

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

En Madrid, a 25 de febrero de 2021.

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por la representación legal de ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS, S.A. (en adelante ORTIZ) y la representación de la empresa INGENIERIA Y DISEÑOS TÉCNICOS, S.A. (en adelante INGENIERIA) contra el Acuerdo de la Mesa de Contratación de 21 de enero de 2021, por la que se acuerda excluir a las recurrentes del procedimiento de adjudicación del contrato de “Servicio de Gestión de Infraestructura Verde Urbana con Lotes” expediente número 79/20 Ayuntamiento de Parla, este Tribunal ha adoptado la siguiente

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 28 de septiembre en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en DOUE, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 3 lotes

El valor estimado de contrato asciende a 28.380.000 euros y su plazo de duración será de cuatro años.

A la presente licitación se presentaron seis licitadores, entre ellos las recurrentes.

Segundo.- El 29 de octubre de 2020, se constituye la Mesa de Contratación para proceder a la calificación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos de las proposiciones presentadas en tiempo y forma y acuerda admitir la proposición presentada, ente otras, por ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A. para el lote 3 e INGENIERIA Y DISEÑOS TÉCNICOS, S.A. para el lote 2.

El 4 de noviembre de 2020, se constituye la Mesa de contratación para proceder a la apertura del sobre B de documentación referente a criterios no valorables en cifras o porcentajes de las proposiciones admitidas y acuerda remitir las proposiciones, para su informe y valoración al Jefe de Servicio de Medio Ambiente y Sostenibilidad.

El 21 de enero de 2021, se constituye la Mesa de contratación para proceder a la apertura del sobre C de documentación referente a criterios valorables en cifras o porcentajes de las proposiciones admitidas.

En este acto el Biólogo de Medio Ambiente procede a dar cuenta de su informe de fecha 15 de enero de 2021, en el que consta:

“Celebrada Mesa de Contratación para la calificación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos de las proposiciones presentadas en tiempo y forma, se realiza el estudio de la documentación aceptada, apartado de criterios no valorables en cifras o porcentajes.

En el Apartado A) Definición del objeto del contrato, del Anexo I del Pliego de Condiciones Administrativas, se indica, la división en tres lotes, la posibilidad de presentar oferta a todos los lotes, y la combinación o combinaciones de lotes que se admiten:

Lotes n.º 1-2-3

Lotes n.º 1-2

Lotes n.º 1-3

Las empresas ofertantes han presentado las siguientes combinaciones de Lotes:

- ALVAC, SA Lotes 1-3*
- AMBITEC SERVICIOS AMBIENTALES, SAU Lotes 1-2-3*
- FCC MEDIO AMBIENTE, SAU Lotes 1-2-3 –*
- INGENIERIA Y DISEÑOS TÉCNICOS, SAU Lote 2*
- IMESAPI, SA Lotes 1-2-3*
- ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS, SA Lote 3*

Las combinaciones presentadas por las empresas INGENIERIA Y DISEÑOS TÉCNICOS, SAU y ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS, SA no cumplen con las combinaciones admisibles. Quedan excluidas del procedimiento, no realizando su valoración”.

El 11 de febrero de 2021, el órgano de contratación realizó el requerimiento de documentación a los licitadores propuestos como oferta más ventajosa.

Tercero.- El 10 y el 11 de febrero de 2021, tuvieron entrada en este Tribunal los recursos especiales en materia de contratación, formulados por la representación de ORTIZ y de INGENIERIA, respectivamente, en los que solicita que se acuerde la admisión de la oferta de su representada y se proceda a la retroacción de las actuaciones. Adicionalmente, solicitan la suspensión del proceso de licitación hasta la resolución del presente recurso.

Cuarto.- En cumplimiento de lo establecido en 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), la Secretaría del Tribunal dio traslado de los recursos al órgano de contratación, requiriendo el expediente de contratación y el preceptivo informe.

El órgano de contratación remite la documentación requerida solicitando la desestimación del recurso y la denegación de solicitud de medida cautelar.

Quinto.- El 18 de febrero de 2021, este Tribunal, ponderando las circunstancias del caso, adopta sendos Acuerdos de suspensión del procedimiento de contratación para los Lotes 2 y 3.

Sexto.- 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 artículo 57 de la LPACAP establece que el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión, siempre que sea el mismo órgano quien deba tramitar y resolver el procedimiento, sin que contra este acuerdo de acumulación proceda recurso alguno.

Igualmente, el artículo 13 del RPERMC, prevé la posibilidad de acordar la acumulación de dos o más recursos en cualquier momento previo a la terminación, tanto de oficio como a solicitud del recurrente o de cualquiera de los interesados.

Este Tribunal considera oportuna la acumulación de los recursos presentados de los expedientes 66/2021 y 68/2021 por apreciarse identidad en el asunto, al impugnarse el mismo acto del mismo expediente de contratación y siendo coincidentes el órgano de contratación y los interesados.

Tercero.- Los recursos han sido interpuestos por personas legitimadas para ello, al tratarse de personas jurídicas excluidas “*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 del recurso.

Cuarto.- Los recursos especiales se plantearon en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 21 de enero de 2021, y publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 3 de febrero de 2021, e interpuestos los recursos con fecha 10 y 11 de febrero de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Quinto.- Los recursos se interpusieron contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, 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.b) de la LCSP.

Sexto.- En cuanto al fondo del recurso los recurrentes alegan que dentro del plazo procedieron a presentar la correspondiente oferta para el Lote 3 del concurso (ORTIZ) y para el Lote 2 (INGENIERIA), indicando, dentro de la documentación administrativa que a la licitación también concurría otra sociedad perteneciente a su grupo empresarial, a saber, INGENIERIA Y ORTIZ, respectivamente.

Que la Mesa de contratación reunida el 29 de octubre de 2020, acordó admitir la oferta de ORTIZ para el lote 3 y, a su vez, la oferta de INGENIERIA para el lote 2.

Asimismo, alegan que ni en la Ley ni en el pliego hay previsión que establezca que las ofertas de empresas de un mismo grupo se considerarán una sola oferta o que se limitará la posibilidad de licitar libremente.

Que la Mesa de contratación constituida el 21 de enero de 2021, acuerda excluir a su representada indicando:

“Las combinaciones presentadas por las empresas INGENIERIA Y DISEÑOS TECNICOS, SAU y ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS, SA no cumplen con las combinaciones admisibles. Quedan excluidas del procedimiento, no realizando su valoración”.

Las recurrentes citan la cláusula 5ª del PCAP y el Anexo I del pliego y concluyen que el pliego permite concurrir a un solo lote, a todos los lotes o a varios. Así, alegan que queda acreditado que se podía licitar a un solo lote porque la Mesa de Contratación de fecha 29 de octubre de 2020, admitió la oferta de ORTIZ para el lote 3 y la de INGENIERIA para el lote 2. Por lo tanto, el acuerdo de la Mesa de Contratación de 21 de enero debe declararse nulo por no ajustarse al PCAP y, además iría en contra de sus propios actos, ya que en la Mesa de 29 de octubre si se admitió. Añade, además que la oferta integradora no supone imposibilidad de oferta de forma individual a un solo lote.

Por su parte INGENIERÍA, añade en su escrito de recurso que el motivo de exclusión: *“Tal frase es una decisión, no una resolución motivada, inválida así por arbitraria (por faltar esa motivación), pero, además, como se ha visto, incorrecta en sí misma”.*

El órgano de contratación en su informe al recurso interpuesto por ORTIZ alega que:

“En el informe emitido por el técnico competente el día 12 de febrero, y qué a su vez, hace referencia al informe técnico de valoración de criterios no valorables por cifras o porcentajes, y previo a la valoración de cada uno de los lotes, y se basa en el apartado A) Definición del objeto del contrato, del Anexo I del Pliego de Condiciones Administrativas, se indica, la división en tres lotes, la posibilidad de presentar oferta a todos los lotes, y la combinación o combinaciones que de lotes que se admite, se pronuncia sobre las alegaciones vertidas por la hoy recurrente, expresamente dice: “Por lo tanto una vez considerada la reclamación por la empresa Ortiz Construcciones y Proyectos y en aplicación del Pliego de Condiciones Administrativas, se reitera la afirmación de que la oferta presentada que “solo concurrió al lote 3”, no cumple con las combinaciones admisibles al procedimiento de contratación”.

El informe del técnico desvirtúa las alegaciones vertidas por la empresa hoy recurrente”.

Con independencia de lo expuesto, es relevante señalar tal y como consta en el informe técnico tantas veces referido, que de las seis empresas licitadoras que se presentaron, cuatro de ellas, ALVAC, SA, AMBITEC SERVICIOS AMBIENTALES SAU, FCC medio ambiente SAU, e IMESAPI, S.A. presentaron combinaciones de lotes.

Es decir, solamente la hoy recurrente e INGENIERIA Y DISEÑOS TECNICO, SAU, (que pertenece al mismo grupo empresarial, según consta en el recurso interpuesto), entendieron que no tenían que cumplir las combinaciones permitidas De todo lo anterior se puede deducir, que han podido hacer una interpretación incorrecta de las combinaciones que se debían producir”.

En relación con el recurso interpuesto por INGENIERIA el órgano de contratación añade que:

“Por un lado entiende la hoy recurrente, que se la ha excluido por pertenecer junto a Ortiz Construcciones y Proyectos, S.A., a empresas de un mismo grupo y en base a ello, se ha entendido o bien que las ofertas de las empresas se consideran una sola oferta o que se ha limitado la posibilidad de licitar libremente”.

Dicha alegación debe ser desestimada toda vez que en el acuerdo de fecha 21 de enero de 2021, no consta que la causa de la exclusión, sea el motivo esgrimido por la licitadora.

(...) *“En el informe emitido por el técnico competente el día 12 de febrero, y que a su vez, hace referencia al informe técnico de valoración de criterios no valorables por cifras o porcentajes, y previo a la valoración de cada uno de los lotes, y se basa en el apartado A) Definición del objeto del contrato, del Anexo I del Pliego de Condiciones Administrativas, se indica, la división en tres lotes, la posibilidad de presentar oferta a todos los lotes, y la combinación o combinaciones que de lotes que se admite, se pronuncia sobre las alegaciones vertidas por la hoy recurrente, expresamente dice:*

“Por lo tanto una vez considerada la reclamación por la empresa INGENIERIA Y DISEÑOS TECNICOS, S. A y en aplicación del Pliego de Condiciones Administrativas, se reitera la afirmación de que la oferta presentada que “solo concurrió al lote 3”, no cumple con las combinaciones admisibles al procedimiento de contratación”.

En relación con la falta de motivación del acuerdo de exclusión, el órgano de contratación alega que dicha afirmación es inexacta pues consta la motivación para quedar excluida del procedimiento la recurrente.

En definitiva, el fondo de los recursos interpuestos se concreta en determinar si de acuerdo con los PCAP se podía licitar a un solo lote.

Como cuestión previa señalar que en relación con la alegación de las recurrentes que ni en la Ley ni en el pliego hay previsión que establezca que las ofertas de empresas de un mismo grupo se considerarán una sola oferta o que se limitará la posibilidad de licitar libremente, decir que como indica el órgano de contratación ese no ha sido el motivo de exclusión.

Efectivamente, no podía ser de otra manera pues según consta en la cláusula 24, apartado A) 6 de los PCAP se establece que las empresas pertenecientes a un mismo grupo, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos del artículo 42 del Código de Comercio, pueden presentar proposiciones para concurrir individualmente a la adjudicación, debiendo presentar declaración en la que hagan constar esta condición.

En relación con esta cuestión la LCSP establece algunas limitaciones, así en el artículo 70 como condiciones especiales de compatibilidad tendentes a evitar que se falsee la competencia, o en su artículo 149.3 que establece limitaciones, pero únicamente para aplicar el régimen de identificación de las ofertas incursas en presunción de anormalidad *“Cuando hubieren presentado ofertas empresas que pertenezcan a un mismo grupo, en el sentido del artículo 42.1 del Código de Comercio, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de identificación de las ofertas incursas en presunción de anormalidad, aquella que fuere más baja, y ello con independencia de que presenten su oferta en solitario o conjuntamente con otra empresa o empresas ajenas al grupo y con las cuales concurren en unión temporal”*. Cuestiones que no son aplicables al presente caso.

Expuesto lo anterior, a los efectos de la resolución del presente recurso es decisivo citar los siguientes apartados del PCAP:

“Cláusula 5. Objeto y necesidad del contrato.

El objeto del contrato al que se refiere el presente pliego es la ejecución de los servicios descritos en el apartado A) del Anexo I al mismo y definido en el pliego de prescripciones técnicas particulares, en el que se especifican los factores de todo orden a tener en cuenta. En el mismo apartado se hace referencia igualmente a las necesidades administrativas a satisfacer mediante el contrato.

Los licitadores podrán optar a un lote, a varios o a todos ellos, salvo que se establezca un número máximo de lotes por licitador, para lo que se estará a lo estipulado en el apartado A) del Anexo I de este pliego.

Asimismo, el órgano de contratación podrá limitar el número de lotes a adjudicar a un solo licitador conforme a lo previsto en el apartado A) del Anexo I. En aquellos casos en los que las ofertas presentadas por una misma empresa licitadora sean las mejores ofertas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 LCSP, en un número de lotes superior al que como máximo se puede adjudicar a un solo licitador, en aplicación de lo establecido en el apartado A) del Anexo I, la determinación de la adjudicación de los lotes se efectuará conforme a los criterios objetivos recogidos en el apartado A) del Anexo I.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 99.4 LCSP y a los efectos de la limitación del número de lotes para los que un mismo candidato puede presentar oferta y del número de lotes que pueden adjudicarse a cada licitador, se considerará que en las uniones de empresarios serán sus componentes, y no éstas, los considerados candidatos o licitadores.

La descripción de cada lote se encuentra establecida en el apartado 1 del Anexo I al presente pliego referido a cada lote”.

En el apartado A) del Anexo I del PCAP se establece:

“Los licitadores podrán presentar ofertas a todos los lotes: SI

Limitación del número de lotes a adjudicar: NO

*Número de lotes que como máximo se pueden adjudicar a un solo licitador: NO
HAY LÍMITE*

Oferta integradora: SÍ

Combinación o combinaciones que se admiten:

Lotes nº 1-2-3

Lotes nº 1-2

Lotes nº 1-3”.

En este sentido la cláusula 5 de los pliegos es clara pues permite que los licitadores puedan optar a un lote pudiendo establecerse un número máximo de lotes por licitador de acuerdo con el artículo 99.4.a) de la LCSP, pero en ningún momento en los pliegos se hace referencia a la imposibilidad de licitar a un solo lote pues el

hecho de que exista oferta integradora, determinando las posibles combinaciones de lotes admisibles, no excluye la posibilidad de licitar a un solo lote toda vez que en ningún momento los pliegos lo impiden, sino todo lo contrario, que lo permiten a la vista de la redacción de la cláusula 5.

Al respecto recordar que 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).

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 y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

De acuerdo con lo expuesto procede estimar los recursos interpuestos, ordenando la retroacción del procedimiento al momento de la valoración de las ofertas presentadas por las recurrentes para su valoración.

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.- Acumular los recursos especiales en materia de contratación presentados por las representaciones legales de ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS,S.A. y de INGENIERIA Y DISEÑOS TÉCNICOS, S.A. contra el Acuerdo

de la Mesa de contratación de 21 de enero de 2021, por la que se acuerda excluir a las recurrentes del procedimiento de adjudicación del contrato de “Servicio de Gestión de Infraestructura Verde urbana con Lotes” expediente número 79/20 AYTOPARLA.

Segundo.- Estimar las pretensiones formuladas en los recursos citados, acordando la retroacción del procedimiento al momento de la exclusión de las ofertas de las recurrentes.

Tercero.- 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 58 de la LCSP.

Cuarto.- Dejar sin efecto la suspensiones adoptadas mediante los Acuerdos de 18 de febrero de 2021, de este Tribunal para los Lotes 2 y 3.

Quinto.- 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.