



Recurso nº 033/2010

Resolución nº 034/2010

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 23 de diciembre de 2010.

VISTO el recurso interpuesto por D. A. L. G. P., en representación de ARTE, CONSERVACIÓN Y RESTAURACIÓN, SL (ARTYCO, SL), contra el acuerdo de la Junta de Contratación del Ministerio de Cultura (en adelante Junta de Contratación), adoptado en sesión de 20 de octubre de 2010, por el que se excluía a la recurrente del procedimiento de licitación del servicio de conservación y restauración del Alfarje “Tanto Monta” del Palacio Episcopal Viejo anejo a la Catedral de Huesca, el Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Junta de Contratación del Ministerio de Cultura convocó, mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 26 de julio de 2010, licitación para adjudicar por procedimiento abierto el servicio de conservación y restauración del Alfarje “Tanto Monta” del Palacio Episcopal Viejo anejo a la Catedral de Huesca, en el que presentaron ofertas nueve empresas, entre ellas la recurrente.

Segundo. Examinada la documentación administrativa (sobre 1) presentada por los licitadores, con fecha 22 de septiembre de 2010 la Junta de Contratación procedió en acto público a la apertura de la documentación técnica (sobre 2), acordando la exclusión de la empresa Atrium-CRBC, SL por no subsanar en plazo la garantía provisional, así como el envío de la documentación al órgano gestor para su estudio y posterior informe.

Reunida nuevamente la Junta, con fecha 20 de octubre de 2010, acuerda excluir a la empresa recurrente en virtud de lo establecido en el artículo 45 de la Ley de Contratos del Sector Pública por haber resultado adjudicataria del expediente referido al “*Estudio*

del alfarje policromado del Palacio Episcopal de Huesca”, procediéndose a la apertura de las ofertas económicas.

Con fecha 20 de octubre de 2010 la Secretaria de la Junta de Contratación dio traslado del acuerdo de la Junta de Contratación a ARTYCO, SL declarando su exclusión *“de acuerdo con el Art. 45 de la L.C.S.P., por haber resultado adjudicataria del Expediente 7/030302120EF “ESTUDIO DEL ALFARJE POLICROMADO DEL PALACIO EPISCOPAL DE HUESCA”, anunciado en el B.O.E. con fecha 15/01/08 y adjudicado con fecha 15/04/08 por importe de 112.000,00 €”*. Dicha notificación es recibida por la citada empresa, según consta en el correspondiente *“acuse de recibo”* postal, el 27 de octubre de 2010.

Tercero. Contra dicho acuerdo de exclusión la representación de la empresa recurrente interpuso recurso ante este Tribunal, con fecha de registro de entrada de 10 de noviembre de 2010, por el que solicitaba la nulidad del acto recurrido y con ella de la totalidad del procedimiento, y subsidiariamente la anulabilidad del acto de exclusión, retrotrayendo el procedimiento a ese momento y anulando todos los actos posteriores.

Cuarto. Previa solicitud del expediente, el 17 de noviembre de 2010 se recibió el citado expediente en este Tribunal acompañado del informe de la Subdirectora General Adjunta del Instituto de Patrimonio Cultural de España, en el que se indicaba lo siguiente: *“se mantienen y ratifican las manifestaciones efectuadas en el informe de valoración en el sentido de considerar de aplicación el artículo 45 de la Ley de Contratos del Sector Público para excluir a la empresa ARTYCO, S.L. que resultó adjudicataria del del Expediente 7/030302120EF “Estudio del Alfarje policromado del Palacio Episcopal de Huesca”, por tratarse de documentos preparatorios del contrato actualmente en licitación para el “Servicio de conservación y restauración del Alfarje “Tanto Monta” del Palacio Episcopal Viejo anejo a la Catedral de Huesca”*.

A este respecto interesa destacar que el citado informe no contesta a ninguna de las alegaciones que realiza la empresa recurrente en su escrito de recurso.

Quinto. Con fecha 17 de noviembre de 2010 se adjudicó provisionalmente el contrato a IN SITU CONSERVACIÓN Y RESTAURACIÓN, SL.

Sexto. La Secretaría del Tribunal, dio traslado del recurso a las otras empresas que habían participado en la licitación de referencia, otorgándolas un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho convengan.

La representación de IN SITU CONSERVACIÓN Y RESTAURACIÓN, SL alegó cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó oportunos, terminando con la solicitud de desestimación del recurso interpuesto por la empresa recurrente.

Séptimo. Con fecha 16 de diciembre de 2010, el Tribunal acordó la suspensión del expediente de contratación, de acuerdo con la solicitud realizada por la representación de la recurrente al amparo de lo dispuesto en el artículo 313 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de forma que, según lo establecido en el artículo 317 del texto legal citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de las medidas cautelares acordadas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Teniendo en cuenta que el acto recurrido es el acuerdo de exclusión de un procedimiento de licitación referido a un contrato de servicios comprendido en la categoría 27 del Anexo II de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, cuyo valor estimado es superior a 193.000 euros, debe considerarse que el recurso ha sido interpuesto contra acto recurrible de conformidad con lo establecido en el artículo 310 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Segundo. Asimismo y de conformidad con lo establecido en el artículo 311 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, corresponde la competencia para resolver el citado recurso al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Tercero. La legitimación activa de la parte recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 312 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, e igualmente se cumplen las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 314 de la citada Ley.

Cuarto. La recurrente impugna el acuerdo de exclusión de su oferta, efectuando en defensa de su pretensión, sintéticamente, las siguientes alegaciones:

En primer lugar solicita la nulidad del procedimiento o en su defecto anulabilidad de la resolución recurrida en base, respectivamente, a los artículos 62 y 63 de la Ley 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, alegando la vulneración del principio de legalidad, así como infracción del artículo 45 de la Ley de Contratos del Sector Público y del principio de igualdad. En concreto se centra en la justificación de las causas que a su juicio determinan la inexistencia de las condiciones de exclusión previstas en el artículo 45 de la Ley de Contratos del Sector Público, refiriéndose a las Sentencias del Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 4ª, S 24-11-2004 y de la Audiencia Nacional Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 27-11-2007.

Alega en segundo lugar vulneración del principio de igualdad, solicitando la nulidad del acto impugnado y señalando en su defensa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 3 de marzo de 2005, Fabricom, apartado 36.

En tercer lugar solicita la anulabilidad del acto de exclusión por infracción del artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por falta de motivación del acto administrativo.

Por último, solicita la nulidad del procedimiento alegando la imposibilidad de conservación de los actos realizados con posterioridad a la exclusión de ARTYCO, SL.

Frente a ello, el informe de la Subdirectora General Adjunta del Instituto de Patrimonio Cultural de España no efectúa observación alguna a las alegaciones realizadas por la representación de la empresa recurrente, limitándose a confirmar y ratificar lo señalado al respecto en el informe de valoración de los criterios no evaluables mediante fórmulas, en el sentido de considerar de aplicación el artículo 45 de la Ley de Contratos del Sector Público para excluir a la empresa recurrente. Así el citado informe señala que *“El motivo de exclusión se justifica al considerarse que vulnera el principio de libre concurrencia y presuponerse unos conocimientos sobre el objeto de este contrato, en superioridad al resto de los licitadores. La empresa ARTYCO, S.L., resultó adjudicataria del expediente 7/030302120 EF “Estudio del Alfarje policromado del Palacio Episcopal de Huesca”, anunciado en el BOE de 15 de enero de 2008, y adjudicado el 15 de abril de 2008, por importe de 112.000,00 €”*

Quinto. Vistos los términos en los que ha quedado planteado el recurso, la cuestión que ha de abordarse en primer lugar es decidir si la exclusión del procedimiento de licitación de la empresa recurrente, acordada por la Junta de Contratación, es conforme a lo preceptuado al respecto en el artículo 45 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

Con carácter previo se debe reproducir el apartado 1 del artículo 45 de la Ley de Contratos del Sector Público, según el cual *“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”*.

De acuerdo con el precepto anterior, para que resulte procedente la exclusión acordada en el expediente de referencia, debe cumplirse necesariamente una doble condición, tal y como señala la recurrente en sus alegaciones, que la empresa hubiera *“participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato”*, y además que *“dicha participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras”*. En relación al cumplimiento de la primera de las condiciones, la propia recurrente reconoce que es discutible, si bien añade que lo que de ninguna forma puede admitirse es que se cumpla la segunda.

A este respecto, IN SITU CONSERVACIÓN Y RESTAURACIÓN, SL en sus alegaciones señala que la no exclusión de la recurrente del procedimiento de licitación *“hubiera supuesto un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras al disponer de una exhaustiva información para la preparación de la oferta técnica y la vulneración del principio de igualdad (...)”*.

Sexto. Procede, por tanto, considerar primeramente si la ejecución por la empresa recurrente del contrato adjudicado a la misma en el año 2008 para el *“Estudio del Alfarje policromado del Palacio Episcopal de Huesca”* ha podido suponer restricciones a la libre concurrencia o la obtención de un trato privilegiado.

A estos efectos se debe señalar que, tanto el informe de valoración técnica como la propia adjudicataria en sus alegaciones justifican la exclusión de la empresa recurrente afirmando, en síntesis, que la misma dispone de una información que no tienen los demás licitadores, si bien no concretan esa mayor información a la cual aluden y que en su caso justifica la exclusión, lo cual es insuficiente, entiende este Tribunal, para obtener la razonable conclusión de que la participación de la empresa recurrente en el procedimiento afecte a la libre concurrencia o suponga un trato privilegiado.

Vista la situación anterior, procede examinar conjuntamente, las alegaciones realizadas al respecto por la empresa recurrente que en su escrito de recurso se esfuerza en demostrar la inexistencia de restricciones a la libre concurrencia y trato privilegiado, así como la documentación que compone el expediente administrativo, con el fin de determinar si se ha producido o no alguno de los supuestos antes citados, los cuales justificarían la exclusión de la recurrente.

Séptimo. El pliego de prescripciones técnicas que acompaña al expediente señala en su apartado 1º “Objeto del contrato” que *“El contrato tiene como objeto realizar los tratamientos de consolidación y restauración necesarios que aseguren en primera instancia la conservación del alfarje, completar los estudios y realizar la memoria final todo ello de acuerdo al Proyecto de conservación y restauración que se adjunta al presente Pliego”*. En dicho proyecto se hace referencia a una fase de estudio previo e independiente de la intervención restauradora, recogándose en el apartado III del mismo las actuaciones relacionadas con esa fase de estudio previo, las cuales según se contiene en dicho apartado permitirán conocer e identificar las causas de su estado de conservación con objeto de definir su intervención futura, intervención que constituye el objeto del expediente recurrido.

A este respecto, la recurrente en sus argumentaciones para justificar la inexistencia de restricción a la libre concurrencia afirma que el estudio anteriormente citado ha estado a disposición de todos los licitadores. No obstante, ni en el pliego de condiciones técnicas, ni tampoco en el proyecto mencionado se pone de manifiesto la posibilidad de los licitadores de acceder al contenido de ese estudio realizado por la empresa recurrente, como adjudicataria del contrato del año 2008 antes mencionado, lo cual contradice las alegaciones de la recurrente. Asimismo, IN SITU CONSERVACIÓN Y RESTAURACIÓN,

SL en su alegación segunda se refiere expresamente a la imposibilidad de acceder al citado estudio.

Sin embargo, lo señalado anteriormente en cuanto a la restricción del principio de libre concurrencia, citada en el informe de valoración, entiende este Tribunal que no justifica dicha restricción dado que el estudio al que se refiere el proyecto adjunto al pliego de condiciones técnicas como documento de la fase previa ha sido patente desde un principio y no consta que esta circunstancia haya dado lugar a una ausencia o disminución de participantes que, en número de nueve, han presentado oferta.

Octavo. Por otro lado, tanto IN SITU CONSERVACIÓN Y RESTAURACIÓN, SL en sus alegaciones como el informe de valoración técnica aluden a un trato privilegiado de la recurrente, en cuanto que la realización del estudio citado presupone unos conocimientos sobre el objeto del contrato en superioridad al resto de los licitadores así como una mayor información para preparar la oferta técnica, si bien no explicitan en que se concretan esos mayores conocimientos e información.

Para que exista trato privilegiado debe producirse una situación de ventaja o privilegio, en este caso de la empresa recurrente, en relación al conjunto de los licitadores, situación esta que si bien se afirma por la empresa adjudicataria y por los técnicos en su informe de valoración en ningún caso resulta acreditada por los mismos.

La recurrente justifica la inexistencia de trato privilegiado, aludiendo al contenido de la Memoria con la propuesta de intervención (punto 11 del Anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares), en cuanto criterio de adjudicación no evaluable mediante fórmulas, en el sentido que el subcriterio a) Programa de desarrollo de trabajo, el de mayor valoración (30 puntos sobre 50), da relevancia especial a aspectos no relacionados con el estudio realizado por la misma en el año 2008, tales como consolidación de los elementos estructurales del alfarje, movimiento de alguna jácena e instalación de vigas, además de establecerse como criterio de corte, en cuanto que se exige una puntuación mínima en el mismo (15 puntos). También alega que el equipo humano es diferente, correspondiendo a un arquitecto los trabajos anteriores relacionados con la estructura, el cual no se exigía para la realización del estudio previo.

Del examen de los criterios de adjudicación de los pliegos, así como del proyecto que recoge los trabajos y actuaciones realizadas con motivo del estudio previo, aún cuando puedan existir trabajos complementarios y que, en su caso, puedan lugar a un mejor conocimiento de ciertos aspectos del bien objeto de la restauración, dada la multiplicidad de actuaciones a realizar con motivo de la conservación y restauración del bien muy superiores a las realizadas en el estudio, no se puede presumir racionalmente que exista un trato de privilegio respecto de la empresa recurrente.

A mayor abundamiento hay que reseñar que el propio órgano de contratación no lo considera como requisito indispensable a tener en cuenta para la realización de la oferta técnica, dado que no ha previsto poner a disposición de los licitadores el citado estudio, limitándose a adjuntar al pliego de condiciones técnicas el proyecto para la realización del mismo.

Noveno. La evidencia de los hechos y argumentaciones anteriores, no discutidas por el órgano de contratación, pone de relieve que no ha existido restricción apreciable ni tampoco trato privilegiado para licitar en el procedimiento por el hecho de que ARTYCO, SL con motivo del contrato adjudicado en el año 2008 haya realizado el *“Estudio del Alfarje policromado del Palacio Episcopal de Huesca”*.

Tal y como se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, sec. 4ª, de 24 de noviembre de 2004, citada por la recurrente, el artículo 45 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, es claro y explícito, no basta con participar en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato, para quedar excluido de la licitación, es necesario que esa participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado. Y ponderando las circunstancias concurrentes en el procedimiento, este Tribunal no ha llegado a dicha conclusión, aceptando en este aspecto las tesis de la empresa recurrente en cuanto a que la elaboración del *“Estudio del Alfarje policromado del Palacio Episcopal de Huesca”* por la misma, ni provoca restricciones a la libre concurrencia ni supone un trato privilegiado para la misma.

Por todo lo anterior, procede declarar nulo el acuerdo de exclusión de ARTYCO, SL, en el procedimiento de referencia, adoptado en sesión de 20 de octubre de 2010 por la Junta de Contratación del Ministerio de Cultura.

Décimo. Admitida la nulidad del acuerdo de exclusión, la única alegación a considerar será la relativa a la solicitud de nulidad del procedimiento por vulneración de los principios de legalidad e igualdad, así como por imposibilidad de conservación de los actos realizados.

Realizada la adjudicación provisional, tras la correspondiente apertura de las ofertas económicas, procede declarar la nulidad del procedimiento de contratación del expediente objeto de recurso, en cuanto que la retroacción del procedimiento a la fase de valoración de la oferta técnica de la empresa recurrente, a que daría lugar la nulidad del acuerdo de exclusión antes señalada, después de la apertura de la oferta económica vulneraría los principios de igualdad de trato y no discriminación contenidos en los artículos 1 y 123 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Por lo que aquí interesa, debe traerse a colación el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 62/2008, de 2 de diciembre, asumido en sus argumentaciones y en su conclusión por este Tribunal, de conformidad con el cual: *“(...) el pliego de cláusulas especialmente procura que la valoración de los criterios técnicos se efectúe antes de conocer el precio de la oferta, con objeto de evitar que éste conocimiento pueda influenciar en la valoración. (...). En efecto la finalidad última del sistema adoptado para la apertura de las documentaciones técnica y económica es mantener, en la medida de lo posible, la máxima objetividad en la valoración de los criterios que no dependen de la aplicación de una fórmula, evitando que el conocimiento de la oferta económica pueda influenciar en uno u otro sentido tal valoración. De ello se deduce que de admitir las documentaciones correspondientes a los licitadores que no han cumplido estrictamente la exigencia de presentar de forma separada ambos tipos de documentación, la de carácter técnico presentada por éstos puede, y de forma inevitable será, valorada con conocimiento de un elemento de juicio que en las otras falta. De esta forma se romperá frontalmente con los principios de igualdad y no discriminación. (...). Ello significa que la proposición conteniendo tanto las características técnicas como económicas de la oferta debe mantenerse secreta hasta el momento en que de*

conformidad con el pliego deban ser abiertas. (...). Estas exigencias requieren, ante todo, que en la tramitación de los procedimientos se excluya cualquier actuación que pueda dar lugar a una diferencia de trato entre los licitadores, muy especialmente en orden a la valoración de los criterios que deben servir de fundamento a la adjudicación del contrato. Pues bien, precisamente las cautelas que, habitualmente se establecen en los pliegos de cara a la valoración de los criterios técnicos tienen por objeto como ya se ha dicho mantener la máxima objetividad posible en la valoración. Por ello, el conocimiento de la documentación relativa a los criterios de adjudicación que se aplican mediante fórmulas, puede afectar al resultado de la misma y en consecuencia, cuando son conocidos los de parte de los licitadores solamente, a desigualdad en el trato de los mismos". Termina el informe con la "inadmisión de las ofertas en que las documentaciones hayan sido presentadas en forma que incumplan los requisitos establecidos en el pliego con respecto al secreto de las mismas."

En concreto, el informe de la Junta Consultiva, citado anteriormente, se refiere al supuesto de inclusión de información de la oferta económica en el sobre de documentación técnica, de manera que el conocimiento de la oferta económica por los técnicos puede afectar a la valoración a realizar por los mismos respecto de la documentación técnica, situación ésta última que se produciría para el expediente de referencia al haberse declarado la nulidad del acuerdo de exclusión y estar ya abiertas las ofertas económicas, produciéndose así un incumplimiento de los principios anteriormente citados.

Undécimo. Los anteriores razonamientos nos llevan a la conclusión de que procede estimar el recurso interpuesto, declarándose la nulidad del procedimiento objeto del 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. Á. Luis G. P., en representación de ARTE, CONSERVACIÓN Y RESTAURACIÓN, SL, contra el acuerdo de la Junta de Contratación

del Ministerio de Cultura, adoptado en sesión de 20 de octubre de 2010, por el que se excluía a la recurrente del procedimiento de licitación del servicio de conservación y restauración del Alfarje “Tanto Monta” del Palacio Episcopal Viejo anejo a la Catedral de Huesca, anulando el procedimiento de contratación y debiendo procederse ha efectuar una nueva licitación para la realización del objeto del contrato recurrido.

Segundo. Acordar el levantamiento de las medidas cautelares concedidas por este Tribunal, con fecha 16 de diciembre de 2010, al amparo de lo establecido en el artículo 313 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

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 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

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.