

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

En Madrid, a 6 de julio de 2023

VISTA la reclamación interpuesta por la representación legal de Aeronaval de Construcciones e Instalaciones S.A. (en adelante ACISA), contra el acuerdo del Consejo de Administración del Canal de Isabel II de fecha 1 de junio de 2023, por el que se adjudica el lote 1 del contrato de “Obras de instalación fotovoltaica en infraestructuras del Canal de Isabel II (Plan solar fase III)”, número de expediente 176/2022, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados los días 18 y 20 de diciembre de 2022 en el DOUE y en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid respectivamente, se convocó licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterio de valoración y dividido en 2 lotes.

El valor estimado del contrato es de 27.769.883,36 euros y el plazo de duración de 18 meses.

A la presente licitación se presentaron 5 licitadores, habiéndose excluido a dos de ellos.

Segundo.- Interesa a los efectos de resolver la presente reclamación traer a colación que en fecha 12 de junio de 2023, ha sido publicitado el informe de valoración de las ofertas datado el 14 de marzo de 2023, fecha en la que la mesa de contratación acordó la clasificación de las ofertas.

Que con fecha 13 de abril, ha tenido el recurrente vista del expediente de contratación previa solicitud anterior.

Que el criterio de adjudicación A) 2.3 del apartado 8 del Anexo I del PCAP establece: *“Análisis y estudio de las afecciones ambientales: niveles de potencia acústica garantizado de la retroexcavadora para profundidad de zanja de hasta 2,50m., exigida en el apartado 5.3.2 anterior (10 puntos)”*.

Tercero.- El 16 de junio de 2023, la representación legal de ACISA presentó ante este Tribunal reclamación en materia de contratación contra la adjudicación del contrato y contra la admisión de las dos primeras clasificadas, al entender que se han asignado puntuaciones que no corresponden a los méritos aportados por ellas en sus ofertas.

El 22 de junio de 2023, el órgano de contratación remitió copia del expediente de contratación y su informe tal como dispone 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 (en adelante, LCSP).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación correspondiente al lote 1 del contrato de referencia, se encuentra suspendida por haberse impugnado el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, sin que los lotes restantes se vea afectado por la suspensión en aplicación de lo

dispuesto en el artículo 21.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (RPERMC), y 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 ha solicitado el levantamiento de la medida cautelar de suspensión.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los interesados el día 6 de octubre, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. En plazo y forma han sido presentados escritos de alegaciones por el adjudicatario y la empresa cuya oferta fue clasificada en segundo lugar y de cuyo contenido se dará cuenta en el fundamento jurídico quinto de esta Resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato, tiene carácter privado y se encuentra sujeta al Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales (RDLSE). En consecuencia, la tramitación de la Reclamación le será de aplicación lo dispuesto en los artículos 119 y siguientes del mencionado Real Decreto, por haberse iniciado la licitación con posterioridad a la entrada en vigor del mismo.

El artículo 121.1 del RDLSE establece, en cuanto al régimen jurídico de la reclamación, que le serán de aplicación a las reclamaciones que se interpongan ante los órganos mencionados en el artículo anterior contra alguno de los actos a que se refiere el artículo 119, las disposiciones de la LCSP que regulan el recurso especial

en materia de contratación, incluido el artículo 49 relativo a la adopción de medidas cautelares, con determinadas especialidades.

Segundo.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica clasificada en tercer 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) y cuyo recurso pretende la exclusión de la oferta presentada por los dos primeros clasificados.

Asimismo, se acredita la representación del firmante de la reclamación.

Tercero.- La reclamación se plantea en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 1 de junio de 2023, practicada la notificación el 12 de junio de 2023, e interpuesta la reclamación en este Tribunal dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 121 del RDLCSE.

Cuarto.- La reclamación se interpuso contra la adjudicación en el marco de un contrato de obras cuyo valor estimado es superior a 5.382.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 1 y 119 del RDLCSE.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, se circunscribe a determinar si ha sido correctamente valorado el criterio de adjudicación recogido en el A) 2.3 del apartado 8 del Anexo I del PCAP y que establece: *“Análisis y estudio de las afecciones ambientales: niveles de potencia acústica garantizado de la retroexcavadora para profundidad de zanja de hasta 2,50m. exigida en el apartado 5.3.2 anterior (10 puntos)”*.

Poniendo en relación el anterior apartado del PCAP con el apartado 5.4.2. del mismo anexo I que exige, además de la declaración responsable de disponibilidad de la retroexcavadora, la aportación de la ficha técnica de la misma.

En este punto es necesario conocer el textual del apartado 5.4.2 del Anexo I al PCAP.

“2. Para acreditar los medios materiales a adscribir al contrato indicados en el apartado 5.3.2 anterior, los licitadores deberán presentar la siguiente documentación:

- *Declaración responsable del licitador en la que se indique la disponibilidad de la retroexcavadora para profundidad de zanja hasta 2,50 m para la ejecución del contrato*
- *Ficha técnica de la retroexcavadora para profundidad de zanja hasta 2,50m. emitida por el fabricante (...).”*

Manifiesta el recurrente a este Tribunal que, revisada la documentación aportada por ambos licitadores, no se ha adjuntado la ficha técnica de la retroexcavadora, por lo que en consecuencia y ante dicho incumplimiento, no podrían ser valoradas sus ofertas con los diez puntos que adjudica el mérito referido.

Considera que la mesa de contratación ha corregido de oficio los errores producido en la oferta de los dos licitadores, dictando un acuerdo nulo de pleno derecho, cuál ha sido la clasificación de las ofertas y posteriormente el acuerdo de adjudicación. Admitiendo como documento alternativo el marcado CE, que en modo alguno sustituye a la ficha técnica.

Según el recurrente y consultada en la web de la empresa suministradora de la retroexcavadora propuesta por la segunda clasificada, la maquina adscrita no alcanza los 2,5 metros de profundidad y en el caso de la primera clasificada hay una discordancia en los decibelios determinados entre el marcador CE aportado y la ficha técnica de la máquina.

A mayor abundamiento considera que la aportación de la ficha técnica era imprescindible para todas las ofertas, pues solo así pueden comprobarse que la maquinaria adscrita cumple con las condiciones que son calificadas mediante el ya reiteradamente nombrado criterio de adjudicación. En el caso contrario, tal y como

ha sucedido, tras calificar la oferta y clasificarla, nos encontramos con que las fichas técnicas varían las características de la máquina en comparación con el marcador CE y en consecuencia no deberían haber obtenido la puntuación otorgada.

Por todo ello considera que ambas ofertas deben ser inadmitidas por incumplimiento de los requisitos técnicos exigidos y su forma de acreditación.

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 139.1 de la LCSP, 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 de PPT y las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas de los contratos se contiene en los artículos 125 y 126 de la LCSP, 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.

Cabe recordar también que las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro corresponde determinarlas al órgano de contratación

de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 de la LCSP. No cabe alterar sobre la marcha y a la vista del resultado de la licitación las condiciones de la misma, ya que ello supondría un claro supuesto de vulneración del principio de igualdad.

En el presente caso, el órgano de contratación contradice la interpretación del recurrente refiriendo directamente lo establecido en el PCAP que deriva al anexo II bis la forma de presentación de las proposiciones por los interesados: *“Los licitadores presentaran su proposición relativa al presente criterio técnico cuantificable mediante la mera aplicación de fórmulas conforme al modelo establecido en el Anexo II bis y aportando declaración CE de conformidad del fabricante (conforme a la Directiva 2000/14/CE), en el que conste claramente el nivel de potencia acústica garantizado de la retroexcavadora para profundidad de zanja hasta 2,50m., exigida en el apartado 5.3.2 del anexo I del presente pliego ofertado por el licitador (...)*

La acreditación de contar con una retroexcavadora de profundidad de zanja hasta 2,50m., adscrita al contrato según consta en el apartado 5.4.2., sólo deberían presentarse por los propuestos como adjudicatarios”.

Por su parte la UTE formada por Ferrovial y SIEMSA, en su escrito de alegaciones y tras el desarrollo de su postura concluyen en los siguientes términos: *“Es absolutamente desacertado afirmar que la ficha técnica de la retroexcavadora debiera haberse incorporado a la oferta. Es absolutamente desacertado afirmar que para la puntuación de las “Afecciones Ambientales” se requiera la ficha técnica de la retroexcavadora, ni es necesaria ni la requería el PCAP.*

Es absolutamente desacertado y contrario a la realidad que la retroexcavadora WACKER NEUSON EZ17e no alcance una profundidad de excavación de 2.500 mm dado que alcanza 2.510 mm.

*Es absolutamente desacertado pretender que la puntuación otorgada a mi representada deba ser de 0 puntos dado que lo único a tener en cuenta para la obtención de los 10 puntos en que se valora la oferta de mi representada (en lo que nos ocupa) es la de **haber ofertado una retroexcavadora con el mejor nivel acústico garantizado de todas las ofertas presentada y acreditado, tal como***

exige el PCAP y no de otra forma, con la aportación a la oferta del único documento a aportar para proceder a la puntuación, es decir, la declaración CE del fabricante acreditativa del nivel acústico garantizado”.

La adjudicataria manifiesta en su escrito de alegaciones que, en correspondencia con lo establecido en el PCAP, presentó en la fase inicial de la contratación el marcador CE, que es la documentación que exigían los pliegos y tras su clasificación como mejor oferta y en el tramite adecuado amplio dicha documentación con la ficha técnica de la retroexcavadora.

Entiende Elecnor que el recurrente cuando accedió al expediente no vio la mencionada ficha técnica, pues está aún no se había aportado, ya que tal vista fue anterior al término del plazo para entregar por el primer clasificado la acreditación de la solvencia requerida.

Por último, pone de manifiesto que: *“las deficiencias que manifiesta ACISA sobre la máquina propuesta, no se corresponden con la verdaderamente adscrita al contrato, ya que sus alegaciones se refieren a la que la retroexcavadora que ha analizado la recurrente para hacer sus valoraciones subjetivas, es un modelo “diésel”, que no coincide con el ofertado por mi mandante que es el modelo “eléctrico”, el cual, de acuerdo con su ficha técnica, cumple con los valores de profundidad y de ruido exigidos en la licitación y **es totalmente acorde y congruente con el documento de marcado CE aportado por ELECNOR en el sobre 3 de su oferta**, pues tal y como consta en la ficha técnica, la profundidad y decibelios son los siguientes.:*

SOUND LEVEL: 84 Db

DIGGING DEPTH 2761 mm y hasta 2965 mm”.

Vistas las posiciones de las partes y habiendo sido comprobado que el marcador CE era la documentación a entregar por los licitadores, pero solo por el propuesto como adjudicatario la ficha técnica de la retroexcavadora y que ambos equipos cumplen con el criterio de adjudicación de baja emisión de ruido medido en

máximos de decibelios en trabajo, el recurso interpuesto contra la segunda clasificada debe desestimarse y en consecuencia se considera que no está legitimada la recurrente para impugnar la adjudicación que nos ocupa, pues aun en el caso de que la primera clasificada no hubiera aportado la documentación recurrida, su exclusión ningún derecho le otorga a ACISA.

Por todo ello se desestima el primer motivo de recurso y en consecuencia se considera a la recurrente como carente de legitimación en el resto de impugnaciones realizadas.

En su virtud, previa deliberación, por mayoría de sus miembros, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 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 la reclamación interpuesta por la representación legal de Aeronaval de Construcciones e Instalaciones S.A, contra el acuerdo del Consejo de Administración del Canal de Isabel II de fecha 1 de junio de 2023, por el que se adjudica del Lote 1 del contrato de “Obras de instalación fotovoltaica en infraestructuras del Canal de Isabel II (Plan solar fase III)”, número de expediente 176/2022.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación 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 del lote 1 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 122 del RDLCSE.