

**RECURSO 4/2019
RESOLUCIÓN 23/2019**

Resolución 23/2019, de 7 de marzo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se estima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Yárritu S.A. y Construcciones Ojembarrena, S.L., frente al Acuerdo de 6 de septiembre de 2018 del Pleno del Ayuntamiento de Miranda de Ebro (Burgos) por el que se acuerda la contratación de las obras de construcción del edificio de piscinas climatizadas en el polideportivo municipal de Anduva y la gestión integral de las instalaciones de depuración mediante el procedimiento negociado sin publicidad.

Primero.- Mediante Acuerdo de 6 de septiembre de 2018, del Pleno del Ayuntamiento de Miranda de Ebro (Burgos), se inicia el expediente para la contratación de las obras de construcción del edificio de piscinas climatizadas en el polideportivo municipal de Anduva y la gestión integral de las instalaciones de depuración mediante el procedimiento negociado sin publicidad.

El valor estimado del contrato asciende a 3.305.701 euros.

Segundo.- Procede destacar del expediente remitido, como antecedentes de interés, los siguientes:

- El contrato había sido sometido a licitación por procedimiento abierto, al que se presentaron 8 empresas, 7 de ellas fueron excluidas por la Mesa de y confirmado por el órgano de contratación por incumplimiento del formato al presentar la oferta de la memoria técnica. No se produce la apertura de la oferta económica respecto a estas.

Varias de las empresas presentan alegaciones en relación con la exclusión, manteniéndose no obstante la inadmisibilidad de las ofertas.

- Sólo una de las ofertas presentadas (la presentada por el compromiso de UTE por Yárritu S.A. y Construcciones Ojembarrena, S.L.) se considera por la Mesa que cumple con las prescripciones del pliego en cuanto a la memoria y, previo informe técnico sobre aquella y tras la apertura de la

oferta económica, la Mesa de contratación propone la adjudicación del contrato, que es rechazada por el órgano de contratación al considerar, nuevamente, que la memoria excede de los 25 folios exigidos por los pliegos.

- El Ayuntamiento de Miranda de Ebro declara desierto el procedimiento de contratación por considerar irregulares e inaceptables todas las ofertas presentadas y propone así, en aplicación del artículo 167.e) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), acudir al procedimiento negociado sin publicidad con inclusión de todos los licitadores que han participado en el procedimiento.

- Las cláusulas generales del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) que regían el contrato sufren una modificación en el nuevo procedimiento, en cuanto al criterio precio, único criterio de negociación, modificándose tanto la fórmula de obtención de la puntuación de las ofertas y el método de cálculo de las bajas temerarias (del 15% sobre el precio de licitación, a ser determinadas conforme al artículo 85 del Reglamento de Contratos de las Administraciones Públicas).

- Por Acuerdo de 6 de septiembre, del Pleno del Ayuntamiento de Miranda de Ebro, se inicia el expediente de contratación mediante el procedimiento negociado sin publicidad para la contratación de las obras de construcción del edificio de piscinas climatizadas en el polideportivo municipal de Anduva y la gestión integral de las instalaciones de depuración mediante el procedimiento negociado sin publicidad; se aprueba el pliego con la modificación indicada; se acuerda consultar a las empresas que se presentaron en el procedimiento anterior y se nombra directora de obra y responsable del contrato.

Tercero.- Notificado dicho Acuerdo el 8 de septiembre, con fecha de 9 de octubre las mercantiles Yárritu S.A. y Construcciones Ojembarrena, S.L., empresas que se presentaron a la anterior licitación en compromiso de constituirse en UTE, presentan ante el órgano de contratación un recurso de reposición contra el Acuerdo de 6 de septiembre.

En síntesis, los motivos de su recurso pueden sistematizarse de la siguiente manera:

- El Acuerdo impugnado se adopta en el mismo Pleno en que se acuerda declarar desierta la adjudicación del contrato tramitado por procedimiento abierto y se adopta sin haber esperado a la firmeza de la declaración de desierta de la anterior licitación.

- La alteración de los pliegos supone una modificación sustancial de aquel, al resultar absolutamente diferente licitar con diferentes límites máximos de baja; lo que a la competencia entre empresas; se ha producido una discriminación, por cuanto su oferta económica ha sido desvelada, por lo que se considera ilegal adjudicar la obra mediante procedimiento negociado.

Cuarto.- Previo informe del Servicio de Contratación y Patrimonio y de la Secretaría General, el 19 de diciembre de 2018 se acuerda inadmitir el recurso de reposición interpuesto y remitirlo a este Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por si pudiera ser constitutivo de un recurso especial en materia de contratación.

Quinto.- El 17 de enero de 2019 se remite a este Tribunal el expediente y el informe del órgano de contratación,

Sexto.- Admitido a trámite en la misma fecha, se le asigna el número de referencia 4/2019.

Séptimo.- Mediante Acuerdo de 7 de febrero de 2019 se solicita documentación complementaria a efectos de completar el expediente

El 20 de febrero de 2019 se da cumplimiento a dicho requerimiento.

Octavo.- Concedido trámite de audiencia al resto de licitadores, no consta que se hayan presentado alegaciones.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º.- La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León en

virtud de lo dispuesto en los artículos 46.1 de la LCSP y 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

2º.- Este procedimiento del recurso especial se tramita de acuerdo con lo previsto en el capítulo V, título I del libro primero (artículos 44 y siguientes) de la LCSP.

3º.- El recurrente califica el escrito de interposición como recurso de reposición, si bien es remitido a este Tribunal por si pudiera ser considerado como recurso especial en materia de contratación, a lo que debe darse respuesta positiva en base a que dicho recurso se ha interpuesto contra uno de los actos susceptibles de recurso especial en materia de contratación y frente un contrato susceptible de recurso, de conformidad con el artículo 44 de la LCSP. Si bien se trata de un contrato mixto que contiene prestaciones del contrato de obras y de servicios, tendiendo a la prestación de mayor importancia económica –obras-, deben observarse en su adjudicación las disposiciones de este tipo de contratos conforme al artículo 30 de la LCSP, siendo su valor estimado de 3.305.701 euros.

Finalmente, el recurso ha sido presentado dentro del plazo señalado por el artículo 50 de la LCSP.

4º.- Con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo que constituyen el objeto del presente recurso, debe reiterarse la necesidad de que los expediente sean remitidos de manera completa, extremo este que sólo con dificultad puede mantenerse en el presente recurso, ya que no se incorpora la totalidad de la documentación generada en el procedimiento anterior del que trae causa directa.

5º.- Entrando ya en el análisis de los diferentes motivos de impugnación y por lo que respecta al primero de ellos, relativo a que el acuerdo impugnado de acudir al procedimiento negociado sin publicidad se adopta en el mismo pleno en que se declara desierta la adjudicación de la misma obra, este Tribunal considera que debe ser desestimado.

No se contempla en la LCSP precepto alguno que obligue a la demora denunciada ni se aprecia que ésta cause indefensión alguna a los interesados

que, como ocurre en el presente procedimiento, han podido interponer los recursos que han tenido por conveniente.

El segundo de los motivos del recurso es la denuncia del recurrente de realizarse una modificación sustancial del contrato en relación con los pliegos que han de regir el contrato, al acudir el órgano de contratación al procedimiento negociado sin publicidad frente a aquellos que regían el mismo contrato por el procedimiento abierto y cuya adjudicación ha sido declarada desierta.

A este respecto cabe señalar que los artículos 166 y siguientes de la LCSP regulan los distintos supuestos en que se puede acudir a este procedimiento de licitación. De conformidad con el artículo 167.e), los órganos de contratación podrán adjudicar contratos utilizando el procedimiento de licitación con negociación en los contratos de obras se dé alguna de las situaciones que en el mismo se enumeran, entre las que se encuentra que el que "Cuando en los procedimientos abiertos o restringidos seguidos previamente solo se hubieren presentado ofertas irregulares o inaceptables.

»Se considerarán irregulares, en particular, las ofertas que no correspondan a los pliegos de la contratación, que se hayan recibido fuera de plazo, que muestren indicios de colusión o corrupción o que hayan sido consideradas anormalmente bajas por el órgano de contratación. Se considerarán inaceptables, en particular, las ofertas presentadas por licitadores que no posean la cualificación requerida y las ofertas cuyo precio rebase el presupuesto del órgano de contratación tal como se haya determinado y documentado antes del inicio del procedimiento de contratación".

El artículo 168.b).2ª, por su parte, permite que se puedan adjudicar contratos utilizando el procedimiento negociado sin la previa publicación de un anuncio de licitación únicamente en los siguientes casos:

"b) En los contratos de obras, suministros y servicios, en los casos en que: (...).

»2º Cuando se dé la situación a que se refiere la letra e) del artículo 167, siempre y cuando en la negociación se incluya a todos los

licitadores que, en el procedimiento antecedente, hubiesen presentado ofertas conformes con los requisitos formales del procedimiento de contratación, y siempre que las condiciones iniciales del contrato no se modifiquen sustancialmente, sin que en ningún caso se pueda incrementar el precio de licitación ni modificar el sistema de retribución”.

Por su parte, el artículo 169.5 establece que “Los órganos de contratación, en su caso, a través de los servicios técnicos de ellos dependientes, negociarán con los licitadores las ofertas iniciales y todas las ofertas ulteriores presentadas por éstos, excepto las ofertas definitivas a que se refiere el apartado octavo del presente artículo, que estos hayan presentado para mejorar su contenido y para adaptarlas a los requisitos indicados en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio de licitación, en su caso, y en los posibles documentos complementarios, con el fin de identificar la mejor oferta, de conformidad con lo previsto en el artículo 145.

»No se negociarán los requisitos mínimos de la prestación objeto del contrato ni tampoco los criterios de adjudicación”.

Por último, el artículo 170 de la LCSP, relativo a las “Especialidades en la tramitación del procedimiento negociado sin publicidad” establece:

“1. Los órganos de contratación únicamente harán uso del procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación cuando se dé alguna de las situaciones que establece el artículo 168 y lo tramitarán con arreglo a las normas que establece el artículo 169, en todo lo que resulten de aplicación según el número de participantes que concurran en cada caso, a excepción de lo relativo a la publicidad previa.

»2. Cuando únicamente participe un candidato, la mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación, siempre y cuando sea posible, deberá negociar con él en los términos que se señalan en el apartado 5 del artículo 169”.

Una vez apuntado el régimen legal sobre el que se ampara el recurrir al procedimiento negociado sin publicidad, invocado por el órgano de contratación, debe señalarse la uniformidad con que doctrina y

Jurisprudencia se han pronunciado sobre el carácter excepcional de este procedimiento -"configurado como un medio ágil para conseguir ofertas de varios licitadores cuando no ha sido posible hacerlo en un procedimiento abierto" (Resolución 201/2015, de 2 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid), que en ningún caso puede afectar los elementos esenciales del contrato, y que debe ser objeto de interpretación estricta. De esta manera, la posibilidad de acudir a un procedimiento negociado tiene carácter facultativo para el órgano de contratación, si bien su admisión tiene carácter excepcional (artículo 32 y considerando 50 de la Directiva 2014/24/UE), debiendo cumplir en todo caso con los requisitos legalmente previstos.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de enero de 2005, asunto C-84103, cuando señala que "las disposiciones que autorizan excepciones a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos de obras deben ser objeto de una interpretación estricta (sentencias de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia, 0-57/94, Rec. p. 1-1249, apartado 23, y de 28 de marzo de 1996, Comisión/Alemania, 0-318/94, Rec. p. 1-1949, apartado 13). Por tanto, los Estados miembros no pueden, so pena de privar a las Directivas de que se trata de su efecto útil, establecer supuestos de recurso al procedimiento negociado que no estén previstos en las citadas Directivas ni dotar a los supuestos expresamente previstos por estas Directivas de condiciones nuevas que tengan como efecto facilitar el recurso a dicho procedimiento".

Si bien los supuestos en que cabe apreciar que nos encontramos ante un supuesto de modificación sustancial han de ser interpretados en función de cada caso en concreto, con vocación de generalidad, aspectos tales como objeto, precio, plazo, solvencia o ejecución del contrato son tradicionalmente considerados esenciales.

En conclusión, el carácter excepcional del procedimiento negociado, la interpretación del concepto jurídico indeterminado "modificación no sustancial", debe determinarse al caso concreto y de forma estricta.

Así las cosas, en el presente caso la redacción originaria del pliego establecía en su cláusula 5 lo siguiente:

“El único criterio de negociación es el precio. Sin embargo, a los efectos de determinar la puntuación correspondiente por este concepto, a añadir a la obtenida en la “memoria técnica”, se aplicará la fórmula que a continuación se detalla. La puntuación máxima por este concepto será de 52 puntos.

»5.2. Los criterios de adjudicación serán el precio y la “memoria técnica”:

»5.2.1. PRECIO: La puntuación de cada una de las ofertas económicas (Px), una vez concluido el procedimiento de negociación, vendrá definida por la siguiente fórmula:

$$»Px = Pof \times Vmax / Pmax$$

»Donde:

»Px: Puntuación de la oferta a valorar.

»Pof: Porcentaje de reducción de precio de la oferta a valorar.

»Vmax: Valoración máxima (52 puntos).

»Pmax: Porcentaje máximo de reducción o baja permitido respecto al precio de licitación (15%).

»El porcentaje máximo de baja o reducción permitido respecto al precio de licitación se fija en 15%”.

Tras la modificación operada, el nuevo pliego señala:

“5.1. El único criterio de negociación es el precio. Sin embargo, a los efectos de determinar la puntuación correspondiente por este concepto, a añadir a la obtenida en la “memoria técnica”, se aplicará la fórmula que a continuación se detalla. La puntuación máxima por este concepto será de 52 puntos.

»5.2. Los criterios de adjudicación serán el precio y la "memoria técnica":

»5.2.1. Precio: La puntuación de cada una de las ofertas económicas (Px), una vez concluido el procedimiento de negociación, vendrá definida por la siguiente fórmula:

$$»Vi = Bi \times Vmax / Bmax$$

»Donde:

»Vi: Puntuación o valoración otorgada a cada oferta.

»Bi: Baja correspondiente a cada oferta.

»Vmax: Puntuación máxima a otorgar por el criterio precio (52 puntos).

»Bmax: Baja máxima obtenida en el proceso de negociación.

»En el supuesto de baja temeraria, será de aplicación el art. 85 del Reglamento de Contratos de las Administraciones Públicas".

La cuestión nuclear, por lo tanto, es si debe prosperar la alegación del recurrente al considerar que la modificación en cuanto a la determinación del precio supone una modificación sustancial del contrato, conducta prescrita por el artículo 168.2º de la LCSP y que el Ayuntamiento niega.

En definitiva, el recurso se dirige contra la elección del sistema de contratación elegido, al considerar que no procede el procedimiento negociado sin publicidad por considerar que se ha producido una modificación sustancial de la licitación.

Por su parte, el órgano de contratación niega esta afirmación bajo el siguiente argumento: "el 15% inicial pudiera haber limitado la concurrencia, por ejemplo, de los licitadores que estaban dispuestos a realizar una oferta

superior, porque resulta evidente que quien puede ofertar una baja superior también podrá ofertar una baja inferior, en este caso una máxima del 15%”.

El concepto modificación sustancial responde a los denominados conceptos jurídicos indeterminados, carente de una definición en el texto de la LCSP a los efectos que nos ocupan. Empero, a lo largo de sus preceptos sí pueden encontrarse elementos interpretativos a este respecto. En particular, el artículo 205 – criterio al que también acudió la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid antes citada-, relativo a las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares señala, en su apartado 2.c) preceptúa que “En cualquier caso, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes:

»1º Que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación”.

De conformidad con lo expuesto, este Tribunal debe llegar a la conclusión de que la alteración operada en el pliego supone una modificación sustancial, ya que la alteración de la cláusula controvertida sí podría suponer una mayor atracción de participantes al procedimiento abierto o una variación en las ofertas presentadas. La modificación de la fórmula y el cambio en la regulación de las bajas temerarias, a juicio de este Tribunal, podría producir el efecto de aceptación de ofertas distintas a las admitidas inicialmente y podría también atraer a más participantes en el procedimiento de contratación.

Cabe advertir igualmente de que en el presente asunto el único criterio de negociación contemplado es el del precio, y que la oferta económica del recurrente ha sido desvelada, ya que la inadmisión de su propuesta lo fue por cuestiones formales -al igual que la del resto de licitadores, constatándose también otra serie de irregularidades durante su tramitación, como la publicidad la puntuación asignada a la única oferta admitida inicialmente por la Mesa- apreciadas por el órgano de contratación tras ser admitida y valorada por la Mesa de contratación, supuesto si bien

admitido por el artículo 157.6 LCSP -y no 160 como se indica en el informe del órgano de contratación-, con una motivación parcialmente vedada a este Tribunal al no haberse aportado toda la documentación relativa al procedimiento abierto seguido con anterioridad. Si bien sobre la inadmisión de las ofertas presentadas durante la tramitación del procedimiento abierto (todas), este Tribunal tiene imposibilitado un pronunciamiento expreso sobre ello, toda vez que no forman parte del presente recurso, y que durante el procedimiento abierto las alegaciones presentadas por los licitadores quedaba al margen del ámbito de aplicación de este recurso de acuerdo con los umbrales fijados en el LCSP. Tan sólo indicar, a estos efectos, que este Tribunal se ha pronunciado sobre aspectos relativos a los defectos formales de las ofertas, entre otras en su Resolución 99/2018, de 8 de octubre.

Sobre la modificación del precio de los contratos el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales también se ha pronunciado en idéntico sentido en su Resolución 374/19, de 13 de abril: "Al margen del desarrollo que haremos a mayor abundamiento se antoja sencilla la respuesta, que no requería mayor esfuerzo argumentativo: el precio es una condición inicial del contrato, un elemento esencial del mismo y por lo tanto cualquier modificación en el mismo, en una cuantía importante además tal y como señala la reclamación, hace que estemos ante una modificación que deba revestir de la nota de "sustancial" Así, la variación total del precio es de 9,74% llegando incluso en algunos Lotes al 15,72%. (...).

»Por lo tanto, parece que siguiendo a la RAE en la definición de sustancial: Perteneiente o relativo a la sustancia o Importante o esencial, el precio es sin duda "sustancial" del contrato y las modificaciones sobre el mismo en los números transcritos deben considerarse importantes por lo que asiste razón a la recurrente sobre la inadecuación del procedimiento negociado sin publicidad".

Por todo ello, debe estimarse el recurso y anular el Acuerdo de 6 de septiembre de 2018 del Pleno del Ayuntamiento de Miranda de Ebro (Burgos) por el que se acuerda la contratación de las obras de construcción del edificio de piscinas climatizadas en el polideportivo municipal de Anduva y la gestión integral de las instalaciones de depuración mediante el procedimiento negociado sin publicidad.

En su virtud y al amparo de lo establecido en los artículos 57 de la LCSP y 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León:

III RESUELVE

PRIMERO.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Yárritu S.A. y Construcciones Ojembarrena, S.L., frente al Acuerdo de 6 de septiembre de 2018 del Pleno del Ayuntamiento de Miranda de Ebro (Burgos), por el que se acuerda la contratación de las obras de construcción de edificio de piscinas climatizadas en el polideportivo municipal de Anduva y la gestión integral de las instalaciones de depuración mediante el procedimiento negociado sin publicidad.

SEGUNDO.- Notificar esta Resolución a todos los interesados en el procedimiento.

TERCERO.- El órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a esta Resolución.

De conformidad con los artículos 59 de la LCSP y 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), contra esta Resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículo 10.1.k LJCA).