



**EB 2019/139**

**Resolución 178/2019, de 29 de octubre, 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 la Unión Temporal de Empresas compuesta por las empresas TECSA EMPRESA CONSTRUCTORA, S.A., CAMPEZO OBRAS Y SERVICIOS, S.A., CYCASA CANTERAS Y CONSTRUCCIONES, S.A. y COMSA, S.A.U. contra la adjudicación del contrato “Obra del proyecto constructivo de la Plataforma de la Nueva Red Ferroviaria en el País Vasco. Tramo Hernani – Astigarraga. Fase 2”, tramitado por la el Ente Público de Derecho Privado Euskal Trenbide Sarea.**

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

**PRIMERO:** Con fecha 8 de agosto de 2019, la Unión Temporal de Empresas compuesta por las empresas TECSA EMPRESA CONSTRUCTORA, S.A., CAMPEZO OBRAS Y SERVICIOS, S.A., CYCASA CANTERAS Y CONSTRUCCIONES, S.A. y COMSA, S.A.U. (en adelante, la UTE recurrente) interpuso, 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), un recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato “Obra del proyecto constructivo de la Plataforma de la Nueva Red Ferroviaria en el País Vasco. Tramo Hernani – Astigarraga. Fase 2”, tramitado por la el Ente Público de Derecho Privado Euskal Trenbide Sarea (en adelante, ETS).

**SEGUNDO:** El día 9 de agosto 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 mismo día 9 de agosto.

**TERCERO:** Trasladado el recurso a los interesados el día 19 de agosto, se recibieron (el día 22 de agosto) las alegaciones de la Unión Temporal de Empresas compuesta por las empresas CONSTRUCCIONES MARIEZCURRENA, S.L., CONSTRUCCIONES ZUBIEDER, S.L., SACYR INFRESTRUCTURAS, S.A. y SACYR NEOPUL, S.A., SUCURSAL EN ESPAÑA (en adelante, UTE adjudicataria).

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de quienes actúan 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 los contratos de obras cuyo valor estimado sea igual o superior a 3.000.000 de euros.

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

Conforme al art. 44.2.c) de la LCSP son impugnables los acuerdos de adjudicación.



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

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

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

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

#### **SEXTO: Alegaciones del recurso**

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

- a) El recurso alega que la oferta de la adjudicataria impugnada debió ser excluida porque incurre en una contradicción insubsanable; mientras que, en su oferta económica, anexo III.1, la UTE adjudicataria ofertó un precio ligado a un plazo de ejecución de 41 meses (tal y como pudo escucharse en el acto de apertura), en el Anexo III.4 se ofreció una reducción de cuatro meses del plazo de ejecución (es decir, 37 meses).
  
- b) Posteriormente a la citada apertura, la UTE adjudicataria presentó un escrito en el que pretendía aclarar y subsanar su oferta en lo que se refería a la contradicción en el plazo de ejecución, que fue aceptado por ETS pero no comunicada a los demás licitadores; sin embargo, el perfil del contratante no reflejó lo realmente ocurrido en la apertura y atribuyó a la UTE adjudicataria un plazo de 37 meses (información publicada el 3 de julio), igual que el informe técnico que justifica la propuesta de la oferta más ventajosa, que le atribuía 4 puntos en este apartado, igualmente publicado en el perfil (el día 5 de julio).
  
- c) El día 23 de julio se publicaron la resolución de adjudicación ahora recurrida y una segunda versión del acta de apertura del sobre "B".



d) A juicio del recurrente, se trata de una contradicción que debió suponer la exclusión de la oferta porque impide conocer el sentido de la proposición, siendo inválida la aclaración extemporánea aportada por la adjudicataria que, además, no fue solicitada por la Mesa de Contratación; debe tenerse en cuenta que en el expediente hay información que puede avalar cualquiera de las interpretaciones y que el plazo estimado está ligado al precio que queda, de esta forma, igualmente indeterminado.

e) Adicionalmente a lo anterior, la recurrente estima que se ha prescindido del procedimiento legalmente establecido por las siguientes razones:

- el escrito de subsanación presentado por la adjudicataria no debió ser admitido por la Mesa de Contratación, que no lo solicitó.
- el citado escrito fue tenido en cuenta para decidir la adjudicación del contrato.
- existen múltiples versiones de lo que debió ser un único acto, la apertura del sobre "B".
- impedimentos para acceder al expediente de contratación y acceso parcial al mismo.
- retraso de la publicación de los hitos del procedimiento de adjudicación en el perfil del contratante.

f) Finalmente, se solicita:

- la exclusión de la oferta de la UTE adjudicataria y la adjudicación del contrato al siguiente licitador mejor clasificado.



- subsidiariamente, que se determine que no procede atribuirle los 4 puntos disponibles para el criterio de adjudicación de reducción del plazo de ejecución, acordando la adjudicación del contrato al licitador mejor clasificado.
  
- el acceso completo al expediente de contratación para completar el recurso, ya que no se permitió el acceso a documentos como los informes internos generados en el seno de ETS a partir de la aclaración presentada por la adjudicataria ni al acta de la reunión en la que se decidió adjudicar el contrato.
  
- en el caso de que no se conceda el acceso solicitado, se interesa prueba documental consistente en la exhibición de los documentos citados en el epígrafe anterior.

#### **SÉPTIMO: Alegaciones de la UTE adjudicataria**

Por su parte, la UTE adjudicataria alega lo siguiente:

- a) No existe la contradicción alegada por el recurrente, y en la documentación de la proposición hay datos suficientes para despejar dudas al respecto; pues los anexos III.1 (oferta económica) y III.4 (plazo) tienen funciones distintas, siendo tan solo en el segundo donde debe presentarse la reducción del plazo y donde se ofertó una reducción de 4 meses.
  
- b) A la vista de que el órgano de contratación no leyó ni analizó el citado Anexo III.4, se presentó un escrito pidiendo aclaración sobre la apertura o, si fuera necesario, que se convocara una nueva lectura pública; el citado escrito no era una subsanación.
  
- c) En cualquier caso, de existir una contradicción, sería subsanable mediante un trámite de aclaración.



d) Se solicita la imposición de la multa máxima a la recurrente por la mala fe y temeridad mostrada en la interposición del recurso

**OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador**

Por su parte, ETS se opone a la estimación del recurso alegando, en síntesis, que del contexto de toda la documentación aportada se deduce que la verdadera voluntad de la UTE adjudicataria era ofertar un plazo de ejecución de 37 meses (es decir, una reducción de cuatro meses sobre el plazo máximo de ejecución de la obra) y que la aparente contradicción es subsanable.

**NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO**

A la vista de lo anterior, debe analizarse la viabilidad del recurso, que solicita la exclusión de la oferta de la UTE adjudicataria por contener su proposición una contradicción que impide conocer la intención del licitador y que, además, no es susceptible de subsanación. Previamente al estudio de la pretensión, debe resolverse sobre la solicitud de acceso al expediente porque, de aceptarse, podría suponer la concesión de un plazo adicional para completar el recurso, retrasando así la revisión de las cuestiones de fondo que soportan la impugnación.

a) Sobre la solicitud de acceso al expediente

El recurrente alega que el poder adjudicador no le permitió el acceso completo al expediente, por lo que no pudo examinar, por ejemplo, los informes o documentos internos generados en el seno del órgano de contratación a raíz del escrito presentado por la adjudicataria para tratar de aclarar determinados extremos de su oferta, ni el acta de la reunión del 18 de julio en la que se decidió la adjudicación del contrato.



A juicio de este Órgano, esta pretensión debe desestimarse, de acuerdo con su criterio sobre la materia (ver, por todas, la Resolución 174/2019). La solicitud de acceso al expediente en el procedimiento de recurso especial se regula en el artículo 52 de la LCSP en términos similares a los que ya figuraban en los artículos 16 y 29.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (en adelante, RPE). La finalidad que se persigue mediante este procedimiento es evitar la indefensión del recurrente de tal manera que la privación de este derecho por el órgano de contratación no sea la causa de un recurso especial insuficiente o carente de fundamentación jurídica (ver, por ejemplo, la Resolución 436/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC). Para sustentar su decisión, este OARC/KEAO ha de estar a lo alegado por el recurrente y por el poder adjudicador, a la verificación del cumplimiento de ciertas formalidades (especialmente, la solicitud de acceso inicial al órgano de contratación y la presentación del recurso especial en plazo con solicitud de acceso al órgano resolutorio) y a la observancia de los límites materiales del derecho de acceso, como pueden ser la protección de los intereses comerciales legítimos o de los datos de carácter personal. Debe recordarse en todo caso que, tal y como se dijo en la Resolución 248/2015 del TACRC, el derecho de acceso al expediente encuentra su fundamento en la necesidad de conocer los elementos de juicio que han servido de base al acto impugnado, y ello como exigencia propia del derecho a la tutela efectiva. Por tanto, solo en la medida en que los documentos cuyo acceso se solicita sean necesarios para la articulación de dicha defensa, tiene sentido el ejercicio de este derecho. Consecuentemente, con independencia del juicio que pueda merecer la denegación decidida por el poder adjudicador en cuanto a su adecuación a la LCSP, solo se puede considerar una irregularidad relevante cuando tenga por efecto la indefensión del interesado y, en concreto, cuando le impida presentar un recurso especial suficientemente fundado (ver la Resolución 47/2015 del OARC / KEAO) de modo que si, por ejemplo, la Resolución de adjudicación está suficientemente



motivada en los términos exigidos en el artículo 151 de la LCSP o el interesado accedió por otra vía a la información necesaria no puede alegarse dicha indefensión. Por otro lado, el derecho de acceso a las ofertas de las restantes entidades licitadoras no es un derecho absoluto, sino que debe estar amparado en un interés legítimo por comprobar o verificar una actuación del poder adjudicador que se estime incorrecta o no ajustada a la legalidad, sin que dicho acceso pueda obedecer a un mero deseo de búsqueda de defectos o errores en la oferta de otra empresa licitadora (ver, por ejemplo, la Resolución 329/2016 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía).

Aplicado lo anterior al caso analizado, se observa que la petición solo menciona expresamente dos documentos (o tipos de documentos), que no pertenecen a la oferta de la UTE adjudicataria sino que se refieren a actuaciones del procedimiento de adjudicación:

- 1) Por lo que se refiere al acta de la reunión del 18 de julio en la que se decidió la adjudicación del contrato, en el expediente consta la Resolución de adjudicación de dicha fecha, dictada por la Comisión Delegada del Consejo de Administración de ETS; consta igualmente que la Resolución fue remitida a los componentes de la UTE recurrente con fecha 22 de julio (de hecho, la UTE recurrente la adjunta al escrito de recurso). En ella solo hay una mención al debate objeto del presente recurso, la cual señala brevemente que “en aplicación de los principios básicos de la normativa de contratación pública y los criterios que establece la jurisprudencia considera que el plazo de la oferta presentada es de 37 meses, en vez de los 41 meses que también fueron indicados en la documentación incluida en el sobre B, de conformidad al escrito presentado por los integrantes de esta UTE con fecha 7 de junio de 2019”. Existe también un documento denominado “Acta de la sesión de la Comisión Delegada del Consejo de Administración en materia de contratación, celebrada el 18 de julio de 2019”, que solo trata del contrato impugnado en su punto 6.1 y simplemente para dar cuenta de que se ha acordado su adjudicación en los mismos términos contenidos en la Resolución anteriormente citada.





- 2) En cuanto a “los informes o documentos internos generados en el seno del órgano de contratación a raíz del escrito presentado por la adjudicataria para tratar de aclarar determinados extremos de su oferta”, no consta en el expediente remitido a este Órgano ningún documento que satisfaga esta descripción.

A la vista de todo ello, no consta qué aportaría a la correcta elaboración o compleción del recurso (finalidad del trámite previsto en el artículo 52.3 de la LCSP y en el RPE) el acceso solicitado; por el contrario, es claro que el recurso está ampliamente fundado, lo que denota que la recurrente ha obtenido información suficiente de los documentos del expediente a los que ha podido acceder y de la propia motivación del acto impugnado para plantear los términos del debate sobre la legalidad de la adjudicación. Consecuentemente, interpuesto el recurso especial con todas las garantías, no procede acceder a la pretensión.

b) Sobre la contradicción en la oferta de la UTE adjudicataria

El análisis de la pretensión de la UTE recurrente debe partir de los datos que constan en el expediente, sobre los que proyectará la doctrina que este Órgano ha venido estableciendo al respecto.

b 1) Datos relevantes que constan en el expediente

La contradicción que denuncia el recurso se da entre dos documentos de la proposición, previstos en el apartado 24.2 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) para incluir en el sobre “B” (Oferta evaluable automáticamente mediante fórmulas):

- por un lado, el Anexo III.1, que se refiere al modelo de oferta económica, y que debe cumplimentarse con el precio por el que el licitador propone la adjudicación del contrato y que también reserva un espacio para señalar el plazo de ejecución; en él la UTE



adjudicataria ha indicado un plazo de 41 meses, el máximo aceptable según el apartado 6.1 de la carátula del PCAP.

- por otro lado, el Anexo III.4, que se refiere al plazo y en cuyo contenido literal figura el siguiente texto:

“1l. Que propongo la realización de la obra objeto del presente contrato por el/los siguiente/s plazo/s:

- Se propone la reducción del plazo de ejecución en .....MESES”.

En su oferta, la UTE adjudicataria ha indicado una reducción de 4 meses (es decir, un plazo de 37 meses).

Por otro lado, en el perfil del contratante figuran las respuestas del poder adjudicador a las solicitudes de los interesados de aclaraciones sobre el sentido y alcance de diversas cláusulas de la documentación contractual; algunas de ellas contienen información relevante para el caso analizado, pues establecen que (i) con la finalidad de no desvelar anticipadamente información relativa a un criterio evaluable mediante fórmula, el programa de trabajo que se incluya en la oferta técnica (sobre C) debe elaborarse partiendo del plazo de 41 meses y no del que efectivamente se oferte, que deberá figurar en el sobre B, y que (ii) en dicho sobre B debe adjuntarse una memoria que justifique la reducción de plazo ofertada. En cumplimiento de esta última obligación, la UTE adjudicataria incluyó en su oferta un documento que pretende justificar una reducción de plazo de 4 meses (es decir, un plazo de ejecución de 37 meses).

#### b 2) Sobre la contradicción en la oferta de la adjudicataria impugnada

Como ha señalado anteriormente este Órgano (ver, por ejemplo, su Resolución 153/2018), los errores en la confección de la oferta económica que impidan conocer la verdadera voluntad del licitador suponen su exclusión sin que quepa subsanación alguna. Sin embargo, la exclusión no será procedente, y



procederá la subsanación o aclaración, cuando dicha verdadera voluntad del licitador pueda deducirse del contexto de toda la proposición, de forma indirecta e interpretando toda ella en su conjunto, de modo que pueda reconocerse de modo indubitado la intención cierta, aunque haya sido ocultada por un error en su plasmación (ver también la Resolución 115/2016 del OARC / KEAO). En este caso, se estima que lo razonable es entender que la voluntad de la UTE adjudicataria, ocultada por un error en su exteriorización, pero clara en la globalidad de la documentación aportada, era ofertar un plazo de ejecución de 37 meses (es decir, una reducción de 4 meses sobre el plazo máximo), por lo que los términos de la adjudicación son correctos y el recurso debe desestimarse por los motivos que se exponen a continuación:

- 1) Entender que la verdadera intención de la UTE adjudicataria fue ofrecer un plazo de 37 meses y no de 41 meses se apoya en varios argumentos. En primer lugar, la mención a los 41 meses en la documentación técnica era obligada para no infringir la valoración separada de los criterios discrecionales y de los sujetos a evaluación automática prevista en el artículo 146.2 de la LCSP, y la propia ETS indujo esa conducta en los licitadores mediante su aclaración y cuenta con que el plazo realmente propuesto es el que consta en el Anexo III.4 a incluir en el sobre B. En segundo lugar, aunque el plazo se menciona en dos documentos del sobre B, lo cierto es que solo uno de ellos está específicamente diseñado para señalar el plazo ofertado evaluable como criterio de adjudicación y puntuarlo en consecuencia (37 meses en este caso), mientras que en el otro la indicación sobre el plazo (41 meses, precisamente el máximo admisible) es accesoria respecto a la finalidad principal del documento, que es conocer el precio bajo el que se propone ejecutar el contrato. Finalmente, no es razonable pensar que un operador económico con la experiencia y capacidad que se presupone a cualquier empresa que participe en una licitación de la dimensión de la analizada utilice sus recursos humanos y su tiempo en motivar extensamente la viabilidad técnica de un plazo de ejecución distinto del que realmente quiere ofrecer,



siendo más lógico entender que es la justificación presentada de realización de la obra en el plazo de 37 meses la que se corresponde con su verdadera voluntad y que el error radica en la escueta e incidental mención de los 41 meses.

- 2) Consecuentemente, debe entenderse que el licitador cometió un error en la expresión de su intención contractual cuando señaló el plazo de 41 meses, posiblemente provocado porque ese es el plazo máximo y el que ya figuraba (por petición del poder adjudicador) en la documentación técnica. En estas circunstancias, la solicitud de una aclaración no es una alteración de la oferta, prohibida en los procedimientos abiertos (ver el artículo 156.1 de la LCSP y ver, por todas, la Resolución 141/2019 del OARC / KEAO, así como la sentencia del TJUE de 28 de febrero de 2018, asunto C-523/16, ECLI:EU:C:2018:122), sino un trámite para confirmar que la verdadera voluntad de la UTE adjudicataria es la que racionalmente se deduce con claridad de toda la documentación por ella aportada (ver, en este sentido la sentencia del TSJPV de 27 de marzo de 2018 ECLI: ES:TSJPV:2018:1129). A estos efectos, es indiferente que ETS solicitara o no la citada aclaración, pues lo cierto es que en ningún caso podría reprochársele al licitador la falta de actuación del órgano de contratación.
  
- 3) Una vez determinado que la oferta de la adjudicataria no puede ser excluida y que es aceptable en los términos expuestos, hay que descartar que las supuestas irregularidades denunciadas por la recurrente puedan constituir un vicio de legalidad constitutivo de invalidez del acto impugnado. Además de lo explicado en el epígrafe a) de este Fundamento Jurídico sobre el acceso al expediente, debe señalarse que es irrelevante si se tuvo en cuenta o no el escrito de la adjudicataria o si se solicitó o no, pues la corrección de su proposición no depende de él, como ya se ha argumentado, que el retraso en la publicación de la información en el perfil del contratante (el recurrente no indica cuál es el



plazo infringido) sería, a lo sumo, una irregularidad no invalidante (ver el artículo 48.3 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común) y que las alegadas discrepancias en la información sobre el acto de apertura de las ofertas no afectan a la veracidad del contenido de las proposiciones.

c) Sobre la mala fe o temeridad del recurso

A juicio de este Órgano, no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP porque, aunque el recurso haya sido desestimado, no carece de una argumentación jurídica y no se ha acreditado temeridad o mala fe en su interposición.

d) Conclusión

A la vista de las apreciaciones expuestas, el recurso debe desestimarse. Igualmente, dado que para dictar la presente Resolución ha sido suficiente con la documentación que consta en el expediente, no ha sido precisa la apertura del periodo de prueba solicitado, que además versaba sobre los mismos documentos objeto de una solicitud de acceso igualmente declarada no pertinente.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 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), 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:** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la Unión Temporal de Empresas compuesta por las empresas TECSA EMPRESA CONSTRUCTORA, S.A., CAMPEZO OBRAS Y SERVICIOS, S.A. CYCASA CANTERAS Y CONSTRUCCIONES, S.A. y COMSA, S.A.U. contra la adjudicación del contrato “Obra del proyecto constructivo de la Plataforma de la Nueva Red Ferroviaria en el País Vasco. Tramo Hernani – Astigarraga. Fase 2”, tramitado por la el Ente Público de Derecho Privado Euskal Trenbide Sarea.

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

**TERCERO:** Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

**CUARTO:** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso.

**QUINTO:** 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, 2019ko urriaren 29a**

Vitoria-Gasteiz, 29 de octubre de 2019