



**Erref / Ref:** \_Recurso Especial UTE  
Construcciones Galdiano-Arabako Lanketa  
contra adjudicación Obras de ampliación  
del Pabellón Fernando Buesa Arena.

**Esp Zenb / N° exp:** 2011/02- RE

### **RESOLUCION N° 2 / 2011**

En Vitoria-Gasteiz, a 7 de marzo de 2011

El Organo Administrativo Foral de Recursos Contractuales de la Diputación Foral de Alava, ha dictado la siguiente RESOLUCION en el Recurso Especial en materia de contratación N° 2011/02 RE, interpuesto por la UTE Construcciones Galdiano-Arabako Lanketa, contra el Acuerdo del Consejo de Administración de Alava Agencia de Desarrollo, de 15 de febrero de 2011, por el que se adjudica el contrato de “Obras de ampliación del Pabellón Fernando Buesa Arena”.

Son partes en dicho recurso : como RECURRENTES D. J. R.G., en representación de Construcciones Galdiano, S.A. y D. E. T. A., en representación de Arabako Lanketa, S.L.U; y como DEMANDADA ALAVA AGENCIA DE DESARROLLO, S.A., siendo el órgano de contratación el Consejo de Administración de Alava Agencia de Desarrollo, S.A (Expte. 54/2010)

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 1 de marzo de 2011 tuvo entrada en el Registro de Alava Agencia de Desarrollo la notificación del anuncio de interposición de Recurso Especial en materia de contratación contra la resolución antes mencionada y en fecha 4 de marzo de 2011 tuvo entrada en el mismo Registro el Recurso Especial en materia de contratación interpuesto por D. J. R.G., en representación de Construcciones Galdiano, S.A. y D. E. T. A., en representación de Arabako Lanketa, S.L.U.



**SEGUNDO.-** Con fecha 4 de marzo de 2011, por parte de la Directora-Gerente de Alava Agencia de Desarrollo se dio traslado del Recurso Especial citado a los restantes licitantes admitidos a los efectos de que en el plazo de cinco días hábiles puedan formular alegaciones, dando así cumplimiento a lo dispuesto en el art. 316 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), en la redacción dada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto.

**TERCERO.-** El día 7 de marzo de 2011 se recibió el expediente administrativo en el Organo Administrativo Foral de Recursos Contractuales, acompañado del informe emitido por el arquitecto jefe de la Sección de Edificios Propios de la Diputación Foral de Álava, miembro de la Mesa de Contratación.

**CUARTO.-** En el plazo establecido al efecto para la presentación de alegaciones por parte del resto de empresas licitantes presenta escrito la UTE integrada por las empresas LAGUNKETA, S.A., ZIKOTZ, S.A. y GIROA, S.A.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Es objeto del presente procedimiento la impugnación de la adjudicación a la UTE integrada por las empresas LAGUNKETA, S.A., ZIKOTZ, S.A. y GIROA, S.A. del contrato de “Obras de ampliación del Pabellón Fernando Buesa Arena”, aprobada por Acuerdo del Consejo de Administración de ALAVA AGENCIA DE DESARROLLO, de 15 de febrero de 2011.

Sostiene la parte recurrente que su exclusión por la Mesa de Contratación del proceso de valoración de ofertas no es ajustada a Derecho, por resultar contraria a lo establecido expresamente en el Pliego.

Argumenta en tal sentido que:

1.- “La exclusión de la UTE se ha realizado infringiendo las reglas del procedimiento de adjudicación. En el Cuadro de Características del procedimiento de licitación, en la letra O) sobre criterios de adjudicación, dispone lo siguiente:

*No podrá proponerse ningún tipo de modificación esencial al proyecto (en especial en lo relativo a la cubierta, aforo, ...) ni que suponga incremento de coste alguno del proyecto.*

La resolución que se comunica a la UTE ahora recurrente justifica su exclusión de la fase de valoración de ofertas en los siguiente términos:

*La propuesta presentada supone un cambio esencial al proyecto tanto en su disposición de planta , como en la estructura de la cubierta o en sus alzados exteriores, ya que plantea un desdoblamiento de las torres de apoyo de la malla espacial, y consiguientemente, de las escaleras de acceso.”*



Al respecto, “la UTE recurrente considera que no se ha producido un cambio esencial del proyecto en lo relativo a **su disposición de planta** por cuanto la misma es de forma circular y con una cubierta cuya estructura se sustenta en 12 núcleos de hormigón que a su vez son empleados para disponer las escaleras de acceso al recinto.

Asimismo, tampoco se ha producido un cambio esencial del proyecto en lo relativo a **la estructura de la cubierta** toda vez que se mantiene la tipología de la misma, habiéndose calculado la estructura y completado las posibles carencias existentes en su diseño inicial, pero no afectando dicho cambio a la tipología de la misma. Se podría entender como un complemento más que como una modificación.

Por último, la UTE recurrente considera que no existe un cambio esencial del proyecto en **sus alzados exteriores porque se ha planteado un sistema constructivo que evita la interferencia de la obra con los asistentes al recinto deportivo. Por lo tanto se ha planteado un sistema constructivo que mejora las condiciones de seguridad de la obra, además de mejorar el plazo de la misma.**

... En resumen, se han alterado las dimensiones de la estructura y de la cubierta, pero siempre por cuestiones constructivas y por asunción de mayores cargas para dotar de mayor flexibilidad al recinto pero en ningún caso se ha alterado la tipología estructural del edificio.”

2.- “La recurrente considera que, en el supuesto hipotético de que se entienda que su propuesta sí constituye una modificación esencial al proyecto, el Pliego deja sentado que hay una excepción expresa: que la propuesta consista en una solución alternativa al sistema constructivo tendente a mejorar dos aspectos:

- A) Los plazos de puesta a disposición del pabellón
- B) La convivencia de las obras con el uso del pabellón”

Al respecto, “ La UTE ahora recurrente se acogió a esa excepción y presentó una solución alternativa al sistema constructivo y, por tanto, no debió ser excluida de la valoración. Admitir esa exclusión de la solución alternativa al sistema constructivo significa introducir una interpretación correctora del propio pliego por parte de **ÁLAVA AGENCIA DE DESARROLLO, S.A.**

... Como consecuencia de esta doctrina no es dable interpretar que no resulta válida la solución alternativa al sistema constructivo planteada por la UTE cuando el propio pliego que rige el procedimiento de contratación de las obras de ampliación del Pabellón Fernando Buesa Arena admite clara y explícitamente una solución alternativa al sistema constructivo”

3.- “La Resolución de adjudicación de **ÁLAVA AGENCIA DE DESARROLLO, S.A.** también es contraria a Derecho por cuanto el Tribunal Supremo considera que las entidades del Sector Público deben aplicar en materia de interpretación de los pliegos las normas del Código Civil.”



Sin embargo, en relación con la anterior afirmación la recurrente aduce que “En el presente caso el Pliego es tan claro, tan diáfano, que no precisa de esfuerzos interpretativos.”

4.- “La Resolución de adjudicación es contraria a Derecho pues ÁLAVA AGENCIA DE DESARROLLO, S.A. se encuentra obligada en todas sus actuaciones a servir *con objetividad los intereses generales*...Y la Resolución de ÁLAVA AGENCIA DE DESARROLLO, S.A. se aleja manifiestamente de ese interés general pues ha venido manifestando públicamente, con base al propio Pliego, que los dos objetivos más importantes del proceso de construcción son acortar los plazos de puesta a disposición del pabellón y garantizar la convivencia de las obras con el uso del pabellón. Y la propuesta ahora excluida precisamente ponía el acento en esos dos objetivos de interés general explicitados en el pliego”.

5.- “La resolución del Consejo de Administración de ÁLAVA AGENCIA DE DESARROLLO, S.A. también es contraria a Derecho pues infringe el artículo 3 de la Ley 30/1992..... También se ha vulnerado el principio de confianza legítima que determina la salvaguarda de los derechos de las empresas que licitan acomodando sus ofertas a las norma y a los criterios que legítimamente suponían iba a emplear ÁLAVA AGENCIA DE DESARROLLO, S.A.. La UTE presenta una solución alternativa al sistema constructivo, al amparo del propio Pliego, y posteriormente esa propuesta es excluida y no es objeto, siquiera, de valoración.”

6.- “Por último, esta parte recurrente considera que la Resolución recurrida infringe la jurisprudencia contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1984, 16 de junio de 1986, 22 de abril de 1987, 14 de marzo de 1988 y 16 de mayo de 1990, en cuanto que las cláusulas oscuras de los pliegos de contratación no pueden favorecer a la Administración Pública en perjuicio de los particulares. Según la última de las sentencias citadas, en el supuesto de que exista una cláusula del Pliego oscura o de interpretación dudosa, no puede interpretarse en contra de la empresa que participa en la licitación. Aunque en este caso la UTE recurrente considera que el Pliego es claro y no ofrece duda alguna sobre la admisión de determinadas soluciones alternativas al sistema constructivo”

Como resumen de todo lo anterior, la recurrente concluye que “... ha quedado claro que la UTE Construcciones Galdiano, Aralan Lanketa SLU ha cumplido con el Pliego por cuanto no ha propuesto una modificación esencial del proyecto y, subsidiariamente, en caso de que se considere que sí se ha producido una modificación esencial, el Pliego contempla expresamente la posibilidad de aportar una solución alternativa al sistema constructivo siempre que sea tendente a mejorar los plazos de puesta a disposición del pabellón con un aforo mínimo de 9.000 espectadores y la convivencia de las obras con el uso del mismo.”



**SEGUNDO.-** En el informe emitido por el arquitecto jefe de la Sección de Edificios Propios de la Diputación Foral de Álava y miembro de la Mesa de Contratación se indica que el informe técnico de valoración emitido en su momento ya contenía los motivos por los que se consideraba que la propuesta de la UTE recurrente efectuaba con su oferta una modificación esencial del proyecto.

Igualmente se indica que en el citado informe técnico de valoración se incluyó la oferta de la recurrente, con el objetivo de demostrar que, en contra de lo que el proponente estimaba, su solución no suponía una mejora en los plazos de ejecución de obra.

En el informe actual, el emisor ratifica la propuesta de exclusión de la oferta del proceso de valoración, exponiendo los cambios, a su juicio esenciales, que la misma contiene respecto del proyecto original, cuyo resumen es el siguiente:

- *“Los núcleos de soporte de la estructura de cubierta formados por pantallas de hormigón y las escaleras que contienen se han modificado. El hecho estructural que fundamenta el proyecto de ampliación objeto del contrato era el de aumentar el canto de las pantallas existentes para mejorar su momento de inercia frente a los esfuerzos de flexión derivados del nuevo sistema de tracción de cuelgue de la nueva estructura de cubierta. Al mismo tiempo se seguía manteniendo todo el mecanismo original de accesos verticales del pabellón. La propuesta de la UTE ignora todo ello y proyecta una estructura diferente que además mutila las antiguas pantallas que se deseaban conservar como parte esencial del proyecto de ampliación.”*
- *“La estructura de cubierta propuesta tiene mayor canto porque tienen mayor luz entre apoyos, lo que significa un cambio también esencial en la altura final del edificio.”*
- *“La consecuencia de todas las reformas realizadas sobre el proyecto es que los alzados exteriores de la reforma son completamente diferentes de los imaginados por su autor. Son esencialmente distintos porque el proyecto original plantea un conjunto circular de volúmenes con miradores que se interrumpen por las torres de vidrio U-Glass y acero corten, frente a un único cilindro continuo de mayor altura y desarrollo.”*

También se indica en el informe que no se considera que la propuesta de la UTE recurrente presente una alternativa al sistema constructivo, sino que la misma **constituye un proyecto diferente al solicitado**.

**TERCERO.-** Las alegaciones presentadas por la UTE integrada por las empresas LAGUNKETA, S.A., ZIKOTZ, S.A. y GIROA, S.A. plantean, en resumen, los siguientes argumentos:



- Que la cuestión planteada por la recurrente se reduce a una discrepancia con una decisión de la Administración que debe considerarse comprendida dentro del ámbito de discrecionalidad del órgano valorador, cuyo criterio no puede ser sustituido por el del órgano de resolución del recurso, al que solamente correspondería enjuiciar los aspectos procedimentales y organizativos del proceso de valoración.
- Que los pliegos de condiciones no recogen en modo alguno la posibilidad de realizar modificaciones al proyecto objeto de licitación.
- Que la posibilidad recogida en los mismos de plantear soluciones alternativas al sistema constructivo parte de la base de la inalterabilidad del proyecto originario.
- Que a pesar de que el recurso pretende desvirtuar los argumentos técnicos esgrimidos por la Mesa de Contratación en la notificación de la adjudicación, de su lectura se desprende la conclusión contraria para la alegante, que opina que la solución propuesta por la recurrente constituye una modificación en toda regla del proyecto.
- Que no ha existido por parte de la Administración contratante ni apartamiento de los pliegos ni interpretación modificativa de los mismos al considerar que la propuesta de la recurrente no es una solución alternativa al sistema constructivo, sino una modificación esencial del proyecto.
- Que los pliegos contienen términos claros que no precisan de ninguna interpretación, por lo que no tiene sentido la apelación a su interpretación conforme a las normas del Código Civil.
- Que no aprecia en la actuación de la Administración contratante ninguna infracción a los principios de la buena fe y la confianza legítima, al haberse limitado a aplicar el Pliego de Condiciones.
- Que atender la demanda de la recurrente y retrotraer el procedimiento al momento de la calificación de las ofertas de los sobres C supondría la vulneración de los principios de igualdad y transparencia, al tener que valorar los criterios subjetivos de la oferta de la recurrente después de haberse conocido la valoración de los criterios objetivos del resto de licitadores.

**CUARTO.-** Un vez relatados, en síntesis, los antecedentes fácticos de la presente cuestión objeto de recurso, resulta necesario analizar si el acto de adjudicación del presente contrato



es ajustado o no a Derecho en base a los motivos expuestos por las partes, que se irán analizando en el orden en que aparecen en el escrito de la recurrente.

Uno.- De la argumentación contenida en los apartados 1 y 2 del recurso se desprende claramente que la recurrente ha introducido en su oferta modificaciones sobre el proyecto original contenido en los pliegos de condiciones, ya que ella misma lo reconoce y además expone su valoración individualizada de los mismos.

El apartado O) Criterios de adjudicación no evaluables mediante fórmulas, en su subapartado 2) Propuesta de soluciones alternativas al sistema constructivo, especifica que

*“Se podrán aportar soluciones alternativas al sistema constructivo tendentes a mejorar los plazos de puesta a disposición del pabellón con un aforo mínimo de 9.000 espectadores y la convivencia de las obras con el uso del mismo.*

***No podrá proponerse ningún tipo de modificación esencial al proyecto (en especial en lo relativo a la cubierta, aforo,...), ni que suponga incremento de coste alguno del proyecto.”***

Sin embargo, la argumentación de la recurrente intenta confundir los términos claramente definidos y diferenciados en los Pliegos de “modificaciones esenciales al proyecto” y “soluciones alternativas al proceso constructivo”.

El primero de ellos es claramente prohibitivo y excluyente, mientras que el segundo es admisible dentro del margen establecido (mejora de los plazos y convivencia de las obras con el uso del pabellón), por lo que difícilmente una misma propuesta podría clasificarse dentro de ambos términos, como alternativamente propone la recurrente en su segundo argumento.

Así pues, las modificaciones presentadas en la oferta de la recurrente, o son modificaciones del proyecto, o son soluciones alternativas al sistema constructivo integrables dentro de los límites establecidos citados.

Nos encontramos pues ante un tema de carácter eminentemente técnico para cuya valoración y resolución necesariamente hay que acudir a juicios de valor resultantes de conocimientos especializados en materia de arquitectura.

En el presente caso la Mesa de Contratación, en el momento de proceder a la valoración de los criterios de adjudicación no evaluables mediante fórmulas, adoptó la decisión de excluir a la UTE recurrente en base al informe emitido por uno de los vocales de dicha Mesa, el cual resulta ser el autor del proyecto que se sometió a licitación en la convocatoria que nos ocupa, en el que expresamente indica lo siguiente:

*“Todas las propuestas reúnen las características exigidas en el Pliego salvo la presentada por la UTE formada por por las empresas Construcciones Galdiano y Aralan Lanketa,*



*S.L.U. que, al leer y entender del arquitecto que suscribe y el del resto del equipo técnico de evaluación, incumple manifiestamente el Pliego en su apartado O) que establece que:*

*“No podrá proponerse ningún tipo de modificación esencial al proyecto ( en especial en lo relativo a la cubierta, aforo ...), ni que suponga incremento de coste alguno del proyecto”*

*Efectivamente la propuesta que presenta la UTE citada supone un cambio esencial al proyecto tanto en su disposición en planta, como en la estructura de cubierta o en sus alzados exteriores ya que plantea un desdoblamiento de las torres de apoyo de la malla espacial y, consiguientemente, de las escaleras y acceso. Si bien no sería cuestionable su exclusión del procedimiento por el incumplimiento de sus términos, ha sido criterio del equipo de valoración proceder a su valoración junto a las demás empresas fundamentalmente para poner en evidencia que, en contra de lo que el proponente sostiene, su nuevo proyecto no se ejecuta en el plazo que plantea como ventaja sustancial de su oferta”*

Así nos encontramos con un opinión técnica e indudablemente cualificada que, no solo considera que la proposición efectuada por la UTE recurrente supone una modificación esencial del proyecto licitado, lo cual incumple de forma expresa el contenido de los pliegos, sino que, además, las modificaciones introducidas por esta UTE tampoco suponen una ventaja en lo que respecta al plazo propuesto, por lo que la Mesa de Contratación, en base a la motivación contenida en este informe, adoptó la decisión de excluir la propuesta de la recurrente.

La capacidad de calificar el contenido de la oferta de la recurrente como modificación esencial del proyecto forma parte del margen de discrecionalidad de que dispone la Administración en su proceso de toma de decisiones en el ámbito de la contratación administrativa, con el límite de las condiciones contractuales previamente establecidas, como se pone de manifiesto en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) nº 2726, de 24 de enero de 2006, con cita de las sentencias de 25 de julio de 1989, 1 de junio de 1999 y 7 de octubre de 1999:

*“No puede compartirse la tesis defendida por el Consorcio en la medida que el Pliego de Condiciones se constituye en la Ley 13/1995 ( RCL 1995, 1485, 1948) de Contratos de las Administraciones Públicas como la verdadera Ley del Contrato, como así lo ha considerado la Jurisprudencia tanto durante la vigencia de la Ley de Contratos del Estado aprobada por Decreto 923/1965 ( RCL 1965, 771, 1026) como de acuerdo con la norma actualmente vigente. Así, en sentencia del Tribunal Supremo de 30 marzo de 1998 se señala: “... Ya en cuanto al fondo, será de indicar que aunque el procedimiento de concurso permite una gran flexibilidad a la Administración a la hora de seleccionar al oferente que ofrezca la proposición más ventajosa o conveniente, sin atender exclusivamente al valor económico de la misma (art. 28.3 de la Ley de Contratos del*



*Estado, LCE), resulta obligado que la Administración se atenga puntualmente, en el momento de efectuar la adjudicación, a la observancia de lo establecido en el pliego de bases del concurso. Ciertamente es, asimismo, que el concurso ofrece a los licitadores un mayor margen de libertad en la configuración de sus proposiciones, ya que les consiente introducir las modificaciones que puedan hacerlas más convenientes para la realización del objeto del contrato, pero ello ha de hacerse también dentro de los límites que señale expresamente el pliego de cláusulas administrativas (art. 36.3 de la LCE), en garantía de los principios de publicidad y concurrencia igual de todos los licitadores, en aplicación particularizada del principio de igualdad ante la Ley". Los artículos a los que alude la resolución citada de la derogada Ley de Contratos del Estado, tienen su reflejo en la Ley 13/1995 (RCL 1995, 1485, 1948) en los arts. 75-3 y 89-1, no existiendo alteración alguna en cuanto a la concepción del pliego de condiciones y a su carácter rector del proceso contractual. Es cierto que la satisfacción de intereses públicos es el norte que debe regir cualquier concurso, como señala el Consorcio demandado, pero ello ha de buscarse a la hora de elaborar los Pliegos que han de regirlo, perfilando las cláusulas más convenientes para ello, pero en ningún caso esa búsqueda puede amparar la vulneración de lo establecido en el Pliego una vez aprobado porque ello perjudica de forma esencialísima a los restantes licitadores que acomodan su oferta a las cláusulas aprobadas."*

...

*"La Administración tiene un margen de discrecionalidad en el momento de valorar la proposición más ventajosa y también con él, el de acudir a una interpretación y aplicación de las cláusulas razonable".*

Es evidente que si en la LCSP se prevé la posibilidad de utilizar criterios de valoración no evaluables mediante la aplicación de fórmulas es porque se admite un cierto grado de discrecionalidad en la calificación de las ofertas, siempre que se trate de una decisión racional, motivada, adecuada a la valoración de los criterios previamente definidos en los pliegos y de sus pesos individuales y resultante de su aplicación según las reglas de la ciencia o la técnica.

Y la admisión de ese grado de discrecionalidad, con los límites del pleno respeto a las condiciones contractuales previamente establecidas y a la prohibición de la arbitrariedad o desviación de poder, se justifica en la presunción iuris tantum de imparcialidad de los órganos administrativos encargados de realizar la calificación de las ofertas presentadas a los procesos de licitación, cuando se trate de cuestiones que para su resolución requieren un juicio fundado en cuestiones esencialmente técnicas, presunción que en el presente caso no ha quedado desvirtuada por ninguna prueba en contrario. En estos términos se pronuncia el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia de 14 de octubre de 2003 (RJ 2003/8388) cuando señala:

*"De esta forma, desde el punto de vista interno se ha asegurado la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración y desde el punto de vista formal hay una exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta el acuerdo, tratándose de un*



*supuesto de discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración, en cuanto aplican criterios resultantes de los concretos conocimientos especializados y sus apreciaciones sólo se justifican en la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación, presunción iuris tantum, que no ha quedado desvirtuada por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega, circunstancia no concurrente en este caso.*

*Como recuerda la STC 353/1993 (RTC 1993, 353), así sucede «en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico que en cuanto tal escapa al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que dicho juicio técnico afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad que se planteen en el caso, utilizando al efecto todas las posibilidades que se han ido incorporando a nuestro acervo jurídico» (fundamento jurídico 3.º).»*

Al respecto cabe citar también el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Navarra (Acuerdo núm. 11/2008 de 2 de diciembre) en el que se afirma que:

*“En consecuencia, debe desestimarse la reclamación presentada por basarse, única y exclusivamente, en discrepancias de carácter técnico en la valoración del apartado de la oferta relativo a la coherencia presupuestaria. Discrepancias de la reclamante que, aun siendo opiniones técnicas muy respetables, no dejan de ser opiniones formuladas por un interesado en la adjudicación de un contrato público, por lo que no deben prevalecer sobre las consideraciones de la entidad adjudicadora, entidad que tiene como objetivo la satisfacción de necesidades de interés público, y de las que no se ha demostrado que incurran en arbitrariedad, irracionalidad o error patente.”*

En definitiva, procede admitir como correcta la interpretación realizada en el informe técnico de valoración de que las modificaciones introducidas por la recurrente en su oferta constituyen una alteración esencial del proyecto original y la consiguiente propuesta de exclusión de la oferta del proceso de valoración.

Debe señalarse que en este caso la prohibición de proponerse modificaciones esenciales al proyecto debe entenderse vinculada a la ausencia de mención expresa en los pliegos de la posibilidad de presentar variantes.

Al respecto, el artículo 131.1 de la Ley 30/2007 establece que: *“Cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad.”*



En tal caso, como se recoge en el Informe 1/2011, de 12 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, deberá indicar en el anuncio de licitación del contrato sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada la presentación de variantes, debiendo figurar también en el pliego de cláusulas administrativas particulares, por así requerirlo el artículo 67 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Estos requisitos exigidos por la Ley para las variantes o mejoras derivan de la necesidad de que los licitadores concurren en condiciones de igualdad, de manera que sus ofertas sean valoradas en función de las condiciones y características propias del contrato a ejecutar. Para ello los pliegos han de identificar la prestación de todos sus elementos, indicando si se admiten variantes y mejoras, y en tal caso, sobre que han de versar unas y otras, cuales son sus requisitos, límites, modalidades y aspectos del contrato sobre los que son admitidas

Del examen de los pliegos rectores del procedimiento se desprende la inexistencia de una prevención expresa de admisibilidad de variantes, siendo la única mención a posibles variantes la de carácter prohibitorio contemplada en el apartado O) del Cuadro de Características, dentro del punto 2) de los criterios no evaluables mediante fórmulas.

Por lo tanto, parece clara la voluntad del órgano de contratación de no permitir la presentación de variantes, y consecuentemente, de exigir que las ofertas técnicas se adecúen en sus contenidos a las características definidas en el proyecto sometido a licitación.

Quedando de tal manera fijada la imposibilidad de alterar el objeto del contrato mediante la presentación de modificaciones sobre el proyecto original, y considerando que el objeto es precisamente uno de los elementos esenciales del contrato, cualquier intento de alteración no prevista del mismo se convierte en causa de exclusión de la oferta afectada.

En este sentido sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 16.1 de la Directiva 93/36, que establece que la entidad adjudicadora únicamente puede tener en cuenta las ofertas que cumplan los requisitos mínimos exigidos en los pliegos de condiciones, a los cuales se ha otorgado carácter obligatorio, y a cuyo contenido la recurrente ha prestado libremente su aceptación al presentar su oferta.

Dos.- Por otra parte, la recurrente en su segundo argumento afirma que

*“Admitir esa exclusión de la solución alternativa al sistema constructivo significa introducir una interpretación correctora del propio pliego por parte de ÁLAVA AGENCIA DE DESARROLLO, S.A.”*

y de tal afirmación extrae la conclusión de que



*“no es dable interpretar que no resulta válida la solución alternativa al sistema constructivo plantada por la UTE cuando el propio pliego que rige el procedimiento de contratación de las obras de ampliación del Pabellón Fernando Buesa Arena admite clara y explícitamente una solución alternativa al sistema constructivo.”*

Es fácilmente apreciable la inconsistencia lógica del argumento, por cuanto lo que postula es que la previsión de los pliegos de admitir soluciones alternativas al proceso constructivo equivale a la aceptación automática como válidas de todas las presentadas, sin pasarlas por el filtro limitativo de que no contengan o constituyan modificaciones esenciales del proyecto.

Evidentemente la Mesa de Contratación no ha realizado ninguna interpretación correctora de los pliegos sino una aplicación literal de los mismos, siendo la parte recurrente la que incurre en tal interpretación de forma favorable a sus intereses.

**QUINTO.-** Respecto al resto de las alegaciones efectuadas por la recurrente, una vez dilucidada la cuestión principal carecen de peso para la resolución de su reclamación, no obstante lo cual se pasa a analizarlas.

El tercer argumento de la reclamación debe entenderse relacionado con el segundo, en cuanto pretende aplicar las normas del Código Civil a la interpretación de los pliegos.

Como ya se ha afirmado, no existe tal interpretación más que por parte de la recurrente, por lo que su pretensión de realizarla de acuerdo al Código Civil carece de sentido, como la misma recurrente reconoce al afirmar que

*“ En el presente caso el Pliego es tan claro, tan diáfano, que no precisa de esfuerzos interpretativos.”*

Así pues, la misma recurrente responde a su argumento afirmando que una interpretación de los pliegos resulta innecesaria.

En cuanto a su argumento de que la adjudicación es contraria a Derecho porque *“se aleja manifiestamente de ese interés general”* que la recurrente fija en acortar los plazos de puesta a disposición del pabellón y en garantizar la convivencia de las obras con el uso del pabellón, merece la pena aclarar varios aspectos:

En primer lugar, resaltar que la recurrente no aporta la más mínima prueba de que la oferta de la adjudicataria no sirva para alcanzar los objetivos mencionados.

Y en segundo lugar, que el ajuste a Derecho de una adjudicación no se determina por el hecho de que el contrato resultante de la misma consiga cubrir de forma óptima todos los objetivos para los que se convocó el procedimiento oportuno, sino por la corrección del



procedimiento seguido para llegar a la adjudicación, particularmente por su sujeción estricta a las condiciones establecidas en los Pliegos.

En tal sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) nº 2726 de 24 de enero de 2006 al afirmar que:

*“Es cierto que la satisfacción de intereses públicos es el norte que debe regir cualquier concurso, como señala el Consorcio demandado, pero ello ha de buscarse a la hora de elaborar los Pliegos que han de regirlo, perfilando las cláusulas más convenientes para ello, pero en ningún caso esa búsqueda puede amparar la vulneración de lo establecido en el Pliego una vez aprobado porque ello perjudica de forma esencialísima a los restantes licitadores que acomodan su oferta a las cláusulas aprobadas.”*

Así pues, no observándose defectos ni errores en la tramitación del procedimiento de adjudicación, no resulta admisible la reclamación de ilegalidad de la resolución de adjudicación por el motivo alegado por la recurrente de “alejarse manifiestamente del interés general”.

Respecto a la reclamación de la recurrente de violación del principio de confianza legítima en las actuaciones de la Administración, vista la argumentación que sustenta la misma no se puede valorar más que como una reiteración de los razonamientos previamente expuestos por la recurrente en sus argumentos primero y segundo, a los que ya se ha contestado en los apartados respectivos.

Por último, en cuanto a la pretendida oscuridad de los pliegos aducida por la recurrente en su argumento sexto, dos hechos la desvirtúan completamente:

El primero de ellos es la propia afirmación de la recurrente, ya mencionada, de que *“ En el presente caso el Pliego es tan claro, tan diáfano, que no precisa de esfuerzos interpretativos.”*

El segundo es que se presentaron un total de 11 ofertas en respuesta a la convocatoria del contrato, y la única que aparentemente ha sufrido alguna duda interpretativa sobre el contenido de los pliegos es la de la recurrente, lo que indica que no existe la pretendida oscuridad del clausulado.

Independientemente de ello, el periodo de presentación de ofertas es utilizable por los potenciales licitadores para aclarar con el convocante los aspectos que les resulten necesarios para la confección de las mismas, pero la reclamante no ha dejado constancia en su recurso de haber solicitado ninguna aclaración, ni en su momento efectuó ninguna reclamación contra el contenido de los pliegos, que pasó a aceptar en su integridad en el momento en que presentó su oferta.



**SEXTO.-** Por último, se deben estudiar los posibles efectos derivados de la reclamación de la recurrente.

La reclamación se sustancia en la solicitud de admisión de su oferta en el proceso de valoración y en la retrotracción del mismo al momento de evaluación de los sobres C de los licitadores, evidentemente con la intención de seguir participando en el proceso y de que su oferta fuera también valorada en función del contenido de su sobre A.

Pues bien, la valoración del contenido de su sobre C ya se realizó y figura en el informe emitido por el arquitecto jefe de la Sección de Edificios Propios de la Diputación Foral de Álava y miembro de la Mesa de Contratación que, pese a opinar que la oferta debía de ser excluida, optó por valorar su contenido técnico como medio para mostrar, según el informe remitido en contestación al recurso especial, *“que en contra de lo que el proponente estimaba, su solución no suponía una mejora en los plazos de ejecución de la obra”*.

Como resultado de tal valoración, la oferta de la recurrente fue calificada con **12,37 puntos** de un total de 26 posibles, lo que la situó en el último lugar de las 11 valoradas.

Además, el primer factor que se valoró dentro de los criterios no evaluables mediante fórmulas fue el de rigor y calidad de la oferta, con un total de 3 puntos posibles.

La puntuación obtenida en este apartado por cada licitador fue posteriormente utilizada como coeficiente corrector de las valoraciones del criterio de Mejoras al Plan de trabajo.

La puntuación obtenida por la recurrente en el criterio de rigor y calidad de la oferta fue de 1,70 puntos, lo que aplicado sobre 3 puntos posibles arroja un coeficiente corrector de 0,57.

Si aplicamos tal coeficiente a una valoración máxima posible de 16 puntos para el criterio de Mejoras al Plan de trabajo obtenemos que la puntuación más elevada que la oferta de la recurrente podría alcanzar en este criterio sería de **9,12 puntos**.

El último criterio de adjudicación establecido en el Cuadro de Características fue el del precio, con un máximo de 58 puntos posibles. La particularidad de este criterio es que se asignaban puntuaciones fijas para la realización de una serie de trabajos, de forma que si existía compromiso de realización se otorgaba la puntuación establecida y en caso contrario se valoraba con cero puntos el apartado correspondiente. La única parte variable según fórmula de la puntuación de este criterio eran los 5 puntos asignados a las bajas sobre el tipo de licitación.

Examinado el informe de valoración de los criterios evaluables mediante fórmulas se observa que todas las empresas valoradas han obtenido la puntuación máxima en la parte descrita como de funcionamiento binario (puntos máximos o cero), por lo que la diferencia máxima a la que la recurrente podría aspirar se centraría sobre los 5 puntos otorgables en función de la baja sobre el tipo de licitación.



Ello implica que, suponiendo que la oferta de la recurrente fuera la mejor de las presentadas en el apartado económico, podría obtener **58 puntos** por el criterio precio, mientras que el resto de las presentadas, de acuerdo con el sistema de valoración establecido en el Cuadro de Características, obtendrían un **mínimo de 53 puntos**.

Por lo tanto, y siempre hablando en términos hipotéticos, el mejor escenario posible de valoración para la oferta de la recurrente ofrecería el siguiente cuadro de puntuaciones totales para todas las licitadoras, de acuerdo con el contenido del informe de valoración elaborado para la Mesa de Contratación:

Empresa	Puntuación económica	Puntuación de Plan de trabajo	Puntuación no evaluables mediante fórmulas	Total
Lagunketa, S.A., Zikotz, S.A., Giroa, S.A.U.	53,00	9,80	22,62	85,42
Construcciones Galdiano, Arabako Lanketa, S.L.U.	58,00	9,12	12,37	79,49
Cnes. Lauki, S.A., Acciona Infraestructuras, S.A., Inbisa Construcción (Byco, S.A.)	53,00	7,50	13,18	73,68
Construcciones Murias, S.A.	-	-	-	-
Sacyr, S.A.U., Febide, S.A.U., Altuna y Uria, S.A., Palmiro, S.A.	53,00	9,12	15,74	77,86
Lanbide, Construcciones Amenabar, S.A.	53,00	7,08	14,17	74,25
Dragados, S.A., Construcciones Urrutia, S.A.	53,00	7,04	21,86	81,90
Construcciones Adolfo Sobrino, S.A.; Azaceta, S.A.	53,00	5,12	13,86	71,98
Ferrovial, Onaindía Obras Públicas, S.A.	53,00	8,64	12,24	73,88
Vías y construcciones, S.A., Opacua, Ontzibar	53,00	8,88	15,50	77,38
Isolux-Corsan	53,00	6,48	13,90	73,38

Es decir, que la aplicación de los criterios de valoración establecidos en los pliegos en un escenario en el que se incluyera la oferta de la recurrente y en el que la misma alcanzara las puntuaciones máximas establecidas para los criterios en los que no fue valorada, no



alteraría en ningún caso el resultado final de la adjudicación, puesto que la simulación anterior no contempla puntuación alguna para el resto de las ofertas en el apartado correspondiente a la baja sobre el tipo de licitación, lo que obviamente es irreal, y ni siquiera en tal supuesto la recurrente tendría opciones de alcanzar la adjudicación.

Así pues, de una hipotética estimación del recurso de la reclamante no se derivaría ningún derecho a la adjudicación para la misma. Este hecho afecta a la legitimación de la recurrente para interponer el recurso especial, dado que no habría ningún derecho de la misma afectado por la Resolución de adjudicación recurrida, a la vista de lo anteriormente expuesto.

En tal sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) nº 8388 de 14 octubre de 2003, cuando afirma que:

*“La legitimación es presupuesto inexcusable del proceso, que implica.....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.”*

**SEPTIMO.-** Por último, procede indicar, por lo que se refiere a la solicitud del recurrente de ordenar la suspensión de la tramitación del expediente de contratación, que no se requiere ningún acto expreso para que se produzca tal suspensión, ya que la misma se produce ex lege una vez interpuesto el recurso el recurso especial si el acto recurrido es el de adjudicación, por mandato de lo dispuesto en el artículo 315 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, con las modificaciones introducidas por la Ley 34/2010.

Por todo lo expuesto, y a la vista de los argumentos técnicos contenidos en el informe del Jefe de la Sección de Edificios Propios de la Diputación Foral de Álava, que sustentan de forma suficientemente motivada la decisión final de ÁLAVA AGENCIA DE DESARROLLO de excluir la propuesta de la recurrente, considerando que en tal decisión no se ha incurrido en arbitrariedad o error manifiesto, considerando que no existen motivos que invaliden la adjudicación efectuada y, por último, considerando la falta de legitimación de la recurrente para la interposición del recurso, procede desestimar el recurso especial en materia de contratación presentado por la UTE Construcciones Galdiano – Arabako Lanketa.

**OCTAVO.-** No se aprecian las causas o motivos que justifican la imposición de las multas previstas en el artículo 317.5 LCSP

En consonancia con todo lo anteriormente expuesto, se emite la siguiente,

## RESOLUCION



El Organo Administrativo Foral de Recursos Contractuales, en el Recurso Especial en materia de contratación N° 2011/02 RE, interpuesto por la UTE Construcciones Galdiano – Arabako Lanketa, contra el Acuerdo del Consejo de Administración de Alava Agencia de Desarrollo, de 15 de febrero de 2011, por el que se adjudica el contrato de “Obras de ampliación del Pabellón Fernando Buesa Arena”, resuelve:

- 1.- DESESTIMAR el mismo y confirmar los actos administrativos impugnados por ser conformes a derecho.
- 2.- Acordar el levantamiento de la suspensión del acto de adjudicación.

Contra la presente resolución podrá interponerse, a partir del día siguiente a la recepción de la notificación, recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Vitoria-Gasteiz, de acuerdo con lo previsto en los artículos 8 y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En Vitoria-Gasteiz, a 14 de marzo de 2011