

Recurso nº 321/2021
Resolución nº 341/2021

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

En Madrid, a 5 de agosto de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las representaciones de FERROVIAL CONSTRUCCION, S.A., COMPAÑÍA DE OBRAS CASTILLEJOS, S.A., y BARROSO NAVA Y CÍA S.A, (UTE) contra Resolución del Viceconsejero de Asistencia Sanitaria del Servicio Madrileño de Salud, por la que se adjudica el contrato para las “OBRAS DE CONSTRUCCIÓN Y REFORMA DEL NUEVO BLOQUE TÉCNICO Y DE HOSPITALIZACIÓN DEL HOSPITAL UNIVERSITARIO 12 DE OCTUBRE” Nº de Expediente: P.A. 2020-0-132, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid el 7 de abril de 2021 se publica la licitación. El 9 de abril lo hace en el DOU. El valor estimado del contrato es de 208. 576. 597.03 euros.

Segundo.- Tras la tramitación del expediente de licitación, se dicta por el Viceconsejero de Asistencia Sanitaria Resolución de adjudicación, publicada en el Portal de Contratación el 24 de junio de 2021, resultando adjudicataria la UTE CAVOSA OBRAS Y PROYECTOS, S.A y SACYR CONSTRUCCIÓN, S.A.

En la misma figuran las puntuaciones globales de los licitadores:

LA TABLA RESUMEN DE LAS PUNTUACIONES:

NOMBRE LICITADOR	IMPORTE OFERTA S/IVA	CRITERIOS TÉCNICOS EVALUABLES POR APLICACIÓN DE FÓRMULAS (Hasta 50 puntos)	CRITERIO PRECIO. Hasta 50 puntos	TOTAL PUNTOS
UTE (ORTIZ, COBRA, VIAS)	187.718.937,33	44,00	50,00	94,00
UTE (CAVOSA, SACYR)	187.718.937,33	47,75	50,00	97,75
UTE (COPASA, PUENTES)	187.718.937,33	42,75	50,00	92,75
UTE (FERROVIAL, COCSA, BANASA)	187.718.937,33	44,75	50,00	94,75
UTE (LANTANIA, ALDESA, SANDO, ROVER)	187.718.937,33	44,00	50,00	94,00
UTE (OHL, OHL SERVICIOS)	187.718.937,33	46,50	50,00	96,50
UTE (ACCIONA MTO, ACCIONA CONSTR, DRAGADOS, DRACE, EBA, SAN JOSÉ)	187.718.937,33	44,00	50,00	94,00
FCC CONSTRUCCIONES	190.639.009,69	45,50	48,76	94,26

Tercero.- El 12 de julio de 2021 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por las representaciones citadas en el encabezamiento en el que solicita :

“2. Previa la preceptiva tramitación, anule la Resolución del Viceconsejero de Asistencia Sanitaria, de 24 de junio de 2021, por la que se acuerda la adjudicación

del “OBRAS DE CONSTRUCCIÓN Y REFORMA DEL NUEVO BLOQUE TÉCNICO Y DE HOSPITALIZACIÓN DEL HOSPITAL UNIVERSITARIO 12 DE OCTUBRE”, por haberse aplicado indebidamente los criterios de adjudicación.

3. Ordene al órgano de contratación la retroacción de las actuaciones practicadas en el procedimiento de licitación, al objeto de que se formule una nueva valoración y adjudicación, aplicando el PCAP en sus propios términos”.

Cuarto.- El 21 de julio de 2021 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 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 (LCSP).

Quinto.- 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 (RPERMT), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre.

Sexto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndole un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. La adjudicataria presentó alegaciones con fecha de 23 de julio .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 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 especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue publicado el 24 de junio de 2021, interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 12 de julio de 2021, se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Tercero.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de obras cuyo valor estimado es superior a 3.000.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.e) y 2.c) de la LCSP.

Cuarto.- Procede en primer lugar determinar la legitimación de los recurrentes, que es indisoluble de la cuestión de fondo.

A tenor del artículo 48 de la LCSP, se encuentran legitimados aquellos “*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*”.

Según el recurrente su legitimación deriva de que una interpretación distinta, de un criterio de adjudicación, por la Mesa de Contratación podría conducir a una adjudicación a su favor. Según su alegato, el interés legítimo “*viene identificándose con la posibilidad de que el recurrente resultara adjudicatario del contrato licitado, ya sea porque solicite que se reconozca a su favor la adjudicación, ya porque entienda que procede dejar sin efecto la licitación, retrotrayéndose todas las actuaciones. En ambos casos, tendrá la posibilidad de resultar adjudicatario (directamente o como consecuencia del resultado de la tramitación de nuevo del procedimiento de licitación), lo que constituye un interés legítimo y su consecuente legitimación activa para impugnar*”.

Su legitimación no derivaría de una adjudicación a su favor de estimarse el recurso, sino de la oportunidad que le brindaría una nueva interpretación del criterio de adjudicación, sin que de esa interpretación resultara necesariamente adjudicatario: "*al margen de lo que finalmente resulte de la nueva valoración, lo que no procede es adelantar acontecimientos, de manera que deberá ser la Mesa de Contratación la que realice la nueva valoración de las ofertas y el Órgano de Contratación quien decida finalmente. Y si prosperara la impugnación porque se acoge el argumento de que se ha aplicado un criterio de valoración no previsto en el PCAP, el licitador recurrente conseguirá un efecto potencialmente beneficioso para su esfera jurídica, que se traduce en disponer de una nueva oportunidad de poder resultar adjudicatario, por lo que debe reconocérsele legitimación activa para recurrir*".

Por citar una entre muchas, en la Resolución 473/2019, de 19 de noviembre, hemos señalado en cuanto a la legitimación:

"Como ya hemos indicado en anteriores resoluciones, (vid Resolución 181/2013, de 23 de octubre, o 87/204, de 11 de junio, 22/2015 de 4 de febrero), la legitimación, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad por parte de quien ejercita la pretensión que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material, jurídico o moral o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética o eventual. Ciertamente el concepto amplio de legitimación que utiliza confiere la facultad de interponer recurso a toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso. Es interesado aquél que con la estimación de sus pretensiones pueda obtener un beneficio.

Según afirma la STC 67/2010 de 18 de octubre: "Como ya se ha señalado, en lo que aquí interesa, la decisión de inadmisión puede producirse por la falta de legitimación activa para accionar o para interponer un recurso, esto es, por la ausencia de

derecho o interés legítimo en relación con la pretensión que se pretende articular. En tal orden de ideas, este Tribunal ha precisado, con relación al orden contencioso administrativo, que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejerce la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre [RTC 2000, 252], F.3; 173/2004, de 18 de octubre [RTC 2004, 173], F.3; y 73/2006, de 13 de marzo [RTC 2006, 73], F.4). En consecuencia, para que exista interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso (STC 45/2004, de 23 de marzo [RTC 2004, 45], F 4)".

En el presente caso, el recurrente ocupa la posición cuarta en la clasificación de ofertas en cada uno de los dos lotes, no afectando sus alegaciones a las valoraciones obtenidas ni por la segunda ni tercer clasificada en cada uno de ellos, por lo que aun en el caso de prosperar su recurso no obtendría el beneficio de ser adjudicatario del contrato".

En el actual recurso, los recurrentes ocupan la tercera posición en las puntuaciones consignadas en el antecedente segundo. Para fundar su legitimación deberían, no sólo impugnar la interpretación del Hospital del criterio de adjudicación controvertido por ellos, sino también impugnar las puntuaciones que por la aplicación del mismo obtienen el adjudicatario y el segundo clasificado, para lo que obviamente requerirían haber solicitado vista del expediente. Ni siquiera argumentan, ni menos acreditan, que con esa interpretación distinta obtendrían una puntuación diferente a la que han conseguido en el criterio de adjudicación cuya interpretación cuestionan.

Confían su legitimación a un resultado hipotético o eventual a su favor, a resultas de una nueva interpretación del criterio de adjudicación. La anulación de la adjudicación de estimar su interpretación de los criterios de adjudicación, no produciría efecto alguno directo e inmediato en su beneficio, simplemente generaría una expectativa a su favor . No se produce “*automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto*”.

Examinada de cerca su argumentación, resulta también que de la eventual estimación de su recurso tampoco podrían salvar la diferencia de puntos que tienen con el adjudicatario, 3 (tres) en total , de 94,75 a 97,75.

El criterio de adjudicación automático cuya interpretación se cuestiona es el punto 10.2.1 del cuadro de características generales (cláusula primera del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales), el cual atribuye quince puntos al Baremo del Equipo de Obra, distribuidos en 5 (máximo) por formación y 10 (máximo) por experiencia de ese equipo. En el epígrafe de formación , recurrente y adjudicatario tienen la máxima puntuación.

La discrepancia se cifra en la experiencia. Según el propio recurrente, y consta en el informe técnico publicado el 25 de mayo de 2021 en el Portal de Contratación, en este punto el adjudicatario obtuvo 7,75 puntos sobre los 10 posibles y el recurrente 4,75. Cuestionan que solo se tenga en cuenta la experiencia en puestos iguales a los que se concurre, y en puestos que conllevaran permanencia total durante la obra y dedicación exclusiva . Entiende que caben los puestos equivalentes y que la exigencia de permanencia no concierne a la experiencia que se valora como criterio de adjudicación, sino que es una condición de futuro , de ejecución del contrato licitado.

Aunque hipotéticamente la UTE recurrente obtuviera la máxima puntuación posible de 10 a resultas de esa nueva valoración de la Mesa, no se alcanza a comprender cómo superaría los 3 puntos que le separan del adjudicatario, si como

dice el recurrente se valorara la experiencia profesional en construcción de edificios públicos y hospitales, pues esta condición comprende la misma experiencia con permanencia y exclusividad que tiene el adjudicatario. Es la razón por la que los recurrentes no argumentan ni impugnan las puntuaciones del adjudicatario y del segundo clasificado.

No impugnando estas puntuaciones, no alcanzan legitimación para recurrir, en cuanto de la eventual estimación del recurso no obtendrían ningún beneficio cierto y directo.

En el mismo sentido de falta de legitimación, se expresa el órgano de contratación y el adjudicatario, el cual afirma con cita de abundante doctrina y jurisprudencia:

“No obstante, no argumenta de forma detallada los motivos por los que, de estimar su Recurso, obtendría un beneficio, y ello, porque es evidente que de la estimación de su Recurso no obtendría beneficio jurídico alguno, pues en ningún caso resultaría adjudicataria del Contrato (...)”

Pues bien, a la vista de las puntuaciones obtenidas por todos los licitadores, se observa que la UTE FERROVIAL-COCSA-BANASA ocupa el tercer puesto (con 94,75 puntos), tras la UTE OHL-OHL SERVICIOS (en segundo lugar, con 96,50 puntos) y tras mi representada (en primer lugar, con 97,75 puntos), resultando, por tanto, adjudicataria del Contrato.

Es decir, entre la Adjudicataria y las Recurrentes, existe una diferencia de 3 puntos y un licitador entre medias, al que habría que excluir para que la UTE FERROVIAL-COCSA -BANASA pudiera obtener un beneficio de la estimación de su Recurso.

(...)

Además, debe incidirse en el hecho de que las Recurrentes no cuestionan la posición del licitador, en segundo puesto (UTE OHL-OHL SERVICIOS). Ello porque así ha sido reconocido por la doctrina y jurisprudencia, que han entendido que a efectos de admitir recursos especiales interpuestos por licitadores en tercera posición, resulta igualmente necesario que éstos impugnen o critiquen la puntuación del segundo clasificado.

Por otro lado, debe señalarse que es cierto que las Recurrentes solicitan la retroacción de las actuaciones al objeto de que se formule una nueva valoración, de modo que, en el caso de estimar su pretensión, se valorase su oferta como la más ventajosa, superando al resto de participantes.

Sin embargo, en este punto, cabe manifestarse que realizar una nueva valoración no cambiaría su posición, pues el criterio de valoración se ha aplicado adecuadamente, tal y como se desarrollará a continuación y por igual en todos los licitadores, por lo que la estimación de su pretensión no generaría beneficio alguno para las Recurrentes.

Además, a la vista del Recurso presentado por la UTE FERROVIAL-COCSA-BANASA no se aprecia que ésta persiga resultar adjudicataria, no sólo porque no arroja argumentos que permitan a este Tribunal entender que, de ver estimada su pretensión, ésta se convertiría en adjudicataria, sino porque únicamente considera que “*el licitador recurrente conseguirá un efecto potencialmente beneficioso para su esfera jurídica, que se traduce en disponer de una nueva oportunidad de poder resultar adjudicatario, por lo que debe reconocérsele legitimación activa para recurrir*” (vid. página 5 del Recurso).

No obstante, en el ámbito del derecho administrativo, como ya hemos adelantado, no basta con la mera invocación de un “efecto potencialmente beneficioso”, sino que se exige que el interés invocado sea real y actual, es decir, la obtención de un beneficio cierto y no meramente hipotético. Específicamente, en el

ámbito de los contratos públicos, el interés real y actual se traduce, ineludiblemente, en que las Recurrentes resultasen adjudicatarias del Contrato”.

Conforme a todo lo argumentado, procede la inadmisión del recurso especial en materia de contratación por falta de legitimación del recurrente.

No obstante, conforme a la impugnación del órgano de contratación y la UTE CAVOSA OBRAS Y PROYECTOS, S.A y SACYR CONSTRUCCIÓN, S.A, se entiende que la interpretación del informe técnico sobre el criterio de valoración cuestionado, asumido por la Mesa de Contratación, es conforme a la literalidad de los Pliegos, que es el criterio hermenéutico preferente (artículo 1281 del Código Civil), pues la experiencia profesional al mismo puesto al que concurren los profesionales ofertados y la permanencia en la obra durante todo su ejecución, estaban expresamente recogidos en dicho criterio, (el apartado 10.2.1.1 de la Cláusula 1 del PCAP , que lleva por rúbrica “*Baremo Equipo de Obra*”), que literalmente recoge como criterio de valoración “*la experiencia profesional en el mismo puesto al que concurre (máx. 10 puntos)*”, requiere de ese equipo a valorar la “*permanencia total en la obra*”, exige la presentación de certificados o declaraciones con concreción de la “*fecha inicio de la participación del profesional en la obra*” y “*duración de la participación del profesional en la obra*”. Tal y como argumenta la adjudicataria este criterio de los Pliegos no fue impugnado ni se solicitaron aclaraciones sobre el mismo, siendo asumido por el resto de licitadores, que se encuentran todos en el estrecho margen que va de los 94 a los 97,75 puntos, menos uno que alcanza solo 92,75.

Señala el artículo 58.2 de la LCSP que “2. *En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma.*

El importe de la multa será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos”.

Entiende este Tribunal que la interposición del recurso con el bagaje argumental aportado es temeraria. No puede desconocer el recurrente la doctrina contractual sobre la legitimación de terceros clasificados para impugnar la adjudicación. No ha aportado nada contra la valoración del primero y el segundo, confiándolo todo a una hipotética revisión de la Mesa a su favor.

Procede la imposición de la multa por importe de 3.000 euros.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 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.- Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las representaciones de FERROVIAL CONSTRUCCION, S.A., COMPAÑÍA DE OBRAS CASTILLEJOS, S.A., y BARROSO NAVA Y CÍA S.A, contra la Resolución del Viceconsejero de Asistencia Sanitaria del Servicio Madrileño de Salud, por la que se adjudica el contrato para las “OBRAS DE CONSTRUCCIÓN Y REFORMA DEL NUEVO BLOQUE TÉCNICO Y DE HOSPITALIZACIÓN DEL HOSPITAL UNIVERSITARIO 12 DE OCTUBRE” Nº de Expediente: P.A. 2020-0-132, por la causa consignada en el artículo 55 b) de la LCSP.

Segundo.- Declarar que se aprecia la concurrencia de temeridad en la interposición del recurso por lo que procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP, por importe de 3.000 euros.

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.