



Recurso nº 1093/2022 C. Valenciana 270/2022

Resolución nº 1254/2022

Sección 2ª

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

En Madrid, a 13 de octubre de 2022.

VISTO el recurso interpuesto por D. B. C. T. en representación de GEOCONTROL, S.A. y por D. J. C. A. C. en representación de INSE RAIL S.L. contra el acuerdo de la Mesa de Contratación de 29 de junio, de exclusión de la licitación del contrato de *“servicio de redacción del estudio de planeamiento y estudio informativo de la duplicación del túnel central y remodelación de las conexiones del metro de València”*, convocada por la Conselleria de Política Territorial, Obras Públicas y Movilidad de la Generalitat Valenciana (expediente CMAYOR/2021/03Y05/1), el Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 26 de mayo de 2022 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de la licitación de un contrato de *“servicio de redacción del estudio de planeamiento y estudio informativo de la duplicación del túnel central y remodelación de las conexiones del metro de València”*, tramitado por la Conselleria de Política Territorial, Obras Públicas y Movilidad de la Generalitat Valenciana, con un valor estimado de 505.512,00 euros.

Segundo. La licitación se somete a la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP en adelante), y, en cuanto no se encuentre derogado por ésta, al Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Tercero. En sesión de 29 de junio de 2022, la mesa de contratación procedió a la apertura de los sobres conteniendo la documentación administrativa de los cinco



licitadores que concurrieron a la licitación. Comprobado que uno de los licitadores concurrentes era el compromiso de UTE formada por GEOCONTROL S.A. e INSE RAIL S.A., en el acta de dicha sesión de la mesa se expone lo siguiente:

«Actualmente se encuentra en vigor el contrato CMAYOR2019/01Y29/47 cuyo objeto es el “Servicio de Asistencia Técnica a la Dirección General de Obras Públicas, Transporte y Movilidad Sostenible en materia de asesoramiento técnico en seguridad ferroviaria”. La contratista que lo ejecuta es UTE INSERAIL, S.L. – AIRTREN S.L. (...).

El expediente ahora en licitación, tiene por objeto la “Redacción del Estudio informativo de la duplicación del túnel central y la remodelación de las conexiones del Metro de València”.

El artículo 8.1 de la Ley 7/2018, de Seguridad Ferroviaria de la Comunitat Valenciana, establece que la Agència Valenciana de Seguretat Ferroviària es la autoridad responsable de la seguridad del sistema ferroviario de competencia de la Generalitat. Y el artículo 56.1, dispone que “Corresponde a la Agència Valenciana de Seguretat Ferroviària la inspección y supervisión del cumplimiento de las normas reguladoras de los servicios de transporte ferroviario de competencia autonómica, de las actividades auxiliares y complementarias y de todos los elementos del sistema ferroviario de la Generalitat en relación con las infraestructuras, el material rodante, el personal ferroviario y la operación ferroviaria”.

Según lo expresado, se prevé que el proyecto necesite la supervisión y aprobación por parte de la Agència Valenciana de Seguretat Ferroviària (transitoriamente por parte de la D.G. Obras Públicas, Transporte y Movilidad Sostenible).

Por su parte, el artículo 70.1 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, establece que “El órgano de contratación tomará las medidas adecuadas para garantizar que la participación en la licitación de las empresas que hubieran participado previamente en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato o hubieran asesorado al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento de contratación, no falsee la competencia”. Y añade el apartado 2: “Los contratos que tengan por objeto la vigilancia, supervisión, control y dirección de la



ejecución de cualesquiera contratos, así como la coordinación en materia de seguridad y salud, no podrán adjudicarse a las mismas empresas adjudicatarias de los correspondientes contratos, ni a las empresas a estas vinculadas, en el sentido establecido en el apartado anterior.”

Dicho lo que antecede cabe concluir que la UTE GEOCONTROL, S.A. – INSE RAIL, S.A., en la fecha final de presentación de ofertas incurre en la prohibición para contratar establecida en el art. 70.2 de la Ley 9/2017, al ser INSE RAIL S.A., una de las empresas integrantes de la UTE que ejecuta el contrato CMAYOR2019/01Y29/47, “Servicio de Asistencia Técnica a la Dirección General de Obras Públicas, Transporte y Movilidad Sostenible en materia de asesoramiento técnico en seguridad ferroviaria”. Así pues, procede excluir al amparo del artículo 140.4 y 70.2 de la Ley de Contratos del Sector Público a la UTE GEOCONTROL, S.A. – INSE RAIL, S.A.».

Cuarto. La exclusión fue notificada a la UTE el 4 de julio de 2022 a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público. El 21 de julio de 2022 se presentó por D. B. C. T. en representación de GEOCONTROL, S.A. y por D. J. C. A. C. en representación de INSE RAIL S.L. recurso especial en materia de contratación contra la exclusión de la licitación.

Quinto. De acuerdo con lo previsto en el artículo 56.2 LCSP se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente. El órgano de contratación remitió informe emitido el 27 de julio de 2022, junto con los documentos obrantes en el expediente.

Sexto. La Secretaría del Tribunal en fecha 5 de agosto de 2022 dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan alegaciones; sin haber hecho uso de su derecho.

Séptimo. Interpuesto el recurso, con fecha 25 de agosto de 2022 la Secretaria del Tribunal, por delegación de este, acordó la suspensión del procedimiento de conformidad con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para conocer del mismo a tenor de lo establecido en el art. 46.2 de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), en virtud del Convenio del Ministerio de Hacienda con la Generalitat Valenciana, sobre atribución de competencias en materia de recursos contractuales de 25 de mayo de 2021 (B.O.E. de 2 de junio de 2021).

Segundo. El recurso se interpone en la licitación de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, por lo que resulta admisible al alcanzar el umbral del artículo 44.1.c) LCSP, y además el acto recurrido, la exclusión, es uno de los previstos para el recurso especial en el artículo 44.2, b) del mismo cuerpo legal.

Tercero. El inicio del procedimiento y el plazo de interposición del recurso especial se regulan en el artículo 50 LCSP, y se desarrolla en el artículo 19 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Por lo que, en el caso que nos ocupa, debe considerarse que la interposición se ha formulado en plazo, dado que el recurso se presentó el 21 de julio de 2022, antes de que hubieran transcurrido quince días hábiles desde que se notificara el acuerdo recurrido, el 4 de julio de 2022.

Cuarto. En lo relativo a la legitimación, el artículo 48 de la LCSP dispone que: *«podrá interponer el correspondiente 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 reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada entre otras sentencias en las de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de 1999 y 2 de octubre de 2001, donde se declara que por interés debe entenderse toda situación jurídica individualizada, dicha situación que supone una específica relación con



el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, se extiende a lo que, con más precisión, se titula interés legítimo, que es el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio. El interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga.

En el presente caso, las entidades recurrentes concurrían en UTE al procedimiento de licitación, del cual han quedado excluidas, por lo que disponen de legitimación al ser interesadas en la revocación del acuerdo impugnado conforme al artículo 48 LCSP.

Quinto. Entrando ya en las cuestiones de fondo que plantea el recurso, se cuestiona la exclusión del procedimiento, pues no existiría la incompatibilidad apreciada del artículo 70 apartado 2 de la LCSP, con base en la prestación por parte de INSE RAIL S.L. de un servicio de asistencia técnica en materia de asesoramiento técnico en seguridad ferroviaria que podría conllevar la supervisión del trabajo realizado al amparo del contrato que es objeto de licitación.

En el recurso se expone que el único servicio objeto del contrato anterior que podría generar alguna duda es la elaboración de informes para aprobación de proyectos de construcción de nuevos túneles, así como de modificación, recrecido o prolongación de los existentes. Sin embargo, esta prestación no tiene por objeto la redacción de ningún proyecto, sino solo la definición del número, tipología y alcance de los proyectos necesarios para definir las actuaciones que se diseñen, así como la elaboración de prescripciones técnicas particulares que regirán las licitaciones a que se someterán tales proyectos.



Añade que este servicio se presta en la fase “inicial” para la definición de actuaciones a desarrollar, en la cual, a diferencia de la fase “previa” a la aprobación de proyectos constructivos, no se redacta ningún proyecto. Finalmente, a su juicio no hay solapamiento temporal entre los servicios a prestar, dado que el contrato de asesoramiento técnico finalizaría el 8 de enero de 2023, momento en el cual no habrá finalizado la ejecución del servicio que hoy es objeto de licitación, por lo que es materialmente imposible que el informe resultante del contrato sea revisado con el asesoramiento de INSE RAIL S.L.

Por su parte, el órgano de contratación solicita la desestimación del recurso especial con base en el artículo 70.2 de la LCSP, pues la prestación de un servicio de asistencia técnica en materia de seguridad ferroviaria resulta incompatible con la prestación, por parte de una misma empresa, del servicio que redacción de un estudio informativo que después será objeto de supervisión y vigilancia.

Expone que el estudio informativo es un documento requerido para el análisis, propuesta y definición de alternativas de transporte, que condiciona y define la solución que en definitiva se adoptará y cuya definición completará el proyecto constructivo, por lo que la redacción de este estudio informativo condicionará el proyecto que ulteriormente será supervisado por la Agencia Valencia de Seguridad Ferroviaria y la adjudicataria de su asistencia técnica.

Sobre la inexistencia de solapamiento temporal, considera que de conformidad con el artículo 70 en relación con el 140.4 LCSP, estas circunstancias deben apreciarse en el momento de la fecha final de prestación de ofertas, y debe mantenerse la capacidad, solvencia y ausencia de prohibición de contratar en el momento de perfección del contrato. En este caso, la circunstancia apreciada concurre en la fecha final de presentación de ofertas y presumiblemente continuará en el momento de su formalización.

El artículo 70 de la LCSP establece:

«1. El órgano de contratación tomará las medidas adecuadas para garantizar que la participación en la licitación de las empresas que hubieran participado previamente en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del



contrato o hubieran asesorado al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento de contratación, no falsee la competencia. Entre esas medidas podrá llegar a establecerse que las citadas empresas, y las empresas a ellas vinculadas, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio, puedan ser excluidas de dichas licitaciones, cuando no haya otro medio de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato.

En todo caso, antes de proceder a la exclusión del candidato o licitador que participó en la preparación del contrato, deberá dársele audiencia para que justifique que su participación en la fase preparatoria no puede tener el efecto de falsear la competencia o de dispensarle un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras.

Entre las medidas a las que se refiere el primer párrafo del presente apartado, se encontrarán la comunicación a los demás candidatos o licitadores de la información intercambiada en el marco de la participación en la preparación del procedimiento de contratación o como resultado de ella, y el establecimiento de plazos adecuados para la presentación de ofertas.

Las medidas adoptadas se consignarán en los informes específicos previstos en el artículo 336.

2. Los contratos que tengan por objeto la vigilancia, supervisión, control y dirección de la ejecución de cualesquiera contratos, así como la coordinación en materia de seguridad y salud, no podrán adjudicarse a las mismas empresas adjudicatarias de los correspondientes contratos, ni a las empresas a estas vinculadas, en el sentido establecido en el apartado anterior».

Es preciso, en primer lugar, determinar ante que supuesto de los contemplados en el artículo 70 de la LCSP nos encontramos. El órgano de contratación entiende que debe aplicarse lo dispuesto por el artículo 70.2 de la LCSP, basándose en que una de las empresas que concurren con compromiso de constituir una UTE, INSERAIL, S.L. forma parte de la UTE adjudicataria del contrato “*Servicio de Asistencia Técnica a la Dirección General de Obras Públicas, Transporte y Movilidad Sostenible en materia de*

asesoramiento técnico en seguridad ferroviaria", cuyo objeto es, entre otros, la emisión de informes técnicos de asesoramiento en materia de seguridad ferroviaria. De acuerdo con el órgano de contratación, el objeto del procedimiento de licitación del que el recurrente ha resultado excluido es la elaboración de un Estudio Informativo que condiciona la solución que finalmente se plasme en un proyecto que será supervisado por la Dirección General de Obras Públicas, Transporte y Movilidad Sostenible (que transitoriamente ejerce las funciones atribuidas a la Agencia Valenciana de Seguridad Ferroviaria).

No podemos acoger esta interpretación. El artículo 70.2 de la LCSP es taxativo al prohibir la concurrencia de un mismo adjudicatario en los *«contratos que tengan por objeto la vigilancia, supervisión, control y dirección»* con el contrato objeto de estas. En el caso que nos ocupa, INSERAIL, S.L. desarrolla funciones de asesoramiento e informe, pero no de supervisión o control, ni en cualquier caso referidas al contrato controvertido.

Desechada la aplicación del artículo 70.2 de la LCSP queda por dilucidar si sería aplicable lo dispuesto por el artículo 70.1. El precepto referido incluye, en su presupuesto de hecho, tanto a las empresas que hubieran asesorado al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento de contratación como a las que *«hubieran participado previamente en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato (...)»*. Esta previsión debe, a juicio del Tribunal, interpretarse en sentido amplio, de acuerdo con lo previsto por el artículo 41 de la Directiva 2014/24, cuyo primer párrafo dice (el subrayado es nuestro):

«Cuando un candidato o licitador, o una empresa vinculada a un candidato o a un licitador, haya asesorado al poder adjudicador, sea o no en el contexto del artículo 40, o haya participado de algún otro modo en la preparación del procedimiento de contratación, el poder adjudicador tomará las medidas adecuadas para garantizar que la participación de ese candidato o licitador no falsee la competencia».

Una interpretación teleológica de los preceptos reseñados nos lleva a concluir que su mandato va dirigido a prevenir el falseamiento de la competencia, ya sea en el procedimiento actual o en los futuros sobre los que este ejerza una influencia determinante. De lo manifestado por el órgano de contratación en su informe se deduce



que el objeto del contrato que nos ocupa tiene una influencia determinante en la futura elaboración de un proyecto que deberá ser autorizado por la Dirección General de Obras Públicas, Transporte y Movilidad Sostenible, asesorada, como se ha dicho, por INSERAIL, S.L. Esta sola expectativa permite sostener una intervención de esta en el procedimiento de contratación potencialmente lesiva de la competencia, por lo que cabe concluir que es aplicable, en este supuesto, lo dispuesto por el artículo 70.1 de la LCSP.

La aplicación del artículo 70.1 de la LCSP no supone la automática exclusión del licitador que se encuentre en el supuesto contemplado en él; muy al contrario, tanto el referido precepto como el artículo 41 de la Directiva 2014/24 determinan que esta se acuerde *«(...) cuando no haya otro medio de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato»*. En cualquier caso, antes de adoptar esta o cualquier otra medida que garantice que no se falsea la competencia, el órgano de contratación debe dar audiencia al licitador a efectos que justifique que su participación no falsea la competencia (Resolución 838/2022 de 7 de julio). No habiéndose producida esta, procede acoger el motivo, y estimar el recurso.

Por todo lo anterior,

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. B. C. T. en representación de GEOCONTROL, S.A. y por D. J. C. A. C. en representación de INSE RAIL S.L. contra el acuerdo de la Mesa de Contratación de 29 de junio, de exclusión de la licitación del contrato de *“servicio de redacción del estudio de planeamiento y estudio informativo de la duplicación del túnel central y remodelación de las conexiones del metro de València”*, convocada por la Conselleria de Política Territorial, Obras Públicas y Movilidad de la Generalitat Valenciana (expediente CMAYOR/2021/03Y05/1, anularlo, y ordenar la retroacción del procedimiento al momento anterior a su adopción, a efectos de que el órgano de contratación aplique las previsiones del artículo 70.1 de la LCSP en los términos considerados en el Fundamento de Derecho Quinto de la presente Resolución.



Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la 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 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, 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 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.