



EB 2017/123

Resolución 129/2017, de 27 de noviembre de 2017, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial interpuesto por VALORIZA FACILITIES, S.A.U., frente a la adjudicación del contrato de "Mantenimiento de los servicios energéticos de las instalaciones del alumbrado público del Ayuntamiento de Bermeo", tramitado por el Ayuntamiento de Bermeo.

#### I.- ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** Con fecha 6 de octubre de 2017 se recibió en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la VALORIZA FACILITIES, S.A.U., (en los sucesivo, VALORIZA) frente a la adjudicación del contrato de "Mantenimiento de los servicios energéticos de las instalaciones del alumbrado público del Ayuntamiento de Bermeo", tramitado por el Ayuntamiento de Bermeo.

**SEGUNDO:** El día 9 de octubre se solicitaron al Ayuntamiento de Bermeo el expediente del contrato y el informe al que se refiere el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), los cuales tuvieron entrada en el registro de este OARC / KEAO el día 19 de octubre de 2017.

**TERCERO:** Solicitadas alegaciones a los interesados con fecha 25 de octubre de 2017, se han recibido las de TECUNI, S.A. el día 31 de octubre de 2017.



## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** Consta la legitimación del recurrente y la representación de doña I. L. de A.M., que actúa en su nombre.

**SEGUNDO:** Según el artículo 40.1 a) del TRLCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada.

**TERCERO:** El artículo 40.2 C) del TRLCSP establece que son susceptibles de recurso especial los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores. El acto que se recurre es el Decreto de la Alcaldesa de Bermeo, de 5 de septiembre de 2017, de adjudicación del contrato, acto en el que se acuerda la exclusión de la oferta del recurrente.

**CUARTO:** Se opone la extemporaneidad del recurso porque el acto recurrido es la exclusión y ha transcurrido un plazo superior a 15 días hábiles desde que se ha tenido conocimiento de la infracción, que en el presente caso tuvo lugar a través del perfil del contratante. No obstante, la práctica de la notificación, exigida por el art. 151.4 del TRLCS, no puede ser sustituida por la comunicación a través del perfil del contratante y la notificación se debe practicar conforme al artículo 40 de la Ley 39/2015. A este respecto, en el expediente obra un reconocimiento expreso del poder adjudicador de que el único acto notificado (Resolución de adjudicación) lo fue únicamente a las tres empresas admitidas. Consecuentemente, el recurso ha de considerarse interpuesto en plazo.

**QUINTO:** En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Bermeo tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículo 3 del TRLCSP).

**SEXTO:** El recurso se basa en los argumentos que a continuación se resumen:



a) En el procedimiento de adjudicación recurrido, todas las ofertas fueron valoradas por los técnicos en la fase de valoración de oferta técnica correspondiente y se emitió el informe técnico con asignación de la puntuación que se consideró adecuada conforme a la discrecionalidad técnica. Durante dicha fase la recurrente no recibió ninguna solicitud de aclaraciones. Es tras la apertura de la oferta económica y a la vista del resultado de la licitación cuando los mismos técnicos manifiestan incongruencias en las ofertas y, tras una revisión irregular de las ofertas, el órgano de contratación opta por excluir a la mayoría de los licitadores y adjudicar el contrato a favor de la licitadora que había presentado el precio más elevado de la licitación. Este actuar de la administración incurre en arbitrariedad.

b) Con anterioridad a la adjudicación no se ha producido ningún acto de trámite ni ninguna notificación expresa en que se indiquen los motivos de la exclusión.

c) La exclusión se notifica a través del acuerdo de adjudicación cuya "motivación" se realiza de forma genérica y del todo insuficiente de acuerdo a los numerosos pronunciamientos doctrinales que hay al respecto pues únicamente se basa en "*falta de claridad y coherencia, y errores en la tabla del último resumen*". Esta falta de motivación produce indefensión viciando el acto de nulidad.

d) El órgano de contratación no ha realizado el más mínimo esfuerzo en intentar minimizar las consecuencias de la decisión y no consta que ni la Mesa de contratación ni el órgano de contratación hayan realizado un juicio crítico, sino que es una decisión adoptada por los valoradores en un momento del procedimiento de licitación que resulta improcedente, puesto que los informes se realizan a la vista de la apertura de los sobres "C", en una decisión que agrede la legislación sobre contratación pública. Además, el principio de proporcionalidad obliga a que al enfrentarse a una oferta que es ambigua y una solicitud de aclaración sobre su contenido podría garantizar la seguridad jurídica, a pedir aclaraciones al licitador afectado en vez de optar por la desestimación de la oferta (STJUE de 10 de diciembre de 2009,



ECLI:EU:T:2009:491). Se observa una infracción del deber de las Administraciones Públicas de servir con objetividad los intereses generales y respetar en su actuación el principio de buena fe.

e) La pretensión del recurso consiste en que se declare la actuación del órgano de contratación como nula o, subsidiariamente, anulable y se ordene, la retroacción al momento de la exclusión, anulando la misma y continuando el proceso de licitación hasta la adjudicación del mismo según el acta de 17 de marzo de 2017.

**SÉPTIMO:** El poder adjudicador se opone al recurso por los siguientes motivos:

a) Una vez abierto el sobre "C" y a la vista de que había una incongruencia entre las proposiciones económica y técnica, la Mesa de contratación en su reunión de 17 de marzo de 2017 acordó la solicitud, entre otras a VALORIZA, de documentación para su aclaración. Para su valoración, se contrató a un ingeniero de SIAR INGENIERÍA, S.A., cuyo informe se reproduce. En base a su contenido, que observaba errores y falta de concordancia en la oferta, de conformidad con el artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, la Mesa de contratación acordó la exclusión del recurrente. Consecuentemente, no cabe reprochar falta de concurrencia, discriminación y trato desigual, ya que se dio a la recurrente la oportunidad de justificar su propuesta.

b) Reconoce el informe al recurso del poder adjudicador que por un error, VALORIZA, al igual que el resto de excluidos, no tuvo conocimiento de la notificación de la adjudicación, que únicamente se envió a las tres empresas admitidas. En cualquier caso, el Ayuntamiento de Bermeo publicó en el perfil de contratante todas las acciones realizadas y, expresamente, el acta de la reunión de 20 de julio de 2017 de la Mesa de contratación que decidió la exclusión de algunas empresas, aprobar las últimas puntuaciones y proponer al órgano de contratación la adjudicación del contrato. Además, el 4 de septiembre de 2017 se publicó la propuesta aceptada por el órgano de



contratación y el 15 de septiembre de 2017 el Decreto de Alcaldía de adjudicación. A pesar de existir el error, no se puede afirmar que no se ha respetado el procedimiento en la adjudicación del contrato, puesto que se han dado todos los pasos previstos en el TRLCSP.

c) Admitir una oferta incoherente no supone ninguna ventaja si luego la oferta no puede cumplirse; por ello, tras la exclusión de las ofertas incoherentes, se adjudicó el contrato a la que consiguió mayor puntuación, siempre teniendo en cuenta los criterios fijados en el pliego de condiciones, que no fueron recurridos

d) Una vez publicada la adjudicación en el perfil de contratante, los interesados tienen la opción de presentar recurso, como así ha ocurrido; por tanto, se puede afirmar que no ha habido indefensión y que ha tenido ocasión de interponer un recurso fundamentado; además, el Ayuntamiento siempre ha estado dispuesta a responder a cualquier solicitud de información.

e) La exclusión está expresamente motivada en el informe de 30 de junio de 2017, que la Mesa de contratación tuvo en cuenta a la hora de proponer la adjudicación el contrato.

f) El recurrente no prueba que el Ayuntamiento de Bermeo haya actuado con arbitrariedad, en contra del principio de objetividad, del interés general y de la buena fe, puesto que tanto la Mesa de contratación como el órgano de contratación han fundamentado su decisión en un informe técnico imparcial y objetivo.

g) Junto con el informe al recurso, el poder adjudicador remite otro elaborado por el técnico del Departamento de Servicios en el que, en relación con el objeto del recurso, se afirma que en la documentación presentada por VALORIZA se observa falta de coherencia entre la proposición técnica y la económica; así, esta empresa no ha acreditado de forma concreta el origen de



todas las cifras recogidas en la documentación del sobre "C", lo cual es imprescindible para otorgar fiabilidad y viabilidad a la propuesta.

**OCTAVO:** TECUNI, adjudicatario impugnado, solicita la desestimación del recurso basándose en los siguientes argumentos:

a) VALORIZA pretende utilizar los argumentos predicables respecto de las ofertas anormales o desproporcionadas, cuando en realidad ha sido excluida del procedimiento de adjudicación.

b) La exclusión resulta ser un acto trámite, que no tiene que ser expresamente notificado, teniendo el licitador excluido la doble posibilidad de impugnar dicha exclusión bien desde su conocimiento, bien desde el conocimiento de la adjudicación. Tal y como se manifiesta por la recurrente, tuvo conocimiento de la exclusión por medio de la publicación en el perfil de contratante, quedando pendiente la recepción de la comunicación del Decreto de adjudicación.

c) El artículo 151.4 del TRLSP diferencia claramente la motivación del acuerdo de adjudicación de las razones de la decisión de exclusión. En el apartado décimo de la adjudicación se exponen de forma resumida las razones por las que no han sido admitidas las ofertas de las empresas excluidas, que vienen sustentadas en el informe que obra en el expediente de contratación, al que puede acceder cualquiera de los licitadores. VALORIZA es conocedora de los motivos de su exclusión y los de la adjudicación del contrato a TECUNI. La existencia de una indefensión formal no es motivo de indefensión.

d) El recurrente pretende desvirtuar la labor de la Mesa de contratación intentando argumentar que su voluntad ha sido suplida por el informe emitido por SIAR INGENIERÍA, S.A., que emitió su informe sobre las aclaraciones presentadas por los licitadores en relación a las incoherencias económicas que existían en sus propuestas, sin que dicho informe haya suplido ninguna voluntad.



**NOVENO:** VALORIZA impugna que su exclusión tiene lugar tras haber detectado la Mesa de contratación incongruencias entre las ofertas técnicas y económicas de todos los licitadores, una vez procedida la apertura de los sobres que contienen los criterios de adjudicación sujetos a fórmula. Considera que resulta improcedente la solicitud a los licitadores de un estudio económico de viabilidad, que no estaba previsto en los pliegos ni se pidió en la fase de elaboración del informe técnico.

La exclusión se ha efectuado con posterioridad a la valoración de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor y tras abrirse y conocerse la propuesta valorable mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de fórmulas, una vez deducida la proposición susceptible de ser la económicamente más ventajosa y, por consiguiente, la adjudicataria del contrato.

La solicitud de una aclaración de la oferta después de realizada la apertura de la totalidad de los sobres que comprenden la propuesta contractual de todos los licitadores es un trámite que no debe ser descartado, aunque los pliegos no lo hayan previsto, tal y como ha manifestado este OARC/KEAO en pronunciamientos anteriores (ver, en este sentido, las Resoluciones 6/2011, 10/2011, 106/2015). La aclaración puede deberse a que la oferta está formulada en términos imprecisos, a que se desprendan dudas sobre su ajuste al pliego de condiciones o a que exista una presunción de que la oferta es anormalmente baja, [ver, en este sentido, la STJUE de 29 de marzo de 2012, Slovensko y otros (C-599/10, EU:C:2012:191), apartados 24, 39 y 40, si bien en relación al procedimiento restringido pero aplicable en este aspecto al abierto]. Así, está admitido por la jurisprudencia que los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta [ver, en este sentido STJUE de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214),



apartados 63 y 64; sentencia de 29 de marzo de 2012, Slovensko y otros (C-599/10, EU:C:2012:191) apartado 40]

Por consiguiente, la posibilidad de aportar información complementaria después de efectuada la apertura de los sobres que contienen la totalidad de la proposición se considera excepcional pero no se excluye por completo. La cuestión es dónde se encuentra el límite y, a tal fin, procede examinar el procedimiento de adjudicación diseñado en el PCAP, así como la finalidad perseguida por el poder adjudicador al solicitar dicha aclaración.

La comunicación cursada por el poder adjudicador a todos los licitadores es un documento normalizado, igual para todos ellos, en el que se les pone de manifiesto la existencia de "posibles incongruencias o no concordancias", sin especificación alguna, y exige la presentación de un estudio técnico-económico "que justifique la viabilidad de las soluciones propuestas, donde se expresará claramente para cada prestación el origen de todas las cifras indicadas en el sobre C2". Consecuentemente, se debe descartar que esta petición se debiera a que las ofertas de todos los licitadores propusieran especificaciones técnicas diferentes o dudosas respecto a las requeridas, o a que contuvieran errores materiales subsanables, o imprecisiones que pudieran corregirse o completarse de manera puntual, pues no se especifica a cada uno de los licitadores los concretos aspectos de su oferta que suscitan dudas.

La finalidad de la actuación del poder adjudicador al solicitar el estudio técnico-económico, tal y como lo expresa en su comunicación, es la de asegurarse la viabilidad de las ofertas, lo cual es lo mismo que afirmar que se pretende que las licitadoras presenten un estudio del que se derive que lo propuesto tiene probabilidades de poderse llevar a cabo. La razón de este trámite no reside en las concretas ambigüedades o inconcreciones de las ofertas, ni la falta de congruencia entre los diversos documentos de la propuesta contractual, pues de ser ello así se hubieran solicitado a cada licitador los aspectos concretos de su oferta susceptibles de ser aclarados, sino la de constatar la viabilidad de la





solución propuesta. En este sentido, es ilustrativo que el informe de SIAR (encargado de valorar los estudios técnico-económicos aportados por los diversos licitadores) en el que se basa la exclusión se titule «Informe técnico-económico justificativo de la viabilidad de las soluciones propuestas». Esta intención del poder adjudicador coincide con la naturaleza y finalidad del procedimiento de identificación de ofertas anormalmente bajas o desproporcionadas (art. 152 TRLCSP) a cuyo respecto este OARC/KEAO en pronunciamientos anteriores ha manifestado que «Como es bien sabido, un principio fundamental de la contratación pública es que el contrato debe adjudicarse a la oferta económicamente más ventajosa. Como excepción a este principio, el TRLCSP permite excluir las ofertas excepcionalmente ventajosas en razón de las condiciones ofertadas cuando quepa pensar razonablemente que el contrato no puede ser cumplido si se perfecciona en esos términos.» (ver, Resoluciones 71/2014 y 95/2015 de este OARC/KEAO)

Ahora bien, el TRLCSP prevé un procedimiento específico para descartar proposiciones cuando cabe suponer racionalmente que no pueden ser llevadas a cabo, el cual, cuando se trata de un contrato que se adjudica mediante el uso de varios criterios, requiere como requisito previo ineludible, que los Pliegos fijen los parámetros con los que se puede considerar, inicialmente, que la proposición no puede ser cumplida (artículo 152.2 TRLCSP). Así, este OARC/KEAO, en pronunciamientos anteriores ha manifestado que, cuando se trata de un contrato que se adjudica mediante el uso de varios criterios, sólo procede la aplicación de dicho procedimiento cuando el órgano de contratación ha hecho uso de la posibilidad prevista en el mencionado artículo y expresado los criterios a emplear para su apreciación, (ver, Resolución OARC/KEAO 70/2013). Consecuentemente, se debe estar a lo que establezcan los Pliegos para apreciar objetivamente que existen ofertas anormales o desproporcionadas.

Del examen de los pliegos que rigen el contrato no se observa que el órgano de contratación haya previsto parámetro objetivo alguno para apreciar la anomalía o desproporción de la proposición, esto es, para apreciar un indicio de que no es viable. La referencia que se efectúa en la cláusula 12 del



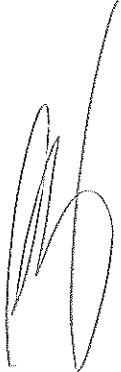
PCAP a que «El órgano de contratación clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas y que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente» no puede ser aplicada pues, precisamente, faltan los criterios objetivos que habilitan al poder adjudicador a iniciar el procedimiento del art. 152 del TRLCSP.

La exclusión se fundamenta en que en el informe encomendado a SIAR al objeto de analizar el estudio técnico-económico se plasma que la documentación aclaratoria presentada por la recurrente adolece de «koherentzia eta argitasun falta, eta akatsak azken laburpeneko taulan». Por su parte, en el acta de la Mesa de contratación correspondiente a su sesión de fecha 13 de julio de 2017, consta la aprobación del informe técnico realizado por Luis Miguel Navarro Zapatero (SIAR INGENIERIA) y se extracta una parte del mismo en el que se manifiesta lo siguiente:

«(...)

Una vez analizada la documentación de los Licitadores se detecta que no todos presentan, tal y como establece el requerimiento, un estudio técnico-económico donde se exprese claramente para cada prestación el origen de todas las cifras indicadas en el sobre C2.

Concretamente las empresas CLECE, UTE FCC-SOPRENER y TECUNI lo justifican de acuerdo al requerimiento de la Mesa de contratación, pero IMESAPI, SICE y VALORIZA FACILITIES no expresan claramente el origen de todas las cifras indicadas en el sobre C2, por lo que el técnico que suscribe propone la desestimación de las ofertas de estos licitadores.»



La falta de coherencia entre la proposición técnica y la económica que aduce el poder adjudicador no se deriva del contraste de estos documentos sino del análisis que se realiza del estudio técnico-económico aportado una vez valorados los criterios sujetos a juicio de valor y conocida la oferta evaluable mediante la aplicación de meras fórmulas. Ello imposibilita que la exclusión se pueda basar en el artículo 84 del RGLCAP, que exige que sea la propia proposición la que no guarde concordancia con la documentación examinada y admitida. El estudio técnico-económico solicitado no forma parte de la



proposición, y no se solicita para rectificar errores o aclarar concretas ambigüedades sino para justificar la viabilidad de la oferta.

El informe que realiza SIAR del estudio técnico-económico presentado por las licitadoras se centra principalmente en examinar si justifican las cifras del sobre C2, además de realizar alguna valoración sobre la calidad de la oferta. Ello es propio de un procedimiento incidental de oferta anormal o desproporcionada y no de una fase de aclaración de errores o ambigüedades de la oferta por lo que la naturaleza real del procedimiento seguido por el poder adjudicador es el primero, no el segundo, con independencia de la denominación que le haya dado.

Consecuentemente, cuando se trata de un contrato que se adjudica mediante el uso de varios criterios y no se han previsto criterios objetivos de apreciación de la posible concurrencia de ofertas anormales o desproporcionadas, no cabe iniciar un procedimiento tendente a apreciar la viabilidad de las propuestas contractuales efectuadas. Por ello, el informe emitido por SIAR en una fase del procedimiento posterior al de la valoración sucesiva y separada de los diversos criterios de adjudicación, con apreciaciones sobre la viabilidad y calidad de la oferta técnica en base a un documento no solicitado en las bases de la licitación, tiene la naturaleza de una nueva valoración de la oferta. Esta actuación equivale a alterar las reglas del procedimiento establecidas en el PCAP y, en concreto, la de la evaluación separada de los diversos criterios de adjudicación establecida en el art. 150 del TRLCSP, lo cual se sanciona con la nulidad de pleno derecho del art. 47.1.e) de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común (ver, en este sentido, la Resolución 103/2016 de este OARC/KEAO).

El poder adjudicador no ha efectuado un procedimiento de aclaración de la oferta sino otro, no previsto expresamente en los pliegos de la licitación y por consiguiente no procedente, tendente a descartar ofertas cuando cabe suponer racionalmente que no pueden ser llevadas a cabo. La consecuencia no puede



ser otra más que la de la anulación de las actuaciones efectuadas tras la apertura de los criterios valorables de forma automática por aplicación de fórmulas, entre las que se encuentra la exclusión de la recurrente, y retrotraer el procedimiento al momento de valoración de la oferta de la recurrente conforme a dichos criterios para continuar posteriormente con el procedimiento de adjudicación.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

### RESUELVE

**PRIMERO:** Estimar el recurso especial interpuesto por VALORIZA FACILITIES, S.A.U., frente a la adjudicación del contrato de "Mantenimiento de los servicios energéticos de las instalaciones del alumbrado público del Ayuntamiento de Bermeo", tramitado por el Ayuntamiento de Bermeo, y, consecuentemente, anular las actuaciones efectuadas tras la apertura de los criterios valorables de forma automática por aplicación de fórmulas, entre las que se encuentra la exclusión de la recurrente, y retrotraer el procedimiento al momento de valoración de su oferta conforme a dichos criterios para continuar posteriormente con el procedimiento de adjudicación.

**SEGUNDO:** Levantar la suspensión automática del procedimiento.

**TERCERO:** Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.



**CUARTO:** Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP

**Vitoria-Gasteiz, 2017ko azaroaren 27a**  
Vitoria-Gasteiz, 27 de noviembre de 2017

**Maria Begoña Arroitauregui Jayo**

**Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra**  
Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales