RE 046/2015

Acuerdo 58/2015, de 6 de mayo de 2015, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por FERROVIAL AGROMAN, S.A. y HORMIGONES DEL PIRINEO, S.A. frente a su exclusión del procedimiento de licitación denominado «Acondicionamiento de la carretera A-131 de Fraga a Huesca del P.K. 57+626 al P.K. 62+054. Tramo: Sariñena-San Lorenzo del Flumen», promovido por el Departamento de Obras Públicas, Urbanismo, Vivienda y Transportes del Gobierno de Aragón.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 16 de enero de 2015 se publicó, en el Boletín Oficial de Aragón (BOA), el anuncio de licitación, relativo al procedimiento denominado «Acondicionamiento de la carretera A-131 de Fraga a Huesca del P.K. 57+626 al P.K. 62+054. Tramo: Sariñena-San Lorenzo del Flumen», convocado por el Departamento de Obras Públicas, Urbanismo, Vivienda y Transportes del Gobierno de Aragón (en adelante el Departamento), contrato de obras, tramitado mediante procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación, con un valor estimado de 3 603 683,89 euros, y un plazo de ejecución de 18 meses.

SEGUNDO.- El Anexo VI del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la licitación (en adelante PCAP), a los efectos del recurso, establece, respecto de los criterios de valoración de las ofertas sujetos a evaluación previa (Sobre DOS), lo siguiente:

1.1 Organización de la obra

«***Documentación:*** *Memoria descriptiva de los trabajos y la forma de organización para llevar a cabo las actuaciones objeto del contrato, incluyendo de forma sucinta, ordenada y concreta lo necesario para valorar los aspectos que se indican (Extensión máxima 20 páginas DIN-A4).*

Programa de trabajos a presentar mediante diagrama ***PERT*** *o* ***GANTT*** *con precedencias, siguiendo la estructura de capítulos del presupuesto del proyecto, admitiéndose mayor desglose para un mejor desarrollo. No se incluirán los hitos contractuales a valorar en el punto 6 del Anexo VII (Extensión máxima 4 páginas DIN-A3).*

(…)

> *1.1.3 Diagrama: se valorará la inclusión de las principales actividades, el correcto estudio de las precedencias, el análisis del* ***camino crítico*** *y la coherencia con la memoria de ejecución de la obra y con las medidas correctoras* ***(5 puntos)*** ».

El Anexo VII del PCAP, a los efectos del recurso, establece, respecto de los criterios de valoración de las ofertas sujetos a evaluación posterior (Sobre TRES), lo siguiente:

«***6. PLAZOS PARCIALES (Hasta 4 puntos)***

Compromiso de cumplimiento de hasta un máximo de tres plazos parciales de ejecución de la obra.

Se valorará en proporción al adelanto ponderado que supongan los plazos ofertados con respecto al plazo máximo total fijado en este PCAP.

Para su valoración deberá presentarse el siguiente cuadro en el que se incluyen: la descripción de cada hito (descripción material de la parte de la obra con cuya terminación se entenderá cumplido el plazo parcial); el porcentaje de ejecución acumulado (es decir, incluyendo el propio hito y los anteriores) que dicha parte de la obra supone, en términos de presupuesto, sobre el total de la obra; el adelanto en meses sobre el plazo máximo total fijado en este PCAP; el producto que se expresa en la tabla, respecto a las dos magnitudes anteriores. La suma de estos productos será el adelanto ponderado objeto de valoración».

TERCERO.- En el procedimiento convocado presentaron propuestas treinta y un licitadores, entre ellos las recurrentes, FERROVIAL AGROMAN, S.A. y HORMIGONES DEL PIRINEO, S.A. que concurrieron a la licitación con el compromiso de constituirse en UTE en caso de resultar adjudicatarias (en adelante la UTE recurrente).

El 18 de febrero de 2015, se reúne la Mesa de contratación para la apertura del Sobre UNO y el examen de la documentación administrativa aportada, observándose una serie de deficiencias subsanables en varios de los licitadores, según se recoge en el acta correspondiente. Por otro lado, consta también en el acta, que la Mesa de contratación acordó la exclusión de un licitador. En concreto, por incluir en el Sobre UNO documentación relativa a los criterios sujetos a evaluación posterior (Sobre TRES).

El 24 de febrero de 2105 se reúne nuevamente la Mesa de contratación, e informa, en primer lugar, que las empresas a las que se les requirieron subsanar deficiencias han aportado la documentación correspondiente. A continuación se procede a la apertura de los Sobres DOS de todas las empresas admitidas a la licitación, sin que se produzca incidencia alguna.

CUARTO.- En sesión de la Mesa de contratación, celebrada el 17 de marzo de 2015, se procede al examen del informe técnico de valoración del Sobre DOS, emitido por miembros de la Dirección General de Carreteras. En dicho informe se observan deficiencias no subsanables en la documentación aportada en el Sobre DOS por parte de varios licitadores.

En concreto, respecto de la UTE recurrente, se apreció lo siguiente:

«UTE FERROVIAL AGROMAN, S.A.- HORMIGONES DEL PIRINEO, S.A.

- *En el punto 1.1 "Organización de la obra" del apartado "Memoria de ejecución de la obra" se indica textualmente: "PLAZO DE EJECUCIÓN. El plazo de ejecución ofertado por el licitador es de DIECISEIS (16 meses).*
- *En cuanto al punto 1.2 "Análisis, contingencias y memorias" indica textualmente en el punto 1.2.1.1 "Conocimiento de la obra", "La UTE se compromete a ejecutar la presente obra en el plazo de DIECISIETE (17) MESES, lo que supone una reducción sobre el plazo fijado en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de la obra de UN MES…».*

La Mesa considera que se ha incorporado en el Sobre DOS documentación relativa a los criterios sujetos a evaluación posterior (Sobre TRES), produciéndose una contaminación documental en el procedimiento y acuerda, en consecuencia, la exclusión de la UTE de la licitación. La Mesa acuerda no abrir los Sobres TRES correspondientes a los licitadores excluidos.

QUINTO.- El 23 de marzo de 2015 se remite notificación del acuerdo de exclusión a la UTE recurrente, recibida por ésta el día 25 de marzo de 2015, concediéndoles la posibilidad de presentar recurso especial en materia de contratación en el plazo de 15 días hábiles contados desde el siguiente a aquel en que se reciba la notificación.

SEXTO.- El 14 de abril de 2015 tuvo entrada, en el Registro del Gobierno de Aragón, recurso especial en materia de contratación, interpuesto por D. Francisco Javier del Saz Cantarero, en nombre y representación de FERROVIAL AGROMAN, S.A. y D. José Luis Puyuelo Lardiés, en nombre y representación de HORMIGONES DEL PIRINEO, S.A, contra el acuerdo de la Mesa de contratación de 17 de marzo de 2015, por el que se excluía a la UTE integrada por ambas del procedimiento de licitación.

Los recurrentes anunciaron previamente al órgano de contratación la interposición de dicho recurso, conforme a lo estipulado en el artículo 44.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP).

El recurso, alega y fundamenta en síntesis, lo siguiente:

a) Que la UTE ha sido excluida del procedimiento por incluir en el Sobre DOS documentación que ponía de manifiesto que el plazo total de ejecución se reducía respecto del previsto en el anuncio y en el PCAP; lo que, a juicio de la Mesa, supone un riesgo potencial de contaminación del juicio de valor.
b) Que, al aportar la documentación exigida por el Pliego, relativa a la programación de la obra, esto es, la cláusula 1.1 PCAP, resulta imposible aportar una planificación de la obra sin aludir al plazo total de ejecución de la misma. Añade que la única prohibición que se desprende del PCAP es la no inclusión de los hitos contractuales a valorar en el punto 6 del Anexo VII, y éstos no se han incluido, tal y como se acredita en su oferta, pues en ningún caso se ha facilitado ninguna información relativa a los plazos parciales de ejecución de la obra en el Sobre DOS.
c) Que, no obstante lo anterior, aun cuando se considerase que la información sobre el plazo total de la obra no debió incluirse en el Sobre DOS, tampoco ello puede determinar la exclusión de la UTE del proceso de licitación, en la medida en que dicha información resulta totalmente intrascendente para la valoración del apartado 6 del Anexo VII, sobre plazos parciales.
d) Que, el PCAP no incorporaba una prohibición expresa de incluir el plazo total ofertado en el Sobre DOS, de lo que se deduce la

existencia de ambigüedad y oscuridad en los Pliegos. A este respecto, se incorpora en el recurso doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

e) Que en anteriores licitaciones, la UTE ha presentado su propuesta en los mismos términos, y no ha sido objeto de exclusión.

Por lo expuesto, solicita la revocación del acto recurrido y su admisión al procedimiento. Solicita, además, la suspensión del procedimiento de licitación, en tanto no se resuelva sobre la impugnación planteada.

SÉPTIMO.- Por Resolución 10/2015, de 13 de abril, del Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, se resolvió la petición de suspensión del procedimiento de licitación, solicitada por otra recurrente (COALVI, S.A y ALDESA CONSTRUCCIONES, S.A.), en el recurso especial RE 040/2015 interpuesto, en el sentido de acordar la misma, en atención a lo dispuesto en el artículo 43 TRLCSP, valorando el Tribunal las circunstancias que concurren en el expediente y en aras a garantizar la eficacia del objeto de la reclamación.

OCTAVO.- El 16 de abril de 2014, el Tribunal solicita del Departamento, de conformidad con lo previsto en el artículo 46.3 TRLCSP, la remisión en el plazo de dos días hábiles, del expediente de contratación completo, acompañado de un informe del órgano gestor del expediente. El día 17 de abril de 2015 tiene entrada en el Tribunal la documentación solicitada.

El día 22 de abril de 2015, el Tribunal, a fin de evacuar el trámite de alegaciones, notificó la interposición del recurso al resto de licitadores, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.3 TRLCSP.

NOVENO.- El 28 de abril de 2015, D. Jordi Llorens Domingo, en representación de PAVIMENTOS AUXILIARES DEL PIRINEO, S.A, presenta ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, escrito en el que se opone al recurso presentado, alegando, en síntesis, lo siguiente:

a) Que el PCAP es claro, exacto y concreto respecto de la exigencia de no incorporar en el Programa de trabajos ni el plazo total ofertado, ni los plazos parciales.
b) Que la oferta de la UTE recurrente debe ser excluida por incumplimiento del Pliego, al incluir en el Sobre DOS documentación relativa al Sobre TRES. Frente lo que alega la recurrente, la revelación del plazo total de ejecución en el Sobre DOS es trascendente, puesto que un hito parcial puede ser el plazo total de la obra, revelándose en este caso información que debe contenerse necesariamente en el Sobre TRES.
c) Que el defecto de la recurrente no es subsanable y comporta la exclusión de la oferta, pues de lo contrario, se conculcarían los principios rectores de la contratación pública de transparencia, igualdad y concurrencia. Añade la alegante que la exclusión de los licitadores que incluyan información evaluable mediante fórmulas en el Sobre correspondiente a la información sujeta a juicio de valor es automática, basándose en la doctrina de Tribunales administrativos.

DÉCIMO.- El 28 de abril de 2015, D. Jaime Escobar de la Iglesia en nombre y representación de COALVI, S.A y Dª. Olga Torralba Villaroel en nombre y representación de ALDESA CONSTRUCCIONES, S.A, presentan ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, escrito

en el que manifiestan su conformidad con el contenido del recurso especial interpuesto.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de FERROVIAL AGROMAN, S.A. y HORMIGONES DEL PIRINEO, S.A. para interponer recurso especial, y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP.

El recurso se interpone contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de obras de valor estimado superior a 1 000 000 euros, por lo que este Tribunal es competente para la resolución del recurso planteado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2 a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del Sector Público de Aragón (en redacción dada por el artículo 33 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón). El recurso se ha planteado además en tiempo y forma.

SEGUNDO.- En primer lugar, alega la UTE recurrente, que ha sido excluida del procedimiento por incluir en el Sobre DOS documentación que ponía de manifiesto que el plazo total de ejecución se reducía respecto del previsto en el anuncio y en el PCAP; lo que, a juicio de la Mesa, supone un riesgo potencial de contaminación del juicio de valor. Y entiende que, al aportar la documentación exigida por el Pliego, relativa a la Programación de la obra, esto es, la cláusula 1.1 PCAP,

resulta imposible aportar una planificación de la obra sin aludir al plazo total de ejecución de la misma.

Pues bien, el PCAP exige en su Anexo VI, la aportación de un Programa de Trabajo a especificar y señalar sobre el plazo máximo de ejecución de las obras previsto en el apartado F del Cuadro–Resumen, al que la cláusula 2.6.2 del PCAP, titulada «Plazo», remitía. Y este es un plazo de 18 meses, sin que pueda variarse dicho plazo en el Programa de Trabajo, que debe aportar el licitador dentro del Sobre DOS; puesto que el plazo de ejecución total de la obra, que propone el licitador en su oferta, es un dato a valorar en el Sobre TRES, concretamente en el punto 6 sobre plazos o hitos parciales.

De manera, que la aportación de un Programa de Trabajo sobre el plazo que oferta el licitador, y no sobre el que exige el PCAP, constituye, por si mismo, un incumplimiento, del Pliego; e implica una revelación parcial del contenido del Sobre TRES.

Y así se deduce, del Informe de la Jefe de Servicio, de 17 de abril de 2015, que se acompaña a la remisión del expediente de la licitación del objeto del recurso. Pues, a la vista de cómo se efectúa la asignación de puntuación del apartado 6 del Anexo VII, que permite valorar hasta un máximo de tres hitos contractuales —los hitos pueden ser plazos parciales o constituir un plazo total—, de los que mediante la aplicación de una fórmula matemática se obtiene un parámetro (*adelanto ponderado*), que es objeto de valoración de modo similar a la oferta económica, el dato que desvela la recurrente, en el Sobre DOS, permite, en relación al plazo total ofertado, asegurar que el *adelanto ponderado* (parámetro objeto de valoración en el Sobre TRES), será

igual o mayor, que el adelanto que suponga, el plazo ofertado sobre el plazo de ejecución establecido en el PCAP.

Y que esto es así, es una cuestión de hecho, no de Derecho. De manera, que queda afectada, y viciada, la valoración a realizar mediante criterios sujetos a valoración del Sobre DOS, sin que sea necesario insistir, en la doctrina consolidada por los Tribunales administrativos de contratación, en relación con el principio del secreto de las proposiciones, y la revelación de su contenido. Por todos, vale citar los Acuerdos de este Tribunal administrativo 1/2011, 74/2013, 42/2014, 43/2014, 44/2014, y el reciente Acuerdo 53/2015, de 30 de abril de 2015; en los que se insiste en que el secreto de las proposiciones, se asienta sobre dos principios básicos. El primero, evitar «manipulaciones» de los licitadores con el fin de garantizar la objetividad y seguridad del sistema de contratación; y el segundo, garantizar que las ofertas económicas, y demás aspectos evaluables mediante fórmulas, no sean conocidos en tanto sean objeto de valoración las proposiciones técnicas, para evitar que pueda influir en la ponderación del juicio técnico, al conocerse previamente la puntuación que obtendría un licitador en estos aspectos reglados o automáticos.

Y en el Acuerdo 53/2015, insiste este tribunal, en que es una práctica derivada del derecho a una buena administración, que explica la exclusión del licitador que la incumple. Por la que debe exigirse la debida diligencia a los licitadores al presentar y documentar sus ofertas, en aras a preservar la finalidad del procedimiento y los principios de igualdad de trato que lo inspiran (por todas, STJUE de 16 de septiembre de 2013).

En consecuencia, se desestima este motivo del recurso.

TERCERO.- Como motivos adicionales del recurso, añade la recurrente, que la única prohibición que se desprende del PCAP es la no inclusión de los hitos contractuales a valorar en el punto 6 del Anexo VII, y éstos no se han incluido, tal y como se acredita en su oferta, pues en ningún caso se ha facilitado ninguna información relativa a los plazos parciales de ejecución de la obra en el Sobre DOS. Sin embargo, también lo hemos indicado ya, en el criterio 6 del Anexo VII, es posible establecer un único hito. Lo que indica el criterio es que el máximo a valorar son hasta tres hitos contractuales. Y el PCAP es claro y llano: «*No se incluirán los hitos contractuales a valorar en el punto 6 del Anexo VII*». Es decir, ningún hito.

Tampoco puede aceptarse, como afirma la recurrente, que la información sobre el plazo total de la obra no puede determinar la exclusión de la UTE del proceso de licitación, en la medida en que dicha información resulta totalmente intrascendente para la valoración del apartado 6 del Anexo VII, sobre plazos parciales. La cuestión es que, la información sí que resulta trascendente, como se afirma y acredita en el Informe de la Jefe de Servicio, de 17 de abril de 2015; hasta el punto que supone que queda afectada, y viciada, la valoración a realizar mediante criterios sujetos a valoración del Sobre DOS.

Finalmente, y de forma subsidiaria, alega la UTE recurrente que, el PCAP no incorporaba una prohibición expresa de incluir el plazo total ofertado en el Sobre DOS, de lo que se deduce la existencia de ambigüedad y oscuridad en los Pliegos. Esta pretensión no puede aceptarse, pues el PCAP establece con claridad, la imposibilidad de incluir en el Sobre DOS los hitos contractuales a valorar en el punto 6 del Anexo VII. No existe oscuridad ni ambigüedad en los Pliegos, que pueda inducir a error en la presentación de la oferta.

Y, tampoco puede omitirse, que únicamente las recurrentes, y algún licitador más, de forma errónea, presentaron dicha información en su Sobre DOS. Mientras que el resto de licitadores, un total de 26 empresas y UTEs, presentaron su Programa de Trabajo en el Sobre DOS, en relación con los 18 meses de plazo de ejecución máximo señalado en el PCAP, sin aportar información sobre el plazo de ejecución máximo ofertado, con el adelanto de los meses respecto de los 18 del PCAP.

No desvirtúa en ningún caso la conclusión alcanzada, que la recurrente argumente que en otros procedimientos públicos una presentación de propuesta análoga fue admitida, ya que a este Tribunal no le corresponde analizar actuaciones de poderes adjudicadores no impugnadas.

Procede, por lo expuesto desestimar, los motivos indicados de recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP; y en los artículos 2, 17 y siguientes, de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón:

III. ACUERDA

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial, presentado por D. Francisco Javier del Saz Cantarero en nombre y representación de FERROVIAL AGROMAN, S.A. y D. José Luis Puyuelo Lardiés, en nombre y representación de HORMIGONES DEL PIRINEO, S.A, contra el acuerdo de la Mesa de contratación de 17 de marzo de 2015, notificado el 25 de

marzo de 2015, por el que se les excluye de la licitación del contrato denominado «Acondicionamiento de la carretera A-131 de Fraga a Huesca del P.K. 57+626 al P.K. 62+054. Tramo: Sariñena-San Lorenzo del Flumen», promovida por el Departamento de Obras Públicas, Urbanismo, Vivienda y Transportes del Gobierno de Aragón.

SEGUNDO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

TERCERO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.