

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

En Madrid, a 14 de diciembre de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de las empresas OBRASCÓN HUARTE LAIN, S.A y OHL SERVICIOS-INGESAN, S.A.U. que participan en compromiso de UTE (en adelante la UTE), contra el acuerdo de 26 de octubre de 2023, por el que se adjudica el “Acuerdo marco de las obras de reforma, reparación y conservación del conjunto de edificios y espacios públicos cuya competencia corresponde al distrito de Barajas (4 lotes)”. Expediente 121/2022/00856, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación de Sector Público y en el DOUE con fecha 14 de junio de 2023, se convocó la licitación del contrato de referencia, mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado del contrato asciende a 19.586.778,00 euros y su duración es de 2 años.

Segundo. – En sesión de la mesa de contratación de fecha 28 de agosto de 2023, previa admisión de las empresas licitadoras, se procedió a la apertura del sobre B, relativo a las ofertas cuya ponderación depende de juicio de valor, acordándose dar traslado de la documentación contenida en los mismos a la unidad responsable de su evaluación. En fecha 12 de septiembre de 2023, se emitió el correspondiente informe técnico de valoración de las ofertas técnicas por los licitadores de cada lote.

Con fecha 13 de septiembre de 2023, se reunió la mesa de contratación para proceder a la apertura del sobre C de las ofertas, que contiene la documentación relativa al criterio precio y otros criterios de valoración mediante cifras o porcentajes.

Realizada la valoración global de las ofertas, la empresa ACSA, OBRAS E INFRAESTRUCTURAS, S.A.U. (en adelante ACSA) obtuvo la máxima puntuación en los cuatro lotes del Acuerdo Marco, por lo que debía aplicarse el régimen de limitación de lotes, con un máximo de dos. Por parte del Distrito de Barajas se requirió a esta empresa para que manifestase los dos lotes por los que optaba para que le fuesen adjudicados entre los Lotes 1, 2 ó 3. ACSA presentó escrito optando por los Lotes 2 y 3.

Con fecha 26 de octubre 2023, fue dictada resolución de adjudicación del Acuerdo Marco por parte del Concejal Presidente del Distrito de Barajas.

Con fecha 20 de noviembre de 2023, la UTE presentó recurso especial en materia de contratación contra la resolución por la que se adjudica el acuerdo marco de referencia.

Tercero.- Con fecha 23 de noviembre de 2023, se recibe el expediente administrativo e informe del órgano de contratación 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 transpone 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 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 (en adelante RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

Quinto. - La secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, siendo presentadas por ACSA y de cuyo contenido se dará cuenta en el fundamento de derecho quinto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. - La competencia para resolver el recurso corresponde a este Tribunal, al amparo del artículo 46.4 de la LCSP, así como lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público.

Segundo. - El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una empresa participante en la licitación *“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 de los firmantes de los recursos.

Tercero. - El recurso se interpone en plazo. El acuerdo de adjudicación se notificó el 27 de octubre de 2023, presentándose el recurso el día 20 de noviembre, dentro del plazo de quince días hábiles del artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto. - El recurso se interpuso contra el acuerdo de adjudicación de un acuerdo marco. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.b) y 2.c) de la LCSP.

Quinto. – El Pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen este contrato determina en su Anexo I apartado A.4 la limitación en el número de lotes adjudicar a una única licitadora, estableciendo un máximo de 2 y recogiendo, al tiempo, unos criterios objetivos que procedería aplicar para la determinación de los lotes que serían adjudicados.

Así, el PCAP establece que *“En caso de que las ofertas presentadas por un licitador sean las económicamente más ventajosas en más de 2 lotes y haya que aplicar la limitación del número de lotes a adjudicar, se le adjudicarán los 2 lotes en los que haya obtenido mayor puntuación total y, en caso de igualdad en la puntuación, se adjudicarán los 2 lotes con mayor valor estimado. Los lotes en los que exista una única oferta admitida no computarán a efectos del número máximo de lotes a adjudicar. El lote o lotes restantes se adjudicarán al licitador que haya obtenido el segundo puesto en el orden de clasificación de las ofertas realizado por la Mesa de contratación para la adjudicación de cada lote”*.

El recurso se fundamenta en que la determinación del orden de prelación para la adjudicación de los lotes tras conocer el órgano de contratación el contenido de los sobres “B” y “C” quiebra los principios de igualdad, transparencia y libre competencia que se consignan en el artículo 132 de la LCSP.

Señala que ACSA ha resultado ser la primera clasificada en los cuatro lotes, con igualdad de puntuación en los tres primeros lotes.

El apartado A.4 del Anexo I del PCAP limita el número de lotes a adjudicar a dos, estableciendo dicho documento contractual unos criterios objetivos a aplicar para determinar los lotes que serán adjudicados: En caso de que las ofertas presentadas por un licitador sean las económicamente más ventajosas en más de 2 lotes y haya que aplicar la limitación del número de lotes a adjudicar, se le adjudicarán los 2 lotes en los que haya obtenido mayor puntuación total y, en caso de igualdad en la puntuación, se adjudicarán los 2 lotes con mayor valor estimado.

En el caso que nos ocupa, ACSA ha obtenido la misma puntuación en los tres primeros lotes, que además tienen el mismo valor estimado. Ante esta circunstancia, considerando que los Pliegos no establecen otros criterios de elección, el órgano de contratación la requirió para que manifestara cuales eran sus lotes preferentes, decantándose por los lotes 2 y 3.

A juicio de la recurrente, la decisión del órgano de contratación de dar libertad a ACSA para elegir los dos lotes en un estadio en el que se ha producido la apertura del Sobre "C" no es baladí, provocándole un perjuicio irreparable ya que serían adjudicatarias del Lote 3 si ACSA hubiera optado por los Lotes 1 y 2; o incluso adjudicatarias del Lote 2 si ACSA se hubiera decantado por los Lotes 1 y 3.

Concluye su alegato manifestando que la solicitud del orden de prelación de lotes a un licitador cuando se conocen las ofertas vulnera los principios de igualdad, transparencia y libre competencia. Además, se cambian las reglas del juego pues no cabía esa posibilidad en el Pliego y el órgano de contratación deja en manos de un licitador la decisión de quien resultará adjudicatario, no solo de los lotes que se adjudique a ese licitador al que se le da a escoger, sino también de quienes serán los adjudicatarios de los demás lotes.

Por su parte, el órgano de contratación, respecto a la alegación referida a que el requerimiento de determinación de la preferencia de lotes debió hacerse por la mesa a todos los licitadores antes de la apertura de los sobres que contienen los

criterios subjetivos y objetivos de las ofertas, sostiene que la alegación carece del sustento jurídico argumental preciso pues obvia que en el caso del expediente de contratación del distrito de Barajas (al contrario del que es referencia en la Resolución 414/2018, de 23 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales) el propio Pliego, tal y como reconoce la empresa en su recurso, recoge unos criterios objetivos y predeterminados para la adjudicación de los lotes en caso de que la una licitadora fuera la más puntuada en más de dos lotes. En efecto, debe recordarse que el artículo 139 de la LCSP prevé expresamente en su apartado primero que *“las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna (...)”*, lo que alcanza, evidentemente, a la fijación del valor estimado de cada uno de los lotes y al propio procedimiento de adjudicación de lotes en caso de que la mercantil más puntuada lo fuera en más de dos lotes. La propuesta de la recurrente supondría inaplicar el Pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen esta licitación.

Por otro lado, considera que la propuesta de la recurrente supone una contradicción en sus propios términos, pues implica el conocimiento de una circunstancia que aún no se ha podido producir. Antes de la completa puntuación de los criterios, lo que implica necesariamente la apertura de todos los sobres, resulta imposible anticipar si una licitadora va a ser ganadora de más de dos lotes y sí esta circunstancia va a poder o no ser resuelta por los criterios objetivos de adjudicación definidos en el Pliego de cláusulas administrativas particulares.

Por su parte, ACSA alega el estricto cumplimiento por la Administración contratante de las reglas para determinar la adjudicación de los lotes prevista en el PCAP. La petición realizada por el Distrito de Barajas a ACSA se puede considerar como una aclaración de la oferta, que no ha comportado su modificación. En definitiva, se ha producido una correcta adjudicación de los Lotes 2 y 3 a ACSA, que ha obtenido la mejor puntuación de los 4 lotes. El órgano de contratación aplicó

estrictamente los criterios establecidos en los Pliegos para la asignación de lotes.

Resulta acreditado que no se podía aplicar ninguna de las dos reglas establecidas en el PCAP para determinar qué dos lotes debían adjudicarse. Y ello por cuanto le fue otorgada la misma puntuación en tres de los cuatro lotes, que además dio la circunstancia que tenían el mismo valor estimado. Por este motivo, la Administración contratante decidió, de manera absolutamente justificada, solicitar a ACSA, como empresa que había obtenido la mayor puntuación en los 4 lotes, tras haber dado cumplimiento a las reglas establecidas en el PCAP, que señalase porque dos lotes optaban entre los Lotes 1, 2 y 3.

A su juicio, la actuación realizada por la Administración contratante se puede considerar asimilable a una solicitud de aclaración de la oferta, sin que ello haya supuesto, en ningún caso una modificación de la misma.

Por otro lado, considera que en ningún caso se ha producido una vulneración del principio de igualdad de los licitadores ni de ningún otro principio rector de la contratación pública en la adjudicación de los Lotes 2 y 3 del Acuerdo Marco.

Vistas las alegaciones de las partes, debemos partir de las siguientes consideraciones: primero, los Pliegos prevén un sistema de asignación de lotes para el caso de que sea la mejor oferta en más de dos, segundo, los Pliegos fueron consentidos por la recurrente sin plantean objeción alguna vía recurso especial, tercero, a pesar de la previsión de los Pliegos, los criterios de asignación no han sido suficientes, por lo que resulta lógico determinar un procedimiento razonable para llevarlo a cabo por parte del órgano de contratación con el fin de concluir el procedimiento de licitación, cuarto, el procedimiento utilizado por el órgano de contratación resulta, a juicio de este Tribunal, razonable, al otorgar al licitador de las tres mejores oferta la posibilidad de elegir los lotes que le serán adjudicados.

Pretender, como sugiere el recurrente, que la determinación de las

preferencias debió realizarse antes de la apertura de los sobres que recogen los criterios de adjudicación, pudiera tener sentido si los Pliegos no estipularan unos criterios específicos, circunstancia que no sucede en el caso que nos ocupa. Es evidente que no se puede exigir al órgano de contratación capacidad adivinatoria para prever, sin conocer la valoración de las ofertas (para lo que obviamente hay que abrir los sobre), que se va a dar la circunstancia del caso concreto que nos ocupa.

Como señala el órgano de contratación, a posteriori, resulta evidente afirmar que en el presente caso la previsión de los Pliegos no ha sido suficiente, como también que la Administración ha obrado con el nivel de diligencia que resulta racionalmente exigible al definir los criterios de asignación de lotes en dichos Pliegos.

En el caso que nos ocupa, la perjudicada por la elección de ACSA ha sido la recurrente, pero en el caso de que la elección hubiese sido otra, la perjudicada hubiese sido la actual adjudicataria del lote descartado, por lo que la solución adoptada por el órgano de contratación debe considerarse la más razonable, pues en otro caso, nos encontraríamos ante un callejón sin salida que impediría la adjudicación del contrato.

Por otro lado, la recurrente en su recurso se limita a solicitar la anulación de la adjudicación del contrato, sin plantear cual debería ser la solución alternativa más ajustada a Derecho que la adoptada por el órgano de contratación. Tampoco plantea expresamente la nulidad del procedimiento de licitación al concurrir causas de nulidad de pleno derecho, circunstancia que este Tribunal no aprecia.

En definitiva, los Pliegos que constituyen la ley de contrato y vincula a las partes (artículo 139.1 de la LCSP), prevén de manera clara unos criterios de asignación de lotes para el caso de que un mismo licitador tenga la mejor oferta en más de dos, si bien, a pesar de ello, resultan insuficiente en el caso que nos ocupa,

por lo que a juicio de este Tribunal, la solución adoptada, con el fin de hacer viable la adjudicación del contrato, resulta razonable y no vulnera los principios de la contratación.

Por todo ello, procede la desestimación del recurso.

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 de las empresas OBRASCÓN HUARTE LAIN, S.A y OHL SERVICIOS-INGESAN, S.A.U. que participan en compromiso de UTE, contra el acuerdo de 26 de octubre de 2023, por el que se adjudica el “Acuerdo marco de las obras de reforma, reparación y conservación del conjunto de edificios y espacios públicos cuya competencia corresponde al distrito de Barajas (4 lotes)” Expediente 121/2022/00856.

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. - Levantar 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.