



Recurso nº 314/2011

Resolución nº 04/2012

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 5 de enero de 2011.

VISTO el recurso interpuesto por don J.M.F.M, en nombre y representación de ACCIONA INFRAESTRUCTURAS, S.A. y DE LAHOZ HERMANOS CONSTRUCTORES, S.A., contra el acto de 16 de noviembre de 2011, por el que se adjudica, en procedimiento abierto, el contrato de obras Proyecto de ejecución de la envolvente arquitectónica del Museo de Colecciones Reales (Madrid), expediente 364/11 PAOCI, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 28 de julio de 2011, en la Plataforma de Contratación del Estado, el 30 de julio de 2011 en el Diario Oficial de la Unión Europea y el 15 de agosto de 2011 en el Boletín Oficial del Estado, el Consejo de Administración de Patrimonio Nacional publicó anuncio para la licitación, por tramitación ordinaria y procedimiento abierto, del contrato de de obras Proyecto de ejecución de la envolvente arquitectónica del Museo de Colecciones Reales (Madrid), expediente 364/11 PAOCI, siendo el presupuesto base de licitación de un importe neto de 32.627.118,65 euros, y un importe total de 38.500.000 euros, siendo el valor estimado de 32.627.118,65 euros. A la licitación referida se presentaron los recurrentes ACCIONA INFRAESTRUCTURAS, S.A. y DE LAHOZ HERMANOS CONSTRUCTORES, S.A. en compromiso de Unión Temporal de Empresas a constituir en caso de adjudicación.

De acuerdo con el pliego de cláusulas administrativas de contratación la adjudicación se realizaría a la oferta más ventajosa atendiendo a diversos criterios de valoración, siendo la puntuación asignada a los criterios no evaluables de forma automática de 50 puntos, y a los evaluables de forma automática, limitados a la oferta económica, de otros 50 puntos.

Segundo. El 29 de septiembre de 2011 la mesa de contratación calificó la documentación general presentada admitiendo a todos los licitadores tras la subsanación de los defectos observados. El 6 de octubre de 2011 se procedió a la apertura en acto público de los sobres de las empresas licitadoras con las proposiciones correspondientes a los criterios no cuantificables automáticamente, entregando los mismos a la comisión técnica constituida para su valoración.

El 20 de octubre de 2011, día inicialmente previsto para la lectura en acto público del resultado de la valoración técnica y apertura de los sobres correspondientes a la oferta económica, se comunicó a los asistentes al acto público el traslado del acto al 26 de octubre, igualmente se hizo mediante correo electrónico a los licitadores y publicación de anuncio en el Boletín Oficial del Estado.

El 26 de octubre de 2011 la mesa recibió y estudió el informe de valoración de la comisión técnica, correspondiente a la documentación ponderable mediante juicios de valor, asumiendo como propio su contenido, y en acto público sucesivo se entregó a los asistentes el resumen de puntuaciones obtenidas por cada licitador, dando a conocer las empresas admitidas por haber superado el umbral mínimo de 30 puntos requerido en los pliegos rectores, así como las excluidas por no haberlo superado, procediéndose a la apertura y lectura de las ofertas económicas.

El 28 de octubre, la mesa recibió el informe de valoración global fechado el 27 de octubre, en que se contenía la valoración tanto de los criterios evaluables mediante juicio de valor como del único criterio evaluable automáticamente, la oferta económica. La mesa consideró correcta la aplicación del procedimiento previsto en el pliego para la valoración de la oferta económica y asumió expresamente como propio el informe de valoración global, formulando la propuesta de adjudicación a favor de FCC CONSTRUCCIÓN, S.A. por haber formulado la proposición más ventajosa toda vez que obtuvo la mayor puntuación total en la valoración de los criterios técnicos y económicos.

El 16 de noviembre de 2011 se dictó el Acuerdo de adjudicación del contrato, de conformidad con la propuesta de la mesa, por el Presidente del Consejo de Administración de Patrimonio Nacional a favor de FCC CONSTRUCCIÓN, S.A. por importe de 24.978.800,50 euros.

Consta en el expediente la publicación en la Plataforma de Contratación del Estado del acuerdo de adjudicación, así como las notificaciones individuales a los licitadores, el mismo 16 de noviembre de 2011, si bien no consta la fecha de recepción de las notificaciones individuales por los licitadores.

Tercero. El 25 de noviembre los recurrentes anunciaron al órgano de contratación la interposición de recurso contra el acto de adjudicación, presentando el recurso ante este Tribunal el día 2 de diciembre de 2011, si bien fechado el 1 de diciembre.

En el *petitum* solicita que se *“acuerde la revocación de la citada Resolución de adjudicación, con retroacción de las actuaciones del procedimiento de licitación al momento de la valoración de las ofertas económicas de los licitadores, a fin de que se efectúe una nueva valoración de acuerdo con la interpretación de la cláusula L.2 del Pliego sostenida en este recurso y, con arreglo a esa valoración, se adjudique el contrato a la oferta de ACCIONA INFRAESTRUCTURAS, S.A. y DE LAHOZ HNOS. CONSTRUCTORES, S.A.”.*

Cuarto. El 9 de diciembre el órgano de contratación remitió a este Tribunal una copia del expediente de contratación e informe del órgano de contratación.

La Secretaría del Tribunal, el 12 de diciembre de 2011, reiterándolo el 14 de diciembre, dio traslado del recurso a las otras empresas que habían participado en la licitación, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que formularan alegaciones, lo que hizo el adjudicatario, FCC CONSTRUCCIÓN, S.A.

Quinto. El 22 de diciembre de 2011 se notificó a los recurrentes y al órgano de contratación el acuerdo del Tribunal de mantener la suspensión automática conforme a las previsiones del entonces vigente artículo 105.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, hoy artículo 46.3 del vigente, desde el 16 de diciembre, texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que ha derogado y sustituido a la Ley 30/2007.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso, calificado por el recurrente como especial en materia de contratación, se interpone contra el acto de adjudicación y corresponde a este Tribunal su

resolución de conformidad con el artículo 311.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, vigente al momento de la interposición del recurso, hoy sustituido por el artículo 41.1 del vigente texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Como hemos señalado reiteradamente existe un límite a nuestra competencia respecto de la pretensión articulada por el recurrente que pide que este Tribunal declare la adjudicación del contrato a su favor. Este Tribunal tiene exclusivamente una función revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad, conforme con lo que establece para el conjunto de los recursos administrativos el artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y el artículo 317.2 *in fine* de la Ley 30/2007 en cuanto al recurso especial (hoy 47.2 del texto refundido), de modo que de existir tales vicios hemos de proceder a anular el acto o actos, ordenando en su caso que se repongan las actuaciones al momento anterior al que el vicio se produjo, pero sin que el Tribunal pueda sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación, en este caso del órgano de contratación único al que corresponde dictar el acto de adjudicación, so pena de incurrir en incompetencia material sancionada con nulidad radical (artículos 62.1.b) de la Ley 30/1992).

Por ello debemos inadmitir dicha pretensión, por carecer de competencias para resolverlas, sin perjuicio de nuestra competencia para conocer de todas las demás formuladas.

Segundo. El acto recurrido es el acuerdo de adjudicación de un contrato de obras cuyo valor estimado es superior a 4.845.000 euros, por lo que el recurso ha sido interpuesto contra acto recurrible de conformidad con lo establecido en el artículo 310.1, a) de la Ley 30/2007, vigente al momento de la interposición del recurso, hoy sustituido por el artículo 40.1 del vigente texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

El 25 de noviembre los recurrentes anunciaron al órgano de contratación la interposición de recurso, presentando el recurso ante este Tribunal el 2 de diciembre de 2011, siendo el acto recurrido de 16 de noviembre de 2011 y constando su notificación individual el mismo día 16 de noviembre si bien no el día de su recepción, por tanto dentro del plazo previsto para ello en la ley (artículo 314.2 de la Ley 30/2007, 44.2 del texto refundido).

Tercero. La legitimación activa de la parte recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 312 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, vigente al momento de la interposición del recurso, hoy sustituido por el artículo 42.1 del vigente texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Cuarto. La reclamación se articula por el actor sobre un único fundamento: la valoración por la mesa de contratación de las ofertas económicas único criterio evaluable automáticamente conforme al apartado L.2.2 del cuadro anexo del pliego de cláusulas administrativas.

“L.2.2.) Puntuación oferta económica.

Puntuación máxima 50 puntos.

Para valorar la oferta económica, se procederá del siguiente modo:

1.- Se establecerá el porcentaje de baja de cada oferta.

2.- Se calcularán los valores BM y BA, siendo el primero el valor medio de los porcentajes de todas las bajas de las ofertas presentadas y el segundo $BA = BM + 5$ puntos porcentuales.

Para el cálculo del valor medio BM, se excluirán las ofertas con mayor y menor porcentaje de baja de entre las admitidas.

3.- Se establecen tres tramos que incluyen todas las ofertas presentadas.

El primero contendrá las ofertas en las que el número que representa su porcentaje de baja es inferior en valor absoluto a BM.

El segundo incluirá las ofertas en las que el número que representa su porcentaje de baja está comprendido entre BM y BA.

El tercero contendrá todas las ofertas en las que el número que representa su porcentaje de baja sea superior en valor absoluto a BA.

La valoración de cualquier oferta de las presentadas se hará asignando una puntuación resultado de multiplicar el número que representa la puntuación máxima K por un coeficiente obtenido del siguiente modo:

Para el primer tramo de ofertas con baja menor que la media, el coeficiente será el cociente BX/BA , siendo BX el porcentaje de baja de la oferta de que se trata. Al resultado obtenido de este modo, se le descontará 8 puntos.

Para el segundo tramo de ofertas con baja comprendidas entre la media y la media más cinco puntos porcentuales el coeficiente será el cociente $[BA - 0,1 (BA - BX)] / BA$, siendo BX el porcentaje de baja de la oferta de que se trate.

Para el tercer tramo de ofertas con baja mayor que la media, el coeficiente será el cociente BA/BX , siendo BX el porcentaje de baja de la oferta de que se trata. Al resultado obtenido de este modo, se le descontará 5 puntos.

RESUMEN DE LA PROPUESTA DE FÓRMULA DE VALORACIÓN

K = Puntuación máxima asignada a la oferta BA (50 puntos)

BM = % baja oferta media.

BA = % baja considerada más beneficiosa para la Administración ($BA = BM + 5$).

Bx = % baja oferta de que se trate.

Px = Puntos obtenidos por cada oferta.

TRAMO 1 $Bx < BM$ $Px = [K (Bx / BA)] - 8$

TRAMO 2 $BM \leq Bx < BA$ $Px = K \{ [BA - 0,1 (BA - Bx)] / BA \}$

TRAMO 3 $Bx \geq BA$ $Px = [K (BA / BX)] - 5$

Nota 1: En el caso de que se reciban ofertas presentadas por sociedades pertenecientes al mismo grupo empresarial, sólo se tomará en consideración a efectos del cálculo de la baja media la oferta más baja. Se entenderá que existe vinculación entre ofertas cuando se den los supuestos establecidos en el artículo 42.1 del Código de Comercio.

Nota 2: En el caso de que el licitador obtenga en este apartado una puntuación negativa, se le asignarán 0 puntos.”

El recurrente considera que la evaluación del criterio aplicable automáticamente no es conforme a derecho, por el modo en que la mesa de contratación ha aplicado la Nota 1 del apartado L.2.2 del cuadro anexo del pliego de cláusulas administrativas que prevé que recibidas ofertas de sociedades pertenecientes al mismo grupo empresarial, sólo se tomará en consideración a efectos del cálculo de la baja media la oferta más baja.

Así la recurrente estima que la regla contenida en la referida Nota 1 es de aplicación como *“presupuesto o requisito previo de la realización del cálculo determinante de la puntuación a otorgar a las ofertas económicas de los licitadores”*, es decir antes de la aplicación del punto 2 del apartado L.2.2 del cuadro anexo, que fija las operaciones para el cálculo de la baja media.

Así a juicio del recurrente debieron excluirse las ofertas de las sociedades pertenecientes a un mismo grupo empresarial con excepción de la más baja de entre ellas, y después para el cálculo de la baja media excluir las ofertas con mayor y menor porcentaje de baja de entre las que quedasen una vez practicada la anterior operación. En la adjudicación que nos ocupa, se excluiría en aplicación de la Nota 1 del Cuadro Anexo la oferta presentada por Dragados, S.A., al ser oferente también Vías y Construcciones, S.A. del mismo grupo de empresas con una oferta superior, y después aplicando el punto 2 del apartado L.2.2 del Cuadro Anexo se excluirían de entre las restantes las presentadas por Ferrovial Agromán, S.A., oferta con mayor baja, y Corsan-Corviam, Construcciones, S.A., oferta con menor baja.

Por contra tanto el órgano de contratación como el adjudicatario en su informe y alegaciones sostienen el Acuerdo de adjudicación conforme con la propuesta de la mesa, que estima que ha de seguir el orden expreso previsto en el apartado L.2.2 del cuadro anexo del pliego para aplicar la fórmula, entrando en juego la aplicación de la Nota 1 sólo en el caso de que una vez excluidas las ofertas con mayor y menor porcentaje de baja de entre las presentadas para realizar la baja media, hubiere más de una oferta de sociedades de un mismo grupo de empresas.

Así al quedar excluida Dragados, S.A., como oferta con menor baja de entre las presentadas, en aplicación del apartado L.2.2 del cuadro anexo, no procedería aplicar la Nota 1 del citado Cuadro Anexo pues sólo quedaría la de Vías y Construcciones, S.A. como oferta de las sociedades del mismo grupo de empresas.

Quinto. Hemos de señalar que la cuestión debatida se centra en la aplicación de un criterio de evaluación aplicable automáticamente por lo que, a diferencia de lo que tenemos reiteradamente declarado respecto de la aplicación de los criterios evaluables en función de juicios de valor, no es de aplicación la jurisprudencia del Tribunal Supremo con respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración, por lo que el Tribunal puede entrar a revisar su aplicación sin limitación alguna.

Con carácter previo a la exégesis de la norma del pliego hemos de referirnos a dos cuestiones traídas a colación por el recurrente en su interpretación de la misma

En primer lugar la invocación de los preceptos de la normativa de contratos que regulan la presentación de proposiciones por empresas vinculadas, como criterio interpretativo de la aplicación del apartado L.2.2 del cuadro anexo del pliego de cláusulas administrativas.

El artículo 129.4 de la Ley 30/2007, hoy 142. 4 del texto refundido, dispone que, en los contratos distintos del de concesión de obra pública, la presentación de distintas proposiciones por empresas vinculadas, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio, producirá los efectos que reglamentariamente se determinen en relación con la aplicación del régimen de ofertas con valores anormales o desproporcionados previsto en el artículo 136 de la Ley, hoy 152 del texto refundido.

Por su parte el artículo 136 de la Ley 30/2007, hoy 152 del texto refundido, distingue dos supuestos, cuando se trate de contratos en que el único criterio valorable de forma objetiva para la adjudicación del contrato sea el de su precio, en que el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas podrá apreciarse de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente, por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado, y en aquellos contratos en que para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, en que podrá expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará,

en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, pudiendo fijar respecto del precio ofertado si es uno de los criterios objetivos de adjudicación, los límites que permitan apreciar que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales.

En fin, el artículo 86 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 octubre, dispone que a los efectos de lo dispuesto en el artículo 83.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas -artículos 129.4 de la Ley 30/2007, y 142. 4 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público-, cuando empresas pertenecientes a un mismo grupo presenten distintas proposiciones para concurrir individualmente a la adjudicación de un contrato, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, la oferta más baja, produciéndose la aplicación de los efectos derivados del procedimiento establecido para la apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, respecto de las restantes ofertas formuladas por las empresas del grupo; disponiendo en apartado 4 del citado artículo 86 del Reglamento que los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán establecer el criterio o criterios para la valoración de las proposiciones formuladas por empresas pertenecientes a un mismo grupo.

Pues bien, de los preceptos de las normas de contratación sólo resulta la consecuencia señalada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 9/05, de 11 de marzo de 2005, *“pueden contratar con la administración y, por tanto, concurrir a licitaciones, las personas físicas o jurídicas nacionales o extranjeras y en la regla del artículo 86 del Reglamento General de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que parte del supuesto de concurrencia en la licitación de empresas pertenecientes a un mismo grupo que, precisamente presentan distintas proposiciones, limitándose a establecer normas específicas para la apreciación de bajas temerarias, sin exclusión alguna de la posibilidad de licitar”*.

Es decir que la normativa de contratos no excluye, salvo en el supuesto específico del contrato de concesión de obra pública, la concurrencia en la licitación de empresas

pertenecientes a un mismo grupo, limitándose a establecer normas específicas para la apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias.

No estando en un supuesto de apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias en el presente caso, no son de aplicación los preceptos invocados por el recurrente, y por tanto no pueden tomarse en consideración en la interpretación de la norma del pliego.

En segundo lugar afirma que como consecuencia de la aplicación realizada por la mesa de contratación de la norma del pliego la adjudicación se produce a favor de una oferta económica más elevada que la que resultaría de aplicarse la norma conforme pretende y que ello es *“contrario al objetivo de asegurar una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras”*.

Con ello el recurrente introduce una consideración de oportunidad, meta jurídica, que es ajena al pliego y a las normas que rigen la contratación, pues como acertadamente señala el órgano de contratación en su informe la proposición económicamente más ventajosa no es la que coincide con el precio más bajo cuando se trata de contratos en que para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, pues esto sólo es predicable ex artículo 135.1 *in fine* de la ley 30/2007, artículo 151.1 del texto refundido, cuando el único criterio a considerar sea el precio.

Sexto. Del análisis del pliego y de las consideraciones tanto del recurrente como de adverso del órgano de contratación y del adjudicatario, entendemos que la mesa aplicó correctamente el apartado L.2.2 del cuadro anexo del pliego de cláusulas administrativas.

En efecto, ateniéndose a la letra del apartado del pliego, este establece un *iter* procedimental claro y preciso, fijado por normas de carácter general, del que las Notas 1 y 2 no forman parte, siendo reglas especiales de aplicación a los tramites secuencialmente previstos sólo cuando se den los supuestos previstos en ellas.

Es claro y terminante el pliego cuando fija como se calcula la baja media en el punto 2 del apartado L.2.2 del cuadro anexo del pliego de cláusulas administrativas. Así, para el cálculo del valor medio BM, valor medio de los porcentajes de todas las bajas de las ofertas presentadas, se excluirán las ofertas con mayor y menor porcentaje de baja *“de entre las admitidas”*.

El carácter terminante del precepto impide excluir de entre las ofertas admitidas a aquellas que no reúnan el requisito de tener el mayor y el menor porcentaje de baja, de modo que de la ordenación de los apartados del apartado L.2.2 y del tenor literal de la Nota 1 no puede inferirse que la exclusión en la toma en consideración para el cálculo de la baja media de las ofertas presentadas por sociedades pertenecientes a un mismo grupo empresarial haya de preceder temporal y procedimentalmente a la exclusión de las ofertas con mayor y menor porcentaje de baja de entre las admitidas.

Es más, en el presente caso se cumplió no sólo con la letra de la norma del pliego sino también con su espíritu, pues la misma no tiene otro objeto que evitar posibles manipulaciones en la aplicación de las fórmulas de determinación de la oferta económica más ventajosa mediante la presentación de dos o más oferta concertadas por empresas vinculadas entre sí, excluyendo del cálculo de la baja media a las ofertas de las empresas del grupo salvo la más baja de entre ellas. Así excluida por aplicación de la norma general, la relacionada en el punto 2 del apartado L.2.2, la oferta de Dragados S.A. por ser la oferta de menor porcentaje de baja de entre las presentadas, no fue precisa la aplicación de la Nota 1, norma especial que sólo entra en aplicación cuando se da el supuesto contemplado en ella tras la aplicación de la norma general, pues para el cálculo de la baja media sólo se había tenido en cuenta la oferta de una de las empresas del grupo empresarial, la de Vías y Construcciones, S.A., precisamente la de mayor porcentaje de baja de las del grupo.

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 ACCIONA INFRAESTRUCTURAS, S.A. y DE LAHOZ HERMANOS CONSTRUCTORES, S.A., contra el acto de 16 de noviembre de 2011, por el que se adjudica, en procedimiento abierto, el contrato de obras “Proyecto de ejecución de la envolvente arquitectónica del Museo de Colecciones Reales (Madrid), expediente 364/11 PAOCI”.

Segundo. Levantar la suspensión automática producida en aplicación del entonces vigente artículo 315 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, (hoy 45 del texto

refundido) al amparo de lo dispuesto en el vigente artículo 47.4 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo de 3/2011, de 14 de noviembre.

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 47.5 del texto refundido de la Ley 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.