



Recurso nº 674/2021

Resolución nº 969/2021

Sección 1ª

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

En Madrid, a 30 de julio de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por D. Y.A.B., en representación de CONSTRUCCIONES Y EXCAVACIONES ERRI BERRI, S.L., contra el acuerdo de adjudicación del procedimiento “*Contrato mixto de los trabajos de redacción de proyecto y ejecución de obra de desmantelamiento y enajenación de materiales y residuos de las baterías de coque en Avilés (Asturias)*” con expediente 9/2020-PEPA-ST, convocado por el Parque Empresarial Principado de Asturias, Sociedad Limitada, Sociedad Mercantil Estatal, este Tribunal, por mayoría, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Parque Empresarial Principado de Asturias, Sociedad Limitada, Sociedad Mercantil Estatal (en adelante PEPA) publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el 7 de agosto de 2020, la licitación del contrato “*Contrato mixto de los trabajos de redacción de proyecto y ejecución de obra de desmantelamiento y enajenación de materiales y residuos de las baterías de coque en Avilés (Asturias)*”. Dicha licitación se publicó, igualmente en el DOUE.

El valor estimado es de 15.678.896,98€

Segundo. Se presentaron a la licitación 3 empresas. El 26 de abril de 2021 y tras la tramitación del procedimiento, el órgano de contratación acordó la adjudicación del contrato a la UTE LEZAMA DEMOLICIONES, S.L. – CONSTRUCTORA LOS ÁLAMOS, S.A.



Tercero. Disconforme con esta resolución, CONSTRUCCIONES Y EXCAVACIONES ERRI BERRI, S.L. (en adelante, ERRI BERRI) presenta recurso especial en materia de contratación. El órgano de contratación ha formulado informe, oponiéndose a la estimación del recurso. En el mismo sentido, la UTE adjudicataria ha presentado escrito de alegaciones.

Cuarto. La Secretaria del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 3 de junio de 2021 acordando mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), pues el análisis de los motivos que fundamentan la interposición del recurso pone de manifiesto que los perjuicios que podrían derivarse del levantamiento de la suspensión son de difícil o imposible reparación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para el conocimiento y resolución del presente recurso especial en materia de contratación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la LCSP.

Segundo. El recurso ha sido interpuesto en plazo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LCSP.

Tercero. Con respecto al requisito de legitimación, es claro que el recurrente lo cumple, al impugnar el acto de adjudicación en una licitación en que su oferta quedó clasificada en segundo lugar.

Cuarto. El recurso se dirige contra un acto susceptible de impugnación.

Quinto. En su extensísimo escrito de recurso que incluye hasta 70 apartados en los antecedentes de hecho, ERRI BERRI define varios motivos que llevarían a su estimación. El primero de ellos, defiende la exclusión de la UTE adjudicataria, porque el objeto social de las empresas que la forman no contempla las prestaciones objeto del contrato. Estas



últimas son heterogéneas y, según reconoce el propio órgano de contratación, la ejecución es sumamente compleja y delicada por la entidad y magnitud del complejo industrial a dismantelar, la peligrosidad del mismo y el tiempo disponible para llevar a cabo las actuaciones. No se trata de una obra de edificación convencional, lo que explica la concurrencia tan limitada.

Sostiene que una de las empresas componentes de la UTE, CONSTRUCTORA LOS ÁLAMOS, S.A. no tiene en su objeto social la demolición, el derribo o el dismantelamiento, ni tampoco la compraventa de materiales, ya que actúa en el mercado como una promotora-constructora ordinaria. Por su parte, la otra empresa, LEZAMA DEMOLICIONES, S.L. no tiene dentro de su objeto social la compraventa de materiales. Por tanto, ambas empresas debieron ser excluidas, pues es doctrina admitida que cada integrante de una UTE debe acreditar su capacidad de obrar, citando diversos informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y resoluciones de este Tribunal.

Otro motivo de exclusión de la UTE articulado en este mismo apartado, hace referencia a los certificados ISO exigidos, pues uno de los componentes, CONSTRUCTORA LOS ÁLAMOS, S.A. carecía de acreditación relativa a las normas ISO 9001 y 14001.

El segundo motivo articulado en el recurso, considera que la oferta adjudicataria debió ser excluida pues en el sobre nº 1 contenía una manifestación de voluntad no susceptible de subsanación. En concreto declaró que no era su voluntad renunciar a la posibilidad de contratar a la empresa o empresas que PEPA contrataría para la asistencia técnica en la ejecución del contrato. La subsanación que se le concedió fue una posibilidad de alterar esa declaración. La figura de la subsanación se admite exclusivamente para corregir errores formales, pero si la voluntad del licitador es clara al indicar que no renuncia a algo no cabe subsanar, pues ello supone reelaborar su oferta.

En el tercer motivo también solicita la exclusión de la UTE porque incluyó en el sobre nº 2 información que correspondía al sobre nº 3. En concreto, identificó nominativamente y con sus años de experiencia a los profesionales a adscribir a la ejecución del contrato. Alega que los profesionales que cumplen los requisitos exigidos por el PEPA son contados en España y conocidos por todo el sector, de modo que, al conocer la identidad de los mismos,



se conoce de manera sencilla los desmantelamientos en los que han participado y, por consiguiente, con ello se revelaba la puntuación que correspondería en un criterio evaluable mediante fórmulas. Añade que esto no es una suposición, sino que el proyectista ofrecido por la agrupación adjudicataria era perfectamente conocido por PEPA, dado que fue la persona que elaboró y firmó el anteproyecto empleado en la licitación. Todo ello menoscabó la objetividad de la valoración y el igual tratamiento a los licitadores.

En cuarto lugar, el recuso considera que dos declaraciones responsables presentadas por la adjudicataria, en subsanación del trámite previsto en el artículo 150.2 de la LCSP no debieron admitirse, pues estaban firmadas con posterioridad a la finalización del plazo inicial de presentación y otra declaración no estaba firmada. La subsanación no permite generar documentos con posterioridad al plazo inicial establecido.

Como quinto motivo de impugnación, ERRI BERRI alega que la oferta técnica contenida en el sobre nº 2 de la adjudicataria, incluye una variante, posibilidad no admitida en el apartado H del cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares, por lo que debió ser inadmitida.

El siguiente apartado del recurso señala que, en la relación de técnicos ya antes mencionada y que anticipaba datos que debían constar en otro sobre, aparece una experiencia profesional que es inferior a la exigida en el pliego de cláusulas administrativas (Anexo VI). Esto determina también la exclusión de la oferta.

Con carácter subsidiario a los motivos recogidos hasta ahora, la recurrente articula otros. Considera que la adjudicataria no acreditó que el profesional a adscribir como jefe de obra en la ejecución del contrato tuviera seis experiencias homologables, por lo que la oferta no debió recibir 10 puntos en el criterio 2, relativo a la experiencia del jefe de obra. La adjudicataria no acreditó este extremo y se le requirió subsanación. La UTE presentó una declaración de una de las empresas que la constituyen. Esta declaración no es bastante puesto que el pliego exige que se trate de un certificado de la entidad promotora o un documento oficial. Sostiene que no es válido que en la fase de adjudicación del contrato y muchos meses después de haber presentado la oferta, se manifieste que se presenta la



auto declaración por no haber tenido tiempo para localizar la documentación y que, si se considera necesaria la acreditación conforme al pliego, se localizaría la misma.

Así las cosas, la mesa de contratación debió haber reducido en 2 puntos la valoración recibida por la UTE. Cita en apoyo de sus tesis, diversas resoluciones de los tribunales de contratación.

A continuación, considera ERRI BERRI que en la valoración de las ofertas se vulneró el artículo 326.5 de la LCSP. Si bien para las entidades del sector público que no son administraciones públicas, la intervención de una mesa de contratación es facultativa, sí se considera recomendable y en este caso existió. De acuerdo con lo establecido en la cláusula 1 del pliego de administrativas, para lo no previsto en los pliegos el contrato se regirá por la LCSP. Y el artículo citado establece que no puede formar parte de la mesa de contratación el personal que haya participado en la redacción de la documentación del contrato de que se trate. En este caso el pliego de condiciones técnicas fue elaborado por una vocal de la mesa de contratación, esa misma vocal participó en la redacción del informe de valoración, una de las componentes del órgano de contratación del PEPA participó también en la valoración de las ofertas y otra persona de la entidad, que no consta formalmente, también tuvo intervención en la valoración de las ofertas. Se trata, a juicio de la recurrente, de un incumplimiento no meramente formal, si a ello se añade un episodio que se recoge en los antecedentes de hecho del recurso, relativo al ofrecimiento por parte de una persona a una de las empresas que conforman la UTE, para influir en el resultado de la licitación. Concluye este punto indicando que la forma de desarrollarse la licitación, en lo que a la valoración de las ofertas técnicas se refiere, ha privado de las garantías esenciales que todo juicio de valor determinante de la adjudicación de un contrato público ha de tener. La ausencia de estas garantías esenciales le ha perjudicado claramente, pues su oferta técnica ha sido discriminada, al asignársele una puntuación inferior a la que le correspondía.

El siguiente motivo se articula en torno a la alegación de que la valoración de las ofertas técnicas es errónea y discriminatoria, en perjuicio de ERRI BERRI. Con el recurso, esta empresa ha aportado un informe elaborado por técnicos, a los que califica de especialistas, solventes, objetivos e imparciales que concluyen que la valoración de las ofertas no hace



justicia al contenido de lo ofertado, sobre puntuando claramente a la oferta presentada por la UTE. Considera que, con la valoración de los criterios subjetivos, la mesa de contratación quiso marcar una diferencia, difícilmente salvable con los criterios evaluables mediante fórmulas, entre la oferta de la adjudicataria y la del resto de licitadores.

Esta valoración se hizo, además, como se ha indicado antes, conociendo la puntuación que la UTE obtendría en un criterio evaluable automáticamente, como es el de la experiencia de los técnicos que intervendrían en la ejecución del contrato.

El informe aportado pone de relieve que existen incoherencias en los criterios seguidos, como es no haber valorado información presentada por ERRI BERRI en algunos apartados, mientras que, en el caso de las otras dos licitadoras, especialmente en el de la adjudicataria, sí lo fue.

Además de lo detallado por los expertos, el recurso detecta errores en la valoración de la oferta de la UTE. Así, no es posible metodológicamente valorar con 10 puntos el bloque 1, cuando uno de los aspectos fue considerado como simplemente “bien”. Lo mismo ocurre con otros bloques: procedimientos y metodología de ejecución y análisis de alternativas, identificación de la capacidad de vertederos y requisitos legales y aspectos del plan para minimizar la generación de residuos, achatarramiento y valorización RCDs, que recibieron el máximo de puntos con un aspecto valorado como “bien”. En el bloque de identificación de riesgos principales, medidas para evitar retrasos y procedimientos para conseguir el cumplimiento del plazo, la oferta recibió el 60% de la puntuación, correspondiente a “bien”, cuando uno de los aspectos fue considerado insuficiente.

Tampoco se entiende que se valorase con “bien” la oferta respecto de los procedimientos y metodología de ejecución, cuando se reconoce que hay una gran cantidad de texto copiado literalmente del anteproyecto y se van realizando anotaciones sobre propuestas de cambio, ya que una pauta de valoración establecida en el pliego era penalizar aquellas partes de la memoria que fueran copias literales de partes de cualquier documento de los que forman parte de la valoración y las propuestas de cambio se valoraban en el aspecto siguiente.



Tampoco comprende la recurrente que se valorara el plan preliminar de seguridad y salud específico como suficiente cuando la oferta hacía referencia al desmantelamiento de una central térmica (instalación cuya demolición es totalmente distinta y menos compleja que la objeto del contrato) cuando el pliego establecía que sólo se valoraría positivamente la idoneidad de los planteamientos para esta obra en concreto.

A todo esto, añade que la valoración de las ofertas técnicas se hizo primando aspectos que únicamente la UTE podía conocer, lo que se detalla en el antecedente de hecho 21. Se refiere al conocimiento del emplazamiento, pues una de las integrantes de la UTE forma parte del grupo Orejas, del que también forma parte la empresa INDUSTRIAL QUÍMICA DEL NALÓN. Esta empresa y PEPA firmaron un contrato para que la empresa DEGANTA AGUAS S.L. (creada ad hoc por Industrial QUÍMICA DEL NALÓN) explotase la planta de tratamiento biológico de vertidos del complejo industrial de Baterías de Coque y Gasómetros de Avilés. La adjudicación no fue por procedimiento abierto. PEPA contrató a LEZAMA DEMOLICIONES, S.L. la ejecución de la obra, descontaminación y gestión de residuos para el desmontaje y retirada del rack de vapor norte y otras líneas en el ámbito urbanístico AD3 en el PEPA. El precio de ese contrato fue insignificante para la entidad del contrato y facilitó a la empresa que ahora forma parte de la UTE el conocimiento sobre el emplazamiento que no estaba al alcance del resto de licitadores que tuvieron que elaborar su oferta sobre la base de la información mucho más limitada proporcionada por las visitas, muy restringidas y limitadas en número al emplazamiento y por el anteproyecto.

Todos estos defectos, a juicio de ERRI BERRI, determinan que la valoración de las ofertas debe quedar invalidada, en tanto que deriva del error y la arbitrariedad, sobrepasando el límite de la discrecionalidad técnica. Los errores de la valoración, que se han puesto de manifiesto, son patentes y claros, apreciables sin necesidad de un conocimiento y estudio técnico complejo. A ello se añade la ya indicada aparición de una persona que aparentemente ofreció a una de las empresas de la UTE adjudicataria intervenir para influir en la adjudicación del contrato. La presunción de acierto del órgano técnico no es un privilegio sacrosanto, sino que se fundamenta en que aquel, proceda, en el desarrollo de su actividad, de conformidad con el procedimiento establecido.



Una vez conocida la intervención de la persona que ofrecía influir en la licitación, la mesa de contratación tuvo la oportunidad de encargar otra valoración de las ofertas técnicas, para garantizar su fiabilidad, antes de proceder a la apertura del sobre nº 3 y, sin embargo, no lo hizo. Esta decisión, afecta a toda la licitación.

Como último motivo del recurso, se alega que los términos en los que fue preparada la licitación acabó impidiendo una valoración con plenas garantías. En el anexo XI del pliego de cláusulas administrativas particulares, se recoge un cuadro en el que se incluye una escala de calificación que comprende Excelente, Bien, Suficiente, Insuficiente o Deficiente a la que corresponde un valor de puntuación respectivamente del 100%, 60%, 30%, 0% y una descripción de cada uno de los grados de la escala.

Dice la recurrente que el órgano de contratación no aclaró este criterio determinante de la valoración de las ofertas, ni tampoco lo hizo la mesa de contratación al encomendar la valoración. Dicha valoración se ha realizado sin que quedase mínima y suficientemente claro en qué casos se consideraba una oferta “bien” o “suficiente”. En la explicación de estos rangos, se dice, para “bien” que la proposición describa de forma “apropiada”, mientras que para suficiente se utiliza la expresión “adecuada” y según la Real Academia la definición de adecuado coincide con la de apropiado. Al no haberse llegado a aclarar el criterio antes de realizar la valoración de las ofertas, procede dejar sin efecto la adjudicación del contrato.

Concluye el recurso proponiendo la práctica de la prueba, señalando los siguientes medios probatorios: el expediente, la documental que acompaña al recurso, el informe pericial que aporta, su ratificación por los peritos que lo han elaborado, el anteproyecto, el informe evacuado por el Comité de Prevención de Delitos, documental relativa al procedimiento penal seguido por los hechos a los que se ha hecho referencia y una pericial independiente. Todo ello de que a la vista del informe del órgano de contratación al recurso y las alegaciones de la adjudicataria pueda proponer otras pruebas.

Sexto. El órgano de contratación comienza su informe afirmando que tanto la mesa de contratación como las personas encargadas de la valoración técnica y el órgano de contratación han actuado en todo momento con honradez, diligencia y con la transparencia



debida y han cumplido los principios de legalidad, imparcialidad, independencia e igualdad de trato. Sus actuaciones se han ajustado a lo previsto en los pliegos y en la normativa de aplicación.

Añade que el hecho de que un tercero ajeno a la organización y al procedimiento se ofreciera supuestamente a interceder en favor de uno de los licitadores ha perjudicado únicamente al órgano de contratación, pues esta circunstancia ha supuesto numerosos retrasos en la licitación, con el fin de esclarecer los hechos. Así, consta en el expediente denuncia efectuada por la mesa de contratación al Comité de Prevención de Delitos e informe de dicho comité donde se concluye la inexistencia de vinculación alguna por parte de la mesa, los autores del informe de valoración o el órgano de contratación con el supuesto mediador, solicitud de informe a la Abogacía del Estado, determinando este la improcedencia de desistir o renunciar a la celebración del contrato y denuncia formulada a la Fiscalía y el escrito que enviaron a esta los administradores mancomunados de PEPA y la comunicación recibida de dicho órgano.

Por lo demás, manifiesta que se ha actuado aplicando el principio anti-formalista, dispensando un trato igualitario a todos los licitadores y se ha sido proporcional a la hora de tomar decisiones que pudieran implicar la vulneración de derechos, evitando la exclusión y salvaguardando el principio de competencia y publicidad. Destaca asimismo la transparencia con la que se ha actuado, pues si el recurrente conoce los hechos que le llevan a poner en duda la imparcialidad de la mesa y del órgano de contratación, fue porque se pusieron de manifiesto al publicar una de las actas y porque el licitador que recibió el ofrecimiento lo puso en conocimiento de uno de los integrantes del órgano de contratación.

Asimismo, señala que ERRI BERRI omite indicar que presentó su oferta con el compromiso de constituir una UTE. No obstante, la otra empresa tenía suspendida la clasificación requerida, lo que llevó a excluir a esta, permitiendo a la recurrente, con el fin de favorecer la concurrencia, que continuara en solitario en el procedimiento, previo compromiso de mantener íntegramente las condiciones económicas y técnicas de la oferta presentada.



A continuación, el informe analiza los antecedentes de hecho del recurso, mostrando su conformidad o disconformidad con los mismos y, en este último caso, señalando los motivos de la discrepancia.

Pasa a analizar los motivos del recurso combatiéndolos. En cuanto a la inexistencia en los objetos sociales de las empresas constitutivas de la UTE de las actuaciones objeto del contrato, indica que esto no es cierto y, en todo caso, debe interpretarse a la luz de la doctrina sentada por este Tribunal. Cita una resolución en la que se indica que la Ley no exige que haya una coincidencia literal entre el objeto social y el objeto del contrato, entendiéndose que la interpretación del artículo 57.1 debe hacerse en sentido amplio, es decir, considerando que lo que dicho artículo establece es que las prestaciones objeto del contrato deben estar comprendidas entre los fines, objeto y ámbito de actividad de la empresa.

El objeto de licitación, conforme aparece en el apartado B del Cuadro Resumen del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares abarca, sin perjuicio de otras prestaciones accesorias, la redacción de todos los proyectos y solicitud de licencias necesarias para la ejecución de las obras de demolición, la propia ejecución de dichas obras, la enajenación de los materiales y residuos de valor positivos y la adecuada gestión de residuos.

Señala que LEZAMA DEMOLICIONES, S.L., incluye incluso en su denominación social el objeto principal de su actividad, recoge en sus estatutos el derribo y desguace de naves industriales (prestación principal del contrato), la compraventa de metales, la redacción de proyectos y la gestión de residuos. Por su parte, CONSTRUCTORA LOS ÁLAMOS incluye en su objeto social la realización de proyectos y ejecución de edificaciones y obras de todas clases (entre las que cabe comprender las de demolición), así como la gestión de residuos y la protección del medio ambiente.

Así mismo, constituye una prueba evidente de lo anterior el hecho de que ambas sociedades se encuentren clasificadas en el grupo, subgrupo y categoría exigidas en la licitación en el Anexo V del pliego.

Sostiene que tampoco puede estimarse la alegación relativa a la acreditación con arreglo a las normas ISO. Si bien una de las empresas no dispone de ella, nada dice la recurrente



sobre las aportadas por la otra empresa. El artículo 24 del RLCAP permite, a efectos de determinar la solvencia de una UTE, la acumulación de las características acreditadas para cada uno de los integrantes de la misma, a lo que se añade, según este Tribunal que, si se admite la integración de la solvencia con medios externos, con mayor motivo deben sumarse las capacidades de las sociedades que se comprometen a la ejecución en UTE.

Por lo que se refiere a la alegación de que la declaración de voluntad realizada en el DEUC no es subsanable, dice el órgano de contratación que dicha declaración tiene su origen en lo establecido en el artículo 70.2 de la LCSP, que hace imposible que el adjudicatario del contrato o cualquiera de las empresas de su grupo, resulte a la vez adjudicatario del contrato de la dirección facultativa. Se trata de una cuestión que sería sobrevenida, una vez que se conociese que ha resultado adjudicatario del otro contrato. Así, la subsanación del defecto advertido, no supone la variación de la oferta del licitador en ningún modo, ya que se presenta exclusivamente a la licitación de la demolición y no a la de dirección facultativa. Se trata de la corrección de lo manifestado en una declaración responsable, derivado del error en la cumplimentación de un impreso.

Lo contrario, excluir al licitador sin darle la posibilidad de subsanar, resultaría contrario al principio anti-formalista, citando una resolución de este Tribunal sobre un caso idéntico. Añade que también se le concedió a ERRI BERRI la posibilidad de subsanar el DEUC, pues afirmó inicialmente no estar inscrito en una lista oficial de operadores económicos autorizados. Incluso, como se ha dicho, se le permitió continuar en la licitación, pese a que su oferta se presentó con compromiso de constitución de UTE.

En relación con el argumento de que la oferta de la adjudicataria debió ser excluida por incluir en el sobre nº 2 información propia del sobre nº 3, aclara que el criterio evaluable automáticamente se refería a que ciertos perfiles a adscribir al contrato tuvieran experiencia adicional a la exigida en la ejecución de contratos de demolición de complejos industriales cuya actividad fuera alguna de las recogidas en los epígrafes 1, 2, 3, 4 y 5 del Anejo I del Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Prevención y Control Integrados de la Contaminación, y por encima de una determinada cuantía. No se trata, por tanto, de valorar la experiencia genérica en el sector, que es la información que incluyó el licitador dentro del sobre 2.



Así, la información a valorar dentro del sobre nº 3 era totalmente desconocida para la mesa de contratación en el momento en que se llevó a cabo la valoración de los criterios subjetivos. El recurrente hace una simple suposición basada en el carácter reducido del sector de las demoliciones.

En lo que hace al motivo relativo a que las declaraciones responsables presentadas en trámite de subsanación, indica que el Anexo VI del pliego, adicionalmente a la solvencia exigida, contempla una relación de medios humanos a adscribir al contrato, estableciendo los medios con los que ha de acreditarse, con carácter previo a la adjudicación del contrato, mediante el currículum de las personas a adscribir y con una declaración responsable de cada uno de los miembros del equipo del cumplimiento del pliego y de la oferta. Dentro del plazo establecido en el artículo 150.2 de la LCSP, el licitador presentó los documentos, observándose determinados defectos en los mismos, entre los que se encontraba la ausencia de la declaración responsable mencionada. Se le otorgó un plazo de subsanación y el licitador presentó correctamente los documentos. El hecho de que determinadas declaraciones responsables aparezcan firmadas con posterioridad a la fecha inicialmente para la presentación de los documentos es irrelevante. Lo que dice la doctrina es que la subsanación no puede referirse a cualidades de aptitud o de solvencia que no se poseyeran en el momento de finalizar los plazos de presentación de ofertas. Este criterio establecido en relación con la documentación administrativa del sobre 1, es extrapolable a la presentación de la documentación a la que se refiere el artículo 150.2. Por tanto, ello no implica que la declaración responsable tenga que estar fecha antes de la fecha indicada, sino que los concretos extremos que en ella se declaran, se dispongan con anterioridad a dicha fecha. En este sentido, nada dice la recurrente respecto de que los concretos perfiles presentados con declaraciones fechadas con posterioridad, carecieran de la experiencia y titulación requerida antes de la fecha de expiración del plazo. A mayor abundamiento, dice el órgano de contratación que este Tribunal ha admitido incluso la sustitución de los medios presentados dentro del primer plazo otorgado, por lo que, con más razón, habrá de admitirse la subsanación en un supuesto como el que nos ocupa. En cuanto a la existencia de una declaración sin firmar, es una en la que el consejero delegado de una empresa de la que forman parte dos de las personas a adscribir al contrato afirma que ambos cumplen con los requisitos exigidos. Dicha declaración era innecesaria en cuanto que son cada uno de los miembros a adscribir los que han de firmar, cosa que hacen.



Por lo que se refiere al argumento de que la oferta ganadora contenía una variante, manifiesta el informe que se identifica erróneamente como variante lo que es una propuesta de ejecución potestativa para el contratista, según se recoge en los pliegos, máxime cuando se está licitando conjuntamente proyecto y obra. La oferta expone, en relación con el análisis que ha efectuado, su propuesta de organización y estrategia de ejecución, manteniendo inalterado el objeto y alcance del contrato. Las razones que avalan esta interpretación son las fases en las que el pliego de condiciones técnicas describe la secuencia de ejecución de los trabajos; en segundo lugar, en el Anexo XI del pliego, dentro de los criterios evaluables mediante un juicio de valor, en el segundo apartado del punto 4 recogía el Planteamiento de organización, planificación y ejecución de la obra y se solicitaba, como parte de la memoria, un análisis de alternativas, junto a la descripción de los procedimientos y metodología de ejecución. Es precisamente en este apartado, donde la adjudicataria describe las alternativas planteadas; en tercer lugar, el propio recurrente destaca la frase contenida en la definición de la fase 1 en el pliego de técnicas (“salvo mejor criterio técnico en la redacción del proyecto, se deben anticipar”), es decir, el pliego deja a criterio del técnico redactor del proyecto no sólo el contenido de la fase 1, sino la propia fase 1 como tal. El pliego de técnicas no hace referencia al anteproyecto, sino al futuro proyecto que forma parte del contrato y, por lo tanto, al criterio técnico del adjudicatario. Es a éste, como redactor del proyecto al que corresponde la concreta definición de las tareas a desarrollar dentro de la fase 1, por lo que no es una variante, lo que es una definición de su alternativa sobre los trabajos a llevar cabo, de acuerdo con lo requerido para la valoración de un criterio.

En cuanto al incumplimiento del requisito de experiencia por parte de los profesionales ofrecidos, sostiene el órgano de contratación que no había ningún motivo para excluir una oferta por aportar un organigrama y cuadro de equipo propuestos, cuando lo que se solicitaba era que en la memoria se incluyera un apartado de planificación y organización de la obra, que incluyera también equipos, y cuando la experiencia genérica del personal a adscribir al contrato no era objeto de valoración, sino de acreditación antes de la adjudicación. Y, como ya se ha dicho, esto se hizo por la UTE en ese momento.



Lo que se solicitaba en el pliego era un total mínimo de experiencia profesional para todos los puestos a adscribir, excepto en el caso del técnico de seguridad y prevención en obra, para el que solicitaba experiencia profesional en su campo.

En el recurso se aportan dos cuadros presentados por la UTE, omitiendo su encabezado, en el que se expresa la experiencia en el sector, que no es necesariamente la experiencia profesional total, por lo que no podía comprobarse el cumplimiento de lo exigido en pliegos con esta información.

Por lo que hace referencia al técnico de prevención en obra, acreditó los 20 años en el momento en que era necesario hacerlo. Los 17 años que figuran en el cuadro se computaban desde que tenía formación superior con máster en prevención de riesgos laborales, pero antes tenía formación y experiencia en su campo con cursos de formación no superiores. El delegado y el redactor del proyecto también acreditaron un total de 20 años.

En referencia a la alegación de que el profesional a adscribir como jefe de obra a la ejecución del contrato no acreditó que tuviera 6 experiencias homologables por lo que no pudo recibir 10 puntos la oferta en dicho apartado, dice el informe que dentro del plazo inicial del artículo 150.2 de la LCSP, entre las deficiencias encontradas en la documentación presentada, se encontró que se había acreditado la realización de las 5 obras contempladas en la oferta, pero faltaba la acreditación de la obra adicional exigida con carácter mínimo para este perfil.

La empresa, requerida de subsanación, manifestó que la obra en cuestión se había realizado hacía más de 15 años, siendo imposible localizar la información o documentación que acreditara la participación del profesional. Se ofrecía, llegado el momento y siempre que fuera necesario, localizar dicha documentación. Reconoce el órgano de contratación que el pliego exigía de cara a la acreditación de este requisito, un certificado de buena ejecución o documento oficial. Pero considera que en contratos realizados mucho tiempo atrás, pueden existir importantes dificultades o ser imposible obtener la citada documentación. Ante esta circunstancia, y dado que la declaración responsable venía acompañada de un documento extraído del registro contable de la empresa, donde figura



el importe total y las facturas emitidas en relación con la mencionada obra, los servicios técnicos decidieron admitirlo como válido. Y ello porque la propia LCSP permite, como prueba para acreditar los servicios efectuados por una empresa, cuando el destinatario sea un sujeto privado, una declaración del empresario acompañado de los documentos obrantes en el mismo que acrediten la realización de la prestación, por lo que este mismo criterio es aplicable a la acreditación de la participación del trabajador en la obra en cuestión. En todo caso, aunque se hubiera rechazado la justificación, se habrían restado dos puntos a la valoración de la UTE, minoración que no habría alterado el resultado de la licitación.

Niega el informe, a continuación, que se haya vulnerado el artículo 326.5 de la LCSP. Comienza indicando que, si bien el pliego dice que, en lo no previsto en el mismo, aplicará la LCSP, el pliego sí regula con detalle la mesa de contratación, en sus funciones y su composición, no recogiendo, por no resultar de aplicación, las reglas de incompatibilidad contempladas en el artículo 326. Señala que el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado que cita la recurrente, indica claramente que la constitución de una mesa de contratación en el caso de los poderes adjudicadores no administraciones públicas es facultativa, sin perjuicio de recomendarla en los contratos sometidos a regulación armonizada.

En este caso, PEPA como hace en todas sus licitaciones, aun no siendo obligatorio, constituyó una mesa de contratación, estando su composición inspirada, en la medida de lo posible en lo establecido en el artículo 326.5. Además de no resultar obligatorio, no resulta posible aplicar las mismas reglas de incompatibilidad que recoge el precepto, pues es una empresa que cuenta con tres empleados en plantilla y realiza la mayor parte de su actividad a través de medios humanos de su sociedad matriz, por lo que resulta inviable que aquellos que han participado en la elaboración de los pliegos no participen también a su vez en la valoración de las ofertas.

En la propia LCSP en la disposición adicional 2ª se recoge un régimen distinto para las entidades locales, a las que se les supone una dimensión menor y consecuentemente menores recursos, eximiéndoles de la obligación de que los que han participado en la elaboración de los pliegos no puedan formar parte también de la mesa.



Los escasos medios humanos de PEPA justifican también, según manifiesta el informe, que uno de los miembros del órgano de contratación colaborara en la valoración de la oferta. Esta persona, además de administradora mancomunada de PEPA, es directora de negocio de la actividad inmobiliaria de SEPI DESARROLLO EMPRESARIAL, S.A., S.M.E. (SEPIDES). Dada la falta de medios personales es la directora del área descrita quien se encontraba en mejor disposición para valorar las ofertas, en atención al conocimiento previo que tenía de las baterías a demoler.

Esto no supone un motivo de anulabilidad del procedimiento. Si no resulta exigible que el órgano de contratación de un poder adjudicador no administración pública esté asistido por una mesa de contratación, con mayor motivo no será exigible que, en caso de constituir una, un miembro del órgano de contratación y por motivos justificados, pueda participar en el proceso de valoración.

También se rechaza que la composición de la mesa haya supuesto un perjuicio y una discriminación para la recurrente, pues su composición era para todos los licitadores y es la misma para todos los procedimientos de contratación de PEPA, siendo siempre idénticos el presidente, la secretaria y dos vocales y variando únicamente el vocal representante de la Dirección proponente. Esto no ha sido nunca objeto de impugnación ni de reproche por parte del Tribunal de Cuentas ni de la Intervención General del Estado que actúan como fiscalizadores de la entidad.

En cuanto a la alegación de que la valoración de las ofertas técnicas es errónea y discriminatoria, en perjuicio de ERRI BERRI, afirma el órgano de contratación el principio de discrecionalidad técnica aplicable en la valoración de las ofertas, precisamente por la cualificación de quienes emiten el informe y solo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o existe una clara discriminación. Para probar esta circunstancia la recurrente ha presentado un informe pericial que tiene un sesgo inicial pues el objeto no es valorar las ofertas, sino determinar si concurren las circunstancias que ERRI BERRI afirma haber sufrido: una baja valoración técnica y trato desigual con respecto a la adjudicataria.



Ante la nula independencia del análisis realizado, dice el informe que es imposible pretender dar a ese informe, el mismo grado de validez y acierto o, incluso, atribuirle un mayor grado de objetividad que al informe de valoración realizado por los técnicos de PEPA.

Señala que uno de los autores del informe pericial ni siquiera acudió a consultar el expediente, por lo que no conoce el contenido del resto de ofertas. Este y la otra autora, no han tenido acceso a las instalaciones en el que se desarrolla el proyecto (que es un ámbito delimitado y con control de accesos), como para juzgar si determinados aspectos se exponen con la concreción, el rigor y la calidad de la exposición que determina una mayor o menor valoración.

Analizada la capacidad profesional de los peritos, considera que la experiencia de ambos en procesos de valoración de ofertas públicas no queda suficientemente contrastada, a diferencia de los técnicos de PEPA que han realizado el informe de valoración.

Respecto de la documentación que los peritos dicen haber examinado, indica el informe la falta de rigor en la denominación de la misma, la fuente de información es la recurrente, cuando es documentación que está disponible públicamente en la plataforma de contratación del sector público, sin que ni siquiera se mencione que se ha cotejado aquella documentación con la obrante en la plataforma. Además, es evidente que han tenido mucho más tiempo para analizar la oferta de ERRI BERRI que la del resto que solo pudo ver una de los autores, durante un tiempo limitado.

Defiende el informe técnico realizado por PEPA, señalando que en el mismo se explica la metodología que se ha utilizado y los criterios que se han aplicado, que no son otros que los establecidos en el pliego. Explica los errores que denuncia el recurso indicando que en el bloque 1 se ha otorgado un 10 a la oferta de la UTE porque tenía 3 excelentes y un bien, aplicando una valoración global de asignación de la puntuación más alta por la mayoría de los subapartados. Del mismo modo a ERRI BERRI se le otorgó 6 puntos porque tenía 3 bienes y un insuficiente, aplicándole la calificación de todo el bloque de bien. En los supuestos en los que únicamente existían dos conceptos, como en los dos primeros



subapartados del bloque 5, se optó por asignar la puntuación más alta de los dos subapartados. Y todo con el fin de aplicar el criterio más favorable a los licitadores.

Además, añade que la valoración se ha realizado como indican los pliegos, de manera comparativa, estando mejor unas ofertas en unos apartados y otras en otros, derivándose de ello una puntuación final. Pero detrás hay unos criterios claros, conocidos y aceptados por los concurrentes y una metodología que ha tenido en cuenta la proporcionalidad, el trato igualitario, la no discriminación y la situación más favorable para las empresas.

También rechaza que la valoración de las ofertas se haya realizado de forma precipitada. Ante la importancia que tiene este procedimiento para PEPA, las personas encargadas de la valoración pusieron sus mejores esfuerzos y dieron prioridad absoluta a esta cuestión, lo que les permitió elaborar dicho informe entre el 4 y el 11 de enero. Es decir, se empleó una semana en la evaluación de 3 ofertas, tiempo que se considera más que suficiente, teniendo en cuenta que los autores del informe eran perfectos conocedores del proyecto. Le llama la atención que se utilice este argumento para restar credibilidad al informe, mientras que el informe pericial de parte que adjunta, se hizo en un plazo más breve, pues la segunda visita en la que se le aporta físicamente para su análisis la oferta de la UTE, tuvo lugar el 13 de mayo y la única fecha que permite intuir cuando se elaboró (página 47, declaración de no concurrencia de tacha), data del 14 de mayo, encontrándose esa declaración sin firmar.

También se rechaza que trate de desacreditarse la actuación de PEPA con base en unos hechos supuestamente cometidos por un tercero, sin ningún tipo de relación con la organización y el procedimiento y que fueron denunciados precisamente por la mesa de contratación.

Por último, sobre la denunciada imprecisión de los criterios sometidos a un juicio de valor recogidos en el Anexo XI del pliego, señala, en primer lugar, que debería desestimarse la impugnación indirecta de los pliegos por resultar extemporánea, siendo actos consentidos y firmes. En segundo lugar, niega que la configuración de los criterios sea indefinida. De casi 60 preguntas recibidas en relación con los pliegos a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público, ninguna se refirió a esta cuestión.



Del contenido del Anexo XI citado, se aprecia la concreción y claridad de cada uno de los criterios y subcriterios, expresión de aquellos aspectos que se valorarán positivamente y, en cuanto a la asignación de la concreta puntuación, la misma se realiza en función del grado de detalle de la oferta, analizada en comparación con el resto, dividiendo dicha asignación en cuatro intervalos.

Considera tan evidente la claridad de la escala en cuestión que la propia recurrente ha presentado un informe pericial de parte que aplica la misma sin dificultad, habiendo en no pocas ocasiones coincidencia en las valoraciones realizadas en los dos informes.

Por último, en relación con la petición de recibimiento del procedimiento a prueba, no se opone a la pericial solicita, pero sí al contenido del informe. Si se acuerda la ratificación y aclaración de los peritos de parte, también solicita el mismo trámite respecto de los técnicos que elaboraron el informe en el procedimiento. Con respecto al resto de documentación solicitada, aportan el anteproyecto, informe del Comité de Prevención de Delitos, pero no del procedimiento penal, al no ser la sociedad parte en el mismo. Por último, se opone a la pericial independiente solicitada.

Séptimo. La UTE adjudicataria comienza haciendo una clasificación de los motivos de impugnación del recurso dividiéndolos en dos grandes apartados, según pretendan la exclusión de la oferta ganadora o la declaración de nulidad de todo el proceso y destaca la incongruencia existente entre ambas pretensiones. Considera que el recurso carece de verdadera fundamentación y sentido y está plagado de afirmaciones genéricas, sin fundamento alguno y simplemente pretende imponer el criterio de la empresa sobre el del órgano de contratación, al no haber resultado adjudicataria.

Respecto de los seis motivos del recurso que pretenden su exclusión del procedimiento, indica, en relación con la inexistencia en su objeto social de las actividades objeto del contrato que, precisamente la empresa recurrente reconoce que entre dichas actividades se encuentra la venta de materiales y residuos que tiene LEZAMA DEMOLICIONES, S.L. en su objeto social y en los últimos ejercicios varias decenas de millones de euros de facturación de la empresa se han generado a través de esa actividad. Ambas empresas cuentan con plena capacidad de obrar y entre ambas acumulan los recursos y los medios



necesarios para acreditar la solvencia requerida, cumpliendo íntegramente los requisitos exigidos por los pliegos que rigen el procedimiento de licitación. Añade que la legislación aplicable no exige una coincidencia literal entre el objeto social y el objeto del contrato, sino que las prestaciones objeto del contrato deben estar comprendidas entre los fines, objeto y ámbito de actividad de los licitadores. Le llama la atención el reproche de ERRI BERRI en este punto, pues dicha empresa no tiene entre su objeto social la compra venta de materiales, por lo que, según este criterio, debía haber sido excluida del procedimiento.

En cuanto a los certificados ISO de los que CONSTRUCTORA LOS ÁLAMOS, S.A. carece, señala que al concurrir ambas empresas en UTE su solvencia técnica es acumulable, aportando cada una de las empresas ciertas características a la unión.

Por lo que se refiere a la omisión de marcar la renuncia a contratar con empresas contratadas por el PEPA para la asistencia técnica en la ejecución del contrato, considera que, de no haberse ofrecido subsanación se habría dado una aplicación de las normas de manera excesivamente restrictiva, dando lugar a una merma de la participación de los licitadores en los procedimientos de contratación. De aplicarse ese criterio, la oferta de ERRI BERRI debería haberse excluido también, pues presentó su oferta en UTE con otra empresa que tuvo que retirarse del procedimiento.

En relación a la inclusión en el sobre nº 2 de datos que correspondían al sobre nº 3, reconoce que identificó nominativamente a los profesionales que adscribiría a la ejecución del contrato, pero en ninguna parte del pliego se indica que no puede indicarse su nombre. No supone que con ello la mesa de contratación pudiese saber la puntuación que iban a recibir en los criterios automáticos, por conocer al detalle la experiencia de todos los profesionales del sector. Entre los atributos de la mesa, no se encuentra la omnisciencia. No ha habido ninguna contaminación del juicio técnico. Lo que ocurre es que la oferta que ha presentado es mejor, en su conjunto, que la de ERRI BERRI y por ese motivo ha resultado adjudicataria.

Por lo que se refiere a la documentación presentada en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP, comienza indicando que la recurrente confunde la subsanación de la documentación de la oferta, con la aportación de la documentación para la adjudicación, pues se trata de



dos momentos procedimentales diferentes que se contemplan en dos cláusulas distintas del pliego. En el caso cuestionado, se trata del segundo momento. Fue requerida para presentar la documentación y, posteriormente, para subsanar, lo que atendió en tiempo y forma y así lo ha reconocido la mesa. Por lo que se han cumplido todos los preceptos de aplicación.

En cuanto a la denuncia de que su oferta contenía una variante, afirma que este argumento no solo es incierto, sino que no va acompañado de ninguna explicación que lo justifique mínimamente.

La oferta no incluye ninguna variante, sino una forma distinta de acometer los trabajos, dejando perfectamente claro que la propuesta está sujeta a la aprobación de la Dirección Facultativa y supeditada a la posterior aprobación del proyecto de obras. En la oferta se expone la metodología de ejecución de los trabajos, siempre siguiendo las directrices que marcan los pliegos, los tiempos de ejecución y las fases de ejecución. La cláusula 1 del pliego de cláusulas administrativas particulares establece que las partes quedan sometidas a lo establecido en el mismo y en el pliego de prescripciones técnicas. Añade que además del contenido de dichos pliegos tienen carácter contractual los siguientes documentos: los proyectos que se aprueben, la proposición técnica, la proposición económica y el programa de trabajo. De forma que el Anteproyecto que tanto cita la recurrente no tiene carácter contractual. Adicionalmente, la cláusula 3.3 del pliego de prescripciones técnicas también pone de manifiesto que el contenido de la oferta no supone ninguna desviación. Se pone de manifiesto que el mejor criterio técnico del proyecto habrá de primar sobre el anteproyecto que existía y eso es lo plantea en la oferta. La misma fue realizado de acuerdo con los pliegos, en base al conocimiento de las instalaciones que se adquirieron en la visita obligatoria a las mismas y en el análisis de la información contenida en las consultas públicas, así como en la muy consolidada experiencia profesional de las empresas que la conforman.

También combate la alegación de que su oferta no cumplía con el requisito de experiencia profesional. Destaca la incongruencia del recurso que, por una parte, denuncia, que la adjudicataria habría contaminado la valoración técnica, indicando el nombre de los profesionales a adscribir y, por otra, considera que los profesionales aportados no cumplen



los requisitos mínimos de experiencia exigidos en el pliego. Destacan el hecho de que los datos que ERRI BERRI utiliza en el recurso fueron tomados de una tabla en la que se determina los años de experiencia en el sector determinado, no de su experiencia profesional total, como se deduce claramente de las tablas que transcribe. Se trata, una vez más, de una interpretación sesgada de los hechos por la recurrente.

A continuación, el escrito de la UTE aborda los motivos del recurso que invocan la nulidad del procedimiento de licitación por adolecer de determinados vicios. En relación con los puntos recibidos por la experiencia del jefe de obras, alega que ha aportado la documentación relativa a 6 obras y que dicha documentación ha sido valorada positivamente por la mesa de contratación. De todas formas, de admitirse la argumentación de la recurrente, ello conllevaría que la puntuación que recibiría la oferta de la adjudicataria en este apartado pasaría de 10 a 8 puntos, lo que no alteraría el resultado final de la valoración.

En cuanto a la composición de la mesa, la misma se publicó al principio del procedimiento de licitación y también se contiene en el anexo XVIII del pliego, por lo que resulta llamativo que sólo se haya procedido a impugnar la misma una vez que ERRI BERRI no resultó adjudicataria del contrato. En todo caso, se trataría de una irregularidad que no tiene carácter determinante, pues no fue decisiva en el resultado del procedimiento. La mesa asiste al órgano de contratación, siendo este último el que toma las decisiones en el proceso de licitación. Y de prosperar, sólo daría lugar a una retroacción de las actuaciones para que tuviera lugar una nueva valoración de las ofertas. Añade que los miembros de la mesa con derecho a voto eran cuatro y que la vocal era sólo uno de ellos, su voto no fue decisivo. No existe, por otra parte, ningún motivo que indique que las licitadoras no han recibido un trato igualitario y tampoco la recurrente ha sido capaz de probarlo.

Respecto del hecho de que la UTE habría utilizado información privilegiada, lo que le favoreció, advierte que los supuestos datos que en la página 39 del escrito conocía sólo la adjudicataria, están al alcance de cualquier licitador, pues se derivan de las consultas públicas planteadas en la Plataforma de Contratación del Sector Público y de las visitas a las instalaciones que eran obligatorias para licitar. Por ejemplo, cuando la recurrente cita la oferta de la UTE en relación con el mantenimiento de servicios y del oxígeno, este punto



es prácticamente una transcripción literal de la información facilitada por el PEPA en la Plataforma de Contratación a una consulta planteada el 20 de septiembre.

En cuanto al informe pericial presentado de contrario, considera que su valor es nulo y no hace falta un especial esfuerzo argumental para constatarlo. La valoración de las ofertas ha sido objetiva, motivada y conforme a los criterios previstos en los pliegos, sin que haya sido demostrada la supuesta desviación de la discrecionalidad técnica que se pretende defender. Respecto del informe pericial, manifiesta que no se le ha facilitado toda la documentación anexa al mismo que considera imprescindible conocer con el fin de valorar si procede la aportación de un contra informe. En un análisis preliminar indica que el dicho informe aporta simplemente una opinión subjetiva sin base técnica y ha sido realizado por profesionales que carecen de la experiencia profesional necesaria para ello, pues no tienen experiencia en demoliciones industriales, gestión de residuos o compraventa de materiales que son las actividades objeto del contrato. Niega que en la valoración de las ofertas no se haya valorado positivamente la concreción, el rigor y la calidad en la exposición, pues según se indica en el pliego se tendrá en cuenta de cara a obtener la valoración de “excelente”. Por otra parte, la valoración de las ofertas se ha realizado teniendo particularmente en cuenta la capacidad de las licitadoras de transmitir en sus ofertas técnicas tanto el conocimiento de las instalaciones sobre las que se debe actuar, como la situación en la que se encuentran y los riesgos medioambientales y de seguridad a los que se enfrentan en la ejecución. En el expediente de contratación quedan reflejadas las tres visitas que ha realizado el autor del dictamen pericial y de esas tres sencillas visitas no puede apreciarse que el mismo haya obtenido toda la información necesaria para puntuar las ofertas que por la naturaleza de la obra eran complejas y extensas. Afirma el dictamen que ERRI BERRI ha sido infravalorada en algunos apartados y que la UTE obtuvo más puntuación de la que merecía, como en el apartado de redacción del proyecto. Curiosamente en dicho apartado la adjudicataria obtuvo 1,5 puntos sobre 12,5 posibles y la recurrente, 9, por lo que es evidente que contiene afirmaciones que no se ajustan a la realidad.

Por último, en relación con la existencia en los pliegos de criterios de valoración poco claros, señala su desacuerdo indicando que dichos criterios son absolutamente claros y entendibles y, por otra parte, la presentación de una oferta supone la aceptación de los



pliegos, por lo que no cabe recurso posterior contra los mismos, salvo que se den las circunstancias a que se refiere la jurisprudencia del TJUE o que incurran en vicios de nulidad de pleno derecho, no concurriendo ninguno de los dos supuestos.

Octavo. Con carácter previo a resolver las múltiples cuestiones planteadas en el recurso es preciso hacer referencia al procedimiento penal que se menciona en el mismo. Aunque no se solicita nada respecto de su existencia y más bien se le cita con el fin de introducir una sospecha de parcialidad en la actuación del órgano de contratación, hay que plantearse si guarda relación con la cuestión que se plantea, pues de ser así, habría que acordar la suspensión del procedimiento por prejudicialidad penal. Los hechos son que un empleado de una de las sociedades que forman parte de la UTE adjudicataria, trasladó al órgano de contratación que había recibido una ‘propuesta’ de un tercero quien, a cambio de recibir una compensación económica por importe de 150.000 €, se había ofrecido para influir en la adjudicación de la licitación. Ese mismo día, se reúne la Mesa. Durante la sesión, el presidente pone en conocimiento de los miembros de la Mesa los hechos de los que ha tenido constancia. Pese a lo anterior, se procede al análisis del informe de valoración técnica y se aprueba.

Al día siguiente, la Mesa se vuelve a reunir. Durante la sesión, se decide poner los hechos en conocimiento del Comité de Prevención de Delitos del Grupo SEPIDES. En la misma sesión se decide no incluir en el acta los hechos relatados para evitar su difusión pública. Finalmente, se procede a la apertura de las ofertas económicas y criterios evaluables automáticamente. Del resultado de la valoración técnica y económica, se concluye que la UTE ha presentado la mejor oferta según la relación calidad-precio. No obstante, la Mesa rehúsa formular propuesta de adjudicación en tanto no finalice la investigación por parte del Comité de Prevención de Delitos.

El informe que emite este órgano señala que no ha quedado acreditada la comisión de ninguna actuación irregular por parte de los miembros de la mesa de contratación designada para la licitación y adjudicación del contrato, concluyendo que se ha actuado conforme al procedimiento establecido a lo previsto en la licitación y a la Ley. Tampoco existen motivos o pruebas que permitan relacionar a alguna persona de la mesa de contratación o al personal relacionado con la licitación y adjudicación del contrato con los



hechos denunciados o con las personas que, supuestamente tuvieran intención, en su caso, de cometer el posible delito que pudieran constituir los hechos denunciados. Por último, afirma que no se advierte la realización de ningún tipo delictivo ni el incumplimiento o vulneración del Manual o del Código de Conducta Empresarial por parte del personal.

Posteriormente, el presidente de la Mesa de Contratación presenta denuncia poniendo los hechos y el informe del Comité de Prevención de Delitos en conocimiento de la Fiscalía. El informe de la Abogacía General del Estado sobre esta cuestión mantenía la procedencia de acordar la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato con fundamento en el artículo 22.1.g) de la LPACAP en el caso de que el Ministerio Público informase que aprecia indicios de que los hechos denunciados han repercutido en el procedimiento.

La fiscalía notifica a PEPA el archivo de las actuaciones acordado el 22 de marzo de 2021. Según indica la recurrente, existe unas diligencias previas incoadas en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº6 de Avilés sobre esta cuestión. Pero el órgano de contratación no es parte en dicho procedimiento.

No existe, por tanto, prejudicialidad penal, ni motivo que justifique la suspensión del procedimiento, de acuerdo con el informe de la Abogacía del Estado. Tampoco este informe había encontrado motivos para acordar el desistimiento o la renuncia al procedimiento

Noveno. Para resolver el recurso, no seguiremos el orden en el que se han articulado los motivos, sino la secuencia que se deriva de su contenido y naturaleza, de manera que comenzaremos con aquellos que de ser estimados darían lugar a la anulación del procedimiento.

Se hace necesario, por tanto, comenzar por la última de las alegaciones del recurso que cuestiona la claridad, no de los criterios de valoración propiamente dichos, sino de la escala utilizada para valorar el grado de detalle en la descripción de cada uno de los aspectos. En ellos se distingue “Excelente”, “Bien”, “Suficiente”, “insuficiente o deficiente”. El primero supone que *la proposición que describa el aspecto a valorar de manera exhaustiva, óptima, inmejorable y completa, analizada en el conjunto de las proposiciones concurrentes y le otorga el 100% de la puntuación.* “Bien” recibirá *la proposición que describa el aspecto a*



valorar de forma apropiada, ajustada y conforme a lo solicitado, analizada en el conjunto de las proposiciones concurrentes, correspondiéndole el 60%. “Suficiente” se reserva a la proposición que describa el aspecto a valorar de forma adecuada, eficaz o apta, analizada en el conjunto de las proposiciones concurrentes, con atribución del 30%. Por último “insuficiente o deficiente” es para la proposición que describa el aspecto a valorar de forma poco definida o escasa, analizada en el conjunto de las proposiciones concurrentes, recibiendo el 0%.

Con este motivo, el recurso no cuestiona propiamente el acto de adjudicación, sino el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Respecto de esta cuestión es doctrina del Tribunal Supremo (sentencia nº 398/2021 y sentencia nº 438/2021, de 24 de marzo) que *“cabe excepcionalmente la impugnación indirecta de los pliegos rectores de la licitación, consentidos por no haberse impugnado directamente. Para ello deben probarse o las circunstancias a las que se refiere la jurisprudencia del TJUE o que incurren en motivos de nulidad de pleno Derecho, motivos que se aprecian de forma excepcional y restrictiva”*. También este Tribunal se ha pronunciado en este sentido, por ejemplo, en la resolución nº 549/2021

“Este Tribunal ha admitido el recurso indirecto frente a los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares en dos resoluciones recientes dictadas con ocasión de sendos recursos interpuestos frente a los respectivos actos de adjudicación (Resolución de 25 de julio de 2019, Recurso nº 70/2019 y Resolución de 28 de octubre de 2019, Recurso nº 904/2019).

En la última de las resoluciones, el Tribunal estimó el recurso, considerando, en primer lugar, que la regla general es que la presentación de oferta supone la aceptación del contenido de los Pliegos. Si una entidad licitante no impugna las condiciones y bases en el plazo establecido en la LCSP, ‘carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus propios actos, cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones que, obviamente, pretendía’.

Sin embargo, entiende que esta regla general tiene una excepción: en los supuestos de nulidad de pleno derecho se permite el recurso indirecto contra los Pliegos, aun cuando



éstos no hayan sido objeto de previa y expresa impugnación. Para ello, los Pliegos deben adolecer de alguno de los vicios de nulidad de la Ley 39/2015. Este Tribunal ha tenido en cuenta especialmente el supuesto del artículo 47 a) de la Ley 39/2015 por infracción de la igualdad ante la Ley y no discriminación, que se produce en los supuestos de restricción a la libre concurrencia.

Estos pronunciamientos vienen a aplicar la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de 12 de marzo de 2015 (C-538/13), al reconocer la posibilidad de impugnar la licitación una vez expirado el plazo para ello cuando el contratista no hubiera podido comprender las condiciones de la licitación hasta un momento posterior en el que el poder adjudicador realizó aclaraciones. También el Tribunal Supremo en la Sentencia de 19 de marzo de 2001 (Recurso nº 565/1994), había permitido declarar la nulidad de aquellas cláusulas que estuvieran viciadas de pleno derecho”.

En este caso, el alegado vicio del pliego no reúne ninguna de las condiciones que permiten su impugnación indirecta. La definición y configuración de la escala, aunque pueda ser discutible o no, no está hecha de forma que impida a cualquier licitador conocer los aspectos ahora cuestionados, en el momento en el que era procedente la impugnación directa. De hecho, el recurrente, en realidad, solo cuestiona la diferencia entre bien y suficiente, pero no se aprecia incluso en ese limitado aspecto, el requisito de que la posible confusión estuviera oculta hasta el momento de recibir el resultado de la valoración de sus ofertas.

Tampoco observamos concurrencia de vicio alguno que diera lugar a declarar la nulidad de pleno derecho del pliego.

En relación con la cuestión de las escalas, el recurrente también cuestiona la forma concreta en que se han calificado las ofertas, pero esta cuestión será analizada al estudiar el cuestionamiento de la valoración hecha por el órgano técnico.

Décimo. En segundo lugar, se encuentra la vulneración del artículo 326.5 de la LCSP pues el pliego de condiciones técnicas fue elaborado por un miembro de la mesa de contratación que, además, participó en la redacción del informe de valoración.



El órgano de contratación no niega los hechos, pero los justifica indicando que la constitución de la mesa de contratación es potestativa para la entidad, por lo que en caso de optar por esta modalidad no le serían de aplicación las limitaciones establecidas en el precepto. Este argumento no puede estimarse. Es cierto que la LCSP no obliga a los poderes adjudicadores no administraciones públicas a constituir una mesa de contratación en sus procedimientos de licitación, pero si esta se constituye son de aplicación las normas que la rigen. En relación con la intervención en la mesa de contratación de la persona que redacta el pliego de prescripciones técnicas, hay que traer a colación, la doctrina establecida por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en el informe 3/2018:

“en el trámite parlamentario se propuso la inclusión de varias limitaciones en la composición de la mesa o en la emisión de informes de valoración: una primera prohibición absoluta a la participación en las mesas de contratación o a la emisión de informes de valoración de las ofertas para los cargos públicos representativos y el personal eventual; y una segunda mediante la que, como hemos observado, tampoco podrá formar parte de las mesas de contratación el personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate, salvo en los supuestos a que se refiere la Disposición adicional segunda, relativa a la contratación de las Corporaciones Locales.

Asumida finalmente la enmienda con el texto que figura en la ley, del precepto que hemos analizado se deduce la voluntad inequívoca del legislador de restringir la participación en la mesa de contratación del personal que haya participado en la redacción de cualquier documentación técnica del contrato, con lo que se transmite la idea de que hay una parte de la documentación preparatoria, la que afecta a aspectos técnicos del contrato, representada normal pero no únicamente en el pliego de prescripciones técnicas, cuya elaboración impide a quienes han participado en ella la posibilidad de formar parte de un órgano como la mesa de contratación, órgano que ostenta importantes funciones en el seno del procedimiento de selección del contratista. La finalidad de la norma claramente es favorecer la transparencia de la contratación pública y evitar los conflictos de intereses en la actuación de los miembros de la mesa.



Sentado el anterior criterio, que explica el origen y la finalidad del precepto cuestionado, podemos determinar cuál es el alcance de la expresión que emplea la ley (...) es el acto de redactar efectivamente o de participar en el proceso de redacción del pliego el que genera la prohibición de formar parte de la mesa. Si la finalidad de la norma es evitar el conflicto de intereses potencialmente concurrente en el redactor de las condiciones técnicas, la prohibición no puede alcanzar a quien no haya participado en la redacción de la regla técnica del contrato, ni tampoco a quien simplemente la haya visto o incluso visado, que no aprobado, puesto que la aprobación de los pliegos es una competencia del órgano de contratación según establece el artículo 124 de la Ley. (...)

De todas estas circunstancias se puede inferir sin dificultad, como respuesta a la cuestión planteada, que el legislador ha sido claro a la hora de vedar el acceso como miembro de la mesa al redactor del pliego y que ha predicado de los eventuales asesores una condición de independencia que no puede reconocerse en aquél. (...)

La última cuestión planteada alude a la posibilidad de emisión de informes de valoración por parte del personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica.

Sobre esta cuestión la ley distingue claramente entre los cargos públicos representativos o el personal eventual y los redactores del pliego técnico. Los primeros no pueden hacer informes técnicos por expresa indicación de la ley, mientras que nada se dice de esta prohibición respecto de los segundos. En consecuencia, los informes de valoración podrán ser emitidos por las personas que hayan participado en la redacción del pliego técnico, con pleno respeto al deber de independencia y objetividad que como empleados públicos les atañe”.

En este caso, consta que la persona que redactó el pliego de prescripciones técnicas participó como miembro de la mesa de contratación y realizó el informe técnico de valoración. Como hemos visto, no era posible que coincidieran en la misma persona la condición de redactor del pliego citado y la de ser miembro de la mesa. La escasez de personal de la sociedad que convoca la licitación no es causa suficiente para justificar el incumplimiento de la prohibición. Tampoco resulta aplicable a esta sociedad la excepción contemplada para las Corporaciones locales, pues como tal excepción solo se aplica a los



supuestos expresamente contemplados, sin que quepa una interpretación extensiva. Igualmente, no puede invocarse que esta circunstancia era conocida antes de iniciarse el plazo de presentación de ofertas, porque si bien aparece la identificación de la autora en el pliego, en la composición de la mesa recogida en el pliego, se hace referencia al departamento y entidad al que pertenece el vocal, pero no se designa nominativamente. El hecho de que la prohibición afecte a uno de los miembros de la mesa, siendo el acuerdo adoptado por unanimidad, de forma que el voto no fue decisivo, entendemos que no es aplicable aquí la doctrina jurisprudencial elaborada con base en el actual artículo 23.4 de la Ley 40/2015, pues en ese caso, la prohibición del artículo 326 de la LCSP quedaría prácticamente vacía de contenido, pues sólo se aplicaría en el caso de que la mesa tomara su decisión por mayoría de un voto.

El recurso debe ser estimado, con anulación de todo el procedimiento de licitación, por cuanto resulta imposible retrotraer las actuaciones, dado el conocimiento completo de las ofertas.

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. Y.A.B., en representación de CONSTRUCCIONES Y EXCAVACIONES ERRI BERRI, S.L., contra el acuerdo de adjudicación del procedimiento “*Contrato mixto de los trabajos de redacción de proyecto y ejecución de obra de desmantelamiento y enajenación de materiales y residuos de las baterías de coque en Avilés (Asturias)*” con expediente 9/2020-PEPA-ST, convocado por el Parque Empresarial Principado de Asturias, Sociedad Limitada, Sociedad Mercantil Estatal, anulando el procedimiento de licitación en los términos señalados en el fundamento de derecho décimo.

Segundo. Levantar la suspensión de la adjudicación acordada por este Tribunal, de conformidad con el art. 57.3 de la LCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 58.2 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 de la Audiencia Nacional, 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 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.