



Erref / Ref: Recurso Especial Bidein Ingeniaritza contra su exclusión en el procedimiento tramitado por Álava Agencia de Desarrollo, S.A. para contratar la Redacción del Proyecto de construcción de pabellón industrial y la posterior dirección de obra en una parcela de su propiedad situada en el Polígono Industrial de Subillabide.

Esp Zenb / N° exp: 2015/01- RE

RESOLUCIÓN Nº 3/2015

En Vitoria-Gasteiz, a 9 de marzo de 2015

El Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales de la Diputación Foral de Álava, ha dictado la siguiente RESOLUCIÓN en el Recurso Especial en materia de contratación interpuesto por BIDEIN INGENIARITZA contra el acuerdo de la Mesa de Contratación del procedimiento promovido por la Sociedad Pública Álava Agencia de Desarrollo, S.A. para contratar la Redacción del Proyecto de construcción de pabellón industrial y la posterior dirección de obra en una parcela de su propiedad situada en el Polígono Industrial de Subillabide (Iruña de OCA).

Son partes en dicho recurso: como RECURRENTE D. C.G.U., en nombre y representación de BIDEIN INGENIARITZA; y como DEMANDADA la sociedad pública ÁLAVA AGENCIA DE DESARROLLO (en adelante AAD).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Consejo de Administración de AAD de 25 de noviembre de 2014 acordó iniciar los trámites para contratación del proyecto y dirección de la obra de la construcción de una nave industrial en el polígono Subillabide, con destino a un arrendamiento futuro a un inversor con un importante compromiso de inversión económica, superior a 20 millones de euros y de creación de más de 70 puestos directos de trabajo. La inversión a realizar por AAD se cifra en a 7,5 millones de euros (suelo y nave industrial), de los que 5,95 corresponden a la nave.

En dicho Consejo se encargó a los servicios técnicos de AAD la redacción de los pliegos de condiciones técnicas y administrativas. Dichos pliegos se aprobaron por la Dirección Gerencia el 15 de diciembre de 2014, previo informe de la necesidad de tramitación urgente del procedimiento, en razón a los términos del acuerdo alcanzado con el futuro arrendatario inversor de puesta a su disposición de la nave en la fase 1 (que incluye la ejecución y



finalización de las obras de construcción) antes del 15 de septiembre de 2015 y en la fase 2 (limitada exclusivamente a la finalización de la superficie de la nave destinada oficinas) antes del 30 de octubre de 2015. La entrega de la fase 1 tiene como objetivo esencial la posibilidad de que la arrendataria pueda iniciar actuaciones de adecuación de la nave a su actividad, estipulándose unas penalizaciones por retraso a partir del decimosexto (16) día natural de retraso de 5.000 euros diarios, sin perjuicio de la obligación adicional de AAD de resarcir a la arrendataria todos los daños y perjuicios que el retraso pudiera originar.

El tipo de licitación para el contrato de redacción del proyecto y dirección de la obra se fija en 270.000 euros, IVA excluido. El plazo para la redacción del proyecto de construcción se señala en dos (2) meses y para la dirección de la obra en ocho (8) meses.

El pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) fue objeto de modificación el 7 de enero de 2015 (publicada en el perfil del contratante el día 8) en lo relativo a la cláusula 7.2.e) dedicada a la solvencia económica y financiera, y a la solvencia técnica y profesional. Dicha modificación responde a diversas consultas y a la necesidad de aclarar los requisitos de la solvencia en el sentido de recoger que en la solvencia económico y financiera, el volumen de negocio será, al menos, en uno de los tres (3) últimos años de importe igual o superior al tipo de licitación (antes decía precio del contrato) y en la solvencia técnica o profesional la celebración de un contrato será en el ámbito de la actividad correspondiente al objeto del contrato cuyo importe individual sea igual o superior a 75% del tipo de licitación cuando antes decía igual o superior al precio del contrato.

SEGUNDO. El anuncio de licitación se publicó en el perfil del contratante de la sociedad pública el 22 de diciembre de 2014, en el Diario Oficial de la Unión Europea el 23 de diciembre de 2014 y en Boletín Oficial del Estado el 1 de enero de 2015.

El plazo de presentación de ofertas finalizó el 28 de enero de 2015, habiéndose presentado 14 licitadores.

TERCERO. La cronología de los actos que constan en el expediente es la siguiente:

Con fecha 4 de febrero de 2015 la Mesa de Contratación emite *Acta de Apertura de Plicas Sobre B* (Capacidad para contratar), en la que pone de manifiesto que las ofertas de cinco de las empresas presentadas a la licitación, entre ellas la recurrente, no se admiten para su estudio por no cumplir con los requisitos de aptitud y capacidad exigidos en el PCAP.

Con fecha 9 de febrero de 2015 se procede por la Mesa de Contratación a la *Apertura de Plicas Sobre C* (Requisitos Técnicos), emitiendo acta al efecto, en la que se recoge que se informó a los asistentes de la exclusión de la licitación de las cinco empresas mencionadas por no acreditar la celebración de un contrato en el ámbito de la actividad correspondiente al objeto del mismo, es decir, a la redacción de proyectos y dirección de obra en el ámbito de la edificación industrial en general por importe igual o superior al 75% del contrato. Asimismo, se deja constancia de que se invitó a las empresas excluidas a retirar, si lo deseaban, la documentación presentada, haciéndolo las tres empresas licitadoras excluidas que estaban presentes en ese acto, procediendo posteriormente a la apertura del sobre "C" y recordando que, conforme a lo establecido en el PCAP, sólo se abrirá la oferta económica de las empresas cuya valoración técnica alcance al menos el 50% de la valoración máxima posible.

Consta en el expediente la comunicación a las empresas excluidas de los motivos de su exclusión. En el caso de la recurrente, la notificación se realizó el 11 de febrero de 2015.

Con fecha 11 de febrero de 2015 se reúne la Mesa de Contratación para proceder a la *Apertura de Plicas Sobre A* (Proposición económica y otros criterios evaluables mediante fórmulas). Se da lectura de la valoración de los criterios técnicos no evaluables mediante fórmulas, pasando



posteriormente a la apertura del sobre “A” sólo de las tres empresas cuya valoración técnica ha alcanzado el mínimo de valoración exigido conforme a lo establecido en el PCAP.

Con fecha 12 de febrero de 2015 la Mesa de Contratación emite acta *Propuesta de Adjudicación* a favor de la sociedad mercantil IDOM INGENIERÍA Y CONSULTORÍA, S.A. por un importe de 179.000,00 euros (IVA excl.) y con esa misma fecha se publica en el Perfil del Contratante la adjudicación de este contrato.

Con fecha 17 de febrero de 2015 el Director-Gerente de AAD remite escrito a la empresa IDOM notificando que su propuesta ha resultado la económicamente más ventajosa, requiriéndole para que en el plazo de cinco días hábiles, contados desde el siguiente a aquel en que reciba la notificación, constituya la garantía definitiva del 5% del importe de adjudicación con exclusión del IVA, habiendo depositado el aval el 18 de febrero.

Con fecha 18 de febrero de 2015 se remite escrito con la información mencionada en el párrafo anterior al resto de empresas licitadoras que no habían resultado excluidas en la primera fase.

CUARTO. El 19 de febrero de 2015 tiene entrada en la sociedad pública AAD recurso de reposición interpuesto por D. C.G.U., en nombre y representación de BIDEIN INGENIARITZA, frente al acto de exclusión de la mercantil en el expediente de referencia, en el que además de invocar la nulidad de la exclusión y la retroacción del expediente y el procedimiento de adjudicación a un momento anterior a dicha nulidad, solicita que no se prosiga con la adjudicación en tanto en cuanto no se resuelva el recurso, so pena de las responsabilidades de diferente índole en que se pudiera incurrir.

QUINTO.- Este recurso fue trasladado por el órgano de contratación al Órgano Administrativo Foral de Recursos contractuales el 3 de marzo de 2015 y con esa misma fecha este Órgano le solicitó, de conformidad con lo previsto en el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLSCP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, 14 de noviembre, la remisión en el plazo de dos días hábiles del expediente de contratación completo, acompañado de un informe del órgano gestor del expediente. La documentación solicitada se remitió con fecha 6 de marzo, sin que en su informe se haya pronunciado sobre la adopción de las medidas provisionales solicitadas por la recurrente.

SEXTO.- El día 6 de marzo de 2015 este Órgano da traslado de la interposición del recurso a los restantes licitadores, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa BIDEIN INGENIARITZA para interponer recurso, como licitadora en el procedimiento de referencia y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP.

SEGUNDO.- Constituye el objeto del recurso el acto de la Mesa de Contratación por el que se excluye a la empresa recurrente del proceso de licitación promovido por la Sociedad Pública Álava Agencia de Desarrollo, S.A. para contratar la Redacción del Proyecto de construcción de pabellón industrial y la posterior dirección de obra en una parcela de su propiedad situada en el Polígono Industrial de Subillabide (Iruña de OCA).



TERCERO.- Con carácter previo al examen del cumplimiento del resto de los requisitos formales del recurso, es preciso examinar si el mismo ha sido interpuesto ante el órgano competente para resolverlo, en cuanto que se califica por el recurrente como «de reposición» y se interpone ante el órgano de contratación. A este respecto hay que indicar que el artículo 110.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone que «el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter».

El artículo 40 del TRLCSP delimita cuales son los actos susceptibles de recurso especial en materia de contratación. Tratándose de un contrato de servicios de los comprendidos en la categoría 12 (Servicios de arquitectura; servicios de ingeniería y servicios integrados de ingeniería; servicios de planificación urbana y servicios de arquitectura paisajista. Servicios conexos de consultores en ciencia y tecnología. Servicios de ensayos y análisis técnicos) del Anexo II del TRLCSP, cuyo valor estimado (precio del contrato más posibles prórrogas previstas) asciende a 270.000,00 euros (IVA excl.), se cumplen los requisitos exigidos en el citado artículo para poder considerar el acto impugnado susceptible de recurso especial en materia de contratación.

En concreto, según el artículo 40.1 del TRLCSP serán susceptibles del recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de dicho precepto cuando se refieran -entre otros- a los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada (aquéllos comprendidos en las categorías 1 a 16 del citado Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a 207.000 euros). Y son actos recurribles, entre otros, los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar con el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de los licitadores (art. 40.2. b).

Por lo expuesto, este Órgano recalifica el escrito como recurso especial en materia de contratación, dándole el trámite previsto en el TRLCSP, reconduciendo así pretensiones erróneamente calificadas. Se trata, en último término, y tal como recoge también el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su resolución 104/2013, de una aplicación del principio “*pro actione*”, que aboga por dar a la pretensión de los interesados la calificación “*tendente a favorecer su tramitación y el ejercicio de su acción*” (Dictamen del Consejo de Estado de 24 de febrero de 1994 – expediente 8/1994-).

CUARTO.- La recurrente solicita la medida provisional de no continuar con la adjudicación del contrato en el escrito de interposición del recurso, por lo que ha de estarse, respecto a su tramitación y adopción, a lo dispuesto en el artículo 46.3 del TRLCSP, según el cual “*Dentro de los cinco días hábiles siguientes a la interposición del recurso, dará traslado del mismo a los restantes interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, y, de forma simultánea a este trámite, decidirá, en el plazo de cinco días hábiles, acerca de las medidas cautelares si se hubiese solicitado la adopción de alguna en el escrito de interposición del recurso o se hubiera procedido a la acumulación prevista en el párrafo tercero del artículo 43.2. A la adopción de estas medidas será de aplicación, en todo caso, lo dispuesto en el artículo 43 en cuanto a la audiencia del órgano de contratación. Serán igualmente aplicables los apartados 3 y 4 del citado artículo.(...)*”.

Y según el artículo 47 del TRLCSP, “*4. La resolución deberá acordar, también, el levantamiento de la suspensión del acto de adjudicación si en el momento de dictarla continuase suspendido, así como de las restantes medidas cautelares que se hubieran acordado*”.



y la devolución de las garantías cuya constitución se hubiera exigido para la efectividad de las mismas, si procediera.

5. 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.”

QUINTO.- Bajo la regulación legal actual, la solicitud de medidas provisionales puede realizarse por el recurrente antes (art. 43.1 del TRLCSP), en el mismo momento (art. 44.2 del TRLCP), o con posterioridad a la interposición del recurso-, siempre en un momento anterior a su resolución- (art.46.3 segundo párrafo del TRLCSP).

En cualquier caso, tal como señala el artículo 43.1 del TRLCSP, “*las medidas provisionales irán dirigidas a corregir infracciones del procedimiento o a impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, y podrán estar incluidas, entre ellas, las destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación*”.

SEXTO.- El artículo 45 del TRLCSP contempla la suspensión automática de la tramitación del expediente de contratación en el caso de que el acto recurrido sea la adjudicación, entendiéndose vigente en tanto no se dicte resolución expresa acordando el levantamiento, tal como se prevé en el artículo 46.3 del TRLCSP, si bien no se contempla esta suspensión para otros actos recurridos, por lo que se deduce que para que opere la suspensión en estos casos se debe solicitar expresamente por el recurrente, como en el caso que nos ocupa.

En la legislación de contratos públicos no se definen los parámetros sobre los que adoptar o denegar las medidas provisionales. En este sentido, cabe entender que los requisitos exigidos por el Tribunal Supremo con relación al proceso cautelar en el ámbito judicial, son de aplicación en el marco del procedimiento del recurso especial, y así lo entiende, entre otros, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en su Resolución 74/2013.

El Tribunal Supremo señala que toda decisión sobre las medidas cautelares debe adoptarse ponderando las circunstancias del caso y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional, que puede resumirse en los siguientes puntos:

- Necesidad de justificación o prueba, aún incompleta, de aquellas circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida. La mera alegación sin prueba no permite estimar como probado que la ejecución del acto impugnado pueda ocasionar perjuicios de imposible o difícil reparación.
- El *periculum in mora*: la medida ha de ir encaminada a asegurar que la futura resolución del procedimiento principal pueda llevarse a la práctica de modo útil.
- Ponderación de los intereses concurrentes: Se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar o no la suspensión según el grado en que dicho interés esté en juego.
- La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*). Tal doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la resolución definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar.



SÉPTIMO.- La recurrente solicita que no se prosiga con la adjudicación en tanto en cuanto el recurso no quede resuelto, so pena de responsabilidades de diferente índole en que se pudiera incurrir, si bien no concreta los perjuicios que se pudieran colegir de la continuidad de la tramitación del expediente.

Hay que tener en cuenta que el proceso cautelar debe asegurar la eficacia de la resolución del recurso y que, sin perjuicio del posterior análisis del recurso que se realice, la continuidad del procedimiento podría causar perjuicios a los intereses afectados si se llegara a adjudicar el contrato, por lo que una eventual estimación del recurso obligaría a retrotraer las actuaciones y a dejar sin efecto actos declarativos de derechos. Por ello, en el supuesto analizado, la suspensión de la licitación parece la mejor forma de garantizar eficacia de la resolución del recurso.

OCTAVO.- Sin prejuzgar la cuestión de fondo planteada en el recurso, al objeto de propiciar y favorecer el efecto útil del recurso planteado con plenitud de efectos, este Órgano Foral de Recursos Contractuales emite la siguiente

RESOLUCIÓN

Aprobar la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación aprobado por la Sociedad Pública Álava Agencia de Desarrollo, S.A. para la *Redacción del Proyecto de construcción de pabellón industrial y la posterior dirección de obra en una parcela de su propiedad situada en el Polígono Industrial de Subillabide (Iruña de OCA)* hasta que recaiga resolución en el recurso promovido por D. C.G.U., en nombre y representación de BIDEIN INGENIARITZA.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno, sin perjuicio del que proceda contra la resolución que se dicte en el procedimiento principal del recurso.