



**EB 2018/130**

**Resolución 157/2018, de 16 de noviembre de 2018, 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 en materia de contratación interpuesto por AUTOCARES ALDALUR ANAIK, S.L. contra la resolución de la mesa de contratación por la que, por un lado, se le excluye y, por otro, se solicitan al otro licitador aclaraciones a su proposición económica en el procedimiento de adjudicación del contrato de “Servicio de transporte urbano de viajeros en el término municipal de Azkoitia”, tramitado por el Ayuntamiento de Azkoitia.**

### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Con fecha 18 de septiembre de 2018, la mercantil AUTOCARES ALDALUR ANAIK, S.L. (en adelante, AUTOCARES ALDALUR) interpuso en el registro del Órgano Administrativo de Recurso Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) un recurso especial en materia de contratación pública contra la resolución de la mesa de contratación por la que, por un lado, se le excluye y, por otro, se solicitan al otro licitador aclaraciones a su proposición económica en el procedimiento de adjudicación del contrato de “Servicio de transporte urbano de viajeros en el término municipal de Azkoitia”, tramitado por el Ayuntamiento de Azkoitia.

**SEGUNDO:** El mismo día 18 de septiembre se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector

Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió en el registro del OARC / KEAO, el día 25 del mismo mes.

**TERCERO:** Trasladado el recurso a los interesados con fecha 3 de octubre se han recibido las alegaciones de Autobuses La Guipuzcoana, S.L. (en adelante, ALG) con fecha 8 de octubre.

## **II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO: Legitimación y representación**

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de Dña. M.J.E.A., que actúa en su nombre.

### **SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial**

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

### **TERCERO: Impugnabilidad del acto**

La pretensión de la recurrente es doble: por un lado, solicita la nulidad de su exclusión, la cual en virtud del artículo 44.2 b) de la LCSP es un acto perfectamente recurrible por estar expresamente recogido en dicho precepto; sin embargo, la solicitud de aclaraciones por parte del poder adjudicador al otro licitador no constituye un acto recurrible, por cuanto que no decide directa o indirectamente sobre la adjudicación, no determina la imposibilidad de continuar el procedimiento o no produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Los actos por los que se solicitan aclaraciones o subsanaciones dentro del procedimiento de adjudicación, no son actos que,

por sí mismos, sean susceptibles de causar perjuicio alguno a los licitadores, por lo que no pueden ser recurridos, sin perjuicio de que puedan ser objeto de recurso los actos subsiguientes (p. ej.: la admisión de la oferta o la adjudicación a la vista de las aclaraciones aportadas) englobados, estos sí, dentro del artículo 44.2 b) de la LCSP. Consecuentemente, de acuerdo con el artículo 55 c) de la LCSP, esta segunda pretensión no puede ser admitida a trámite.

#### **CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma**

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma. Consta en el expediente que a la recurrente se le notificó la resolución de exclusión impugnada el día 23 de agosto únicamente en euskara y que, posteriormente, el 7 de septiembre, AUTOCARES ALDALUR solicitó el envío de la citada resolución traducida al castellano, hecho que se produjo el día 14. A partir de este relato fáctico, a juicio de este Órgano, no procede aceptar la alegación de extemporaneidad realizada por el poder adjudicador, sobre la base de la Ley 10/1982, de 24 de noviembre, básica de normalización del uso del Euskera dispone literalmente:

##### **Artículo 8.**

(...)

2. Todo acto en el que intervengan los poderes públicos sitos en la Comunidad Autónoma del País Vasco, así como las notificaciones y comunicaciones administrativas, deberán ir redactados en forma bilingüe, salvo que los interesados privados elijan expresamente la utilización de una de las lenguas oficiales de la Comunidad Autónoma.

En el expediente remitido no consta que AUTOCARES ALDALUR haya elegido expresamente la utilización de una de las dos lenguas oficiales, por lo que la obligación del poder adjudicado era la de notificar en ambas. No habiéndolo hecho así, el primer día de plazo para interponer el presente recurso especial será el siguiente al que haya procedido a subsanar dicho defecto en la notificación. Consecuentemente, tomando dicha fecha como inicio del cómputo de presentación del recurso especial, se ha de concluir que nos hallamos ante un recurso presentado en plazo.

#### **QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador**

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Azkoitia tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

#### **SEXTO: Argumentos del recurso**

Una vez inadmitida la pretensión de impugnación del acto por el que se solicitan aclaraciones de la oferta económica del otro licitador, los argumentos del recurso son, de forma resumida, los que a continuación se exponen:

- a) La decisión de la mesa de contratación de excluir a la recurrente es indeterminada, pues se acoge a un incumplimiento genérico, y falta de motivación, ya que no se especifica la razón concreta que motiva su exclusión. Además, dicha indeterminación provoca indefensión.
  
- b) En todo caso, la inclusión del apartado “mejoras” en el sobre (B) relativo a la proposición técnica no es motivo de exclusión, ya que no constituye oferta económica alguna, ni se amplía el horario de lunes a domingo de los itinerarios, qué es el aspecto que se valora.
  
- c) Asimismo, se impugnan dos aspectos del informe de valoración y relativos a la oferta de ALG, concretamente, los referidos a la antigüedad de los vehículos y el combustible a utilizar el vehículo número 1, ya que incumplen los requisitos exigidos.

#### **SÉPTIMO: Alegaciones de ALG**

Las alegaciones efectuadas por ALG son, de forma resumida, las siguientes:

- a) La exclusión de la recurrente es conforme a derecho, ya que ésta ha incluido en el sobre (B) relativo a la proposición técnica datos cuantificables de forma automática.

b) La valoración efectuada por el poder adjudicador de su oferta es correcta, ya que no hay incumplimiento alguno. Por tanto, solicita la desestimación del recurso

**OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador**

Por su parte, el poder adjudicador alega lo siguiente:

a) Tanto por lo expresado por los pliegos como por las aclaraciones publicadas en el perfil del contratante no cabe introducir en el sobre (B) relativo a la proposición técnica ninguna mención relativa a las “mejoras”, las cuales se incluirán en el sobre (C) relativo a la proposición económica. Asimismo, la resolución impugnada señala literalmente que el motivo de exclusión viene dado por la inclusión de las mejoras en el sobre (B), por lo que no cabe hablar de indeterminación ni indefensión. Además, el día de la apertura pública del sobre (B) en la que se encontraban presentes los representantes de AUTOCARES ALDALUR se les explicó verbalmente el motivo por el que su proposición quedaba excluida.

b) Respecto de la incorrecta valoración de los dos aspectos de la oferta de ALG, manifiesta que no procede su estimación, ya que la empresa con la que se formalice el contrato deberá respetar la normativa vigente bajo apercibimiento de penalidad o resolución de contrato.

**NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO**

Delimitadas con carácter previo las cuestiones planteadas en el recurso, debe ser analizada, ahora, si la Mesa de contratación actuó de forma correcta al proceder a excluir la oferta de la recurrente por incluir en la “Memoria Técnica” a aportar sobre (B) y valorable conforme a criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, documentación denominada “mejoras”.

- a) Sobre la inclusión de documentación relativa a “mejoras” en el sobre B en vez de en el sobre C

La recurrente considera que las “mejoras del servicio” ofertadas en el sobre (B) no son las mejoras a las que se refiere la cláusula 20 de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares en adelante, (PCAP), ya que no suponen una ampliación de horario de lunes a domingo de ninguno de los tres itinerarios.

La resolución de la cuestión planteada ha de partir del examen de las cláusulas contractuales que guardan conexión con aquella y de la oferta realizada por la recurrente. Así, la citada cláusula 20 del PCAP establece:

## **20. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN**

### **1.- Criterios evaluables mediante fórmulas matemáticas:**

#### **(...) 1.2.- Mejoras: máximo 2,5 puntos**

Ampliación de horario de lunes a domingo: Cada itinerario de más ofertado se valorará con 0,5 puntos hasta un máximo de 2,5 puntos. El itinerario añadido se deberá cumplir diariamente (...).”

Asimismo, la cláusula 9 del Pliego de Prescripciones Técnicas recoge lo siguiente:

#### **“9.- ITINERARIO.**

##### **9.1. Itinerario habitual**

El recorrido básico será el siguiente. El autobús realizará tres itinerarios. Los tres partirán de la biblioteca y se dirigirán a los distintos barrios (...).

Por otro lado, el documento de aclaraciones publicado por el poder adjudicador en el perfil del contratante el 17 de julio, relativo al contenido de los sobres B y C señala:

## **ACLARACIONES**

### **(...) 2.- SOBRE «B» PROPOSICIÓN TÉCNICA:**

A la hora de redactar la memoria técnica no se deberá hacer ninguna mención relativa al apartado “1.2.- **Mejoras**”. Es decir, para redactar la memoria técnica se debe de tener en

cuenta exclusivamente lo exigido en los pliegos técnicos, sin tener en cuenta las mejoras que se incluirán en el sobre C.

En ningún caso deben incluirse en el sobre B la proposición económica o cualesquiera otros datos correspondientes a criterios cuantificables de forma automática y que deberán incluirse en el sobre C.

La inclusión de cualquiera de dichos datos en el sobre B supondrá la exclusión de la empresa licitadora del presente procedimiento y no se procederá a la apertura del sobre C.

### **3.- SOBRE «C»: PROPOSICIÓN ECONÓMICA Y MEJORA: Mejoras:**

Se considerara itinerario a los recorridos definidos como tal en el anexo II: Recorrido 1, 2 y 3.

\*Ninguna otra propuesta de mejora se tendrá en cuenta ni se valorará.”

Finalmente, la recurrente incluyó en el sobre nº B, la siguiente información:

#### **MEJORAS**

Incluida en nuestras propuestas como mejoras del servicio, se encuentran los siguientes recorridos:

- **Servicio regreso instalaciones deportivas de San Juan**

Se propone un servicio diario de Lunes a Viernes desde San Joan, con salidas a las 20h45, para los regresos de los entrenamientos deportivos.

- **Servicio a Txerloia a los partidos del equipo senior.**

Se propone un servicio a Txerloia los días de partido del equipo senior del CD Anaitasuna.

- **Servicio adicional gratuito para la festividad de San Martin**

- **Servicio adicional gratuito para la festividad de Aingeru Guarda**

- **Servicio adicional gratuito para las Festividades de San Andrés, y Andra Mari.**

Como es bien sabido, una reiteradísima doctrina establece que los pliegos, que son susceptibles de una impugnación autónoma, pasan a ser firmes y consentidos una vez que no se ha interpuesto en plazo el correspondiente recurso, vinculando tanto a la Administración como a los licitadores. Además, las respuestas (aclaraciones) dadas por el poder adjudicador a las dudas de los potenciales licitadores se incluyen en la amplia definición de pliego de contratación recogida en el artículo 2.1.13) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, que comprende todo documento elaborado o mencionado por el poder adjudicador para describir o determinar los elementos de

la contratación o el procedimiento, incluido el anuncio de licitación, el anuncio de información previa que sirva de convocatoria de licitación, las especificaciones técnicas, el documento descriptivo, las condiciones del contrato propuestas, los formatos para la presentación de documentos por los candidatos y licitadores, la información sobre obligaciones generalmente aplicables y cualquier documento adicional. A juicio de este OARC / KEAO (ver, en este sentido la Resolución 112/2018), las respuestas a las consultas publicadas en el perfil del contratante, en cuanto generan en los consultantes y en los demás licitadores una confianza legítima (artículo 3.1 e) de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público) en que la actuación del órgano de contratación a lo largo del procedimiento de adjudicación se ajustará a ellas, son documentos adicionales que fijan los términos de dicho procedimiento.

El párrafo 2º del artículo 146.2 de la LCSP señala que En todo caso, la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. (...). Sobre esta cuestión, este OARC / KEAO ha sostenido en ocasiones anteriores (ver, por todas, la Resolución 74/2017) que la finalidad de la evaluación separada y sucesiva de ambos tipos de criterio es evitar que el conocimiento de los aspectos de la oferta evaluables mediante fórmulas condicione los juicios de valor que necesariamente habrán de emitirse para aplicar los criterios de adjudicación no sujetos a la aplicación de fórmulas. Es decir, se busca la objetividad en el juicio de valor, que podría verse comprometida si quien tiene que configurarlo conoce total o parcialmente el resultado de la evaluación de los criterios automáticos, pues en ese caso podría darse una valoración que, conscientemente o no, compensara las puntuaciones resultantes de dicha evaluación en favor o perjuicio de alguna empresa. El sistema anula también el denominado «efecto halo» en la atribución de puntuaciones al separar radicalmente la valoración de cada tipo de criterio, impidiendo, por ejemplo, que quien efectúa el informe técnico tienda a sobrevalorar la calidad de una oferta que objetivamente no merece una alta puntuación en este apartado porque sabe que también es la más barata. La sanción al licitador que infringe esta regla de presentación, de modo que posibilita el conocimiento prematuro de un aspecto evaluable mediante fórmula en perjuicio de una aplicación objetiva y no discriminatoria de los criterios de adjudicación, es la exclusión de la oferta, sin que quepa que el órgano de contratación gradúe dicha consecuencia en atención a la buena fe del operador y sin que sea necesario probar la existencia de un daño efectivo sobre dicha



objetividad (ver, por ejemplo, la Resolución 191/2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

Resulta relevante para la cuestión planteada reseñar que la infracción de la regla debe ser material y no meramente formal, siendo preciso que efectivamente se vulnere la objetividad que el sistema de valoración separada pretende garantizar (ver, por ejemplo, la Resolución 100/2013 del OARC / KEAO).

En este mismo sentido, cabe citar la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de 6 de noviembre de 2012, en la que se indica que: Distinta consideración merece, sin embargo, la alegación que excluye la vulneración del carácter secreto de las proposiciones derivada del error en la documentación contenida en cada sobre. Esta cualidad responde al principio general de igualdad de trato entre los candidatos y tiene su expresión concreta en el artículo 129.2 de la LCSP, previendo la propia Ley los medios para garantizar esa reserva. Así el art.144 que trata de la inclusión en dos sobres distintos y el 134.2 que establece el orden de apertura de los sobres ( . . . ) Lo relevante no es el error en la documentación sino que del mismo se haya producido una vulneración del secreto, es decir, que un dato, hasta entonces desconocido y de influencia en la adjudicación, sea incluido en el sobre que no le corresponde. Si el dato era ya conocido o su conocimiento a destiempo es irrelevante no puede hablarse de vulneración del carácter secreto de las proposiciones con la grave consecuencia de excluir del procedimiento a uno de los licitadores ( . . . ). Tampoco en lo relativo a la vulneración del secreto de las proposiciones cabe admitir ese criterio automático de exclusión aplicado por el órgano de contratación, que invoca la cláusula 4-7-3-del pliego; dicha cláusula dispone, efectivamente, que "la inclusión en los sobres n ° 1 o n ° 2 de documentos correspondientes al sobre n° 3 será causa de exclusión del licitador por vulnerar el carácter secreto de las ofertas" a que se refiere el art. 129.2. LCSP. Tal interpretación resulta excesivamente formalista y contraría al principio de libre competencia, también formulado en el art. 1 de la Ley, pues ha de ser interpretada a la luz de los preceptos mencionados que justifican el carácter secreto de las proposiciones, lo que exige la comprobación de que esa actuación realmente ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmula.

A la vista de todo lo anterior y de lo dispuesto en los pliegos (de los que forman parte, como hemos dicho, las aclaraciones) y de la documentación aportada como mejoras por la recurrente, este Órgano estima que no se ha producido la irregularidad que ha provocado su exclusión. Aunque la recurrente en la

proposición técnica que realiza incluye un apartado denominado mejoras ofertadas, las mismas no amplían los horarios de los tres itinerarios principales que es el objeto de valoración en el criterio de adjudicación automático. Es decir, se trata de una propuesta de mejora irrelevante que, de acuerdo a los pliegos, no debe valorarse ni tenerse en cuenta, dado que no existe identidad entre lo ofertado (otros itinerarios y horarios distintos de los establecidos en los pliegos) y lo que es objeto de valoración conforme al criterio evaluable mediante fórmulas matemáticas reseñado como Mejoras. Por tanto, y dado que el dato fundamental de la evaluación automática es el compromiso expreso de ampliar los horarios de los tres itinerarios reseñados en los pliegos, lo cual no consta en la proposición de AUTOCARES ALDALUR, en ningún caso se puede concluir que en el sobre B se anticipa información que permita un cálculo prematuro de las puntuaciones que solo habrían de conocerse posteriormente. Consecuentemente, no se aprecia vulneración de la objetividad que el sistema de valoración separada pretende garantizar y el motivo de recurso debe estimarse.

#### b) Conclusión

En principio, la estimación del motivo impugnatoria señalado en el apartado a) supondría la anulación de la exclusión y la retroacción de actuaciones para que se valorara la proposición técnica del recurrente. No obstante, tal cosa no es posible porque dicha retroacción infringiría el principio de valoración separada de los criterios de adjudicación sujetos a evaluación discrecional y los que se aplican mediante fórmulas, recogido en el artículo 146.2 de la LCSP, pues toda la documentación del otro licitador y la relativa a los criterios discrecionales del recurrente son ya conocidas. Consecuentemente, la retroacción supondría permitir una adjudicación contraria a la objetividad e igualdad de trato, principios que la citada valoración separada pretende garantizar. Por ello, debe cancelarse la licitación. Esta decisión no pone al recurrente en una peor posición de la que tenía antes de la impugnación, situación prohibida por el artículo 119.3 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, puesto que pasa de ser licitador excluido a tener la posibilidad de presentar una oferta en un nuevo procedimiento de adjudicación, más que previsible a la vista

de la naturaleza continuada de la prestación. Por otro lado, tampoco se infringe el principio de congruencia del artículo 57.2 de la LCSP, ya que la cancelación no se deriva de la pretensión del recurso, sino de la propia naturaleza del procedimiento, que hace imposible la retroacción, de modo análogo a lo que sucede cuando se anula un criterio de adjudicación (ver, por ejemplo, la Resolución 52/2017 del OARC / KEAO y la jurisprudencia que en ella se cita).

Finalmente, debe señalarse que la estimación del motivo impugnatorio anterior que, a su vez, conlleva la cancelación de la licitación, hace innecesario el examen del resto de motivos articulados en el escrito de impugnación.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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:

## **RESUELVE**

**PRIMERO:** Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por AUTOCARES ALDALUR ANAIK, S.L. contra la resolución de la mesa de contratación por la que, por un lado, se le excluye y, por otro, se solicitan al otro licitador aclaraciones a su proposición económica en el procedimiento de adjudicación del contrato de “Servicio de transporte urbano de viajeros en el término municipal de Azkoitia”, tramitado por el Ayuntamiento de Azkoitia, anulando la adjudicación y ordenando cancelar la licitación.

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

**TERCERO:** De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al órgano de contratación para que dé conocimiento al OARC / KEAO de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

**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 59.1 de la LCSP.

**Vitoria-Gasteiz, 2018ko azaroaren 16a**

Vitoria-Gasteiz, 16 de noviembre de 2018