



Recurso nº 688/2015 C.A. Galicia 86/2015

Resolución nº 706/2015

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

En Madrid, a 24 de julio de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D. L.H.G.C. y D. J.P.P., en representación de la UTE TECYP, SL-DELOITTE CONSULTING, S.L.U., contra la resolución de la Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructuras de Galicia, por la que se acuerda su exclusión del procedimiento de licitación relativo al "Servicio para la redacción del proyecto básico y de ejecución de la terminal de autobuses integrada en la Estación Intermodal de Vigo" (expediente 15/2015M), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructuras, publicó en el Diario Oficial de Galicia (el 6 de abril de 2015), en el Boletín Oficial del Estado (el 19 de abril de 2015) y en el Diario Oficial de la Unión Europea (el 3 de abril de 2015) licitación para adjudicar el "*Servicio para la redacción del proyecto básico y de ejecución de la terminal de autobuses integrada en la Estación Intermodal de Vigo*" (expediente 15/2015M).

El valor estimado del contrato se cifra en 289.012,94 euros (IVA excluido).

Segundo. Presentaron ofertas a la licitación, además de la recurrente, las empresas UTE PROYFE, S.L.-TRN INGENIERÍA Y PLANIFICACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS, S.A.; SGS TECNOS, S.A.; AECOM INCOSA S.L.U; UTE PETTRA S.L.-CESAR PORTELA S.L.P; IDOM, INGENIERÍA Y CONSULTORÍA, S.A.; UTE G.O.C S.A.-JUAN CARLOS CABANELAS RODRÍGUEZ; EGIS EYSER, S.A.; UTE NOEGA INGENIEROS,S.L.-ALBERTO NOGEROL+PILAR DÍEZ; UTE NOVOTEC CONSULTORES, S.A.-CLOTHOS, S.L.; UTE ICEACSA CONSULTORES S.L.U-KV



CONSULTORES S.L.; SERDEL S.A.P; TECNICA Y PROYECTOS, SA (TYP SA); COORDINACIÓN TECNOLOGÍA Y ARQUITECTURA. S.L.

Tercero. En el acto de apertura de la documentación administrativa la mesa de contratación tomó conocimiento de que la empresa DELOITTE CONSULTING, S.L.U, que se presentaba a la licitación en UTE con TECYO SL, fue adjudicataria del expediente de contratación 1/2014 M “*Servicio para la elaboración de estudios previos de la terminal de autobuses integrada en la Estación Intermodal de Vigo*” y había elaborado dicho estudio previo.

De dicho estudio la alternativa 6 integra el PPT, mientras que el resto de su contenido no ha sido objeto ni de publicación ni de conocimiento por parte del resto de los licitadores. Sí se prevé en la cláusula 5.3 del Pliego de Condiciones Técnicas Particulares que “*Además, la Administración pondrá la disposición del Consultor: ·Los estudios y proyectos que sirven de antecedente al objeto de este contrato*”.

Por ello acordó proponer al órgano de contratación la exclusión de la licitación por considerar que su participación supondría un trato privilegiado dado que dichas circunstancias le colocaban en una posición de ventaja en relación con el resto de los licitadores.

Cuarto. El órgano de contratación acordó, por resolución de 1 de junio de 2015, la exclusión del licitador en aras de garantizar el principio de igualdad de trato y de no discriminación y el principio de concurrencia, notificándole el día 2 de junio al licitador afectado su exclusión.

Quinto. El 16 de junio de 2015 la UTE TECYP, SL-DELOUTTE CONSULTING S.L.U. (UTE recurrente en adelante) anunció ante el órgano de contratación la intención de interponer recurso especial en materia de contratación administrativa, recurso que interpuso ese mismo día también ante el órgano de contratación.

Sexto. El órgano de contratación dio traslado del mismo a este Tribunal, con remisión del expediente administrativo, del informe previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP, así como de la identificación de las empresas que se presentaron a la licitación.



Séptimo. La Secretaría del Tribunal, en fecha de 2 de julio, dio traslado del recurso interpuesto a los interesados por si quisieran presentar alegaciones en un plazo de 5 días hábiles, no habiéndose presentado alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El recurso interpuesto tienen el carácter de recurso especial en materia de contratación, y este Tribunal es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP, y el Convenio suscrito al efecto con la Comunidad Autónoma de Galicia, publicado en el BOE núm. 282 de 25 de noviembre de 2013.

Segundo. El acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo previsto en los apartados 1 letra a), y apartado 2 letra b), ambos del artículo 40 del TRLCSP.

Tercero. El recurrente tiene legitimación con arreglo al artículo 42 del TRLCSP, en la medida en que ha sido excluido el procedimiento de licitación en virtud de la resolución que impugna.

Cuarto. El recurrente ha interpuesto el recurso dentro del plazo de los 15 días hábiles que fija el artículo 44 del TRLCSP, mediante escrito presentado en el registro del órgano de contratación, habiéndolo anunciado previamente conforme al artículo 44.1 del TRLCSP.

Quinto. El recurrente impugna la resolución de exclusión porque considera que no debió ser excluida del concurso. Admite que DELOITTE CONSULTING S.L.U ha realizado el documento relativo a los *“Estudios previos de la terminal de autobuses integrada en la Estación Intermodal de Vigo”* pero indica, por una parte, que la alternativa seleccionada por la Xunta acompaña al PCTP y que por lo tanto es conocida por los licitadores, y, por otra parte, que el documento elaborada sea conocida por los licitadores depende únicamente de la Xunta.

Sexto. El órgano de contratación, en el informe remitido a este Tribunal, explica que la participación de la empresa coloca a la UTE recurrente en posición de ventaja



respecto de los otros licitadores prohibida por el artículo 56.1 del TRLCSP. Así, DELOITTE participó en la elaboración del estudio previo de la terminal de autobuses integrada, y el conocimiento del documento de forma íntegra, lo situaría en una posición de ventaja para elaborar una oferta en la licitación frente al resto de los competidores.

Séptimo. A la vista de todo lo expuesto, el presente recurso únicamente se centra en determinar si concurren o no los requisitos que establece el artículo 56.1 del TRLCSP con arreglo al cual: *“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la adjudicación de contratos a través de un procedimiento de diálogo competitivo, no podrán concurrir a las licitaciones empresas que hubieran participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato siempre que dicha participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras.”*

Como ya explicamos en la resolución 527/2013, de 20 de noviembre “El citado precepto, antes transcrito, establece una condición especial de compatibilidad sobre la que este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en anteriores ocasiones. Así, en la Resolución 105/2013, de 14 de marzo, se concretaron los requisitos a los que se supedita la aplicación del artículo 56.1 del TRLCSP: “Dos son los requisitos que exige el artículo en cuestión: de una parte, la participación de la empresa en la redacción de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato y, de otra, que de tal participación se derive restricción para la concurrencia o trato privilegiado. A tenor de lo señalado en ese precepto, la incompatibilidad no deriva solamente de la participación directa en la redacción de los pliegos que deben regir la licitación, sino que debe entenderse incurso en la condición especial de incompatibilidad todo aquél que participe de forma directa o indirecta en la determinación de los citados documentos. Asimismo, el segundo requisito exigido para que resulte de aplicación la incompatibilidad especial que regula este artículo es que la participación en la elaboración de los documentos pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras”.



Y en la Resolución 139/2012, de 28 de junio, se examinó la finalidad a la que responde el artículo 56.1 del TRLCSP: *“la redacción del precepto pone de manifiesto que su objeto no es sino prevenir un posible trato privilegiado que derive de la participación en la elaboración de documentos preparatorios del contrato, y precisamente por ello dice ‘pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado’, con lo cual se previene del hecho de que tal participación pueda colocar a alguno de los licitadores en posición de ventaja respecto de los otros por conocer de forma previa o con mayor detalle los pormenores de la prestación. Se trata de evitar una situación que resulta difícilmente compatible con los principios de libre concurrencia, no discriminación y transparencia, y ello aún en el caso de que en el órgano de contratación no exista premeditación alguna en cuanto a la determinación de la persona del adjudicatario”*.

Esta previsión tiene por finalidad garantizar el principio de igualdad de trato que exige, según reiterada jurisprudencia del TJUE, que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato esté justificado objetivamente (sentencias de 14 de diciembre de 2004, Arnold André, C-434/02, apartado 68 y Swedish Match, C-210/03, apartado 70).

Como ya explicó el TJUE en la sentencia 21/03, Fabricom (asuntos acumulados 21/03 y 34/03) *“ Ahora bien, una persona que se haya encargado de la investigación, de la experimentación, del estudio o del desarrollo de obras, suministros o servicios relativos a un contrato público (en lo sucesivo, una «persona que haya realizado determinados trabajos preparatorios») no se encuentra forzosamente, respecto de la participación en el procedimiento de adjudicación de dicho contrato, en la misma situación que una persona que no haya realizado tales trabajos.*

29 En efecto, por una parte, la persona que haya participado en determinados trabajos preparatorios puede verse favorecida a la hora de formular su oferta, en virtud de la información que haya podido obtener sobre el contrato público en cuestión al realizar los mencionados trabajos. Pues bien, todos los licitadores deben disponer de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas (véase, en este sentido,



la sentencia de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C-87/94, Rec. p I-2043, apartado 54)."

Por lo tanto, con el fin de ver si se estamos ante el supuesto que prevé el artículo 56.1 del TRLCSP es necesario examinar si concurren los dos requisitos que este artículo exige: que la UTE haya participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato, y que esa participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras.

Octavo. En primer lugar, es incontrovertido por ambas partes que DELOITTE CONSULTING, S.L.U ha participado en la elaboración de los documentos preparatorios del contrato, en la medida en que el estudio previo tenía por finalidad precisamente realizar ese estudio con la finalidad de sacar la licitación para la redacción del proyecto básico y de ejecución de la terminal de autobuses.

Por lo tanto, se da una de las condiciones previstas en el artículo 56.1 del TRLCSP, pues como explicamos en nuestra resolución número 607/2013 de 4 de diciembre *"la incompatibilidad no deriva solamente de la participación directa en la redacción de los pliegos que deben regir la licitación, sino que al referirse el artículo 56.1 tanto a los pliegos como a los documentos preparatorios del contrato, debe entenderse incurso en la condición especial de incompatibilidad a todo aquél que participe de forma directa o indirecta en la determinación del contenido de los citados documentos"*.

Ahora bien, existiendo dicha participación ello no conlleva la exclusión automática, sino que es necesario que se cumpla el segundo de los requisitos, es decir, que dicha participación haya provocado restricciones a la libre concurrencia u otorgado un trato de favor. Pasamos a examinar esta circunstancia.

Noveno. Al efecto, lo primero que debemos poner de manifiesto es que si bien el documento controvertido no se ha puesto a disposición de los licitadores en su integridad, sí lo ha sido la alternativa 6.

La alternativa 6 constituye parte del Pliego de Condiciones Técnicas Particulares en la medida en que de acuerdo con la cláusula 4 del PPT *"El proyecto básico y el proyecto*



de ejecución a redactar se harán en desarrollo del diseño propuesto en la alternativa 6 de los estudios previos de la terminal de autobuses integrada en la estación intermodal de Vigo de fecha diciembre de 2014.”

El resto del documento, del que se ha remitido el índice a este Tribunal se refiere a la descripción de los trabajos previos (cartografía, estudio de necesidades, estudio funcional, y tres alternativas distintas) y será puesto a disposición de la adjudicataria según la cláusula 5.3.

Pues bien, lo primero que debemos poner de manifiesto es que el órgano de contratación no ha explicado ni la razón por la cual no se ha puesto a disposición de los licitadores el documento completo y solo el anexo 6, ni tampoco por qué esta situación puede producir una situación de ventaja o privilegio, en este caso de la empresa recurrente, en relación al conjunto de los licitadores.

Lo cierto es que, como dice el licitador, es el órgano de contratación el que puede poner a disposición de los licitadores dicho documento. Si verdaderamente considera que puede darse esa situación de privilegio lo que tiene que hacer es poner a su disposición el documento. Lo que no puede hacer es excluir al licitador por participar en la elaboración de un estudio preparatorio del contrato por el simple hecho de que los demás licitadores no conocen ese documento, de forma que si el privilegio opera simplemente por ese desconocimiento, lo que debe hacer el órgano de contratación es entregar a todas y cada una de las empresas que participan en la licitación el mismo.

De hecho, el documento controvertido es un documento que puede resultar aconsejable conocer antes de presentar las ofertas pertinentes, en la medida en que si se está licitando la realización del proyecto básico, es racional entender que para formular unas ofertas sería necesario y aconsejable conocer todos los datos posibles, y en especial los de ese documento. De hecho, el propio Pliego prevé su entrega al adjudicatario.

En este sentido, debe recordarse lo indicado por la Audiencia Nacional en su sentencia de 18 de abril de 2012 (JUR\2013\160317) cuando explica que (el subrayado es nuestro) “*Si lo que la ley persigue es evitar distorsiones a la libre*



competencia o evitar el trato privilegiado, en este caso la solución no es impedir a ARTYCO participar en el concurso, sino entregar a todas y cada una de las empresas que participan en la licitación el estudio completo elaborado por ARTYCO. De este modo desaparecería la denunciada situación de privilegio y se evitaría que, por haber sido adjudicataria de un contrato quedase automáticamente impedida de participar en cualquier otra contratación pública relativa al mismo bien, finalidad que no buscada por la norma, y que produciría una discriminación en contra de la demandada.”

Estos argumentos son trasladables al asunto que nos ocupa, y, por lo tanto, procede estimar el recurso interpuesto y anular la resolución de exclusión. Ahora bien, en la medida en que los licitadores siguen desconociendo el documento controvertido, la única forma de garantizar el principio de igualdad y de libre concurrencia es anular el procedimiento de contratación y retrotraerlo hasta la fase de formulación de las ofertas técnicas con el fin de que las empresas licitadores, si lo solicitan, puedan acceder al “Estudio previo de la terminal de autobuses integrada en la estación intermodal de Vigo”.

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. L.H.G.C. y D. J.P.P., en representación de la UTE TECYP, SL-DELOITTE CONSULTING, S.L.U., contra la resolución de la Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructuras de Galicia, por la que se acuerda su exclusión del procedimiento de licitación relativo al “Servicio para la redacción del proyecto básico y de ejecución de la terminal de autobuses integrada en la Estación Intermodal de Vigo” (expediente 15/2015M) en los términos expuestos en esta resolución.

Segundo. 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 Galicia, 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 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.