INSTITUTO
TECNOLÓGICO
AGRARIO
Junta de Castilla y León
Consejería de Agricultura y Ganadería

Ctra. Burgos Km. 119
FINCA ZAMADUEÑAS
47071 Valladolid
España

T +34 983 414 769
F +34 983 412 040
www.itacyl.es

ACTA Nº 4 DE LA REUNIÓN CELEBRADA EL DÍA 20 DE OCTUBRE DE 2017 POR LA MESA DE CONTRATACIÓN CONSTITUIDA PARA PROCEDER A LA VALORACIÓN DE LAS ALEGACIONES EFECTUADAS DURANTE EL TRÁMITE DE AUDIENCIA CONCEDIDO A DETERMINADAS EMPRESAS EN LA LICITACIÓN PÚBLICA DEL CONTRATO QUE TIENE POR OBJETO LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS CONTENIDAS EN EL PROYECTO DE INFRAESTRUCTURA RURAL DE LA ZONA DE CONCENTRACIÓN PARCELARIA DEL PÁRAMO BAJO, SECTOR IV DE RIEGO (LEÓN). EXPEDIENTE 06/16/ITACyL.

ASISTENTES

PRESIDENTE:

PRESIDENTE:

D. Alberto Villagrá Laso, Subdirector de Administración y Presupuestos.

(Delegación de Dña. Ana Mª Asenjo García, Directora General del Instituto Tecnológico Agrario de Castilla y León, en su Resolución de 22 de mayo de 2017)

VOCALES:

D. Miguel Ángel García Turienzo, Jefe de Área de Planificación, Desarrollo Tecnológico e Ingeniería del ITACyL.

D. Javier Teófilo Gregorio Arroyo, Jefe de la Unidad de Obras.

D. Luis Óscar Ortega Jiménez, Letrado de la Asesoría Jurídica de la Consejería de Agricultura y Ganadería

Dª Mª José Sacristán Santos, Jefa de la Unidad de Contratación, que actúa como Secretaria.

En Valladolid, Carretera de Burgos-Portugal, Km. 119 (Finca Zamadueñas), sede del Instituto Tecnológico Agrario de Castilla y León, siendo las 10:00 horas del día 20 de octubre de 2017 se reúnen las personas consignadas al margen a fin de proceder a la valoración de las alegaciones efectuadas durante el trámite de audiencia concedido a determinadas empresas en la licitación pública mediante procedimiento abierto que tiene por objeto la contratación de la obra antes referenciada.

En primer lugar, se hace constar que las alegaciones presentadas por Obras, Pavimentos e Instalaciones Industriales, S.L. y Obras, Caminos y Asfaltos, S.A. entraron en el Registro del ITACyL fuera del plazo establecido. No obstante, se acuerda proceder a su examen por los miembros de la Mesa.

Examinadas las alegaciones presentadas por los licitadores, la Mesa ha adoptado el siguiente acuerdo:

ACUERDO DE LA MESA DE CONTRATACIÓN DE 20 DE OCTUBRE DE 2017 POR EL QUE SE PROCEDE A LA EXCLUSIÓN DE DETERMINADOS LICITADORES.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: En fecha 17 de julio de 2017 esta Mesa de Contratación procedió a la apertura en acto público del sobre número 2 (aspectos de la oferta evaluables mediante juicios de valor), remitiendo seguidamente a la Subdirección promotora del expediente dicha documentación para la emisión del informe técnico correspondiente.

SEGUNDO: Analizadas las ofertas presentadas, con fecha 14 de septiembre de 2017, la Subdirección de Infraestructuras Agrarias emitió el informe solicitado. Examinado éste por la Mesa en su reunión de fecha 19 de septiembre de 2017, se observó que el mismo pone de manifiesto que hay

una serie de empresas que han presentado entre sí ofertas técnicas idénticas o sustancialmente idénticas.

Dicha situación afecta a los siguientes licitadores:

Proposición nº 3 OBRAS, PAVIMENTOS E INSTALACIONES INDUSTRIALES, S.L.
Proposición nº 4 OBRAS, CAMINOS Y ASFALTOS, S.A.
Proposición nº 8 CONSERVACION DE VIALES, S.A.U.
Proposición nº 9 CONSTRUCCIONES Y OBRAS LLORENTE, S.A.

A la vista de estos hechos, la Mesa acordó dar trámite de audiencia a los licitadores afectados por esa situación, concediéndoles un plazo de diez días hábiles, para aportar cuantas alegaciones y justificaciones estimen oportunas, dado que estos hechos pudieran suponer vulneración de los artículos 145.2 y 145.3 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, del apartado H.2 del Cuadro Resumen de Características del Contrato y la Condición 16 del Documento de Condiciones del Contrato, aprobados para este contrato, en cuanto a los principios elementales de la contratación pública del secreto de la oferta y de la presentación por cada licitador de una única proposición.

TERCERO: Examinadas las referidas alegaciones, la Mesa de contratación procede a su análisis conjunto, puesto que coinciden en lo esencial tanto las alegaciones presentadas por las empresas integrantes de un grupo de sociedades (de los referidos en el artículo 42.1 del Código de Comercio), como las alegaciones de aquéllos que no se encuentran dentro de este supuesto, con algunas matizaciones de estos últimos, derivadas de su no pertenencia a grupos de sociedades.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: <u>Alegaciones relativas al artículo 145.2 del TRLCP: Secreto de la oferta.</u>

1).- El secreto de las proposiciones del art. 145.2 del TRLCP no sólo vincula a los licitadores, sino también se exige de la Administración hasta el momento de la licitación pública.

Sobre esta alegación la Mesa de Contratación considera que, efectivamente, el referido principio vincula tanto a la Administración como a los licitadores. Sin embargo, no es objeto de debate que se haya producido infracción alguna de dicho deber por parte de esta Administración. Lo que aquí se discute es si la presentación de proposiciones técnicas idénticas o sustancialmente idénticas por parte de diversos licitadores supone una vulneración de la obligación que pesa también sobre éstos, en orden a salvaguardar el deber de secreto de sus proposiciones hasta el momento de su apertura en acto público.

Dicho deber alcanza hasta el momento de la licitación pública (artículo 145.2 TRLCSP) y se extiende a cualquier fase anterior a dicho momento. Así se desprende de los informes 43/02, de 17 de diciembre y 20/07, de 26 de marzo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado: "*<u>las proposiciones, incluidos los aspectos técnicos de las mismas, deben ser secretas hasta el momento de la licitación pública</u>, es decir, hasta el momento de apertura de las proposiciones*".

En el mismo sentido, cabe citar la Resolución nº 205/2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, *"el carácter secreto que afecta a las proposiciones de los licitadores, además de poder ser verificable cuando tenga lugar el acto público de apertura de las ofertas, <u>alcanza no sólo a otros licitadores en el procedimiento</u> sino incluso a los propios gestores del expediente de contratación, incluidos los miembros de las Mesas de contratación a quien corresponde valorar las ofertas"*, y la Resolución nº 67/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales "*el artículo 145.2 del mismo texto legal de conformidad con el cual las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública". De ello debe deducirse que rompe el secreto de las proposiciones y, por tanto, es contrario al mandato legal transcrito, <u>cualquier acto que implique el conocimiento del contenido de las proposiciones antes de que se celebre el acto público para su apertura</u>*".

El deber de secreto de las proposiciones con anterioridad incluso a su presentación no es una cuestión baladí. Se trata de garantizar el principio de igualdad de los licitadores consagrado en el artículo 1 del TRLCSP, pues o cabe duda de que el licitador que conoce una parte esencial del contenido de otras proposiciones (en este caso, criterios evaluables mediante juicios de valor de carácter eminentemente técnico) se halla en una situación de ventaja no ya respecto del licitador que ha compartido su proposición o del licitador poco diligente que no adoptó las precauciones necesarias para garantizar el secreto de su proposición, sino respecto del resto de licitadores que no tienen acceso a esos datos, y así lo reconoce el Tibunal Supremo en la sentencia de 10 de noviembre de 2006, "*y este resultado es el que pretende evitar a toda costa la garantía de secreto de las proposiciones: evitar situaciones de ventaja (debidas al conocimiento de la oferta de los competidores) es la finalidad de la Ley, y salvaguardar –como explicaban las sentencias del Tribunal Supremo antes citadas– el principio de igualdad en la concurrencia eludiendo posiciones más favorables que conduzcan a un resultado ganador a costa de otras ofertas*".

De este modo, si con carácter previo a la presentación de las proposiciones su contenido pudiera ser libremente compartido y conocido por otros licitadores, carecería de sentido toda la regulación contenida en los artículos 80 y 83 del Real Decreto 1098/2001 y artículos 26 y 27 del Real Decreto 817/2009. En concreto, el artículo 83.2 del Real Decreto 1098/2001 prevé que en el acto de apertura de las proposiciones se dé ocasión a los interesados para que puedan comprobar que los sobres que contienen las ofertas se encuentran en la mesa y en idénticas condiciones en que fueron entregados y, en caso de dudas se suspenda el acto y se realicen urgentemente las investigaciones oportunas sobre lo sucedido (artículo 83.3 del Real Decreto 1098/2001). De nada servirían tales cautelas si el deber de secreto sólo pesara sobre la Administración, convirtiéndose así en una ficción sin virtualidad práctica la obligación de presentar las proposiciones en sobre cerrado y de arbitrar los medios que garanticen el carácter secreto hasta el momento de la licitación pública.

2) Existe igualdad en las proposiciones técnicas al ser elaboradas por el departamento técnico común del grupo o utilizando los mismos medios técnicos o bien por haberse realizado el encargo a una consultora externa.

Por lo que respecta a empresas del mismo Grupo, pesa sobre ellas la obligación de secreto de las ofertas entre sí, so pena de reconocerles una situación privilegiada respecto de los licitadores que no se hallan en tal situación. Resulta de todo punto inverosímil, de acuerdo con las reglas de la sana crítica que rigen la valoración de la prueba indiciaria, que habiendo redactado el mismo departamento del grupo todas las ofertas técnicas de las empresas integrantes de dicho grupo, cada una de éstas no conociera el contenido de las restantes –no hablamos aquí de que se parta de una evaluación técnica inicial común, como se señala por algún licitador, sino de ofertas idénticas, incluida la redacción, fotos, etc..-.

Lo mismo sucede con las proposiciones técnicas de los licitadores individuales que acudieron a empresas externas. En este caso se constata asimismo la misma falta de diligencia profesional exigible por la no inclusión de una cláusula de exclusividad, por lo que los licitadores han compartido o se han colocado en situación de que se compartan sus ofertas técnicas, dando como resultado que las proposiciones técnicas de empresas independientes sean idénticas o sustancialmente idénticas.

3) El contenido del sobre nº2 es diferente e independiente en apartados esenciales para el desarrollo de los trabajos como son los recursos de maquinaria, medios técnicos y personales establecidos, o que las proposiciones son diferentes pues los logotipos organigramas y firmantes no son los mismos.

No se puede considerar que las ofertas sean diferentes e independientes por el mero hecho de que se presenten organigramas distintos por parte de cada empresa, o porque los logotipos o firmantes difieran, cuando en el resto de sus ofertas son iguales en todos sus apartados. Cabe mencionar, para reafirmar la identidad de las ofertas, que en el apartado X2 y X3 del criterio A se presentan las cartas de compromiso de proveedores y subcontratistas a nombre de una de las empresas en las dos ofertas.

SEGUNDO: Alegaciones relativas al artículo 145.3 del TRLCP: Un licitador, una proposición.

1.- El 145.3 del TRLCSP no impide que se presenten empresas integrantes de un grupo si lo hacen con proposiciones individuales y tienen la consideración de licitadores distintos, lo que alegan que ocurre en su caso.

Efectivamente el artículo 145.4 del TRLCSP y el artículo 86 del Real Decreto 1098/2001, permiten que las empresas del mismo grupo se presenten a la misma licitación, cuestión que tampoco es objeto de discusión por parte de este órgano colegiado.

Es plenamente admisible en derecho que empresas del mismo grupo se presenten a la misma licitación (salvo en los contratos de concesión de obra pública), pero deben hacerlo presentando ofertas independientes, no una suerte de *oferta compartida*, ya que todas las ofertas técnicas a las que se refiere el informe emitido son iguales (las mismas fotografías, mismos cartapacios, idéntica redacción (incluidas erratas) e, incluso con cartas de compromiso de proveedores y subcontratistas a nombre de una de las empresas en las dos ofertas. Únicamente cambian en determinadas proposiciones cuestiones menores que tienen nula o escasa incidencia en la puntuación final.

La identidad de proposiciones técnicas vulnera en consecuencia el artículo 145.3 del TRLCSP. Dicho precepto legal dispone: "*Cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 147 sobre admisibilidad de variantes o mejoras y en el artículo 148 sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica. Tampoco podrá suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una unión temporal. La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas*". Este precepto consagra el principio de *"un licitador, una proposición*" (informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 48/2011, Resolución 950/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resolución 154/2013 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid). Este principio debe entenderse en el doble sentido de que las empresas no podrán presentar más de una proposición, ni en consecuencia compartir la misma proposición entre todas ellas. Así se infiere claramente de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de enero de 2009 citada a la sazón por alguna de las empresas interesadas, "*aunque se tratare de empresas de un mismo grupo, ello no les impediría presentar proposiciones independientes*", sentencia que si bien se refiere a empresas del mismo grupo es extrapolable a empresas que carecen de vinculación entre sí. En definitiva, se trata de que la Mesa de Contratación pueda valorar tantas proposiciones como licitadores se presenten.

Lo mismo cabe señalar respecto de los licitadores individuales que encargan a un tercero la elaboración de la oferta técnica.

2.- La identidad sólo se da en la oferta técnica, no en la totalidad de la proposición. No hay igualdad en cuanto a la globalidad de la oferta, ya que junto a los criterios subjetivos (oferta ténica que implica un 50% de la oferta total), existen otros criterios cuantificables mediante fórmulas que suponen el 50% de la oferta.

Consideran los licitadores que la identidad o identidad sustancial de sus proposiciones técnicas no vulnera el artículo 145.3: *un licitador, una proposición.*

Por otra parte, consideran que las proposiciones no se componen únicamente de la oferta técnica.

Al respecto, debemos señalar que el procedimiento de contratación se articula en distintas fases, procediéndose en primer lugar a la apertura de los sobres que contienen la documentación general (sobre 1), en segundo lugar de los sobres que contienen los "Aspectos de la oferta evaluables mediante juicio de valor" (sobre 2) y en tercer lugar de los sobres que contienen los " Aspectos de la oferta evaluables de forma automática " (sobre 3). De acuerdo con ello, el artículo 145.3 del TRLCSP obliga a no admitir las proposiciones que vulneren el principio "un licitador, una proposición", por lo que apreciada la identidad de ofertas técnicas en el sobre 2, no ha lugar a la apertura del resto de la

proposición.

Sentado lo anterior, cabe señalar que el objeto de un procedimiento de licitación es la selección de la oferta económicamente más ventajosa (artículo 1 TRLCSP), para cuya consecución se establecen por el órgano de contratación, los criterios de adjudicación que estima más adecuados a este fin. El concepto de oferta económicamente más ventajosa trasciende de la oferta con el precio más bajo. Así, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, señala *"para determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa, la decisión relativa a la adjudicación del contrato no debe basarse únicamente en criterios no relacionados con los costes"*, añadiendo, *"los Estados miembros deben estar autorizados a prohibir o restringir el uso sólo del precio o del coste para evaluar la oferta económicamente más ventajosa cuando lo estimen adecuado"*. Por ello, el órgano de contratación estableció criterios de adjudicación diversos en la búsqueda de la oferta económicamente más ventajosa, para lo cual los criterios cuantificables mediante juicio de valor desempeñan un papel fundamental (50%) pues permiten garantizar un adecuado conocimiento de la obra por parte de los licitadores, su correcta implementación a través del programa de trabajo, a través del análisis del proyecto y de su realidad geográfica y con pleno conocimiento y aplicación de la normativa medioambiental y de prevención de riesgos laborales. En consecuencia, se considera la oferta técnica una parte esencial de la propuesta cuya falta de independencia u originalidad frustra el objetivo legal de selección de la oferta económicamente más ventajosa, al dejarse sólo al resto de criterios: oferta económica, mejoras, control de calidad, plazo de garantía (50%) la adjudicación entre aquéllos licitadores con propuestas técnicas idénticas, lo que conduce a un resultado que constituye un fraude de Ley (art. 6 Código Civil).

Por otra parte, no podemos aceptar que la evaluación global de las ofertas dependa no solo del estudio técnico sino de la solvencia económica, financiera y profesional de los licitadores, como señala alguno de ellos, pues la acreditación de estas condiciones suponen un requisito mínimo para participar en el procedimiento de contratación, tal y como se señala en el artículo 62 del TRLCSP, pero la mayor o menor solvencia no es nunca objeto de valoración por la mesa de contratación, baste recordar en este sentido la conclusión de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 17/11, de 15 de diciembre de 2011 cuando respecto de la valoración de la experiencia concreta en ejecución del tipo concreto y determinado de la obra dice que la "experiencia es requisito que puede justificar la solvencia del empresario en la fase de verificación de su aptitud, pero no puede utilizarse como criterio de valoración de las ofertas"

3.- Invocan el principio de personalidad diferenciada.

Ni el informe técnico ni esta mesa de contratación han puesto en cuestión que los licitadores, tanto aquéllos integrantes del mismo grupo empresarial como individuales, tengan personalidad jurídica diferenciada.

Al respecto baste señalar que se indica por algún licitador que ninguna causa prevista permite concluir que haya existido una práctica colusoira, práctica cuyo concurso corresponde valorar a la Comisión Nacional de los Mercados y de la competencia, sin que ningún caso proceda la exclusión automática. La mera sospecha de colusión no basta porque lo que se pretende es favorecer la máxima concurrencia.

Tales cuestiones en nada afectan al asunto aquí debatido.

4.- La exclusión sería contraria a los principios de seguridad jurídica (cambiar las "reglas del juego" vulneraría la seguridad jurídica de las licitaciones), no discriminación, igualdad de trato de los licitadores, eficiencia del gasto en las compras públicas, libertad de acceso a las licitaciones.

En cuanto al principio de seguridad jurídica, la Mesa de Contratación se limita a aplicar el TRLCSP. En ningún caso se está excluyendo a los licitadores por pertenecer a un grupo de empresas. En cuanto a otras licitaciones en las que alega algún licitador que han actuado de la misma manera, ha de indicarse que la Mesa de Contratación no se encuentra vinculada por las decisiones previas de otras

Mesas de Contratación, pues cada una de ellas goza de autonomía funcional, previa la emisión de los informes técnicos elaborados en el seno del procedimiento de contratación.

Por lo que se refiere a la infracción del principio de no discriminación e igualdad de trato, tal alegación ha de rechazarse. La Mesa de Contratación está tratando de la misma manera a todos los licitadores que se encuentran en idéntica situación. Al contrario, admitir en el procedimiento a los licitadores que han presentado idéntica proposición técnica haría de peor condición a aquellos licitadores que sí han respetado escrupulosamente las reglas de contratación.

Por lo que respecta a la vulneración del principio de eficiencia del gasto, nos remitimos al concepto de oferta económicamente más ventajosa.

Finalmente, en cuanto al principio del libre acceso a las licitaciones, no se restringe de ninguna manera la concurrencia, pues ante la anomalía detectada (la presentación de ofertas técnicas idénticas) sólo puede admitirse tal concurrencia entre los licitadores cuyas ofertas no vulneran lo establecido en los artículos 145.2 y 145.3 del TRLCSP.

Por todo lo expuesto, la MESA DE CONTRATACIÓN ACUERDA:

EXCLUIR a las empresas que se citan a continuación por vulneración de los artículos los artículos 145.2 y 145.3 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, del apartado H.2 del Cuadro Resumen de Características del Contrato y la Condición 16 del Documento de Condiciones del Contrato:

Proposición nº 3 OBRAS, PAVIMENTOS E INSTALACIONES INDUSTRIALES, S.L.
Proposición nº 4 OBRAS, CAMINOS Y ASFALTOS, S.A.
Proposición nº 8 CONSERVACION DE VIALES, S.A.U.
Proposición nº 9 CONSTRUCCIONES Y OBRAS LLORENTE, S.A.

Contra el presenta acuerdo podrá interponerse potestativamente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 40 y siguientes del TRLCSP, recurso especial en materia de contratación, previo a la interposición de recurso contencioso-administrativo.

No habiendo más asuntos que tratar, el Presidente de la Mesa da por finalizado el acto levantándose la sesión a las 12:00 horas en el lugar y fecha al principio expresados, firmando la presente acta todos los componentes de la Mesa.

EL PRESIDENTE DE LA MESA

Fdo.: Alberto Villagrá Laso

LA SECRETARIA

Fdo.: Mª José Sacristán Santos

LOS VOCALES

Fdo.: Miguel Ángel García Turienzo

Fdo.: Javier Teófilo Gregorio Arroyo

Fdo: Luis Óscar Ortega Jiménez

Signature Not Verified
Digitally signed by servicios.tacyl.es
Date: 2018.01.04 10:04:33 CET