RE 125/2014

Acuerdo 6/2015, de 13 de enero de 2015, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por la Federación Aragonesa de Instaladores Electricistas frente al Pliego de Condiciones técnicas y jurídicas de la licitación denominada «Redacción de proyecto, ejecución de obras de construcción y legalización de la acometida eléctrica y de telecomunicaciones al observatorio astrofísico Javalambre y Galáctica», promovido por el Instituto Aragonés de Fomento.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 26 de noviembre de 2014 se publicó, en el Perfil de contratante del Instituto Aragonés de Fomento (en adelante IAF), el anuncio de licitación, relativo al procedimiento denominado «Redacción de proyecto, ejecución de obras de construcción y legalización de la acometida eléctrica y de telecomunicaciones al observatorio astrofísico Javalambre y Galáctica», contrato de obras —en su modalidad de adjudicación conjunta de proyecto y obra—, procedimiento simplificado, tramitación urgente, con un único criterio de adjudicación, con un valor estimado de 685 418,60 euros, IVA excluido. En el Perfil se publicó, en la misma fecha, el Pliego de Cláusulas Económicas, Jurídicas y Técnicas; el Pliego de Prescripciones Técnicas; el Informe del Instituto Aragonés de Gestión Ambiental de 11 de noviembre de 2014, sobre la obra a realizar; las condiciones de suministro de ENDESA (en dos documentos); una Memoria técnica, en la

que figura como promotor el Ayuntamiento de Arcos de Salinas, que contiene la bases para la futura redacción de los proyectos y condicionados técnicos necesarios para el suministro y ejecución de las instalaciones necesarias para dotar de suministro eléctrico a las Instalaciones de Galáctica, Cementerio, Polígono Ganadero, observatorio Astrofísico de Javalambre, Barrio de La Higuera, y dos Masías; junto a un amplio reportaje fotográfico de los lugares (caminos y pistas de titularidad pública) por donde discurre el trazado de la línea (y donde debe realizarse la zanja de soterramiento).

SEGUNDO.- El 1 de diciembre de 2014, se publicó en el Perfil de contratante del IAF, una corrección de errores al anuncio de licitación, por cambio de clasificación. Se mantenía el Grupo I, subgrupo 5 y se elevaba la categoría, al pasar de la categoría d) a la e), Categoría que corresponde cuando la anualidad media exceda de 840 000 euros y no sobrepase los 2 400 000 euros, y se ampliaba el plazo de presentación de ofertas o de solicitudes de participación, hasta el día 9 de diciembre de 2014, a las 19:00 horas.

TERCERO.- El 5 de diciembre de 2014, la Federación Aragonesa de Instaladores Electricistas (en delante FARIE), se dirigió al IAF alegando, entre otras consideraciones, la falta de tiempo para presentar ofertas, a la vista de lo reducido de los plazos, y se solicitaba la nulidad de la licitación.

El 12 de diciembre de 2014, el Director Gerente del IAF, en contestación al escrito de la FARIE, consideró suficiente el plazo concedido para la presentación de ofertas, dado que la documentación había estado a disposición de los licitadores desde la publicación del anuncio en el Perfil de contratante del IAF.

CUARTO.- El 11 de diciembre de 2014 tuvo entrada, en el Registro del IAF, recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. Manuel Marín Villarroya, en nombre y representación de FARIE, frente a las condiciones técnicas y jurídicas de la licitación, cuantía, plazos y procedimiento. El recurso alega, en síntesis, los siguientes motivos:

a) La cuantía del contrato necesariamente superará el valor estimado del contrato fijado en 685 418,60 euros, IVA excluido, dado que el presupuesto ofertado, en su día, por una empresa de distribución, al Ayuntamiento de Arcos de las Salinas, ascendía a la cantidad de 825 974,24 euros, IVA excluido. Pero no se incluía en dicho presupuesto la apertura de zanja en roca, cuando no se pueda excavar en la zanja por medios mecánicos convencionales (cazo, rejón o martillo picador); en cuyo caso sería necesario solicitar presupuesto especifico para el alcance de los trabajos a realizar.
b) Considera la recurrente que la zona en la que se tiene que realizar la zanja (unos 12 kilómetros) para soterrar la línea, se encontrará, según manifiesta literalmente: «*roca todo el tiempo ya que estamos hablando de una zona de montaña. Según nuestras informaciones la mitad del terreno por el pase será de roca*».
c) Afirma, que la determinación del valor estimado, lleva al IAF a una tramitación de aplicación exclusiva a contratos no armonizados: procedimiento simplificado, no susceptible, por la cuantía de impugnación ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón; cuando necesariamente superará el importe señalado.

d) Considera que no se halla motivada suficientemente, ni la elección del procedimiento simplificado; ni tampoco la tramitación urgente.

QUINTO.- El recurso se traslada por el IAF al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón el 16 de diciembre de 2014, junto con el expediente de contratación completo y el preceptivo informe sobre el recurso previsto en el artículo 46.3 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).

Con fecha 18 de diciembre de 2014 el Tribunal da traslado del recurso a los seis licitadores presentados a la licitación, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones. Finalizado el plazo concedido no se ha presentado ninguna alegación.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de la Federación Aragonesa de Instaladores Electricistas, para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP.

En cuanto al sometimiento del contrato al recurso especial, en Aragón, los contratos de obras son susceptibles de recurso especial cuando su valor estimado sea superior a 1 000 000 euros, (artículo 17. 2. a) de la Ley

3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en 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). En este procedimiento, el valor estimado se ha fijado en 685 418,60 euros, IVA excluido, por lo que en principio no es susceptible de recurso especial. Siendo la determinación de la cuantía del valor estimado del contrato, la principal de las cuestiones impugnadas.

En todo caso el recurso se plantea en tiempo y forma.

SEGUNDO.- La cuestión central que se plantea en el recurso es la determinación de la cuantía del contrato —el valor estimado del contrato fijado en 685 418,60 euros, IVA excluido—; que necesariamente superará dicho importe, a juicio de la recurrente, dado que el presupuesto ofertado, en su día, por una empresa de distribución, al Ayuntamiento de Arcos de las Salinas, ascendía a la cantidad de 825 974,24 euros, IVA excluido. Pero no se incluía en dicho presupuesto la apertura de zanja en roca, cuando no se pueda excavar en la zanja por medios mecánicos convencionales (cazo, rejón o martillo picador); en cuyo caso sería necesario solicitar presupuesto específico para el alcance de los trabajos a realizar.

Y ello, unido a unas informaciones que posee la recurrente —que ni acredita qué informaciones son, ni tampoco las documenta—, según las cuales la mitad del terreno por el que pase la zanja será de roca, le lleva a deducir que el valor estimado del contrato, necesariamente superará el millón de euros y el procedimiento de licitación podrá ser objeto de recurso especial en materia de contratación.

Así pues, la cuestión de fondo es determinar si el presupuesto de licitación es adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato, si su estimación ha sido correcta, y, en definitiva, si atiende al precio general del mercado, como exige el artículo 87 TRLCSP.

Este Tribunal ya ha mantenido con anterioridad, por todos el Acuerdo 55/2014, de 4 de septiembre, que la principal función de los Tribunales Administrativos de contratos públicos es la de control del procedimiento de licitación, pudiendo pronunciarse sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones.

Pero su función es exclusivamente de control del cumplimiento de los principios y trámites legales, de tal manera que no es posible la sustitución del juicio técnico de quien establece y determina el precio de un contrato, ni de quien lo valora y aprueba, en tanto se cumplan las formalidades jurídicas, exista motivación y resulte racional y razonable.

TERCERO.- Tiene declarado este Tribunal, en anteriores Acuerdos (entre otros, Acuerdos 45/2014 y 51/2014), que en la preparación del contrato la estimación correcta del presupuesto de licitación es fundamental y debe quedar acreditado en el expediente que el presupuesto de licitación, y por ende el valor estimado, responden a los precios de mercado, tal y como exige el artículo 87.1 TRLCSP.

En concreto, el artículo 87 TRLCSP dispone que en los contratos del sector público la retribución del contratista consistirá en un precio cierto y que «*Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato, mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación en su caso de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados*». El concepto «*precio general de mercado*» utilizado en este precepto es un concepto jurídico indeterminado, determinable en base a la actividad licitadora de la Administración. El artículo 87 TRLCSP únicamente establecen las pautas para determinar el precio del contrato, pero la Ley no determina con exactitud los límites, procediendo una interpretación en su aplicación en cada caso concreto. Por su parte, el artículo 1 TRLCSP, dispone que la regulación de la contratación del sector público tiene por objeto, entre otros, el de «*…asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, adquisición de bienes y la contratación de servicios*». Este objetivo de control del gasto y eficiente utilización de los fondos destinados a la contratación de servicios es un criterio interpretativo del artículo 87 TRLCSP.

CUARTO.- Este Tribunal administrativo ya ha mantenido en los Acuerdos referidos, que la estimación del importe debe ser adecuado para que los posibles licitadores, en un mercado de libre competencia, puedan cumplir el contrato. Esta determinación del importe viene derivada de las prescripciones técnicas exigidas. En la licitación es donde se concretan las prestaciones solicitadas y los gastos necesarios para su obtención, realizando una labor de cuantificación acreditada en el

expediente de contratación. Como señala, el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, en su Resolución 64/2013, de 24 de julio de 2013 —cuya fundamentación y consideraciones comparte este Tribunal— «*…el mandato de ajustarse al precio general del mercado no implica que el órgano de contratación no deba buscar la oferta económicamente más ventajosa y, en particular, el precio más bajo posible, siempre que ello no ponga en riesgo el cumplimiento del contrato mediante la inserción de condiciones económicas poco realistas. Una impugnación de la adecuación del precio debiera pues demostrar, más allá de las dudas propias de una materia que por definición está sometida a las cambiantes vicisitudes del mercado y de la situación económica general, que el órgano de contratación ha elaborado unos pliegos con un presupuesto inicial bajo cuya vigencia no cabe esperar suficiente concurrencia ni una ejecución normal del contrato…*».

QUINTO.- En el informe del Gerente de la Unidad de Infraestructuras e Innovación del IAF, de 12 de noviembre de 2014, sobre el presupuesto de licitación de la actuación «*Redacción de proyecto, ejecución de obras de construcción y legalización de la acometida eléctrica y de telecomunicaciones al observatorio astrofísico Javalambre y Galáctica*», se acredita que el IAF solicitó un presupuesto, a una empresa de instaladores eléctricos de la provincia de Teruel, que lo valoró y ofertó en la cuantía de 633 116,83 euros, IVA excluido; en cuyo presupuesto —según el documento que obra en el expediente, que lleva fecha de 8 de abril de 2014— estaba incluido el proyecto de instalación.

También consta, que después de la obtención de dicho presupuesto, el IAF, el Ayuntamiento de Arcos de Salinas, la Fundación CEFCA (Centro de Estudios de Física del Cosmos de Aragón), y GALACTICA (Centro de

Difusión y Práctica de Astronomía en Arcos de las Salinas), concretaron las actuaciones e instalaciones especificas a realizar y el alcance de las mismas; y tras revisar la oferta disponible y los precios de otras actuaciones realizadas por el IAF, se estableció el presupuesto de licitación.

De otra parte, el Pliego de Cláusulas Económicas, Jurídicas y Técnicas no contempla la posibilidad de modificar el contrato, y en consecuencia no prevé ninguna modificación (Cláusula 3.6.14); lo que no ha sido óbice para que seis (6) licitadores presentaran ofertas en el plazo señalado.

Frente a ello, y en base al presupuesto que ofertó ENDESA DISTRIBUCIÓN al Ayuntamiento de Arcos de Salinas, la recurrente considera que el valor estimado del contrato fijado por el IAF, es inadecuado. Sin considerar que, el presupuesto ofertado por la empresa de distribución, fue emitido el 11 de junio de 2014, fecha muy anterior a la Memoria técnica de la licitación, que es de noviembre de 2014; y es el documento que establece el plano de ubicación de por dónde discurrirá la zanja de soterramiento, y determina que discurrirá siempre por caminos municipales y pistas de titularidad pública. De manera que, con la misma capacidad especulativa del recurrente, cabe pensar que bien pudo desconocer estas circunstancias, quien cuantificó el presupuesto emitido el 11 de junio de 2014. Incluso, la imprevisión del precio de zanja sobre roca, no se cuantificó porque se consideró no previsible. De la visualización del amplio y extenso reportaje fotográfico (de los caminos y pistas por donde discurrirá la zanja) que figura en el Perfil del contratante, no se advierte ningún indicio sobre la existencia de roca, en la proporción que se alega.

En fin, que son argumentos de mera especulación, en cuanto se basan en suposiciones no demostradas, los que mueven al recurrente a negar la adecuada determinación del valor estimado del contrato. No aporta ninguna prueba de tal circunstancia, ni tampoco solicita la realización de actividad probatoria alguna en relación con la misma; sino que en base a la referencia del presupuesto de un tercero, supone e imputa un error en la determinación del valor estimado del contrato; que no puede ni cabe admitir.

Finalmente, es necesario recordar que la carga de la prueba (el «*onus probandi*») corresponde al recurrente. Quien invoca algo que rompe la base o fundamento sobre el que se postula un enunciado, debe probarlo («*affirmanti incumbit probatio*»). Pues en el procedimiento, la titularidad de la carga de la prueba la tiene la parte que persigue los efectos jurídicos en función de los hechos que sustentan su pretensión.

De cuanto antecede debe concluirse que procede inadmitir el recurso, puesto que de acuerdo con lo establecido en el artículo 17. 2. a) de la Ley 3/2011, éste se refiere a un contrato que no resulta susceptible de recurso especial en materia de contratación, no siendo por tanto este Tribunal competente para su resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.2 c) de la Ley 3/2011.

Apreciada la inadmisibilidad del recurso no procede el examen del resto de motivos de fondo planteados. Y así lo tiene dicho el Tribunal Supremo, que viene reiteradamente pronunciándose en el sentido de que solo puede discutirse la cuestión de fondo después de que, examinadas las causas o motivos de inadmisión opuestas, se constate la concurrencia de los requisitos de procedibilidad, como es, por ejemplo,

la observancia del plazo en la interposición de los recursos administrativos.

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.- Inadmitir el recurso especial, interpuesto por D. Manuel Marín Villarroya, en nombre y representación de la Federación Aragonesa de Instaladores Electricistas, frente al procedimiento denominado «Redacción de proyecto, ejecución de obras de construcción y legalización de la acometida eléctrica y de telecomunicaciones al observatorio astrofísico Javalambre y Galáctica», promovido por el Intitulo Aragonés de Fomento, al haberse interpuesto frente a un contrato de obras cuyo objeto, por ser la cuantía inferior a 1 000 0000 de euros, no es susceptible de recurso especial.

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.