



Recurso nº 189/2013

Resolución nº167/2013

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 8 de mayo de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D. X.S.M., en nombre y representación de COFELY ESPAÑA, S.A.U. contra el Acuerdo del Presidente de la Comisión Ejecutiva del Consorcio para la Construcción, Equipamiento y Explotación del Laboratorio de Luz de SINCROTRON de 22 de febrero de 2013, por el que se acordaba la exclusión de la recurrente en el procedimiento para la adjudicación del contrato del servicio de mantenimiento preventivo de las Instalaciones convencionales del Laboratorio de Luz de SINCROTRON (expediente 5/2012), el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Mediante anuncios publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea de 5 de marzo de 2013, en el Boletín Oficial del Estado de 15 de marzo de 2013, en el "Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya" de 16 de marzo de 2013, así como en el perfil del contratante del Consorcio para la Construcción, Equipamiento y Explotación del Laboratorio de Luz de SINCROTRON, se convocó licitación para la adjudicación del servicio de mantenimiento preventivo de las instalaciones convencionales del Laboratorio de Luz de SINCROTRON ALBA, a la que concurrió presentando oferta, entre otras, la mercantil ahora recurrente. Es de destacar que el citado Consorcio está participado por partes iguales por la Administración General del Estado y por la Generalitat de Cataluña.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en lo sucesivo TRLCSP), en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).

Tercero. Cumple resaltar, a los efectos que luego se indicarán, que las cláusulas 17.2.2 y 17.2.3 del pliego de cláusulas administrativas de aplicación son del siguiente tenor:

“17.2.2. Las ofertas presentadas se dividirán en dos (2) grupos según la suma total de puntos obtenida en la valoración de la documentación técnica:

- *Ofertas con calidad técnica insuficiente: serán aquellas que han obtenido una puntuación inferior a veinte (20) puntos en la valoración técnica.*
- *Ofertas con calidad técnica suficiente: serán aquellas que han obtenido una puntuación igual o superior a veinte (20) puntos en la valoración técnica.*

17.2.3. Las empresas con ofertas técnicas calificadas como suficientes, serán las únicas que se tendrán en cuenta para efectuar el cálculo de la oferta económica”.

Cuarto. El 1 de febrero, previos los trámites oportunos, se emitió por uno de los integrantes de la Mesa de Contratación el informe de valoración de las ofertas técnicas correspondiente a los sobres B de los distintos licitadores, que otorgaba a la ahora recurrente un total de 13,9 puntos. Dicho informe fue unánimemente asumido por la Mesa de Contratación, que, de esta forma, adoptó el 22 de febrero de 2013 un acuerdo por el que proponía la exclusión de la oferta de la actora por contar con calidad técnica insuficiente, al no haber alcanzado el indicado umbral de veinte puntos. A sus resultas, el Presidente de la Comisión Ejecutiva dictó ese mismo 22 de febrero de 2013 resolución por la que disponía tal exclusión.

Quinto. Dicha resolución fue notificada a la mercantil COFELY ESPAÑA, S.A.U. el 13 de marzo de 2013, y el 22 de marzo de 2013 esta mercantil presentó ante el aludido Consorcio un recurso especial en materia de contratación “para; ante L’Òrgan Administratiu de Recursos Contractuals de Catalunya”.

Sexto. El 18 de abril de 2013 se recibió en este Tribunal, procedente de “L’Òrgan Administratiu de Recursos Contractuals de Catalunya”, el recurso así interpuesto, que pasó a ser tramitado con el número de expediente 189/2013. En su virtud, el 24 de abril de 2013 este Tribunal dictó resolución por la que acordaba “la concesión de la medida

provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del TRLCSP”

Séptimo. Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso a los restantes licitadores en fecha 24 de abril de 2013 para que formularan las alegaciones que conviniesen a su derecho, sin que ninguno de ellos haya evacuado este trámite.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se califica por la recurrente como especial en materia de contratación, habiendo sido interpuesto contra un acto susceptible de impugnación por esta vía, de acuerdo con el artículo 40 TRLCSP, y por persona legitimada para ello, de acuerdo con el artículo 42 TRLCSP. De igual modo, habría de concluirse que la interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2.a) del citado texto legal, al no haber transcurrido más de 15 días hábiles entre la fecha de notificación del acto impugnado y la de presentación del recurso.

Segundo. Sentado lo anterior, es de recordar que el artículo 41.5 TRLCSP establece que *“cuando se trate de los recursos interpuestos contra actos de los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones Públicas, la competencia estará atribuida al órgano independiente que la ostente respecto de la Administración a que esté vinculada la entidad autora del acto recurrido”,* añadiendo luego que *“si la entidad contratante estuviera vinculada con más de una Administración, el órgano competente para resolver el recurso será aquél que tenga atribuida la competencia respecto de la que ostente el control o participación mayoritaria y, en caso de que todas o varias de ellas, ostenten una participación igual, ante el órgano que elija el recurrente de entre los que resulten competentes con arreglo a las normas de este apartado.”.*

En el caso del Consorcio para la Construcción, Equipamiento y Explotación del Laboratorio de Luz de SINCROTRON, tratándose de un consorcio dotado de personalidad jurídica propia que, como tal, forma parte del sector público, ex artículo 3.1.e) TRLCSP, pero no ostenta la condición de Administración Pública (de acuerdo con el artículo 3.2, en sentido contrario, del mismo texto legal), resulta de aplicación lo así dispuesto en el artículo 41.5 TRLCSP.

Sentado lo anterior, dado que el citado Consorcio está participado por igual por el Estado y por la Comunidad Autónoma de Cataluña y, atendido que la mercantil recurrente ha interpuesto su recurso, expresamente, *“para ante L’Òrgan Administratiu de Recursos Contractuals de Catalunya”* (extremo que, siendo anunciado en su encabezamiento, es inequívocamente reiterado en su petitum) debe concluirse (partiendo del carácter irrenunciable e improrrogable de la competencia administrativa, ex artículo 8 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre) que su conocimiento ha quedado atribuido, en virtud de dicha expresa opción ejercitada por la actora al amparo del inciso final del meritado artículo 41.5 TRLCSP, al citado órgano autonómico. Procede, en consecuencia, la inadmisión del presente recurso, a tenor del artículo 47.2 TRLCSP, por carecer de competencia este Tribunal para su resolución.

Tercero. Ello, no obstante, conviene destacar que, incluso si se obviara tal pertinente inadmisión, el recurso debería ser igualmente desestimado. Para fundamentar esta conclusión se analizarán, sucintamente y a los meros efectos ilustrativos, los motivos en los que se hace descansar.

La actora sostiene, en primer término, que la valoración de su oferta técnica, que opera como fundamento de la exclusión impugnada, es nula al no haber sido realizada por un comité externo, integrado por un mínimo de tres expertos no integrados en el órgano proponente del contrato, tal y como exige el artículo 150.2 TRLCSP. Alega que, en tanto existe un umbral de puntuación de la oferta técnica que debe ser superado para que pueda ser valorada la oferta económica, ésta tiene un carácter subordinado, lo que hace aplicable la previsión en tal sentido contenida en el meritado precepto.

Tal alegato no puede prosperar. La intervención del comité externo al que la actora alude sólo es exigible, como expresamente señala el artículo 150.2 TRLCSP, cuando *“en una licitación que se siga por un procedimiento abierto o restringido se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor”*. Partiendo de este hecho, es fácil comprobar que, en el caso examinado, no se da tal presupuesto, toda vez que la ponderación atribuida a los criterios evaluables de forma automática es, como así resulta de la cláusula 17 y del Anexo 8 del pliego, claramente superior (65 puntos) a la reservada a los criterios dependientes de un juicio de valor (35

puntos). Por tanto, nada puede obstar al hecho de que los tales criterios hayan sido valorados, con asunción del informe elaborado por uno de sus miembros, por la propia Mesa de Contratación.

A los tales efectos, carece de toda trascendencia que los tales criterios técnicos sean valorados previamente a la apertura de la oferta económica, pues tal es, precisamente, el orden natural y reglado de los hechos, de acuerdo con el propio artículo 150.2 TRLCSP, en el que se afirma que *"la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello"*.

Y, de igual modo, carece también de trascendencia que, realizándose primero dicha valoración de los criterios dependientes de un juicio de valor, se establezca un determinado umbral mínimo de puntuación para poder acceder a la ulterior valoración de los criterios evaluables mediante fórmulas, pues tal posibilidad viene expresamente admitida en el artículo 150.4 TRLCSP, en el que se establece que *"en el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, así como el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo."*

Es, por otro lado, de destacar que, tanto dicha articulación del procedimiento en fases como la propia existencia de un umbral mínimo de puntuación en la valoración de los criterios técnicos, viene expresamente prevista en los pliegos de aplicación, siendo así que, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen la ley del contrato y vinculan, según una constante y consolidada doctrina jurisprudencial, tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación, sin perjuicio de la eventual apreciación ulterior de vicios de nulidad de pleno derecho (entre otras muchas, cabe citar las resoluciones de este Tribunal 241/2011, 17/2012, 155/2011 y 172/2011).

En el caso examinado, no cabe apreciar que la previsión a tal fin contenida en los pliegos (que establecen un umbral de 20 puntos, siendo la valoración máxima reservada a los

criterios técnicos de 35 puntos) resulte arbitraria ni adolezca de vicio alguno de nulidad, por lo que, habiendo sido consentidos por la actora, deben prevalecer sin que sea ahora dable a la recurrente poner en cuestión su aplicación, como indirectamente pretendería hacer mediante el alegato examinado.

Por ello, concluye este Tribunal que, incluso si no fuera procedente la inadmisión del recurso, debería desestimarse el alegato de la recurrente.

Cuarto. En segundo lugar, la actora viene a alegar, si bien de forma un tanto confusa, que los criterios de adjudicación deben contraerse, exclusivamente, a la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, sin que sea dable en dicha fase el enjuiciamiento de los requisitos de solvencia económica, financiera o técnica, que tiene, en su caso, por suficientemente acreditada.

En este sentido, cabe realizar dos consideraciones. En primer lugar, interesa apuntar (dejando al margen en este punto lo antes dicho respecto de los pliegos de aplicación, su condición de ley del contrato y el aquietamiento de la actora a su contenido) que, ciertamente, este Tribunal ha declarado en diversas ocasiones (haciéndose eco de lo dispuesto en el artículo 150.1 TRLCSP y de la consolidada doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa) que la valoración de la aptitud y la adjudicación del contrato son dos operaciones diferentes, regidas también por reglas diferentes, por lo que, así como en la valoración de la aptitud se evaluarán aspectos relativos al contratista, en la adjudicación solamente se podrán valorar aspectos relativos a la oferta, es decir, al objeto del contrato. Por esta razón, se ha concluido (verbigracia, en las resoluciones 187/2012 y 170/2011) que los medios que los órganos de contratación pueden utilizar como acreditativos de la aptitud y que tienen por finalidad determinar la capacidad de los licitadores para la ejecución del contrato no pueden ser valorados para determinar la oferta económicamente más ventajosa.

Ahora bien, sentado lo anterior, es lo cierto que, en el caso analizado no cabe tener por infringida dicha doctrina, pues, atendida la enumeración de los distintos aspectos de la oferta técnica objeto de ponderación como criterios dependientes de un juicio de valor (resultante de la cláusula 17. 2 y del apartado 2 del Anexo 8 del pliego, como ya se ha

dicho), puede comprobarse que los tales extremos, no sólo no guardan relación alguna con los medios de acreditación de la solvencia técnica definidos en la cláusula 12.2.4.4. del pliego, sino que, claramente, se encaminan a la concreta valoración de determinados aspectos de las ofertas de los licitadores, atendiendo exclusivamente a características de su respectiva proposición en directa relación con lo que es estricto objeto del contrato, que no al enjuiciamiento de la propia y abstracta capacidad o solvencia de los licitadores.

A ello no obsta, en efecto, que entre los tales criterios figuren, entre otros, determinados extremos alusivos a los medios humanos, técnicos y auxiliares destinados a la concreta ejecución del contrato, pues, como ha señalado en reiteradas ocasiones la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (así, por ejemplo, en el informe 56/2004, de 12 de noviembre), *“la cantidad y calidad de los concretos medios ofertados por los licitadores para garantizar la calidad de la prestación a ejecutar es un elemento cualitativo de la oferta que influye en su valor técnico, por lo que puede utilizarse como criterio de adjudicación, siempre que efectivamente se oferte y, por tanto, se integre en la prestación a ejecutar”*. En el mismo sentido, en el informe 45/02, de 28 de febrero de 2003, la citada Junta Consultiva, tras hacer referencia a la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas expuesta en la sentencia Beentjes, asunto 31/87, de 28 de enero de 1989, avalaba que, en fase de adjudicación, *“aquellas características de las empresas que necesariamente justifican la oferta presentada y que son necesarias para la ejecución del contrato, puedan permitir al órgano de contratación tomar una decisión dirigida a seleccionar la mejor oferta que esté justificada por los medios con que contará la empresa para ejecutar el contrato y que son necesarios para tal fin.”*

En otro orden de cosas, es evidente que la referencia del artículo 150.1 TRLCSP a la selección de la oferta económicamente más ventajosa no puede determinar, como parece pretender la actora, una simple identificación o reconducción unívoca de los criterios de adjudicación con el precio o proposición económica ofertada.

Así se infiere, sin excesiva dificultad, de la propia dicción literal del meritado precepto, en el que se establece que *“para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el*

plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes.”

Es evidente que esta profusa enumeración de criterios de adjudicación excluye de raíz toda eventual identificación del concepto “*oferta económicamente más ventajosa*” con aquella cuyo precio de adjudicación sea más bajo. Tal identificación sólo procede, como señala el propio precepto citado, “*cuando sólo se utilice un criterio de adjudicación*” supuesto en el que “*éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo.*” Pero ello no impide que, como es el caso, sean varios los criterios de adjudicación empleados ni, en tal caso, que, como señala el artículo 150.4 y antes se ha dicho, el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, en términos que puedan determinar que no llegue a ser examinada la oferta económica de aquellos licitadores que no superen el umbral de puntuación establecido en alguna de las intermedias.

Por ello, concluye este Tribunal que, incluso si no fuera procedente la inadmisión del recurso, debería desestimarse el alegato de la recurrente.

Quinto. Finalmente, la recurrente cuestiona la valoración realizada por la mesa de contratación en la ponderación de los distintos aspectos técnicos de su oferta.

Como bien es sabido y ha declarado este Tribunal (entre otras muchas, en las resoluciones 7/2011 y 269/2011) es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la doctrina reiteradamente sostenida por nuestro Tribunal Supremo con respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que, tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos.

No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe

quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios o que, finalmente, no se haya incurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración.

Partiendo de lo dicho, puede comprobarse que lo alegado por la reclamante en dichos aspectos incide directamente en la discrecionalidad técnica de la valoración sin afectar (a salvo lo ya dicho respecto de la inexigible intervención de un comité externo y, con ello, de la inexistencia de infracción del artículo 150.2 TRLCSP) a sus aspectos formales. Por otro lado, no aprecia este Tribunal que la valoración (que se ajusta a los parámetros y subcriterios definidos con detalle en el Anexo 8 del Pliego de cláusulas administrativas), adolezca de arbitrariedad, discriminación o errores materiales, estando, además, el informe técnico en que se funda la exclusión objeto de impugnación, adecuada, circunstanciada y suficientemente motivado, en los términos exigibles a tenor del artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Por esta razón, y al igual que en los casos anteriores, concluye este Tribunal que, incluso si no fuera procedente la inadmisión del recurso, debería desestimarse el alegato de la recurrente.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D. X.S.M., en nombre y representación de COFELY ESPAÑA, S.A.U., contra el Acuerdo del Presidente del Comité Ejecutivo del Consorcio para la Construcción, Equipamiento y Explotación del Laboratorio de Luz de SINCROTRON de 22 de febrero de 2013, por el que se acordaba la exclusión de la recurrente en el procedimiento para la adjudicación del contrato del servicio de mantenimiento preventivo de las Instalaciones convencionales del Laboratorio de Luz de SINCROTRON (expediente 5/2012), y ello por no resultar este Tribunal competente para

su conocimiento, disponiendo su remisión a L'Òrgan Administratiu de Recursos Contractuals de Catalunya.

Segundo. Levantar la suspensión acordada de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del TRLCSP mediante resolución de este Tribunal de fecha 24 de abril de 2013.

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 TRLCSP.

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 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.