



**Recurso nº 177/2011**

**Resolución nº 210/2011**

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

En Madrid, a 14 de septiembre de 2011.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Don M.J.A.M, en nombre y representación de la sociedad mercantil AMERESCO SERVICIOS ENERGÉTICOS, S.L., contra el acuerdo de exclusión a dicha mercantil del proceso de selección previa al diálogo competitivo para la realización de las actuaciones necesarias para mejorar la eficiencia energética en el edificio de la sede central del Ministerio de Defensa mediante un contrato de colaboración entre el sector público y el privado con el nº de expediente 1.00.42.11.0002.00, el Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

### **ANTECEDENTES DE HECHO.**

**Primero.** El 28 de abril de 2011 se publicó el Boletín Oficial del Estado la resolución de la Sección Económica Financiera de la Dirección General de Infraestructura por la que se convoca la licitación de un contrato de colaboración entre el sector público y privado para la realización de las actuaciones necesarias para mejorar la eficiencia energética del edificio de la sede central del Ministerio de Defensa.

**Segundo.** Con fecha 26 de julio de 2011 recibe el hoy recurrente la notificación del acto de exclusión del proceso de selección referido, presentando anuncio de recurso especial el 4 de agosto. Interpone recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 310 de la Ley de Contratos del Sector Público el día 5 de agosto de 2011.

**Tercero.** Se solicitó en el escrito de interposición del recurso, de conformidad con lo establecido en el artículo 314 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, la adopción de medidas provisionales, consistentes en suspender el procedimiento de dialogo competitivo. El Tribunal en sesión del pasado 10 de agosto acordó: *“la adopción de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 313 y 316 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de forma que según lo establecido en el artículo 317 del texto legal mencionado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de las medidas provisionales adoptadas.”*

**Cuarto.** La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a las empresas que habían participado en la licitación de referencia, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho convengan, sin que se haya evacuado este trámite por las interesadas.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

### **Primero. Plazo**

El presente recurso, calificado por el recurrente como especial en materia de contratación, se presentó el día 5 de agosto del 2011, dentro del plazo legalmente previsto para ello (artículo 314 Ley de Contratos del Sector Público) y ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

### **Segundo. Legitimación**

Ostenta legitimación activa la parte recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 312 de la Ley de Contratos del Sector Público.

### **Tercero. Competencia**

De conformidad con lo establecido en el artículo 311 de la Ley de Contratos del Sector Público, corresponde la competencia para resolver el presente recurso a este Tribunal.

#### **Cuarto. Actividad objeto del recurso.**

El recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que de conformidad con lo establecido en el artículo 310.1.a) de la Ley de Contratos del Sector Público resultan susceptibles de recurso en esta vía, ya que estamos en presencia de un procedimiento en el que la exclusión objeto del recurso se refiere a un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. Es ésta un acto de los mencionados en el artículo 310 Ley de Contratos del Sector Público y, por tanto, estamos en presencia de un acto recurrible por esta vía.

#### **FONDO DE LA CUESTIÓN.**

##### **PRIMERO. COMPETENCIA DE LA MESA ESPECIAL PARA LA EXCLUSIÓN**

Alega el recurrente la incompetencia, al amparo de los artículos 165 y 149 de la Ley de Contratos del Sector Público, de la Mesa Especial para dictar acto de exclusión de la mercantil –hoy recurrente-, por cuanto considera que literalmente conforme a Ley es el “órgano de contratación” y nunca la Mesa quien tiene atribuidas esas funciones.

Este Tribunal, si bien es conocedor del contenido material del artículo 149 de la Ley de Contratos del Sector Público, al decir que: *“1. El órgano de contratación, una vez comprobada la personalidad y solvencia de los solicitantes, seleccionará a los que deban pasar a la siguiente fase, a los que invitará, simultáneamente y por escrito, a presentar sus proposiciones en el plazo que proceda conforme a lo señalado en el artículo 151.”*

A este precepto nos conduce, al regular el procedimiento del diálogo competitivo el tenor del artículo 165 de dicho cuerpo legal, al decir que: *“2. Serán de aplicación en este procedimiento las normas contenidas en los artículos 147 a 149, ambos inclusive. No obstante, en caso de que se decida limitar el número de empresas a las que se invitará a tomar parte en el diálogo, éste no podrá ser inferior a tres.”*

Introducida la cuestión, dos son los motivos que llevan a este Tribunal a declinar la instancia del recurrente: primero, porque no estima acertado realizar una interpretación excesivamente formalista y rígida del artículo 149 precitado. Esta conclusión se

alcanza con el análisis del Derecho de desarrollo de este precepto. Esto es, en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, al regular en su artículo 23 las funciones de la Mesa Especial de diálogo competitivo dice literalmente que: “*En la fase de selección de candidatos, la mesa de diálogo competitivo examinará la documentación administrativa en los mismos términos previstos en el artículo 22.2 para el procedimiento restringido.*”

Al acudir al artículo 22.2, reproducimos que: “2. *En el procedimiento restringido, la mesa de contratación examinará la documentación administrativa en los mismos términos previstos en el apartado anterior. **La selección de los solicitantes corresponderá al órgano de contratación, quien podrá, sin embargo, delegar en la mesa esta función haciéndolo constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares.** Una vez hecha la selección de candidatos y presentadas las proposiciones, corresponderán a la mesa de contratación las mismas funciones establecidas en los apartados c, d, e, f y g del párrafo anterior.*”

En el caso que nos ocupa, según la cláusula 7 del documento descriptivo, “Selección de los candidatos para participar en el diálogo competitivo”, la Mesa especial “... *procederá a comunicar al órgano de contratación el resultado final del proceso de evaluación ...*” de los candidatos, una vez examinada la documentación exigida. Luego, propone y pone, en el sentido de fijar ya la selección del candidato. Ello nos lleva a moderar la rigidez del 149 de la Ley de Contratos del Sector Público en este caso, entendiendo, en primer lugar que hay margen de apreciación razonable en beneficio de entender no inválido el acto que supone decidir la exclusión entendida como parte del resultado de selección del candidato, función atribuida por el contrato a la Mesa especial, según esa cláusula.

Y en segundo lugar, además, podemos considerar también que la decisión de exclusión no es propia y exclusivamente de la Mesa especial, sino a su vez, a la vez o por vía de ratificación, del órgano de contratación. Ello por cuanto el acto impugnado formalmente es un documento del Ministerio de Defensa, obra –según membrete- de la entidad adjudicadora. Ya que lo imprime o elabora formalmente el órgano de dirección de la Sección Económica Financiera de la Dirección General de

Infraestructura –o DIGENIN-, que es precisamente la entidad adjudicadora, según el anuncio de la licitación que obra en el Boletín Oficial del Estado de 28 de abril de 2011.

Por ambos motivos, este Tribunal concluye que el defecto alegado no sólo no es de suficiente relevancia, sino que ni siquiera es propiamente una irregularidad invalidante.

## **SEGUNDO. FALTA DE MOTIVACIÓN**

Alega el recurrente la inexistente motivación del acuerdo de exclusión, amparándose en el artículo 135.4 de la Ley de Contratos del Sector Público, al margen de la legislación administrativa general, para, después realizar diferentes alegatos justificativos –o al menos lo intentan- de las cualidades de la compañía.

Literalmente el acuerdo de exclusión dispone que el motivo de la exclusión es “...*por no cumplir los criterios mínimos exigibles recogidos en la cláusula 6.A del Documento Descriptivo (puntos A.1, A.2, A.3, A.4 y A.6).*...”. Consta en el expediente informe del Jefe Accidental de la Sección Económica Financiera de la Dirección General de Infraestructura en el que se justifica la referida exclusión, manifestando que tan sólo quedó justificado parte del punto A.3, en cuanto a la declaración responsable de compromiso de aportación de medios de la empresa matriz y demás entidades colaboradoras y la totalidad del punto A.5, al demostrar la experiencia en el mantenimiento de plantas de microgeneración, instalaciones fotovoltaicas e instalaciones solares térmicas. Nada más queda justificado por documentación original o certificada en el expediente, por lo que concurren los motivos de exclusión indicados y en nada se justifica esa alegada falta de motivación, que incluso lleva al recurrente a invocar que sea generadora de discriminación, ya que como dice el dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 51/05 no constituye discriminación el sólo hecho de que no todos los empresarios puedan acreditar la experiencia exigida por el pliego para justificar la solvencia.

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 Don M.J.A.M, en nombre y representación de la sociedad mercantil AMERESCO SERVICIOS ENERGÉTICOS, S.L., contra el acuerdo de exclusión a dicha mercantil del proceso de selección previa al diálogo competitivo para la realización de las actuaciones necesarias para mejorar la eficiencia energética en el edificio de la sede central del Ministerio de Defensa mediante un contrato de colaboración entre el sector público y el privado con el nº de expediente 1.00.42.11.0002.00.

**Segundo.** Levantar la suspensión acordada, al amparo de lo dispuesto en el artículo 317.4 de la Ley 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.

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.