

Recurso nº 14/2012

Resolución nº 24/2012

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCIA**

En Sevilla, a 14 de marzo de 2012

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto el día 9 de febrero de 2012 por las empresas ACCIONA INFRAESTRUCTURAS, S.A, INSTALACIONES INABENSA, S.A. Y MONTEALTO INFRAESTRUCTURAS, S.A. , contra la resolución de adjudicación de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Gobernación y Justicia de 27 de diciembre de 2011, en relación al contrato “Constitución de un derecho de superficie para la construcción, conservación y explotación de un edificio destinado a ser la ciudad de la justicia de Córdoba mediante arrendamiento a la Comunidad Autónoma de Andalucía ” (Expte. 34/11/6); este Tribunal, en el día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La Secretaría General Técnica de la Consejería de Gobernación y Justicia, convocó mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía nº 69 de fecha de 7 de abril de 2011 y en el BOE nº 83 de la misma fecha, licitación para la adjudicación por procedimiento abierto del contrato denominado: “Constitución de un derecho de superficie para la construcción, conservación y explotación de un edificio destinado a ser la Ciudad de la Justicia de Córdoba mediante arrendamiento a la Comunidad Autónoma” (Expte. 34/11/6) en el que, entre otras, presentaron ofertas las empresas recurrentes.

SEGUNDO. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la anterior y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Mediante resolución de 27 de diciembre de 2011, publicada en el Perfil del contratante el día 23 de enero de 2012 y notificada ese mismo día mediante fax a los distintos licitadores, se adjudicó el referido contrato a la sociedad mercantil “CIUDAD DE LA JUSTICIA S.A.” constituida por las entidades CORSAN-COVIAN CONSTRUCCION S.A., COPCISA INDUSTRIAL S.L.U. y DETEA S.A., por un importe anual en concepto de alquiler del edificio en el momento de la puesta a disposición y entrada en funcionamiento del mismo de 8.269.439 €.

TERCERO. Contra la citada resolución, las empresas ACCIONA INFRAESTRUCTURAS S.A, INSTALACIONES INABENSA S.A. y MONTEALTO INFRAESTRUCTURAS S.A., interpusieron recurso especial en materia de contratación, que tuvo entrada en el registro de este Tribunal el 9 de febrero de 2012.

Los recurrentes anunciaron previamente al órgano de contratación la interposición de dicho recurso el día 6 de febrero de 2012, conforme a lo preceptuado en el artículo 44.1 del TRLCSP.

CUARTO. Con fecha de 13 de febrero de 2012 se requirió a los recurrentes para que subsanaran la falta de acreditación de la representación del compareciente a efectos de interposición de recursos ante este Tribunal; lo que fue subsanado en fecha de 17 de febrero de 2012.

A solicitud de este Tribunal de fecha de 20 de febrero de 2012, el órgano de contratación remitió el 24 de febrero de 2012 el expediente de contratación, su informe respecto al recurso y una relación de las empresas licitadoras con indicación de los domicilios a efectos de notificaciones.

El 29 de febrero de 2012, por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso interpuesto a las empresas interesadas por el correo electrónico designado por las mismas a efectos de su relación con el Tribunal en este procedimiento, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

Habiendo presentado alegaciones las empresas DETEA S.A., COPCISA INDUSTRIAL, S.L.U. Y CORSAN CORVIAM CONSTRUCCION, S.A. con fecha de 6 de marzo de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La competencia de este Tribunal viene establecida en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO: Ostenta legitimación el recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitador en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO: Antes de entrar a analizar la cuestión de fondo del mismo, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto en plazo, de acuerdo con el artículo 44.2 del TRLCSP. La resolución de adjudicación recurrida se notificó a los recurrentes el día 23 de enero de 2012 y el recurso tuvo entrada en el registro de este Tribunal el día 9 de febrero de 2012, por lo que está interpuesto dentro del plazo previsto para ello.

CUARTO: Visto lo anterior, es necesario discernir si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, resultan susceptibles de recurso en esta vía.

El objeto del recurso es la resolución de adjudicación del contrato calificado en el pliego de cláusulas administrativas particulares de contrato administrativo especial, por lo que, en principio, no coincide con ninguno de los tipos contractuales que el artículo 40.1 del TRLCSP, dispone como susceptibles de recurso especial en materia de contratación.

Ahora bien, la calificación que el pliego haga del contrato no debe condicionar la competencia de este Tribunal sino que es necesario atender a la definición que de cada tipo contractual hace la propia Ley de Contratos del Sector Público.

En este sentido se pronunció el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su resolución 203/2011, indicando que:

<<<Sin embargo, la previa calificación en el pliego de este contrato como administrativo especial no excluye la posibilidad de que el Tribunal compruebe si tal calificación se corresponde con lo establecido al respecto en la Ley de Contratos del Sector Público y, en especial, con la posibilidad de que, dadas las características y contenido de la prestación prevista, el contrato pueda ser subsumido bajo alguno de los tipos contractuales regulados en ella. La razón que fundamenta esta potestad del Tribunal se encuentra en el propio carácter de la regulación del recurso especial en materia de contratación. En efecto, la posibilidad de recurrir a través de la vía del recurso especial en materia de contratación viene impuesta por las normas de la Directiva 89/665/CEE, en la redacción dada por la 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007, del Parlamento y el Consejo Europeo.

Así, aceptar la calificación que hace el pliego, y considerar, por ello, que el contrato está excluido de la posibilidad de recurrir los actos preparatorios y del procedimiento de adjudicación que a él se refieren, podría constituir una infracción de la Directiva mencionada. En efecto, su artículo 1 establece que *“La presente Directiva se aplica a los contratos a que se refiere la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004”*. Ello significa que para determinar si un contrato en particular se encuentra o no incluido entre los enumerados en el artículo 310.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, norma de derecho interno que incorpora el precepto transcrito de la Directiva, debe atenderse a los criterios de calificación que contiene la Ley de Contratos del Sector Público en sus artículos 5 a 11 y no a los de otras normas del derecho nacional o a lo recogido en el propio pliego.>>>

El contrato en cuestión, se denomina “Constitución de un derecho de superficie para la construcción, conservación y explotación de un edificio destinado a ser la Ciudad de la Justicia de Córdoba mediante arrendamiento a la Comunidad Autónoma de Andalucía” y comprende las siguientes prestaciones: la Administración cede un derecho de superficie sobre un terreno propiedad de la misma a un tercero, durante un tiempo determinado (25 años) con el fin de que construya el edificio destinado a ser la Ciudad de la Justicia de Córdoba, se lo arriende a la Administración y realice la explotación del mismo según las determinaciones del pliego; a cambio la Administración le paga una cuota en concepto de alquiler. El arrendador asume los riesgos y beneficios inherentes a la propiedad y la explotación del edificio y una vez vencido el plazo del derecho de superficie, la titularidad y los bienes revierten a la Administración.

En este caso, se unen en un único expediente contractual prestaciones propias de contratos privados como son la constitución del derecho de superficie sobre la parcela propiedad de la Administración, que se rige por lo dispuesto en los artículos 40 y 41 del Texto Refundido de la Ley del Suelo (Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio) y el arrendamiento del edificio una vez construido que se rige por la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre) y con carácter supletorio por las restantes normas de derecho privado. Y por otro lado, se establecen prestaciones que pudieran tener encaje en el contrato de concesión de obra pública, en la medida que el adjudicatario se obliga a construir el edificio y a explotarlo a su riesgo y ventura recibiendo como contraprestación, no solo el derecho a explotarlo sino el precio que pagará la Administración en concepto de renta por el arrendamiento del edificio a la misma.

El contrato así descrito, no puede ser considerado como contrato administrativo especial, como lo califica el pliego, en la medida que el artículo 19 del TRLCSP al definir éstos en su apartado b) dispone que han de “*estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del artículo 20.1, o por declararlo así una Ley*”. Y como se ha indicado, el mismo comprende prestaciones propias de contratos privados con otras de contratos administrativos.

Descartada por tanto la naturaleza de contrato administrativo especial por las razones expuestas y que, por tanto, no sería susceptible de recurso especial en materia de contratación; sin embargo, el contrato descrito puede tener encaje en el concepto de contrato de colaboración entre el sector público y privado, definido en el artículo 11 del TRLCSP como:

“Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquellos en que una Administración Pública o una Entidad pública empresarial u organismo similar de las Comunidades Autónomas encarga a una entidad de derecho privado, por un período determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actividad global integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general , comprenda alguna de las siguientes prestaciones:

- a) La construcción, instalación o transformación de obras (.....)*
- b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas (...)*”

El contrato objeto del recurso comprende una actuación global para construir una obra pública, esto es, el edificio con destino a la Ciudad de la Justicia de Córdoba y como contraprestación el contratista recibe el pago de la renta por la Administración como consecuencia del arrendamiento del edificio a la misma así como los derechos derivados de la explotación del mismo.

Así, en el propio expediente de contratación se justificó el contrato como de colaboración entre el sector público y privado “en el contexto de limitaciones financieras en el presupuesto de las Administraciones Públicas”.

Por ello, al amparo del artículo 40.1 del TRLCSP al ser un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, es susceptible de recurso especial en materia de

contratación y siendo el acto recurrido, la resolución de adjudicación, según el apartado 2 del mismo precepto, es un acto objeto de dicho recurso.

QUINTO: El recurrente en su escrito de interposición plantea como cuestión de fondo que le sirve de fundamento a la impugnación, su discrepancia con la puntuación asignada a su proposición en los aspectos valorados mediante criterios dependientes de un juicio de valor, indicando que “se ha llevado a cabo de forma incorrecta y.....arbitraria , de tal forma, que de haberse hecho de forma correcta el resultado habría sido una valoración distinta.....y la oferta Acciona obtendría una mayor puntuación que la oferta Corsán y, en consecuencia , la oferta Acciona resultaría adjudicataria del contrato”.

En relación a ello, hay que indicar como punto de partida, tal y como ha puesto de manifiesto el Tribunal de Contratación Pública de Aragón, en el acuerdo 14/2011, entre otros , que “la función de este Tribunal 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 valora los distintos criterios de adjudicación, en tanto se cumplan las formalidades jurídicas, exista motivación y la misma resulte racional y razonable.

En definitiva, corresponde a este Tribunal comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, respetando los principios de la contratación, y que, no existiendo un error material, la valoración se ajusta a los cánones de la discrecionalidad técnica y existe motivación adecuada y suficiente”.

En concreto el recurso cuestiona la errónea valoración de tres aspectos evaluables mediante juicios de valor según el pliego:

- 1) Valoración relativa a la obligación de conservación, mantenimiento y disponibilidad, dentro de la propuesta técnica del derecho de superficie (valorable hasta un máximo de 9 puntos)

En este apartado la recurrente obtuvo una puntuación de 7,35 puntos y la adjudicataria 7,40 puntos. Lo que realiza el recurrente son consideraciones de carácter subjetivo en cuanto a la valoración de este apartado por la Comisión Técnica, pero sin aportar nada objetivo que pueda evidenciar un error en la valoración realizada.

La única cuestión objetiva a la que alude es la relativa a la valoración de la inversión de reposición durante la ejecución del contrato, siendo la ofertada por la misma superior a la de la adjudicataria. Sin embargo, tal criterio no está previsto como susceptible de valoración en el pliego donde en relación al aspecto que estamos analizando se indica que :

“La puntuación se asignará por la valoración del Plan Ofertado de Conservación y Mantenimiento presentado, y en particular:

- Memoria descriptiva de la ejecución del mantenimiento
- Plan de mantenimiento preventivo
- Plan de mantenimiento conductivo
- Plan de mantenimiento substitutivo
- Se valorarán favorablemente las propuestas que impliquen un incremento de la calidad del servicio; reducción de frecuencias, nuevas operaciones de mantenimiento, equipamientos adicionales a mantener, servicios adicionales (auditorías, termografías, estudios, etc.), tecnologías que redunden en la calidad (PDA's) , etc”

Por tanto, aunque la valoración de la inversión por reposición que oferta la recurrente sea superior a la de la adjudicataria, tal criterio no es valorable de acuerdo con el pliego, por lo que no es determinante de la puntuación dada a ambos licitadores en este apartado.

2) Proposición económico-financiera del derecho de superficie (valorable hasta un máximo de 5 puntos)

En este apartado la recurrente obtuvo una puntuación de 5 puntos y la adjudicataria 3,5 puntos, por lo que la recurrente obtuvo la máxima puntuación y en el recurso se centra en rebatir la puntuación dada a la adjudicataria en este apartado, no en cuestionar la puntuación obtenida por ella.

Cuestiona por un lado, que se haya valorado la viabilidad del plan económico financiero de la adjudicataria en 2,25 puntos cuando no incluyó parte de la documentación exigida en la cláusula 11.2.2 del pliego.

El anexo II del pliego establece que para la valoración de la viabilidad de los instrumentos de financiación “se valorará la documentación exigida en las cláusulas 11.2.1.o y 11.2.2.c.2 del presente Pliego”.

En el informe de la Comisión Técnica, respecto a la oferta de la adjudicataria, se indicó que: “La valoración de la oferta presentada por estas empresas, en este apartado es de 2,25 puntos, puesto que aportan parte de la documentación exigida en el PCAP, habiéndose detectado las siguientes incidencias:

No ofrece en la información económica detalle de las mediciones y precios unitarios vinculados al coste de inversión de la construcción, tal y como se establece en el apartado 1.6 de la cláusula 11.2.2.c)

(...)”

La cláusula 11.2.2 del Pliego se refiere a la documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante juicios de valor y precisamente, el hecho de que dicha documentación no esté completa determina que se le dé menor puntuación y sólo se valore en 2,25 puntos .

Por otro lado, en relación a la valoración del estudio de viabilidad de los instrumentos de financiación en 1,25 puntos al adjudicatario, el recurrente cuestiona dicha valoración alegando que “ no ofrece un análisis de los riesgos constructivos y de explotación, no aporta compromisos de financiación, y tampoco identifica el compromiso individual de participación de cada socio” y en consecuencia se le debía haber valorado con 0 puntos.

Todas estas cuestiones suponen hacer una valoración paralela por parte del recurrente respecto a los criterios valorados mediante juicios de valor por la comisión técnica, en la que este Tribunal no puede entrar puesto que no puede sustituir el juicio de los técnicos en estos aspectos meramente técnicos y no jurídicos.

3) Limpieza (valorable hasta un máximo de 9,7 puntos)

En este apartado el recurrente obtuvo una puntuación de 7,83 puntos y la adjudicataria 7,48 puntos.

Entiende el recurrente que se le ha dado menos puntuación en este apartado de la que se merece debido a que, según el informe de la comisión técnica, no aporta el certificado de clasificación de la empresa encargada de la limpieza y alega que dicho certificado si está en la documentación aportada.

Sin embargo, aunque se hace dicha indicación en el informe de la comisión técnica, tal circunstancia es irrelevante a efectos de la puntuación dada, puesto que el Anexo II del pliego no lo recoge entre los criterios a tener en cuenta para la valoración del apartado relativo a la limpieza.

Por lo que lo alegado por el recurrente no desvirtúa la valoración hecha por la Comisión Técnica respecto a los criterios de adjudicación valorables mediante juicios de valor.

SEXTO: Este Tribunal, siguiendo el criterio ya asentado en otros tribunales como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su resolución 176/2011, entre otras, entiende que los criterios evaluables en función de juicios de valor tienen la peculiaridad de que se refieren en todo caso a cuestiones que por sus características no pueden ser evaluadas aplicando procesos que den resultados precisos predeterminables. Por el contrario, aun cuando se valoren en términos absolutamente objetivos no es posible prever de antemano con certeza cuál será el resultado de la valoración. Básicamente los elementos de juicio a considerar para establecer la puntuación que procede asignar por tales criterios a cada proposición descansan sobre cuestiones de carácter técnico.

Este Tribunal considera de plena aplicación a tales casos la doctrina reiteradamente sostenida por nuestro Tribunal Supremo con respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas

valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios o que finalmente no se haya incurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración.

Por lo que al caso objeto del presente recurso se refiere, debe entenderse de aplicación efectivamente dicha doctrina. En consecuencia, no apreciándose que concurra infracción del ordenamiento jurídico en ninguno de sus aspectos formales ni la existencia de aplicación arbitraria o errónea de los criterios, no cabe sino que este Tribunal lejos de desvirtuar el resultado de la valoración efectuada, la confirme en todos sus términos.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en el día de la fecha **RESUELVE**:

Primero. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las empresas ACCIONA INFRAESTRUCTURAS, S.A, INSTALACIONES INABENSA, S.A. Y MONTEALTO INFRAESTRUCTURAS, S.A., contra la resolución de adjudicación de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Gobernación y Justicia de 27 de diciembre de 2011, en relación al contrato “Constitución de un derecho de superficie para la construcción, conservación y explotación de un edificio destinado a ser la Ciudad de la Justicia de Córdoba mediante arrendamiento a la Comunidad Autónoma de Andalucía ” (Expte. 34/11/6), la que confirma en todos sus extremos.

Segundo. Levantar la suspensión automática del expediente de contratación prevista en el artículo 45 del TRLCSP, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.4 de la citada Ley.

Tercero Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo 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.

LA PRESIDENTA