



Recurso nº 1379/2021

Resolución nº 1396/2021

Sección 1ª

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

En Madrid, a 15 de octubre de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por D. P.G.P.A. y D. R.H.V.C., en representación de la UTE LEZAMA DEMOLICIONES, S.L.-CONSTRUCTORA LOS ÁLAMOS, S.A. contra los pliegos que rigen la licitación del *“Contrato mixto de los trabajos de redacción de proyecto y ejecución de obra de desmantelamiento y enajenación de materiales y residuos de las baterías de coque en Avilés (Asturias)”* con expediente 9/2020-PEPA-ST, convocado por el Parque Empresarial Principado de Asturias, Sociedad Limitada, Sociedad Mercantil Estatal, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Parque Empresarial Principado de Asturias, Sociedad Limitada, Sociedad Mercantil Estatal (en adelante PEPA) publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el 7 de agosto de 2020, la licitación del contrato *“Contrato mixto de los trabajos de redacción de proyecto y ejecución de obra de desmantelamiento y enajenación de materiales y residuos de las baterías de coque en Avilés (Asturias)”*. Dicha licitación se publicó, igualmente en el DOUE.

Segundo. Tras la tramitación del procedimiento, el órgano de contratación acordó la adjudicación del contrato a la UTE LEZAMA DEMOLICIONES, S.L. – CONSTRUCTORA LOS ÁLAMOS, S.A.

Tercero. Disconforme con esta resolución, CONSTRUCCIONES Y EXCAVACIONES ERRI BERRI, S.L. (en adelante, ERRI BERRI) presentó recurso especial en materia de contratación.



Cuarto. Este Tribunal decidió el recurso con la resolución nº 969/2021. En la misma se acordó estimar el recurso por vulneración del artículo 326.5 de la LCSP, dado que el pliego de condiciones técnicas fue elaborado por un miembro de la mesa de contratación que, además participó en la redacción del informe de valoración. Se decidió anular todo el procedimiento de licitación, al resultar imposible retrotraer las actuaciones, dado el conocimiento completo de las ofertas.

Quinto. Como consecuencia de esta resolución, el órgano de contratación procedió a publicar una nueva licitación el 13 de agosto de 2021 en la Plataforma de Contratación del Sector Público. El anuncio también se publicó en el DOUE, el 16 de agosto.

Sexto. Disconforme con el contenido de los pliegos, la UTE LEZAMA DEMOLICIONES, S.,L. – CONSTRUCTORA LOS ÁLAMOS, S.A. presenta recurso especial en materia de contratación. El órgano de contratación ha emitido informe, oponiéndose a la admisión del recurso, pues lo que se plantea es un incidente de ejecución de la resolución nº 969/2021 y, subsidiariamente, su desestimación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para el conocimiento y resolución del presente recurso especial en materia de contratación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la LCSP y el Convenio de colaboración suscrito entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 3 de octubre de 2013 (BOE de fecha 28/10/2013), prorrogado tácitamente mediante Resolución de fecha 8 de septiembre de 2016 (BOE de fecha 16/9/2016) y nuevamente prorrogado tácitamente mediante Resolución de fecha 16 de octubre de 2019 (BOE de fecha 29/10/2019).

Segundo. El recurso ha sido interpuesto en plazo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LCSP.

Tercero. Con respecto al requisito de legitimación, es claro que el recurrente lo cumple, al impugnar unos pliegos que van a regir la misma licitación que fue anulada previamente y



en la que había resultado adjudicatario. El recurrente ha presentado además oferta en la nueva licitación, por lo que reúne legitimación a efectos del presente recurso especial con base en el artículo 48 de la LCSP.

Cuarto. El recurso se dirige contra los Pliegos que han de presidir la licitación de un contrato de servicios de importe superior a 100.000€, por lo tanto, se dirige frente a un acto susceptible de recurso conforme resulta del artículo 44.1 a) y 44.2 a) de la LCSP.

Quinto. La UTE LEZAMA DEMOLICIONES, S.L.– CONSTRUCTORA LOS ÁLAMOS, S.A., tras recoger lo acontecido en el anterior procedimiento de recurso, señala que los pliegos que van a regir la licitación son práctica y esencialmente idénticos a los que rigieron la precedente. Según su criterio, ello supone que las ofertas que presenten los licitadores pueden ser exactamente las mismas que las anteriores o, dicho de otra forma, la proposición presentada por la UTE y que recibió la mejor puntuación es ahora conocida al detalle por los competidores, es el modelo a seguir por todos ellos. Considera que al publicar el órgano de contratación los mismos pliegos, manda el mensaje de que pretende que las ofertas sean las mismas o que sigan en la misma línea.

También, conocidas las bajas presentadas, los licitadores tenderán a hacer las mismas bajas o mayores. Ello implica una especie de subasta sobre la oferta presentada previamente por la UTE, teniendo ésta poco margen de actuación. Para el resto de empresas, esta nueva licitación equivale a una segunda ronda con las cartas de la mejor boca arriba. Esto perjudica gravemente a la UTE, pues la oferta técnica era lo que la diferenciaba claramente de los demás, y eso ya no será posible, pues el factor sorpresa de las ofertas económicas no existe.

Si bien la UTE también ha conocido las ofertas del resto de licitadores, cabe decir que la utilidad de conocer ofertas peor valoradas que la propia es ciertamente limitada.

Además, las otras empresas conocen toda la documentación que la UTE tuvo que facilitar al órgano de contratación al resultar adjudicataria, respecto de la justificación de los técnicos adscritos al contrato, así como de la experiencia en la redacción de proyectos semejantes. La UTE no ha podido conocer esta documentación de otras empresas



La reutilización de los pliegos de la licitación anterior, es peor, en la opinión de la recurrente, respecto de los derechos y garantías de los licitadores (especialmente de la UTE) que la que este Tribunal pretendía evitar no acordando la retroacción de actuaciones. El resto de licitadores conocen la oferta de la UTE, pueden copiarla o mejorarla, lo que coloca a esta última en una situación de desventaja, siendo «sancionada» por hechos que son totalmente ajenos a su conducta. La reutilización de los mismos pliegos, si bien puede no estar formal o estrictamente prohibido, ha colocado a la UTE en una situación discriminatoria.

Afirma que, si este Tribunal hubiera anticipado que el órgano de contratación convocaría una nueva licitación en los mismos términos y reutilizando los mismos pliegos, es de suponer que su solución hubiera sido otra. La decisión tomada supone un fraude a lo dispuesto por este Tribunal. La situación provoca una clara discriminación, con vulneración del principio de igualdad de los licitadores y del secreto de las ofertas, por lo que la licitación debe anularse, imponiéndose la redacción y aprobación de otros pliegos que contengan diferencias materiales sustanciales respecto de los previos.

En relación con el secreto de las ofertas, indica que la regla básica es que no puede abrirse el sobre que contiene los criterios evaluables mediante fórmulas antes de que se hayan examinado los evaluables mediante criterios subjetivos. Señala que en la nueva licitación es impensable que la presentación y valoración de las ofertas no vaya a estar enormemente condicionada por todo lo que el órgano de contratación sabe ya.

Considera que esta situación indeseable podría haberse evitado cambiando los términos de la licitación, al menos la forma de valorar las ofertas. Por ejemplo, en relación con el precio era posible haber utilizado otras fórmulas también usadas por PEPA. Ello haría que los licitadores tuvieran que volver a hacer los cálculos económicos de la obra.

Añade que es llamativa la premura con la que se ha convocado la licitación. La resolución de este Tribunal es de 30 de julio y el 11 de agosto, ya se había enviado el anuncio al DOUE, lo que resulta perjudicial para fomentar la concurrencia y la competencia en la licitación.



Sexto. El órgano de contratación considera que si lo cuestionado en el recurso es si se ha dado debido cumplimiento a la resolución nº 969/2021, razones jurídico-procesales deberían llevar aparejada la inadmisión del recurso presentado, en tanto que el cauce adecuado para discutir las cuestiones referentes al incumplimiento de las resoluciones del TACRC sería el incidente de ejecución de acuerdo con el artículo 36 del RPERMC.

Afirma que la resolución citada ha sido ejecutada con sujeción estricta a sus términos. Lo pretendido por la recurrente, sería una ejecución incongruente con lo resuelto por el Tribunal, en la medida que excede de lo acordado. Ello supondría pretender alterar por la vía de un nuevo recurso contra los pliegos, lo ya resuelto, ampliándolo y modelándolo a la mejor conveniencia del licitador. Mantiene que en este procedimiento de recurso sólo deberían debatirse las cláusulas nuevas y diferentes a las que figuraban en los pliegos anteriores.

El TACRC anuló la licitación por un defecto concreto, la vulneración del artículo 326.5 de la LCSP, dado que uno de los autores del pliego de prescripciones técnicas era también miembro de la mesa de contratación. Dicha circunstancia ha sido subsanada en la publicación de los nuevos pliegos, donde se ha designado un nuevo vocal, completamente ajeno al procedimiento. De la resolución del Tribunal no se infiere ni, mucho menos, se indica expresamente que la anulación de la licitación lleve aparejada la necesidad de confeccionar unos nuevos pliegos de contenido completamente diferente a los anulados.

En relación con las alegaciones del recurso, dice que el hecho de que los criterios de valoración no se hayan alterado, no implica ni que el órgano de contratación quiere que las ofertas sigan siendo las mismas, ni que la licitación se convierta en una suerte de subasta.

Defiende que el mantenimiento de los criterios de valoración obedece a que el órgano de contratación, en aplicación de la discrecionalidad técnica considera, conforme hizo en su día, que son los más adecuados para determinar la mejor oferta en relación calidad precio. No tiene sentido su modificación y la misma hubiera requerido una motivación adicional.

No tienen por qué repetirse las ofertas. En los criterios sujetos a valoración subjetiva, ninguno de los licitadores obtuvo la máxima puntuación, habiendo obtenido la mejor 73,25



sobre 100, por lo que todos pueden mejorar la misma. De hecho, se ha vuelto a conceder un nuevo plazo de visita a las instalaciones y junto a los pliegos se ha publicado un anexo donde se exponen los principales avances que ha habido en el ámbito de gestión. No se conoce ni el número ni la identidad de las empresas que van a licitar y la calidad de sus ofertas y la puntuación se asigna por comparación con el conjunto de proposiciones concurrentes. Además, se ha designado una nueva persona como vocal de la mesa de contratación por lo que, tratándose de criterios subjetivos no tiene por qué repetirse la valoración. En caso de considerar confidencial su oferta, la UTE debió haber declarado qué partes de la misma tenían ese carácter en la primera licitación, lo que no hizo.

En cuanto a la oferta económica, junto al importe de la obra propiamente dicho, en el que el coste de los materiales y mano de obra y los medios disponibles influyen en su formación, se incluye también la oferta por el material a enajenar que está condicionado por las fluctuaciones del precio del metal. Además, si se hubiera pretendido un ahorro económico, se habría reducido el presupuesto de licitación

Por otra parte, la puesta de manifiesto del expediente, se hizo a los solos efectos de garantizar el derecho de defensa. No se entregó copia de ninguna documentación, garantizando sólo el acceso a la misma de los licitadores. Todos los licitadores, incluyendo la recurrente, tuvieron el mismo derecho, por lo que no existe trato discriminatorio. La exhibición de las ofertas técnicas del resto de licitadores tiene una utilidad limitada, siendo mucho más relevante el conocimiento del informe de valoración, donde se concretan los motivos de las puntuaciones asignadas y los aspectos de mejora.

En cuanto a la pretendida precipitación en la publicación de la nueva licitación, señala que el mes de agosto es hábil a estos efectos. Además, cada mes que transcurre sin que el contrato se adjudique supone un coste mensual para PEPA en torno a 25.000€, en atención a las labores de vigilancia, mantenimiento de instalaciones, suministros, etc. que se realizan mientras la instalación no se demuela. A ello se añaden los riesgos, especialmente de carácter medioambiental, inherentes a las instalaciones.

Séptimo. Tiene razón el órgano de contratación cuando indica que la pretensión articulada por la UTE, debería haberse planteado como un incidente de ejecución de la resolución



969/2021 más que como un recurso contra los nuevos pliegos. La razón es que no se plantean motivos de impugnación sobre la legalidad de los pliegos basados en su propio contenido, sino en comparación con los anteriores.

No obstante, con el fin de mejor garantizar el derecho de defensa, procederemos a resolver sobre las cuestiones planteadas.

Sintéticamente, el recurso considera que si, una vez conocidas las ofertas en el anterior procedimiento, no era posible proceder a la retroacción de actuaciones, pues no era posible garantizar la objetividad en la evaluación de aquellas, lo mismo sucede si en la nueva licitación, los criterios de valoración no se modifican. Compara esa situación con la que se produce cuando se conocen las ofertas en lo que a los criterios evaluables mediante fórmulas se refiere, antes de evaluar los criterios subjetivos.

El recurso no puede prosperar. La resolución 969/2021, sólo anuló el pliego por la vulneración del artículo 326.5 de la LCSP y el nuevo ya designa los vocales de la mesa de contratación correctamente. La modificación del resto del contenido queda a criterio del órgano de contratación, no teniendo la citada resolución ningún pronunciamiento sobre la cuestión. Dicho órgano de contratación ha considerado lo mejor para el interés público mantener los mismos criterios de valoración que en la anterior licitación, lo que se encuentra dentro de los márgenes de la discrecionalidad técnica de la que goza.

La argumentación de la recurrente resulta un tanto contradictoria, al afirmar, por una parte, que el mantenimiento de los pliegos es equiparable al conocimiento previo de las ofertas por parte del órgano de contratación (como si las presentadas fueran a ser idénticas) y, por otra parte, que el conocimiento de las ofertas por los licitadores, les va a permitir en el aspecto técnico replicar la que presentó la UTE y en el económico, ajustar los precios (con lo que las ofertas serían distintas a las originales).

Es cierto que el conocimiento del informe de valoración efectuado, permite a las empresas afinar más en los elementos que ofertan. Pero eso, no supone que todas vayan a acertar en su planteamiento y, en caso de que así fuere, todos los licitadores están en condiciones de hacer más competitivas sus ofertas. La recurrente hubiera preferido, sin duda, que la



anterior licitación no se hubiera anulado y haber concluido siendo contratista. Pero la aprobación de los pliegos con el contenido que ahora tienen, no supone ningún trato discriminatorio hacia ella, ni supone que todas las ofertas van a ser idénticas desde el punto de vista técnico, adjudicándose el contrato únicamente con base en el criterio del precio.

Por último, respecto de la celeridad en la aprobación de los nuevos pliegos, nada rechazable hay en la agilidad de actuación de los entes del sector público que, además, en este caso estaba especialmente justificada por el coste económico que supone el retraso en la ejecución del contrato y en los riesgos medioambientales.

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. P.G.P.A. y D. R.H.V.C., en representación de la UTE LEZAMA DEMOLICIONES, S.L.-CONSTRUCTORA LOS ÁLAMOS, S.A. contra los pliegos que rigen la licitación del “*Contrato mixto de los trabajos de redacción de proyecto y ejecución de obra de desmantelamiento y enajenación de materiales y residuos de las baterías de coque en Avilés (Asturias)*” con expediente 9/2020-PEPA-ST, convocado por el Parque Empresarial Principado de Asturias, Sociedad Limitada, Sociedad Mercantil Estatal.

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 multa prevista en el artículo 58.2 LCSP.

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 de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.