

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 5 de noviembre de 2014.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por don M.B.P., en representación de Instituto de Gestión Sanitaria, S.A. y doña M.H.A., en representación de Energya MV Gestión de Energía, S.L., licitadoras en compromiso de UTE, contra el Acuerdo de la Mesa de contratación del Hospital Universitario La Paz, de fecha 30 de septiembre de 2014, por el que se excluye a la recurrente del procedimiento de licitación, relativo al expediente de contratación “Contrato mixto de suministros y obras para la construcción y gestión de una central térmica en el Hospital Universitario La Paz”. P.A. 5/2014, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 3 de julio de 2014, se dicta Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario La Paz por la que se convoca la licitación del procedimiento para la adjudicación del contrato mixto de suministros y obras para la construcción y gestión de una central térmica en el Hospital, mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios, con un presupuesto de licitación de 44.830.869,47 euros.

La convocatoria del procedimiento se publicó respectivamente en el DOUE el 10 de julio de 2014, el 14 de julio en el BOE y el 17 de julio en el BOCM.

Finalizado el plazo para la presentación de proposiciones, el 2 de septiembre de 2014, se presentaron la recurrente, UTE Instituto de Gestión Sanitaria, S.A. y Energía VM Gestión de Energía, S.L. (en adelante UTE Ingesan-Energía VM) y 3 licitadores más.

Con fecha 30 de septiembre de 2014, se constituye la Mesa de contratación para proceder al acto de apertura de la documentación relativa a los criterios objetivos, y en dicho acto la Mesa de contratación comunica a la UTE Ingesan-Energía VM, que su oferta ha sido excluida, leyéndose las razones específicas de su exclusión, tal como se detallan en el Informe Técnico elaborado.

Con fecha 2 de octubre la UTE Ingesan-Energía MV presenta escrito en el que expone su disconformidad con la exclusión y solicita a fin de poder presentar el oportuno recurso la vista del expediente. Dicho acceso fue acordado y se realizó con fecha 7 de septiembre de 2014, facilitándose copia del informe técnico de valoración de fecha 29 de septiembre, en el que se explican las consideraciones que han llevado a la exclusión y que se concretan en que la oferta de la recurrente no cumple el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) puesto que propone cuatro salas de calderas ubicadas en diferentes zonas del hospital y el PPT determina que será una sola sala de calderas y en una zona determinada. Se considera, en consecuencia, que la oferta supone una variante no admitida por la cláusula 12 de Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP).

Segundo.- En el expediente consta que el acuerdo de exclusión fue comunicado mismo día 30 de septiembre de 2013 en el acto público, a la UTE Ingesa-Energía VM., habiéndose entregado posteriormente el informe técnico que concretaba los motivos de la exclusión.

La empresa recurrente reconoce expresamente en su escrito de interposición del recurso que tuvo conocimiento de la exclusión y de los motivos, el citado día 30 de septiembre.

La recurrente presentó el anuncio previo de interposición del recurso ante el órgano de contratación el día 17 de octubre de 2014.

Tercero.- El día 17 de octubre de 2013, se recibió en el Tribunal el escrito de interposición del recurso especial formulado por la representación de las empresas que forman la UTE, contra su exclusión por la Mesa de contratación el 30 de septiembre. Por su parte las recurrentes manifiestan que la oferta no incluye una variante sino una solución que debe ser aceptada de acuerdo con lo previsto en el PPT que incluye simplemente un anteproyecto que permite presentar distintas soluciones técnicas.

Solicita que se anule su exclusión de la licitación y se ordene al órgano de contratación que proceda a valorar la oferta.

Cuarto.- El Tribunal, remitió el recurso al órgano de contratación y requirió el envío del expediente y del informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP, el día 17 de octubre. Con fecha 24 de octubre se ha recibido en el Tribunal el informe del órgano de contratación que argumenta, en síntesis, que la oferta presentada constituye una propuesta alternativa que obvia dos de los requisitos exigidos en el PPT: la construcción de una sola central y el lugar de ubicación de la misma. Al no admitirse variantes consideran que procede la exclusión acordada.

Quinto.- Con fecha 24 de octubre se concedió a los interesados trámite de audiencia, habiendo presentado alegaciones las siguientes empresas:

Ferrovial, en las que alega una serie de errores y defectos en el informe técnico de valoración referidos a la valoración que ha recibido su oferta además de otras consideraciones sobre la valoración realizada a las propuestas de otros

licitadores, sin hacer mención a los motivos del recurso presentado.

UTE Dalkia-Gas Natural, que aduce en síntesis, que el recurso debe desestimarse ya que la oferta de la recurrente no se ajusta al objeto del contrato ya que incumple las especificaciones establecidas en el PCAP y en el PPT.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de las empresas Ingesan y Energya VM, licitadoras en compromiso de UTE, para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, así como se acredita la representación de los firmantes del recurso en nombre de cada una de las empresas.

Tercero.- El acto recurrido es el acuerdo de la Mesa de contratación, de 30 de septiembre de 2014, por la que se excluye a la recurrente de un contrato de mixto de suministro y obra, calificado como de suministros al ser la prestación de mayor importe, sujeto a regulación armonizada y, por lo tanto, susceptible de recurso especial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1.a) y 2.b) del TRLCSP.

Cuarto.- El plazo para interponer el recurso especial viene establecido en el TRLCSP que en el apartado 2 del artículo 44 dispone: *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:*

(...)

b) Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el computo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que haya tenido conocimiento de la posible infracción”.

En este caso, el recurso se dirige contra un acto de trámite dictado por la Mesa de contratación, el 30 de septiembre de 2014, que les fue notificado ese mismo día, especificando los motivos de la exclusión y que las recurrentes reconocen haber conocido en dicha fecha.

El recurso se interpone ante el Tribunal, el día 17 de octubre de 2014, no habiendo superado el plazo de 15 días hábiles, que establece el artículo 44.2. b), desde la fecha en que tuvo conocimiento de la exclusión.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, este se concreta, en primer lugar, en la alegación por las recurrentes de que su oferta no incluye una variante para la configuración y ubicación de la central térmica a suministrar, sino una solución distinta que debe ser admisible dada la redacción abierta del Anteproyecto incluido en el PPT.

Como es sabido, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

La regulación legal del PPT y las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas de los contratos se contiene en los artículos 116 y 117 del

TRLCSP, debiendo incluir aquellas instrucciones de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, concretamente en el caso de los contratos de suministro los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del producto objeto de la contratación, y que por lo tanto implican los mínimos que deben reunir los productos a suministrar, así como de las prestaciones vinculadas al mismo.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual.

En el presente caso debe señalarse que el PCAP establece en su cláusula 12: *“No se admiten variantes”*.

Por su parte el PPT dentro del apartado 1.2 *Prestaciones*, determina: P-4 *Obras de Central térmica y Conducciones, adecuación de las subcentrales existentes:*

Realización de las obras necesarias para la construcción y conexión a las instalaciones HULP de una central térmica, que a propuesta del hospital se especifica en el Anexo I.

El Anexo I del PPT contiene el *“Anteproyecto para la renovación de la central térmica”* el Documento A contiene el Resumen de la Actuación, estudio de viabilidad, indicándose: *“La solución planteada consiste en la construcción de un nuevo edificio para albergar la central térmica, acometida de gas natural, nuevas calderas, sustitución de redes de distribución de agua caliente y vapor y reforma de las subcentrales. Se ha analizado la viabilidad de implantar una central de cogeneración y se rechaza debido a su baja rentabilidad...”*.

El punto B.4 del mismo documento se denomina: *“Solución Técnica Nueva Central Térmica”*.

El primer párrafo establece: *“se plantea como opción la construcción de una Central Térmica nueva con calderas alimentadas con gas natural construcción de la nueva sala de calderas al lado de la central térmica actual...”* *“Premisas: ...Construcción de una nueva sala de calderas al lado de la central térmica actual”*.

La Resolución 43/2011, de 28 de julio, de este Tribunal, contiene un estudio del concepto y condiciones de admisibilidad de variantes y mejoras cuyo contenido se da por reproducido.

De acuerdo con el artículo 150.3.b) TRLCSP, procederá la valoración de más de un criterio cuando el órgano de contratación considere que la definición de la prestación es susceptible de ser mejorada por otras soluciones técnicas a proponer por los licitadores mediante la presentación de variantes. Es decir, que una variante implica una solución técnica diferente a la prevista en el PPT que el licitador pueda proponer y debe ser expresamente admitida por los Pliegos.

En este caso las recurrentes manifiestan que *“estamos ante un Anteproyecto que no permite determinar con precisión si se debe excluir cualquier solución compuesta por más de un equipo de producción. Si tenemos en cuenta que la Comunidad de Madrid ha reconocido ante preguntas de los licitadores que “El adjudicatario podrá variar o modificar dicho anteproyecto siempre que cumpla con los mínimos exigidos en PPT”, se llega a la conclusión que la decisión de excluir la oferta de mis representadas es una interpretación desproporcionada de las exigencias del Anteproyecto”*.

Igualmente argumentan que el Anteproyecto no determina que la instalación de varios equipos sea causa de exclusión, refiriéndose además en varios apartados a “equipos de producción” y manifestando el órgano de contratación en las respuestas a los licitadores que se podía variar o modificar el anteproyecto *“siempre que se cumplan la prescripciones técnicas”*.

En cuanto a la ubicación de las centrales propuestas, no admitida en el informe técnico al realizarse *“en zonas no contempladas”* en los Pliegos, consideran que *“si se analiza el PPT, en ningún lugar determina de manera taxativa la ubicación de la producción térmica. Se utiliza en todo caso el término “proponer”, que en ningún caso induce a la obligatoriedad. También se usa el término “plantear” en referencia a la solución técnica, que según hemos argumentado tampoco es única, sino abierta”*.

Sexto.- El órgano de contratación en su informe considera que lo que obliga a excluir a la UTE Ingesan-Energya VM es que su oferta recoge la construcción de cuatro centrales en lugar de una sola y la ubicación de las mismas en lugar distinto al previsto en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

En cuanto al Anteproyecto, manifiestan que no es un proyecto como se indica en el punto 22 del recurso y sólo se recogen aspectos generales, no pudiendo identificar al detalle los equipos que formarán la instalación que deberán ser definidos posteriormente en el proyecto de ejecución. Sin embargo, sí que define los aspectos más determinantes como la ubicación del único edificio que debe albergar los equipos. Se trata de un aspecto estratégico del Hospital y por esta razón está perfectamente definido en el anteproyecto.

En ese sentido, afirma: *“La ubicación de los equipos de producción queda claramente definida en el apartado B4 del anteproyecto, recogido en el Anexo 1 del PPT, donde se expresa literalmente que “Se plantea ubicar el Nuevo edificio de la Central Térmica entre el Edificio de almacenes y la Central térmica existente. El edificio constará de dos niveles, en el nivel superior se colocarán los equipos de producción y en el nivel inferior se montarán los equipos de bombeo, colectores de distribución, sistema de expansión de la instalación de calefacción, sistema de alimentación de agua para producción de vapor, contadores de gas y de energía térmica”* No obstante, volvemos a reiterar que la razón de la exclusión no es la ubicación de los equipos de producción (los cuales no debemos confundir con la central térmica, compuesta por el propio edificio, equipos de producción, equipos de

bombeo, etc.), sino la propuesta de construir cuatro centrales térmicas en ubicaciones no contempladas en los pliegos.

La ubicación de dicha central térmica está definida en los siguientes apartados, tal como recoge el informe técnico:

En el anexo I del PPT, “Anteproyecto para la renovación de la central térmica”, punto B4 “SOLUCIÓN TÉCNICA NUEVA CENTRAL TÉRMICA, se establece como premisa la “ ... construcción de la nueva sala de calderas (sinónimo de central térmica) al lado de la central térmica actual” (Léase que se trata de una sola central térmica y en una zona determinada).

Igualmente en el plano denominado “UBICACIÓN NUEVA CENTRAL TÉRMICA” se delimita la zona propuesta para la nueva Central (léase que se trata de una sola zona)”.

Tras el estudio del PPT y la oferta presentada por la UTE Ingesan-Energya VM, este Tribunal coincide en el criterio expresado por el órgano de contratación, considerando que la proposición no cumple las especificaciones del Anteproyecto incluido en el PPT, tanto respecto de la central objeto del contrato, que debe ser única, como respecto de la ubicación de la misma.

No procede estimar las alegaciones que realizan las recurrentes sobre una posible indefinición del Anteproyecto que permitiría diversas interpretaciones ya que, como indica el órgano de contratación en el informe, resulta evidente la diferencia entre los términos “equipos de producción” que son varios y “central” que es una sola, que aparecen a lo largo de toda la documentación del PPT.

También resulta obvio que la “*propuesta del Hospital que se especifica en el Anexo I*”, página 3 del PPT, apartado P4, relativo a las obras de la central, tiene que ser vinculante para los licitadores ya que configura las prestaciones a realizar y delimita el ámbito de actuación.

En cuanto a las respuestas facilitadas como información complementaria, corroboran lo anterior de forma clara, sin que pueda argumentarse como hacen una

vez más las recurrentes, indeterminación y contradicciones en las mismas, baste citar como ejemplo, la siguiente frase incluida en la respuesta a la Pregunta 3 Ferroviaria: *“La nueva central térmica se propone que esté ubicada dentro de la zona de actuación indicada en el plano”*.

Por todo ello, consideramos que la actuación de la Mesa de contratación excluyendo a la UTE Ingesan-Energya VM, fue correcta y por lo tanto el recurso debe desestimarse.

En su virtud, previa deliberación, en sesión celebrada en la fecha del encabezamiento, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación formulado por don M.B.P., en representación de Instituto de Gestión Sanitaria, S.A. y doña M.H.A., en representación de Energya MV Gestión de Energía, S.L., licitadoras en compromiso de UTE, contra la resolución de la Mesa de contratación de 30 de septiembre de 2014, por la que se excluye a las recurrentes del procedimiento para adjudicación del contrato.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, 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 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.