportunamente su oferta respecto de ciertos trabajos previos, solicitando la retroacción del procedimiento al momento anterior a dicha fecha a fin de que se proceda a una nueva valoración de las ofertas.

Cuarto. Al amparo de lo previsto en el artículo 46.2 del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), se solicitó del órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido éste acompañado del correspondiente informe.

El informe del órgano de contratación, resumidamente, viene a expresar que el recurso está fundado exclusivamente en la disconformidad de la recurrente con la valoración obtenida en la fase inicial y que contra dicha valoración no recurrió en su momento, resultando ahora con ocasión de su exclusión como consecuencia del sorteo que resuelve el empate producido tras la rectificación operada merced a los recursos interpuestos por otros licitadores, cuando plantea su disconformidad. Considera que la nueva valoración no

debe modificar la valoración de los licitadores que no recurrieron como es el caso de la recurrente y que tratándose por lo demás de un acuerdo dictado en ejecución de las resoluciones de los recursos mencionados el presente recurso especial incurre en motivo de inadmisión por suponer impugnación de un acto confirmado en vía administrativa.

De conformidad con el artículo 46.3 del mismo texto legal, se notificó el recurso a los demás interesados en orden a la formulación de las alegaciones, trámite evacuado por la empresa FULTON SERVICIOS INTEGRALES S.A.

Quinto. Este Tribunal, en su reunión de 14 de febrero de 2013, acordó acceder a la solicitud de la recurrente de medida provisional consistente en la concesión de la suspensión de la tramitación del procedimiento de contratación producida de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 46 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver el presente recurso corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP a la vista del Convenio suscrito entre la Administración General del Estado y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, de 4 de octubre de 2012 (BOE de 21 de noviembre).

Segundo. La entidad recurrente ostenta legitimación activa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 de la citada Ley, a cuyo tenor: *Podrá interponer recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.*

En efecto, la entidad recurrente ostenta un claro interés legítimo en la medida en que es una de las entidades que ha concurrido al procedimiento para la adjudicación del contrato objeto de licitación, habiendo resultado no invitada a presentar propuestas y por ende excluida por el acuerdo recurrido.

Tercero. La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal de quince días hábiles previsto en el artículo 44.2 del TRLCSP, habiendo sido debidamente anunciada al Órgano de contratación conforme a lo establecido en el artículo 44.1 del TRLCSP.

Cuarto. El contrato objeto del recurso es un contrato de colaboración público privada sujeto a regulación armonizada por lo que el acuerdo de adjudicación o la exclusión de la recurrente son susceptibles de recurso especial en materia de contratación conforme a lo dispuesto en el artículo 40.1. a) del TRLCSP.

Quinto. Por FERROVIAL SERVICIOS, S.A., se impugna el acuerdo notificado el 23 de enero de 2013, por el que se comunica la puntuación obtenida por los licitadores y el resultado del sorteo indicando los admitidos para los cinco lotes del contrato que continúan el procedimiento de diálogo competitivo, no resultando seleccionada la recurrente.

En suma argumenta dos grupos de alegaciones, las referidas exclusivamente a la valoración efectuada el 25 de octubre por la Mesa Especial y que dio lugar a la resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud de 31 de octubre de 2012, y de otras alegaciones que al menos formalmente achacan motivos de ilegalidad a la resolución de 23 de enero de 2013.

En el primer grupo de alegaciones se justifica la nulidad de todo lo actuado razonando que la valoración de las ofertas se ha realizado sobre los criterios sentados por la Mesa especial el 10 de octubre que suponen una modificación de los términos fijados inicialmente, discrepa de la valoración efectuada por la Mesa con relación a los trabajos anteriores efectuados por la empresa así como del criterio seguido con relación a la admisión de certificados de calidad y de los diversos trabajos.

En el segundo grupo de alegaciones, que atañen específicamente a la resolución de 23 de enero de 2013. Se invoca la falta de motivación de la exclusión de la recurrente, si bien cuestionando la valoración obtenida según el acuerdo de 25 de octubre de 2012, y aludiendo cierta comunicación de cambio de criterios de valoración recibida el 5 de noviembre. En suma motivos todos ellos que cuestionarían no tanto la exclusión operada por el sorteo efectuado para solventar el empate generado con la revisión de las

valoraciones -operada por mor de los recursos interpuestos ante la Consejería de Sanidad y Política Social- sino la previa valoración de la oferta de la recurrente.

Sexto. A. Respecto a la primera cuestión cumple examinar si resulta atacable la valoración efectuada el 25 de octubre por la Mesa Especial, incorporada a la resolución de 31 de octubre, por motivos de forma –falta de motivación- o de fondo, como la supuesta modificación de criterios operada el 10 de octubre de 2012, la indebida valoración de trabajos previos aportados o el tratamiento de los certificados de los trabajos o de la calidad de los mismos.

Procede comenzar examinando el alcance de la retroacción del procedimiento al momento anterior al 25 de octubre de 2012 para una nueva valoración operada como consecuencia de los recursos especiales 405 y 406/2012 y si dichas resoluciones imponen una nueva valoración de todas las ofertas o solamente las de los recurrentes.

Del tenor literal de dichas órdenes se deduce que la valoración se ha de operar rectificando la puntuación asignada a los recurrentes, en modo alguno a la revisión del resto de las valoraciones, cuestión que ni era objeto de recurso ni se cuestionó por FERROVIAL SERVICIOS, S.A. que no impugnó su puntuación ni se adhirió a los recursos interpuestos. Tampoco cuestionó la ahora recurrente la supuesta falta de motivación de la puntuación obtenida ni denunció la modificación de criterios operada el 10 de octubre de 2012 y frente a la que tampoco reaccionó.

Por otra parte, además del tenor de las propias órdenes de la Sra. Consejera de Salud y Política Social de resolución de los recursos especiales mencionados, el principio de máxima conservación del acto administrativo impide una interpretación extensiva de la retroacción, en aplicación de los arts. 66 y 64 de la Ley 30/1992, estableciendo sobre esta cuestión, este último precepto lo siguiente:

2. La nulidad o anulabilidad en parte del acto administrativo no implicará la de las partes del mismo independientes de aquélla salvo que la parte viciada sea de tal importancia que sin ella el acto administrativo no hubiera sido dictado.

Si como pretende la recurrente debiera haberse colegido de dichos recursos una nueva valoración de todas las ofertas y no sólo de quienes los instaron, la vía para revisar dicha

decisión es la del recurso contencioso administrativo y no la impugnación de un acto posterior confirmatorio o del resultado de aquel como es la continuación del procedimiento.

Sentado que la valoración de la oferta de FERROVIAL SERVICIOS, S.A., operada el 25 de octubre de 2012 y recogida en la resolución del Gerente del Servicio Murciano de Salud de 31 de octubre, es firme y consentida por ésta, no resulta susceptible de revisión en sede del presente recurso especial, lo que de suyo y si no se aludiera a otro objeto de impugnación, daría lugar a la inadmisión del presente recurso.

b. Siguiendo el examen de las alegaciones de la recurrente en que funda la nulidad de las actuaciones del Servicio Murciano de Salud, se alude a la falta de motivación de la exclusión de la recurrente siendo lo cierto que dicha exclusión se produce como consecuencia del sorteo celebrado el 15 de enero para resolver el empate producido tras la adición de las puntuaciones reconocidas a las empresas que en su momento recurrieron contra la valoración contenida en la resolución de 31 de octubre de 2012.

Sobre la procedencia de la aplicación de sorteo como medio de solución del empate en defecto de previsión en los pliegos y en aplicación analógica del art. 84 del Reglamento de Contratos de las Administraciones Públicas este Tribunal tiene dicho entre otras en su resolución 159/2011 (Expediente 119/2011), lo siguiente:

Acudir a los criterios previstos en la disposición adicional sexta de la Ley 30/2007 sería una opción, como podría haber otras que la propia recurrente se encarga de apuntar, pero exigen que el órgano de contratación lo haya previsto en los pliegos. Por otra parte, conviene señalar que no hay ninguna norma que obligue a la Administración a incluir en los pliegos de contratación el sistema contemplado en la citada disposición adicional sexta. Los pliegos son ley del contrato y obligan a las partes en todos sus términos. Pero acudir a aquéllas fórmulas sin que se hallen recogidas en los pliegos sí que supondría una actuación arbitraria, injusta y discriminatoria por parte de la Administración. Por lo tanto, en el caso que nos ocupa, este Tribunal entiende que no existe impedimento legal alguno sino más bien al contrario, para aplicar el sorteo como forma de resolver la adjudicación entre dos licitadores con ofertas con idéntica puntuación.

Por otra parte la falta de motivación que achaca la recurrente a la exclusión alude de nuevo a la motivación de la valoración de las ofertas operada por el acuerdo de 31 de octubre, que por consentida y firme no puede admitirse, resultando además suficientemente motivada en tanto recoge la puntuación otorgada por la Mesa Especial - resultando incorporado al expediente el acta e informe correspondiente- y recoge el resultado del sorteo operado el 15 de enero, motivo indicado expresamente en la resolución por el cual no se le invitó a continuar en el procedimiento.

No cabe por ende apreciar falta de motivación en la resolución que se recurre ni indefensión alguna dado que la recurrente sabe y conoce a la luz de dicha motivación y del contenido del expediente el motivo de su exclusión, no procediendo apreciar infracción alguna determinante de invalidez del acto impugnado tal y como expresábamos en la resolución 269/2012 (recurso 262/2012), al recordar que:

El acto de selección de participantes en la fase de diálogo competitivo que conlleva el descarte de los demás licitadores es un acto de trámite cualificado que impide al recurrente continuar en el procedimiento, por consiguiente, está sujeto a motivación conforme a lo dispuesto en dicho precepto.

Esto no obstante, como reitera la jurisprudencia y ha afirmado este Tribunal en repetidas ocasiones, la motivación no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente, así como su extensión de amplitud bastante para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto para poder defender sus derechos e intereses, pudiendo ser los motivos de hecho y de derecho sucintos siempre que sean suficientes, como así lo declara tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo (por todas STC 37/1982, de 16 junio, SSTs de 9 junio 1986, 31 de octubre de 1995, 20 de enero 1998, 11 y 13 de febrero, 9 de marzo 1998, 25 de mayo 1998, 15 de junio de 1998, 19 de febrero 1999, 5 de mayo de 1999 y 13 enero 2000).

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por contra el acuerdo dictado por el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud de 16 de enero de 2013 por el que se invita a continuar en el procedimiento de diálogo competitivo a las empresas seleccionadas por sorteo celebrado el 15 de enero (expediente de contratación 2/ 2012).

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, 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 10 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.