RECURSO 120/2024
RESOLUCIÓN 149/2024

Resolución 149/2024, de 5 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se desestima el recurso especial en materia de contratación nº 120/2024, interpuesto por FTC Obras y Energía, S.A. y Arnó Infraestructuras, S.L.U., contra la adjudicación del contrato de obras "2.1-AV-33. Mejora de plataforma y firme AV-915, de Sotillo de la Adrada a L.C.A. Castilla la Mancha, tramo: Sotillo de la Adrada a L.C.A. Castilla la Mancha. P.K. 0+000 a 14+130", expediente A2024/000077.

I
ANTECEDENTES

Primero.- Mediante Orden de la Consejería de Movilidad y Transformación Digital de 31 de octubre de 2023 se inicia el expediente para la contratación de las obras "2.1-AV-33. Mejora de plataforma y firme AV-915, de Sotillo de la Adrada a L.C.A. Castilla la Mancha, tramo: Sotillo de la Adrada a L.C.A. Castilla la Mancha. P.K. 0+000 a 14+130", con un valor estimado de 4.379.785,57 euros.

Segundo.- El 23 de febrero de 2024, se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia y los pliegos de cláusulas administrativas (PCAP) y de prescripciones técnicas (PPT) que han de regir el contrato. La fecha límite para presentación de las proposiciones fue hasta las 14 horas del 20 de marzo de 2024.

Tercero.- El 2 de julio de 2024 se reúne la mesa de contratación para la valoración de las ofertas de acuerdo con los criterios de adjudicación establecidos en el PCAP, según el informe del Servicio de carreteras de 2 de julio de 2024, y acuerda proponer la adjudicación del contrato a la empresa Acsa Obras e infraestructuras, S.A.U. (Acsa).

El 4 de julio de 2024 el licitador UTE FTC-Arnó solicita la modificación de la puntuación otorgada en el informe del Servicio de carreteras, para lo que aporta documentación adicional. Escrito al que la mesa da carácter de recurso que debería presentarse una vez se dictara la Orden de adjudicación.

Plaza de la Catedral, 5. 49001 ZAMORA. Tel.:980 55 98 00. tribunalcontratoscyl@cccyl.es

Cuarto.- Mediante Orden de la Consejería de Movilidad y Transformación Digital de 26 de agosto de 2024 se acuerda la adjudicación del contrato a Acsa.

Quinto.- El 12 de septiembre de 2024 tiene entrada en este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. yyy1, en nombre y representación de la mercantil FTC Obras y Energía, S.A. y D. yyy2, en nombre y representación de Arnó Infraestructuras, S.L.U., contra la Orden de la Consejería de Movilidad y Transformación Digital de 26 de agosto de 2024, por la que se adjudica el contrato a Acsa.

Sexto.- Incorporado el recurso al registro de expedientes con número 120/2024, se requiere al órgano de contratación para que remita al Tribunal el expediente, el correspondiente informe y la relación de licitadores, a efectos de notificarles la concesión del preceptivo trámite de audiencia, así como si el contrato está financiado con Fondos Next Generation UE o si directa o indirectamente se encuentra afectado por el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Asimismo, se informa de que, en aplicación del artículo 53 de la LCSP, la tramitación del procedimiento de contratación queda en suspenso al deducirse el recurso frente a la adjudicación.

Séptimo.- El 18 de septiembre se recibe el expediente, la relación de licitadores, así como el informe correspondiente. Se indica que el contrato no está financiado con Fondos Next Generation UE ni se encuentra directa o indirectamente afectado por el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre.

Octavo.- Conferido traslado del recurso al resto de licitadores el 15 de septiembre, la mercantil Acsa, presenta alegaciones dentro del plazo otorgado al efecto.

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 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de

Plaza de la Catedral, 5. 49001 ZAMORA. Tel.:980 55 98 00. tribunalcontratoscyl@cccyl.es

Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), y 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

2º.- El procedimiento del recurso especial se ha tramitado conforme a lo previsto en el capítulo V, título I, libro primero (artículos 44 y siguientes) de la LCSP.

El recurso se ha interpuesto contra la Orden de la Consejería de Movilidad y Transformación Digital de 26 de agosto de 2024, por la que se acuerda la adjudicación de un contrato de obras, cuyo valor estimado asciende a 4.379.785,57 euros, siendo por tanto superior a 3.000.000 euros, por lo que cumple con las exigencias del artículo 44, apartados 1.a) y 2.c), de la LCSP.

El recurso especial se ha presentado dentro del plazo legalmente previsto con arreglo al artículo 50.1.d) de la LCSP.

Se acredita en el expediente la legitimación de las empresas para interponer el recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

3º.- La solución de la presente controversia exige determinar si la adjudicación del contrato a Acsa fue ajustada a derecho o si, por el contrario, tal y como sostiene la recurrente, existieron errores en la valoración de su oferta, al interpretar la mesa los certificados emitidos por Aenor de una manera rigorista y rígida que ha impedido que sea adjudicataria y debió ser requerida de subsanación. Solicita la anulación del acto de adjudicación y que se acuerde la retroacción de las actuaciones para que se interpreten correctamente los certificados ISO aportados o se les requiera para su subsanación.

Afirma que el informe del Servicio de carreteras, asumido por la esa, realizó una errónea valoración de los criterios relacionados con la calidad y valoró los Certificados ISO 14001 e ISO 45001 con un total de 4,1 puntos sobre 9 puntos, al considerar que no recogían las actividades relativas a viales y pistas con firmes de mezclas bituminosas ni actividades de infraestructuras.

Señala que el alcance que figura en los certificados se redacta para las empresas a modo de resumen de toda su actividad, intentando que la descripción englobe, todo tipo de actuaciones de un sector determinado (en este caso, de obra civil), y, en caso de otras empresas que solo realicen determinadas actuaciones dentro de un sector, certifican únicamente esas actividades y el certificado tiene por objeto solamente esos alcances. Por tanto,

Plaza de la Catedral, 5. 49001 ZAMORA. Tel.:980 55 98 00. tribunalcontratoscyl@cccyl.es

resulta obvio que el requisito exigido en el PCAP no se trata de una declaración responsable realizada por la propia empresa licitadora que sería fácilmente realizable por depender de su voluntad, y no de un tercero.

Además, los certificados: (i) son emitidos, no para una licitación en concreto, sino que tienen un alcance mayor o menor en función de la evaluación efectuada por parte del organismo certificador y su criterio objetivo e independiente, y (ii) tienen una vigencia de tres años desde su emisión, con auditorías anuales de seguimiento, por lo que no pueden recoger lo que un organismo en particular requiera para una determinada actuación.

Considera que los certificados emitidos por Aenor, ISO 14001 y 45001 de Arnó Infraestructuras, S.L.U., comprenden todas las actividades de construcción, rehabilitación, conservación, mantenimiento, explotación y gestión en régimen de concesión de obra civil y edificación, incluidos sus equipamientos e instalaciones.

Añade que presentó el 4 de julio de 2024, al día siguiente de recibir el informe del Servicio de carreteras, escrito que solicitaba una nueva valoración, adecuada al carácter general de los certificados aportados y se adjuntó un escrito de Aenor en el que se indicaba que, tanto para el Certificado ISO 45001 como para el 14001, estaban incluidas las actividades específicas de: movimiento de tierras, viales y pistas con firmes de mezclas bituminosas, señalización, balizamiento y defensas, y estructuras.

Considera que la exigencia del tenor literal referido a las actividades que deben ser mencionadas expresamente en los certificados ISO que exigen los pliegos debería ser interpretada y aplicada con la debida proporcionalidad en aras de no cercenar los principios de libre concurrencia, causa indefensión y debió ser requerido de subsanación.

Por último, entiende que los certificados deberían haber sido requeridos en el PCAP como criterios de acreditación de solvencia técnica en lugar de en la oferta económica y por tanto aplicar el artículo 81 del Decreto 1098/2001, de 12 de octubre y haberle permitido su subsanación.

Solicita la anulación de la orden de adjudicación del contrato, así como la retroacción de las actuaciones para que se interpreten correctamente los certificados ISO o se le requiera de subsanación y se proceda a una nueva adjudicación.

Plaza de la Catedral, 5. 49001 ZAMORA. Tel.:980 55 98 00. tribunalcontratoscyl@cccyl.es

Por su parte, el órgano de contratación indica que la recurrente fue valorada con 4,1 puntos de los 9 puntos fijados para la acreditación de certificados ISO porque, aunque el certificado ISO 9001 enumeraba las actividades de forma muy detallada, en el caso de los certificados 14001 y 45001 eran genéricos, y no especificaban las actividades exigidas en el PCAP, de forma que no se le otorgó puntuación alguna, correspondiendo los 0,7 puntos dados en la valoración del ISO 45001 a los presentados por FTC.

Y añade que, las empresas certificadoras, para acreditar el cumplimiento de los requisitos precisos para otorgar el certificado, analizan una serie de documentos, procedimientos de ejecución, programas de puntos de inspección, etc. de las actividades realizadas por la empresa y esas actividades y sólo esas son las que certifican y si el certificado no incluye algunas actividades, o bien es que la empresa no realiza esas actividades, o si las realiza, esas actividades no han sido auditadas, o habiendo sido auditadas no han cumplido con los requisitos, con lo que no se podría acreditar o, por último, la empresa interesada o la certificadora, o ambas, no han sido cuidadosas en la definición exacta de los términos que debe abarcar el certificado.

Además, aunque reconoce que los certificados no se expiden para cada licitación, sí pueden citar de manera detallada todas las actividades que realiza la empresa y que han sido auditadas, tal como refleja el certificado ISO 9001 de Arnó Infraestructuras y como han hecho otras empresas en los certificados 14001 y 45001, y prueba de ello son los certificados que extemporáneamente presentó Arnó el día 3 de julio (al día siguiente de que el servicio de carreteas emitiera su informe), certificados complementarios a los presentados y en los que Aenor detalla las actividades valoradas en el PCAP.

Por último, señala que no procedía la subsanación reclamada siendo responsabilidad de los licitadores interpretar los pliegos y discrepa de la afirmación realizada por el recurrente de considerar la presentación de certificados como criterios de solvencia técnica y recuerda que los pliegos obligan tanto a los licitadores como a los órganos de contratación.

4º. Expuestas las posiciones de las partes, procede analizar si la puntuación otorgada a la ahora recurrente al entender que los certificados presentados no se adecuaban a las exigencias del pliego fue correcta.

El apartado 12 del cuadro de características, relativo a los criterios de adjudicación, dentro de los evaluables mediante fórmulas, remite al Anexo nº

Plaza de la Catedral, 5. 49001 ZAMORA. Tel.:980 55 98 00. tribunalcontratoscyl@cccyl.es

5 donde se establecen los criterios de adjudicación relacionados con la calidad (artículo 145 de la LCSP) (máximo 50 puntos):

"ACREDITACIÓN DE CERTIFICADOS ISO (Máximo 9 puntos)

»1A.- Certificado del Sistema de Gestión de la Calidad ISO 9001 o equivalente, particularizado según se indica en las aclaraciones. Acreditación 3 Puntos.

»2A.- Certificado del Sistema de Gestión Ambiental ISO 14001 o equivalente, particularizado según se indica en las aclaraciones. Acreditación 3 Puntos.

»3A.- Certificado del Sistema de Gestión Seguridad y Salud en el Trabajo ISO 45001 o equivalente, particularizado según se indica en las aclaraciones. Acreditación 3 Puntos.

»Aclaraciones a la acreditación de certificados ISO o equivalentes.

»Los certificados que se presenten deberán estar en vigor a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas y deberán especificar claramente las actividades que se valoran.

»En cada uno de los criterios se valorarán los certificados desglosando la puntuación máxima según las actividades siguientes:

»- Actividades relativas a movimiento de tierras, 0,5 puntos

»-Actividades relativas a viales y pistas con firmes de mezclas bituminosas, 2 puntos.

»- Actividades relativas a señalización, balizamiento y defensas, 0,2 puntos.

»- Actividades relativas a estructuras, 0,3 puntos.

»Para cada actividad

»Si no acredita, obtendrá 0 puntos.

»Si acredita, obtendrá la valoración indicada".

En relación con la configuración de los certificados ISO como criterios de adjudicación es preciso indicar que como ha señalado este Tribunal, en su Resolución 84/2023, "(…) conviene recordar que los tribunales administrativos

Plaza de la Catedral, 5. 49001 ZAMORA. Tel.:980 55 98 00. tribunalcontratoscyl@cccyl.es

habían venido manteniendo, vigente el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, la imposibilidad de utilizar certificados de calidad y de gestión medioambiental como criterios de adjudicación, debiendo ser empleados los mismos como criterios de solvencia. Sin embargo, la evolución del ordenamiento de la Unión Europea y, en especial, la nueva LCSP, ha determinado la necesidad de matizar la doctrina tradicional sobre esta controvertida cuestión, admitiendo la posibilidad de configurar la disponibilidad de un certificado ISO no solamente como criterio de solvencia empresarial sino también como criterio de adjudicación.

» Este Tribunal considera que para que pueda admitirse la exigencia de estos certificados como criterio de adjudicación, es necesario que estén claramente vinculados con la prestación objeto del contrato, en el sentido en que la doctrina del Tribunal, interpretando lo dispuesto por el artículo 145.6 de la LCSP, interpretan la concurrencia de esta vinculación: cuando se refiera o integre en la prestación contratada, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida. Además de ello, tal vinculación debe ser debidamente motivada en el expediente (artículo 116.4 de la LCSP)".

En el presente caso, en cumplimiento de dichas exigencias, el órgano de contratación en el Anexo nº 5 del PCAP determina la vinculación de estos certificados de calidad al objeto del contrato y tal como el órgano de contratación expone en su informe, el desglose de la puntuación entre varias actividades (movimiento de tierras, viales y pistas con firmes de mezclas bituminosas, señalización, balizamiento y defensas, y estructuras) respondía a la necesidad de vincular los criterios de adjudicación con el objeto de contrato como exige el 145.5.a) de la LCSP. Precepto recogido en el Anexo nº 5 del PCAP.

Por su parte, la recurrente defiende que los certificados (ISO) elaborados por Aenor evalúan las empresas mediante los compromisos de confidencialidad e independencia, revisa las actividades de las empresas y certifica las mismas y, por ello, en ocasiones, los certificados son de alcance general para las empresas que realizan todo tipo de operaciones en un sector determinado (en este caso, obra civil), mientras que a las empresas que solo realizan determinadas actuaciones se les certifica únicamente esas actividades, y que los certificados son emitidos no para una licitación concreta y tienen una vigencia de tres años.

Plaza de la Catedral, 5. 49001 ZAMORA. Tel.:980 55 98 00. tribunalcontratoscyl@cccyl.es

Alega que los certificados ISO 14001 y 45001 se referían a todas las actividades de construcción, rehabilitación, conservación, mantenimiento, explotación y gestión en régimen de concesión de obra civil y edificación, incluidos sus equipamientos e instalaciones., por tanto, que reunían los requisitos exigidos.

Frente a ello, el informe del Servicio de carreteras concluyó que "presenta certificados acreditativos del Sistema de Gestión de la Calidad ISO 9001 sólo para las actividades relativas a movimiento de tierras; a viales y pistas con firmes de mezclas bituminosas y a actividades de señalización, balizamiento y defensas, no alcanzando este certificado a actividades relativas a estructuras; del Sistema de Gestión Ambiental ISO 14001 y del Sistema de Gestión Seguridad y Salud en el Trabajo ISO 45001 únicamente para las actividades relativas a movimiento de tierras y a actividades relativas a señalización, balizamiento y defensas, no alcanzando estos certificados a actividades relativas a viales y pistas con firmes de mezclas bituminosas ni a actividades de estructuras. Por tanto, se propone que sea valorada obteniendo en conjunto 4,1 puntos".

Frente a ello, el propio recurrente en su recurso reconoce que los certificados aportados omitían actividades exigidas y dice "los certificados presentados no indican, con el debido respeto, que realizan las actividades de construcción, rehabilitación, conservación, mantenimiento, explotación y gestión de OBRA CIVIL Y EDIFICACIÓN, A EXCEPCIÓN DE las actividades más específicas de movimiento de tierras, de viales y pistas con firmes de mezclas bituminosas, de señalización, balizamiento y defensas, y de estructuras. No señalan tal cosa los certificados, pero es meridiano que es la interpretación estricta y errónea aplicada por la Mesa de Contratación y que ha supuesto que mi representada no sea la adjudicataria".

Con estas afirmaciones, la recurrente está cuestionando la forma en la que los referidos certificados ISO se han configurado como criterios de adjudicación en el PCAP. La recurrente fue conocedora de las controvertidas exigencias sin que impugnara los pliegos, ni cuestionara la vinculación al objeto del contrato al recoger la concreta redacción exigida en el pliego.

Por ello, una vez presentada la oferta por la recurrente, prestó su conformidad a los pliegos que, según doctrina reiterada, constituyen la Ley del contrato. En cuanto a la posibilidad de una impugnación indirecta de los Pliegos, se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en sus Resoluciones 13/2022 y 69/2022 que concluyen que solo procedería esta impugnación

Plaza de la Catedral, 5. 49001 ZAMORA. Tel.:980 55 98 00. tribunalcontratoscyl@cccyl.es

indirecta de los pliegos al estar en presencia de un vicio de nulidad de pleno derecho que no hubiera podido detectarse en el momento de la aprobación de los pliegos por una licitadora interesada normalmente diligente y razonablemente informada, siendo en un momento posterior de la licitación cuando es posible evidenciar la nulidad de la cláusula del pliego (*sensu contrario*, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13 Evigilo, apartados 52 a 58). Esta doctrina es acogida en la Sentencia del Tribunal Supremo 398/2021 de 22 de marzo, que en su fundamento de Derecho 4º, dispone que: "3. Delimitado así lo relevante para esta casación cabe decir lo siguiente respecto de la posibilidad de impugnación indirecta:

»Es jurisprudencia constante de esta Sala que los pliegos son la ley del contrato y una vez aceptados, al no impugnarse en plazo, no pueden ser impugnados extemporáneamente: se tienen por firmes y consentidos, sin perjuicio de acudir al procedimiento de revisión de oficio, todo ello conforme al artículo 34 de la LCSP 2011, hoy artículo 41 de la LCSP 2017 (cfr. la sentencia de esta Sala, Sección Quinta, de 4 noviembre 1997, apelación 1298/1992).

»Tal regla general se basa en obvias razones de seguridad jurídica, por lo demás comunes a la preclusión de todo plazo impugnatorio, tanto si se trata de recursos administrativos ordinarios o el especial como el jurisdiccional; además en el ámbito contractual hay que añadir las razones de buena fe que presiden la vida del contrato: no la habrá si se aceptan y no se impugnan los pliegos, y se reacciona sólo cuando su aplicación resulta adversa.

»En consecuencia, de no impugnarse los pliegos quedan convalidados, salvo que se inste su declaración de nulidad de pleno Derecho por el cauce ordinario de la revisión de actos firmes; y aun así la jurisprudencia siempre ha declarado que esa posibilidad debe administrarse con prudencia, debe ser una posibilidad apreciada excepcional y restrictivamente (cfr. sentencia 1615/2018, de 14 de noviembre, de esta Sección, recurso de casación 4753/2017).

»A esta jurisprudencia se añade la ya citada sentencia eVigilo, que matiza la regla general de inatacabilidad de los pliegos consentidos. Así en lo procedimental el plazo preclusivo para impugnarlos se inicia cuando el licitador `tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la alegada infracción´, y en lo sustantivo esa infracción se concreta en qué pliegos le sean `incomprensibles o [carezcan] de claridad´. En otras palabras, es posible la

Plaza de la Catedral, 5. 49001 ZAMORA. Tel.:980 55 98 00. tribunalcontratoscyl@cccyl.es

impugnación indirecta cuando un `licitador razonablemente informado y normalmente diligente no pudo comprender las condiciones de la licitación [sino] hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión´. Obviamente tales circunstancias deben estar probadas".

Por otro lado, y en cuanto a los certificados de Aenor presentados el 4 de julio de 2024, tras recibir el informe del Servicio de carreteras, demuestran cómo la recurrente pudo recabar certificados completos con anterioridad, tal como hicieron otras empresas que obtuvieron la máxima puntuación. Estos certificados, como señala el informe del órgano de contratación, no pudieron ser valorados por ser extemporáneos. Su admisión en este momento implicaría un trato de favor a este licitador, pues el establecimiento de un plazo común de presentación de proposiciones para todos los licitadores es reflejo de los principios de no discriminación y de igualdad de trato consagrados en la LCSP.

Respecto a la pretensión de que ante la interpretación estricta de los criterios la mesa de contratación debió requerirles de subsanación, ello hubiera implicado una alteración de la oferta tal como indica el órgano de contratación, añadiendo especificaciones o actividades que no contenían los certificados aportados, y una vulneración del principio de igualdad de los licitadores.

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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación nº 120/2024 interpuesto por FTC Obras y Energía, S.A. y Arnó Infraestructuras, S.L.U., contra la adjudicación del contrato de obras "2.1-AV-33. Mejora de plataforma y firme AV-915, de Sotillo de la Adrada a L.C.A. Castilla la Mancha, tramo: Sotillo de la Adrada a L.C.A. Castilla la Mancha. P.K. 0+000 a 14+130", expediente A2024/000077.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación de acuerdo con el artículo 57.3 de la LCSP.

Plaza de la Catedral, 5. 49001 ZAMORA. Tel.:980 55 98 00. tribunalcontratoscyl@cccyl.es

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

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 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículo 10.1.k LJCA).

Plaza de la Catedral, 5. 49001 ZAMORA. Tel.:980 55 98 00. tribunalcontratoscyl@cccyl.es