



RE 083/2014

Acuerdo 48/2014, de 8 de agosto 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por ELEC NOR, S.A, frente al acuerdo de adjudicación del contrato denominado «Suministro y servicios energéticos y mantenimiento integral con garantía total de las instalaciones de alumbrado público —incluida red semafórica— propiedad del Ayuntamiento de Calatayud», promovido por el Ayuntamiento de Calatayud (Zaragoza).

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 25 de octubre de 2013 se publicó, en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), el anuncio de licitación, relativo al procedimiento denominado «Suministro y servicios energéticos y mantenimiento integral con garantía total de las instalaciones de alumbrado público —incluida la red semafórica— de propiedad municipal», convocado por el Ayuntamiento de Calatayud, contrato de suministros sujeto a regulación armonizada, procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación, con un valor estimado de 7 804 360 euros, IVA excluido.

SEGUNDO.- Este Tribunal resolvió por Acuerdo 36/2013, de 10 de julio, el recurso especial 50/2013, planteado por ENDESA INGENIERÍA S.L.U. frente a la adjudicación del contrato denominado «Suministro y servicios energéticos y mantenimiento integral con garantía total de las



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

instalaciones de alumbrado público —incluida la red semafórica— de propiedad municipal», licitado en febrero de 2013, en el sentido de estimar el mismo, anular la adjudicación y disponer que el órgano de contratación procediera a declarar desierto el procedimiento, por incumplir todas las proposiciones las especificaciones establecidas en el PPT.

Por Acuerdo 37/2013, de 10 de julio, este Tribunal resolvió los recursos especiales, interpuestos por ELECTROTECNIA MONRABAL, S.L.U. y UTE SERVICIOS ENERGÉTICOS CALATAYUD 2013, frente a su exclusión en esa licitación, en el sentido de desestimar los mismos, dada la pérdida sobrevenida de su objeto.

Por Acuerdo 54/2013, de 23 de septiembre de 2013, este Tribunal resolvió el recurso especial 68/2013, planteado por la Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos contra el procedimiento de licitación denominado «Suministro y servicios energéticos y mantenimiento integral con garantía total de las instalaciones de alumbrado público —incluida la red semafórica— de propiedad municipal», licitado en agosto de 2013, declarando la invalidez de toda la licitación y anulando la misma.

Este Tribunal resolvió igualmente, por Acuerdo 66/2013, de 15 de noviembre de 2013, el recurso especial 80/2013, interpuesto por D^a M^a Amor Muñoz Gutiérrez en nombre propio como concejal del Ayuntamiento de Calatayud, así como en nombre y representación del Grupo Municipal PAR (Partido Aragonés Regionalista), contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, el Pliego de Prescripciones Técnicas y los anuncios de licitación que rigen el procedimiento de adjudicación del contrato denominado «Suministro y servicios



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

energéticos y mantenimiento integral con garantía total de las instalaciones de alumbrado público —incluida la red semafórica— de propiedad municipal», licitado en octubre de 2013, en el sentido de desestimar el mismo, dado que es el órgano de contratación el que debe definir los requerimientos necesarios para el cumplimiento del objeto del contrato.

TERCERO.- En el procedimiento vigente presentaron propuestas tres licitadores, ELECTROTECNIA MONRABAL, S.L.U. (en adelante MONRABAL), ELEC NOR, S.A. (en adelante ELEC NOR) e IMESAPI, S.A. (en adelante IMESAPI).

Este Tribunal resolvió por Acuerdo 28/2014, de 12 de mayo de 2014, el recurso especial 67/2014, interpuesto por IMESAPI, S.A. frente a su exclusión en el procedimiento, en el sentido de estimar el mismo, al considerar contraria a la ley la exigencia en las condiciones de solvencia de experiencia previa en contratos para la Administración, anuló el acuerdo de exclusión y dispuso la admisión de la recurrente al procedimiento de licitación.

La Mesa de contratación, en sesión celebrada el 16 de mayo de 2014, procedió a la apertura del Sobre B de IMESAPI, trasladando el mismo a los técnicos para su valoración. Tras requerir al licitador subsanación y aclaraciones, respecto a su oferta técnica, la Mesa vuelve a reunirse el 6 de junio de 2014 y acuerda la exclusión de IMESAPI de la licitación, por incumplir las luminarias propuestas el Pliego de Prescripciones Técnicas.

CUARTO.- La Mesa de contratación, en sesión celebrada el 20 de junio de 2014, da a conocer el resultado de los criterios sujetos a evaluación previa (Sobre B), y procede a la apertura del Sobre C de los licitadores



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

que habían superado la fase de evaluación previa, el cual contenía la oferta económica y las mejoras, y a su lectura. Clasifica las ofertas admitidas por orden de puntuación, requiriendo a la primera clasificada, MONRABAL, para que presente la documentación pertinente en el tiempo y forma exigidos.

QUINTO.- Por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Calatayud de fecha 8 de julio de 2014 se adjudicó el contrato a la empresa MONRABAL, al resultar la proposición económicamente más ventajosa (99,74 puntos, frente a los 92,23 puntos obtenidos por ELEC NOR).

SEXTO.- Con fecha 25 de julio de 2014, D. Alberto Estallo Gavín, en nombre y representación de ELEC NOR, interpone ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato referenciado.

La recurrente ha cumplido lo preceptuado en el artículo 44.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), que establece la obligación, al recurrente, de anunciar previamente la interposición de dicho recurso. Y así lo hizo el 21 de julio de 2014.

El recurso alega y fundamenta, en síntesis, lo siguiente:

- a) Tras relatar los antecedentes de la adjudicación, considera que la Mesa de contratación ha obrado en contra del principio «*non venire contra factum proprium*», según el cual nadie puede contravenir los actos propios, pues ha otorgado una valoración diferente a las propuestas de los licitadores en los criterios de valoración (principalmente en el apartado B-2 «*Características*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

técnicas de la red básica de telecomunicaciones») en esta licitación respecto de la primera, siendo que, a su juicio, el contenido del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) en este punto es sustancialmente idéntico, pues se modifica el escalado de puntuaciones, pero no las prestaciones valorables.

- b) Considera que existen irregularidades en el informe de valoración de los criterios que dependen de un juicio de valor, que determinan su nulidad, por haber sido emitidos de manera arbitraria y con falta de objetividad. Señala, apartado a apartado, el *«detalle de irregularidades»* y realiza conclusiones en cada uno de ellos.

Por todo lo alegado, solicita se dicte resolución que anule el acuerdo de adjudicación impugnado, y se dicte por el Tribunal nueva resolución por la que se adjudique el contrato referenciado a su favor. Solicita también se dicte acuerdo de suspensión y que se abra un periodo de prueba, con la práctica de la que propone.

SÉPTIMO.- Con fecha 30 de julio de 2014, el Ayuntamiento de Calatayud remite al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón copia del expediente de contratación completo, acompañado del preceptivo informe exigido en el artículo 46.2 TRLCSP.

Con fecha 31 de julio de 2014, el Tribunal da traslado del recurso al resto de licitadores, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

OCTAVO.- El 6 de agosto de 2014, D. Salvador Monrabal Hernández, en nombre y representación de MONRABAL, presenta ante este Tribunal, escrito en el que se opone al recurso, solicitando su desestimación, por considerar que el Ayuntamiento de Calatayud no ha vulnerado la doctrina de los actos propios —que no puede prevalecer sobre el principio de legalidad—, pues la recurrente parte de que los criterios de valoración entre la primera y la tercera licitación eran «*sustancialmente idénticos*», lo que no es cierto, por los motivos que detalla, siendo la diferencia esencial que en la actual licitación lo relativo a la red básica de telecomunicaciones adquirió sustantividad propia. El hecho de que la oferta de ELECNOR obtuviera en la primera licitación mayor valoración en esa red no vincula ahora al órgano de contratación, máxime cuando en ningún momento su representada ha considerado ajustada a derecho la puntuación de la primera licitación. Considera que no concurre causa alguna de nulidad en el acuerdo de adjudicación, que respeta plenamente los límites de la discrecionalidad técnica. Discrepa, apartado a apartado, de las conclusiones de ELECNOR en la aplicación de los criterios, y concluye que la puntuación que propone la recurrente no puede sustituir a la realizada por el órgano de contratación. Señala que, en la hipótesis de estimación del recurso, el Tribunal no es competente para adjudicar el contrato a ELECNOR y sostiene la innecesariedad de la prueba propuesta.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa ELECNOR, S.A, para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP.

Igualmente, consta en el expediente que el recurso se ha interpuesto contra el acuerdo de adjudicación de un contrato mixto de suministro y servicios, sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40 TRLCSP, y el recurso se plantea en tiempo y forma.

Existe, en todo caso, un límite a la competencia respecto de la pretensión planteada por la recurrente, que pide que este Tribunal declare la adjudicación del contrato a su favor, por entender que su oferta es la más ventajosa desde el punto de vista económico y técnico. Como ya mantiene este Tribunal en su doctrina (por todos, Acuerdo 42/2012, de 27 de septiembre), su función es revisora de los actos recurridos, en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad, conforme a lo que establece para el conjunto de los recursos administrativos el artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), y el artículo 47.2 «*in fine*» del TRLCSP respecto de este Tribunal, de modo que de existir tales vicios se ha de proceder a anular el acto o actos, ordenando se retrotraigan las actuaciones al momento anterior al que el vicio se produjo, pero sin que el Tribunal pueda sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación, en este caso del órgano de contratación, único al que corresponde dictar el acto de adjudicación, so pena de incurrir en



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

incompetencia material, sancionada con nulidad radical (artículo 62.1.b) de la LRJPAC).

Cuestión distinta, ex artículo 47.2 segundo inciso TRLCSP, es que, si como consecuencia del contenido del Acuerdo del Tribunal, fuera preciso que el órgano de contratación acordase la adjudicación del contrato a otro licitador, deberá éste requerir al propuesto como adjudicatario, concediéndole un plazo de diez días hábiles para que cumplimente lo previsto en el artículo 151.2 TRLCSP.

Por ello se debe inadmitir dicha pretensión, por carecer de competencia para resolverla, sin perjuicio de la competencia de este Tribunal para conocer de las demás formuladas.

SEGUNDO.- Antes de entrar en el fondo del asunto, este Tribunal debe pronunciarse respecto de la medida cautelar solicitada por la recurrente, que pide al Tribunal dicte de manera expresa un acuerdo comunicando al órgano de contratación la suspensión. Se debe poner de manifiesto que la suspensión de la tramitación del expediente de contratación es automática por imperativo legal (ex artículo 45 TRLCSP) cuando el acto recurrido es el de adjudicación, y se mantendrá hasta que se pronuncie expresamente el Tribunal, sin que pueda procederse a la formalización del contrato, ni comenzarse su ejecución. La resolución que adopte deberá acordar el levantamiento de la suspensión del acto de adjudicación, salvo que estimando el recurso declare la nulidad de la misma, en cuyo caso la suspensión queda sin objeto, o si concurren otras circunstancias que exigen mantenerla, como puede ser la retroacción de actuaciones al momento de realizar la notificación, en los casos de notificación defectuosa.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Por último, y respecto a la petición de recibimiento del presente procedimiento a prueba con el objeto de que, por parte del Colegio de Ingenieros Industriales, se valoren las mejoras propuestas, este Tribunal administrativo considera innecesaria en este caso la verificación de un trámite de prueba para adoptar su decisión, ya que si bien el recurso especial en materia de contratación tiene prevista en su regulación, ex artículo 46.4 TRLCSP, la práctica de cuantas juzgue pertinentes el Tribunal, también dispone que se podrán rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o, como en este caso, innecesarias, sin perjuicio de tomar en consideración la documentación aportada junto con el recurso.

TERCERO.- Las cuestiones de fondo sobre las que se plantea el recurso son de diversa naturaleza y alcance.

La resolución del recurso requiere examinar si la actuación del órgano y la Mesa de contratación, se ajustaron al régimen jurídico de la contratación del sector público (TRLCSP y normativa de desarrollo), y, en especial, al PCAP que constituye, junto con el PPT, la ley de contrato, como viene afirmando, reiteradamente, nuestra jurisprudencia.

La recurrente alega, como primer motivo del recurso, la vulneración de la doctrina de actos propios, *«non venire contra factum proprium»*, por parte de los técnicos, de la Mesa de contratación y, en consecuencia, del órgano de contratación, y compara para ello las valoraciones efectuadas de las ofertas técnicas en la primera y en la tercera licitación, donde entiende que pese a ser en lo esencial iguales los criterios de valoración en ambas licitaciones, no han sido los mismos los resultados obtenidos.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Este Tribunal ha tenido la ocasión de pronunciarse en múltiples ocasiones sobre este principio, que prohíbe ir en contra de los actos propios, pero no resulta aplicable en el sentido que pretende la recurrente, ya que nos encontramos ante dos procedimientos de licitación distintos, en los que, aunque el objeto del contrato sea el mismo, no son sustancialmente idénticos, y en los que —como señala el órgano de contratación en su informe al recurso— *«cada procedimiento ha permitido al Ayuntamiento introducir modificaciones y mejoras sobre el anterior, y ello es perfectamente legítimo»*. En modo alguno puede haber contravención de los actos propios cuando los mismos han sido objeto de la declaración de nulidad del primer procedimiento por parte de este Tribunal y se consideran, por ello, inexistentes.

Procede, en consecuencia, desestimar este motivo de recurso.

CUARTO.- Mantiene, en segundo lugar, que han existido irregularidades en el informe de valoración en la aplicación de los criterios que dependen de juicio de valor, que además constituyen causa de nulidad de pleno derecho, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 62 LRJPAC.

Sustituye para ello la valoración efectuada por la Mesa de contratación por otra realizada por ella, que le lleva a la conclusión de que la puntuación obtenida por ELEC NOR sería de 92,97 puntos, frente a los 92,87 puntos que obtendría MONRABAL.

A este respecto conviene recordar que desde su Acuerdo 1/2011, este Tribunal ha declarado que el artículo 1 TRLCSP establece como uno de sus fines, el de garantizar el principio de *«no discriminación e igualdad de trato de los candidatos»*. En el mismo sentido, el artículo 139 TRLCSP, al



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

referirse de modo concreto a los procedimientos de adjudicación, dispone que *«los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia»*.

El principio de igualdad de trato implica, como ha reiterado este Tribunal en numerosos Acuerdos, que todos los licitadores potenciales deben conocer las reglas del juego, y éstas se deben aplicar a todos de la misma manera. Y así ha sido en este procedimiento, donde todos conocían el contenido de la cláusula 13.b.3 del PCAP, que en este punto exigía que *«el licitador reflejará detalladamente la oferta para llevar a cabo la ejecución de las obras de implantación de la Red de Telecomunicaciones propuesta. Se incluirá una descripción completa del alcance de la actuación planteada a través de una Memoria Técnica redactada al efecto»*.

Esta prescripción la cumple MONRABAL, limitándose la oferta de ELEC NOR a incluir un compromiso de ejecución de dicha prestación voluntaria en caso de resultar adjudicataria, que carece sin embargo de la Memoria Técnica que la avale; surgiendo de allí la diferencia sustancial de puntuación entre ambas ofertas.

Conviene recordar también, por todos Acuerdo 78/2013, que la finalidad del recurso especial es exclusivamente de control del cumplimiento de los principios y trámites legales, de tal manera que no es posible la sustitución del juicio técnico del que analiza la adecuación de las propuestas a los requerimientos técnicos y realiza su valoración, en tanto se cumplan las formalidades jurídicas, exista motivación y la misma resulte racional y razonable. Por lo demás, este mismo criterio es igualmente defendido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Contractuales en el que se advierte que cuando se tratan cuestiones que evalúan criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos (Resolución 176/2011, de 29 de junio). En definitiva, corresponde a este Tribunal comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, respetado los principios de la contratación, y que, no existiendo un error material, las valoraciones de las propuestas se ajustan a los cánones de la discrecionalidad técnica y existe motivación adecuada y suficiente (Acuerdo 23/2012).

A la vista de las alegaciones, del informe del órgano de contratación al recurso, y de los criterios que el Tribunal ha sentado en este fundamento sobre la función que debe desarrollar, es necesario señalar que queda suficientemente acreditado que en el procedimiento se han seguido los trámites procedimentales exigidos por la normativa aplicable y se han aplicado adecuadamente los principios que rigen la contratación pública, en particular el de libre concurrencia e igualdad de trato. Y en especial, por relevante, los que se refieren a la valoración previa y diferenciada de los criterios sujetos a juicio de valor respecto de los de valoración automática, tal y como prescribe el artículo 150.2 TRLCSP y, asimismo, que de esa valoración se dio publicidad en el acto público de apertura de ofertas económicas, tal y como exige el artículo 30.3 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Por lo tanto la valoración de las ofertas se ha realizado con todas las garantías procedimentales, sin que la valoración de las ofertas en cuanto a los criterios sujetos a juicio de valor haya podido ser



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

«contaminada» por el conocimiento de la parte sujeta a valoración automática y los licitadores así lo pudieron comprobar en el acto de apertura de las ofertas económicas.

En cuanto a los aspectos concretos de la valoración que han sido recurridos, es necesario hacer constar que el informe de valoración que obra en el expediente y el que aporta el órgano de contratación al recurso, son suficientemente detallados y permiten concluir que en la valoración realizada no se aprecia ni error material ni arbitrariedad.

En este punto es necesario traer a colación la doctrina del Tribunal Supremo que establece que el control jurisdiccional de las facultades discrecionales solo se puede producir a través del análisis de los hechos determinantes alegados y probados por la parte recurrente (entre otros STS de 15 de abril de 1992 y 17 de marzo de 1992) y que la discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración que aplican criterios resultantes de concretos conocimientos especializados y sus apreciaciones gozan de presunción «*iuris tantum*» y solo se pueden desvirtuar por desviación de poder, arbitrariedad, ausencia de toda justificación o patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega (STS de 23 de junio de 2003).

De las alegaciones y documentos aportados por la recurrente no se desprende en ningún caso que quede probado y acreditado que en la valoración los órganos del Ayuntamiento de Calatayud, y más en concreto la Mesa de contratación, actuaran con arbitrariedad. No resultan tampoco admisibles las alegaciones realizadas por la recurrente, en el sentido de que su oferta debió valorarse con una mayor puntuación en los criterios que dependen de un juicio de valor,



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

pues admitir lo contrario supondría la quiebra del principio de igualdad de trato.

Por las consideraciones expuestas procede también desestimar el recurso por este motivo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP, y en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

III. ACUERDA

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial, interpuesto por D. Alberto Estallo Gavín, en nombre y representación de ELECNOR, S.A, frente al acuerdo de adjudicación del contrato denominado «Suministro y servicios energéticos y mantenimiento integral con garantía total de las instalaciones de alumbrado público —incluida la red semafórica— de propiedad municipal», promovido por el Ayuntamiento de Calatayud.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión automática derivada del artículo 45 TRLCSP, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 47. 4 TRLCSP.

TERCERO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

CUARTO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.