

Recurso nº 041/2023
Resolución nº 060/2023

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

En Madrid, a 9 de febrero de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal Sacyr Facilites S.A. y de OHL Servicios Ingesan S.A., ambas en compromiso de UTE (en adelante UTE), contra el Acuerdo del Pleno Municipal del Ayuntamiento de Aranjuez de fecha 27 de diciembre de 2022, por el que se adjudica el contrato de servicios de “gestión integral de los servicios energéticos, del alumbrado público y de las instalaciones de los edificios municipales del ayuntamiento de Aranjuez”, número de expediente 21/2021 SE AB, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE en fecha 20 de junio de 2022 y en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Aranjuez, alojado en la PCSP en fecha 1 de julio de 2022, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y sin división en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 47.608.946,1 euros y su plazo de duración será de 15 años.

A la presente licitación se presentaron 3 licitadores, entre ellos el recurrente.

Segundo.- Antecedentes

Con fecha 10 de noviembre de 2022, y en el momento procesal correspondiente a la evaluación de las ofertas bajo juicios de valor, el recurrente solicitó al órgano de contratación vista del expediente que fue realizada en fecha 15 de noviembre.

Obviamente la vista del expediente excluida las partes de las documentaciones técnicas del resto de licitadores que habían sido previamente declaradas confidenciales. No se presentaron alegaciones, quejas o recurso alguno al trámite descrito.

Que, con fecha de 27 de diciembre de 2022, el Pleno del Ayuntamiento de Aranjuez, acordó la adjudicación del contrato que nos ocupa que fue notificado de conformidad con lo expuesto en la Disposición Adicional 15 de la LCSP, el día siguiente.

Tercero.- El 19 de enero de 2023, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de la UTE en el que solicita de conformidad con el art. 49 de la LCSP, la vista del expediente, en especial aquellas partes consideradas confidenciales a efectos de complementar y motivar el recurso especial en materia de contratación interpuesto de forma *ad cautelam*.

El 28 de enero de 2023, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP 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.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica clasificada en segundo lugar, “*cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso*” (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 27 de diciembre de 2022, practicada la notificación al día siguiente, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 19 de enero de 2023 a las 13:52 horas, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso dos son los motivos que se impugnan.

En primer lugar solicita la vista de la documentación técnica aportada por la adjudicataria en lo referente a las características técnicas, marca y modelo de las luminarias elegidas por FERROVIAL SERVICIOS ENERGÉTICOS, S.L. (ahora FERROVIAL CONSTRUCCIÓN, S.A.) para cada tipología Residencial villa; Residencial Fernandina; Vial tipo A y B; Ambiental A, B y C; y Proyector A y B.

Estos documentos fueron declarados confidenciales y por tanto denegada su vista, no considerando el recurrente que cumplan con los requisitos precisos para tal declaración.

En segundo lugar, igualmente considera que la notificación de la exclusión de su oferta y la adjudicación del contrato a Ferrovial no han seguido las pautas marcadas por la Ley 39/2015 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En conclusión solicita la vista de la documentación referida, el otorgamiento de cinco días hábiles para completar el recurso según se establece en el art. 16 del RD 814/2015, que aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Por su parte el órgano de contratación, en su escrito al recurso, considera que el recurso interpuesto debe considerarse extemporáneo, toda vez que realizada la vista del expediente en fecha 15 de noviembre, ese sería el momento de inicio del cómputo para la interposición de recurso por limitación del derecho de vista que ahora se convierte en el objeto de la controversia.

Considera asimismo que existe una mala fe procedimental toda vez que: el acto que impugna se produce con posterioridad a su vista del expediente, se basa en el conocimiento de modelo y características de las luminarias, habiendo sido comprobado por los técnicos municipales su adecuación a los requisitos técnicos exigidos.

En cuanto a los criterios de adjudicación que se refieren a la tipología de la luminaria, ni aun obteniendo la recurrente la máxima puntuación, pasaría a ocupar el primer puesto en la clasificación de las ofertas. Por último informa al Tribunal que la UTE recurrente ha calificado toda su documentación como confidencial, por lo que en aplicación de la doctrina del Tribunal al que se dirige, Resolución 72/2018 del TACP de la Comunidad de Madrid de 7 de marzo, a saber:

“Sexto.- Solicita, en segundo lugar y de forma subsidiaria la recurrente, acceso al expediente administrativo al objeto de poder examinar la oferta de Omnium que ha sido declarada confidencial. El Tribunal comprueba que los documentos declarados confidenciales por Omnium, han sido igualmente declarados confidenciales por la recurrente por lo que en base al principio de reciprocidad y de igualdad de trato no procede dar acceso a los mismos puesto que han de tener igual tratamiento para ambas empresas.

Tal y como establecen las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1991, 16 de diciembre de 1991 y 5 de marzo de 1998, quien pretende para sí un determinado efecto jurídico derivado de la norma debe pretender lo mismo para los demás, siendo contrario a la buena fe obtener ventaja de una infracción también cometida por quien la pretende. De aquí que se pueda considerar como parámetro, entre otros, para conceder el acceso a un determinado expediente administrativo la conducta del solicitante en relación con su propia oferta, tal y como el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi señaló en su Resolución 130/2015.

Este criterio es el mantenido por el Tribunal en su Resolución 303/2017, de 25 de octubre”.

Vistas las posiciones de las partes este Tribunal considera necesario en primer lugar determinar y deferencia los conceptos sobre consulta o vista de expediente y acceso al expediente en tanto en cuanto lo recoge la LCSP en su artículo 52.

La normativa sobre transparencia de la administración, promueve y reconoce el derecho de cualquier interesado a acceder al expediente que se esté sustanciando. Este derecho propio de la normativa indicada, también tiene el límite de los datos declarados confidenciales. La limitación de la vista total por el motivo indicado se podrá requerir, a través de los cauces administrativos oportunos.

No obstante, el principio de proporcionalidad que ha señalado el órgano de contratación debe estar siempre presente a la hora de ejercitar ciertas actuaciones, *“no solicites de los demás lo que tu deniegas”*.

Por su parte el acceso al expediente en vía de recurso especial en materia de contratación se convierte en un acto instrumental, es decir se solicita el acceso para con el fin de impugnar un acto recurrible dentro de un procedimiento de contratación pública.

En el caso que nos ocupa el acceso en sede municipal se obtuvo con fecha 15 de noviembre y la adjudicación del contrato se produjo con fecha 27 de diciembre, es decir posterior a la vista.

En este caso y siguiendo la Resolución 14/2023, de 31 de enero del TACRC: *“El órgano de contratación informa que la empresa recurrente solicitó acceso al expediente el día 28 de octubre de 2022, y que dicha solicitud fue denegada por Acuerdo de 10 de noviembre de 2022 de la Junta de Contratación del Ministerio, por haberse efectuado antes de la adjudicación del contrato. Dice expresamente el artículo 52.2 de la LCSP que “los interesados podrán hacer la solicitud de acceso al expediente, dentro del plazo de interposición del recurso especial”, por lo que se considera ajustada a Derecho la decisión denegatoria adoptada por la Junta de Contratación. Una vez efectuada la adjudicación del contrato, la empresa recurrente no ha solicitado acceso al expediente al órgano de contratación, limitándose a realizar una petición genérica al Tribunal. Por tanto, la solicitud de acceso debe ser desestimada, porque es requisito necesario para acceder al expediente en la sede del Tribunal, que dicha solicitud haya sido efectuada previamente al órgano de contratación, dentro del plazo de recurso”*.

Resumiendo, siendo la vista del expediente un acto instrumental para impugnar un acto recurrible mediante recurso especial en materia de contratación, la previa y preceptiva solicitud de su consulta se deber ejercer, en primer lugar, ante el órgano de contratación una vez dictado el acto objeto de recurso, no habiéndose dado esta circunstancia en el caso que nos ocupa no procede el acceso al expediente en sede del Tribunal.

Esta denegación nos obliga al estudio de la notificación del acuerdo de adjudicación y el plazo de presentación del recurso especial en materia de contratación.

Contrariamente a lo manifestado por la UTE recurrente, el acuerdo de adjudicación no excluye su oferta, sino que, en base a la oferta presentada por Ferrovial, le delega a una segunda posición en la clasificación de propuestas.

Dicho esto, debemos manifestar, ciertamente con asombro, que dos empresas habituales en la contratación pública refieran el sistema de notificaciones de la LPACAP, en lugar del propio de la normativa sobre contratación pública recogido en la D.A.15 de la LCSP, la cual establece un régimen especial basado en la simultaneidad de la publicación del acuerdo en el perfil de contratante y la notificación individualizada a los licitadores, condición cumplida en este caso. En consecuencia el inicio de computo del plazo de forma conjunta entre todos los interesados a partir de dicha fecha.

El acuerdo de adjudicación fue publicado en el perfil de contratante y notificado individualmente a los licitadores el 28 de diciembre de 2022, considerándose esta fecha como dies a quo para la presentación del recurso. En consecuencia, su plazo terminó el día 19 de enero de 2023.

Por todo ello se desestima el recurso en base a la incorrecta notificación del acuerdo de adjudicación.

Por último y parafraseando el informe del órgano de contratación se informa a la UTE recurrente de la necesidad de invocar legislación vigente y no normas que fueron derogadas hace años.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 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 interpuesto por la representación legal Sacyr Facilites S.A. y de OHL Servicios Ingesan S.A., ambas en compromiso de UTE, contra el Acuerdo del Pleno Municipal del Ayuntamiento de Aranjuez de fecha 27 de diciembre de 2022 por el que se adjudica el contrato de servicios de “gestión integral de los servicios energéticos, del alumbrado público y de las instalaciones de los edificios municipales del ayuntamiento de Aranjuez”, número de expediente 21/2021 SE AB.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Cuarto.- 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 59 de la LCSP.