



EB 2018/169

EB 2018/171

Resolución 21/2019, de 31 de enero, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por la empresa TECUNI, S.A. contra su exclusión del procedimiento, contra la admisión al mismo de la empresa ELECTRICIDAD MARTÍN, S.A. y contra la adjudicación del contrato “Suministro de energía con mantenimiento y garantía total de las instalaciones del alumbrado público de Ormaiztegi”, tramitado por el Ayuntamiento de Ormaiztegi.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Han tenido entrada 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) los siguientes recursos especiales en materia de contratación interpuestos por la empresa TECUNI contra los pliegos del contrato “Suministro de energía con mantenimiento y garantía total de las instalaciones del alumbrado público de Ormaiztegi”, tramitado por el Ayuntamiento de Ormaiztegi.

- Recurso EB 2018/169, interpuesto el día 22 de noviembre, solicitando la anulación del Acuerdo de 31 de octubre que excluyó la oferta de TECUNI, y la exclusión de la oferta de ELECTRICIDAD MARTÍN (en adelante, EM).





- Recurso EB 2018/171, interpuesto el día 26 de noviembre contra la adjudicación del contrato, de 9 de noviembre de 2018, solicitando su nulidad y la retroacción de actuaciones al momento anterior a dicha adjudicación para que, una vez resuelta la exclusión de EM y la inclusión en el procedimiento de la recurrente se adjudique el contrato a esta última.

SEGUNDO: Con fechas 23 y 27 de noviembre, este OARC / KEAO remitió los recursos al poder adjudicador y le solicitó el expediente de contratación 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 los días 27 y 28 de noviembre.

TERCERO: Trasladados los recursos a los interesados con fecha 29 de noviembre, el 7 de diciembre se recibieron las alegaciones de EM (adjudicatario impugnado) contra ambos recursos.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Acumulación

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 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, así como en el artículo 57 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común, es procedente acceder a la pretensión de TECUNI de acumular las dos impugnaciones. Téngase en cuenta que ambas las interpone el mismo recurrente, se refieren al procedimiento de adjudicación del mismo contrato, se basan en los mismos o muy similares argumentos y las cuestiones debatidas y



las pretensiones son las mismas, aunque planteadas en momentos procedimentales diferentes, como se explicará más adelante.

SEGUNDO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente (ver también el Fundamento Jurídico Décimo de esta Resolución), así como la representación de D.J.A.C.S., que actúa en su nombre.

TERCERO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos de suministro cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

CUARTO: Impugnabilidad del acto

Conforme al art. 44.2 de la LCSP, letras b) y c), son impugnables los actos que deciden la exclusión o admisión de ofertas y los acuerdos de adjudicación de los contratos.

QUINTO: Interposición de los recursos en tiempo y forma

Sobre esta cuestión, debe analizarse la alegación de EM, que entiende que la “resolución de exclusión de 31 de octubre de 2018” no es susceptible de ser recurrida por ser un informe emitido por la Secretaria – Interventora confirmatorio del acuerdo, firme y consentido, de la decisión de inadmisión de su oferta que se adoptó en la Mesa de Contratación del 24 de octubre de 2018, optando TECUNI por presentar alegaciones ante la Mesa para que reconsiderara su posición en lugar de interponer un recurso especial ante el OARC / KEAO; además, el informe ni siquiera es formalmente un acto



recurrible según el artículo 44.2 de la LCSP, pues únicamente recoge la opinión de la Secretaria sobre un acto adoptado anteriormente. A juicio de este OARC / KEAO, esta alegación no es aceptable. Es cierto que el informe de la Secretaria Interventora no es un acto que decide la exclusión del procedimiento, ya que se limita a expresar la opinión de una funcionaria pública sobre un acto contra el que TECUNI formula diversas alegaciones. Sin embargo, deben tenerse en cuenta dos consideraciones relevantes que impiden aplicar el principio de la imposibilidad de recurrir un acto consentido u otro que lo reproduzca. En primer lugar, el escrito de “subsanción y alegaciones” presentado por la recurrente el 26 de octubre y cuyo contenido valora el informe, debió ser tratado como un recurso especial en materia de contratación y enviado a este OARC / KEAO; téngase en cuenta que el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común establece que El error o la ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”, y que el escrito termina pidiendo que (...) se corrija el acta en función de la comprobación citada, sin exclusión y rechazo de la proposición de TECUNI S.A. y, por el contrario, de confirmarse cuanto decimos respecto del apartado 5.4 del pliego de bases técnicas, se excluya del mismo a EMARTIN, por lo que no se puede dudar de su carácter impugnatorio y de su naturaleza de recurso especial (ver, por ejemplo, la Resolución 39/2017 del OARC / KEAO); consecuentemente, dado que el Ayuntamiento no procedió al envío del recurso a este Órgano, no puede ahora achacársele al recurrente extemporaneidad alguna. En segundo lugar, aunque el artículo 50.1 c) de la LCSP establece que, cuando el recurso especial se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, el cómputo del plazo para su interposición se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción, no es menos cierto que la decisión de exclusión adoptada por la Mesa no fue notificada con los requisitos establecidos en el artículo 40 de la Ley 39/2015; en particular, no se expresaron los recursos procedentes, en su caso, en vía administrativa y judicial, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos (ver las Resoluciones 61 y 78/2018 del OARC / KEAO). Ante esas circunstancias, la interposición del recurso debe entenderse hecha en plazo



cualquiera que sea el momento en el que se produzca (ver, por todas, la Resolución 114/2017 del OARC / KEAO). Tampoco puede acogerse la objeción de ELECTRICIDAD MARTIN a que, con motivo de la adjudicación, TECUNI impugne su exclusión, que está vinculada a un acto previo objeto de otro recurso (situación que califica de “desviación procesal”). Además de que son aplicables los argumentos anteriormente expuestos, hay que recordar que el hecho de que el artículo 42.2 b) de la LCSP considere susceptible de recurso especial un acto de la Mesa por el que se acuerda la exclusión de un licitador no obsta para que el interesado en atacar la exclusión pueda optar por solicitar la acumulación de su recurso pendiente contra la exclusión con el planteado contra la adjudicación.

SEXTO: Régimen jurídico

En cuanto al régimen jurídico del contrato, el Ayuntamiento de Ormaiztegui tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, de acuerdo con el artículo 3 de la LCSP.

SÉPTIMO: Argumentos del recurrente

En síntesis, los argumentos en los que TECUNI funda ambos recursos son los siguientes:

a) Se alega tratamiento discriminatorio de la recurrente frente a la adjudicataria en lo que se refiere al tratamiento del cumplimiento del apartado 5.4 del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) y en cuanto a la revisión en profundidad de la documentación técnica para la detección de errores.

b) El PPT (página 16) exige a la comercializadora de las luminarias diversos certificados; la recurrente ha identificado como comercializadora de las luminarias que propone a la empresa PHILIPS y ha adjuntado la



documentación correspondiente. TECUNI, conocedora de que la propuesta del adjudicatario impugnado incluía luminarias CARANDINI, solicitó una revisión de este aspecto de la oferta, ya que de la consulta a la página web correspondiente se deducía que no disponía de uno de los certificados exigidos, aunque el poder adjudicador respondió considerando suficientes los documentos aportados por EM.

c) EM mostró un aspecto puntuable de forma automática (reducción del plazo) en el sobre destinado a los criterios sometidos a juicio de valor (concretamente, un diagrama de Gantt); esta infracción no es subsanable.

d) La proposición de EM no indica el técnico que, con acreditación y certificación con EVO como CMVP, vaya a realizar la medición y verificación de los ahorros de energía durante la vigencia del contrato. TECUNI solicita que se compruebe si el adjudicatario impugnado ha incluido los datos nominales del técnico con las acreditaciones correspondientes. En cambio, el recurrente alega que la persona propuesta en su oferta es independiente porque su trabajo se proyecta al exterior, y además sería en todo caso un defecto subsanable una vez que, en su caso, resultara adjudicataria. En este sentido, se estima que no ha habido trato igualitario para ambas proposiciones, pues parece más contrario al pliego no nombrar al técnico (como el adjudicatario) que designar a una persona que reúne los requisitos y que, en su caso, podría ser luego sustituida si se estima necesario (como el recurrente).

e) En la página 19 del PPT se establece que los ahorros garantizados propuestos en la oferta deberán justificarse con el estudio técnico de cada una de las inversiones; a la vista del de los informes de valoración 1 y 2, se observa que EM no justifica los citados ahorros.

f) Finalmente, se solicita que se declare nula y sin efecto la adjudicación del contrato y que se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a dicha



adjudicación y, una vez admitida la oferta de TECUNI y excluida la de EM, se proceda a la adjudicación a TECUNI.

OCTAVO: Alegaciones de EM

EM se opone a los recursos con los argumentos siguientes:

- a) Todos los licitadores han recibido el mismo trato. Los certificados a los que alude TECUNI deben aportarse en fase de ejecución del contrato, sin perjuicio de las facultades que ostenta el órgano de contratación para verificar el cumplimiento de las prescripciones técnicas; además, la exclusión de TECUNI no está basada en la falta de aportación de certificado. Por el contrario, EM sí ha acreditado el cumplimiento de estos requisitos que, en todo caso, pertenecen a la fase de ejecución del contrato. El cumplimiento por el adjudicatario impugnado de los requisitos de posesión de diversos certificados está expresamente contrastado, como se deduce del informe del secretario municipal.
- b) La información que EM ha incluido en el sobre B (diagrama de Gantt) es la exigida por el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) y no tiene relación ni anticipa la reducción del plazo, como prueba el hecho de que la recurrente no señala que pueda hacerlo.
- c) Por lo que se refiere a la falta de identificación en la oferta de los datos del certificador independiente, se alega que no es cierto que no haya designado el certificador en los términos exigidos por el PPT, y que tampoco lo es que haya habido trato desigual, pues el problema de TECUNI es que ha propuesto anticipadamente a una persona que no es independiente por ser uno de sus empleados. EM señala en su oferta que contratará un técnico incluido en la lista oficial del Ministerio correspondiente, lo que garantiza su independencia y capacitación.



d) La proposición del alegante sí incluye el resumen de las actuaciones y estudio energético con los ahorros previstos en las distintas inversiones, junto con la justificación, cuestión distinta es que su contenido no haya merecido una alta puntuación; sin embargo, ello no puede conllevar la exclusión de la oferta, y el informe técnico no lo sugiere.

NOVENO: Alegaciones del poder adjudicador

El Ayuntamiento de Ormaiztegui se opone a la estimación de los recursos con los argumentos que a continuación se resumen:

a) La exclusión de TECUNI se debió a que el documento sobre Requisitos técnicos exigibles para luminarias con tecnología led de alumbrado exterior no ha sido presentado por una entidad acreditada por ENAC o equivalente europeo y a que de la oferta se deduce que el técnico que realizará la medición y verificación de los ahorros de energía durante la vigencia del contrato no es, como pide el PPT, independiente (es responsable de gestión energética del licitador, según se recoge en la propuesta).

b) Respecto a EM, se estimó oportuno, a pesar de que puede requerirse la documentación a la empresa en fase de adjudicación o ejecución del contrato, requerirle verbalmente para que aportara el certificado UNE –EN-ISO 50001:2011, requerimiento que fue satisfecho por la adjudicataria impugnada.

DÉCIMO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, son dos las cuestiones que se plantean en los recursos analizados. Por un lado, el recurrente impugna su exclusión del procedimiento, y por otro, reclama la expulsión del mismo de su único competidor y adjudicatario impugnado, EM. Ambas cuestiones, con argumentos similares, se plantean en dos momentos procedimentales distintos, tanto a propósito del acta de la Mesa de Contratación que excluye y admite las ofertas como de la propia resolución



de adjudicación. Se analizará en primer lugar la exclusión de TECUNI y posteriormente la admisibilidad de la proposición de EM; no obstante, incluso en el caso de que se concluyera en que la exclusión fue ajustada a derecho, ello no disculparía del estudio del segundo motivo, pues este OARC / KEAO ya ha señalado la legitimación activa del licitador excluido sin carácter firme para sostener una impugnación de cuyo éxito se derivaría la declaración de desierto de la licitación y el probable inicio de un nuevo procedimiento de adjudicación con el mismo objeto al que podría presentar una nueva proposición (ver, por todas, la Resolución 117/2018).

Las apreciaciones de este Órgano deben partir del contenido de los apartados del PPT relevantes para el caso, pues vinculan al poder adjudicador y a los participantes en el procedimiento de adjudicación por no haber sido impugnados en tiempo y forma. Además de otros que se citan en los siguientes apartados, se trata de los siguientes:

Artículo 8 del PPT

El Adjudicatario confirmará al Ayuntamiento en el plazo máximo de un mes desde la firma de contrato, los datos del técnico que haya presentado en la oferta con la acreditación y certificación por EVO como CMVP, que vaya a realizar la medición y verificación de los ahorros de energía durante la vigencia del contrato. En caso de tratarse de otra persona distinta, deberá poseer la misma titulación y similar experiencia que la persona indicada en la oferta.

Anexo 3 del PPT

Las luminarias LED propuestas por el Adjudicatario, deberán cumplir con los "Requerimientos técnicos exigibles para luminarias LED de alumbrado exterior", definidos en el documento redactado por el Comité Español de Iluminación y el IDAE, adjunto.

Además, deberá cumplir las siguientes especificaciones particulares:

Se deberá entregar la siguiente documentación relativa a la empresa comercializadora de las luminarias:

- CERTIFICADOS UNE-EN-ISO 9001:2008, en vigor, ("Sistemas de Gestión de la Calidad) o Norma equivalente europea.
- CERTIFICADOS UNE-EN-ISO 14001:2004, en vigor, Normas de Gestión Medioambiental, u otros certificados equivalentes.



- CERTIFICADOS UNE-EN-ISO 50001:2011, en vigor, ("Sistemas de gestión de energía") u otros certificados equivalentes.
- Certificado del fabricante/s de estar inscrito/s en un SIG (Sistema Integral de Gestión de Residuos)

a) Sobre la exclusión de la recurrente

El motivo de la exclusión de la recurrente, según el acta de la sesión de la Mesa de Contratación de 24 de octubre es que su oferta incumple lo dispuesto en el apartado 8 del PPT al designar como técnico responsable de verificación de ahorros en consumo de energía a una persona que carece del requisito de independencia respecto a la empresa licitadora porque forma parte de su plantilla, como expresamente se reconoce en el recurso. En primer lugar, tanto de la inserción de la cláusula en el PPT (documento contractual apropiado para describir las características técnicas de la prestación) como de su contenido literal (se habla continuamente de "adjudicatario") se deduce que se está refiriendo a una obligación que el contratista (el adjudicatario es contratista desde la firma del contrato, que lo perfecciona, según el artículo 36.1 de la LCSP) debe satisfacer durante la ejecución del contrato. Este OARC / KEAO ha remarcado en anteriores ocasiones la importancia de la distinción entre las obligaciones que las bases de la licitación imponen al licitador como contenido exigido a su proposición (las cuales deben recogerse, en general, en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares) de las condiciones técnicas que debe satisfacer el contratista durante la ejecución del contrato (cuya ubicación sistemática corresponde normalmente al PPT). En particular, se ha señalado que no cabe excluir una oferta por no indicar específicamente el cumplimiento de dichas características técnicas porque la simple presentación de la proposición ya supone el acatamiento de los pliegos y el compromiso de cumplirlos si se obtiene la adjudicación, salvo que en dichos pliegos se exija una justificación expresa de la solución técnica propuesta para materializar el citado cumplimiento o que la oferta incluya contenidos frontalmente contradictorios con las obligaciones señaladas en los pliegos (ver, por todas, la Resolución 156/2018 y las que en ella se citan). En este caso, aunque no sea



en el pliego adecuado para ello, sino en el PPT (pero sin que tal irregularidad haya sido debidamente impugnada), se prevé que el licitador designe al técnico independiente acreditado y certificado al que se refiere el motivo de exclusión. Además, la oferta del recurrente incluye un contenido que implica que, de resultar adjudicatario del contrato, éste se ejecutaría de acuerdo con una estipulación contraria a una prescripción técnica. A este respecto, este Órgano entiende que en ningún caso puede considerarse independiente un técnico integrado en la plantilla de la licitadora. Debe tenerse en cuenta que el artículo 8 del PPT establece que los ahorros energéticos deben ser medidos, verificados y aceptados por ambas partes, Adjudicatario y el Ayuntamiento, por lo que el requisito de la independencia debe comprender, necesariamente, la ausencia de nexos con cualquiera de dichas partes, no solo de tipo jerárquico o laboral, como en este caso, sino de cualquier otro tipo que pudiera denotar la existencia de un conflicto de intereses que impidiera la correcta ejecución de la prestación (ver, por ejemplo, el artículo 58.4 de la Directiva 2014/24/UE, que establece que los poderes adjudicadores podrán suponer que un operador económico no posee las capacidades profesionales necesarias si han establecido que este tiene conflictos de interés que pueden incidir negativamente en la ejecución del contrato, así como el artículo 64.1 de la LCSP). No obsta a esta conclusión que el PPT posibilite que la contratista presente después una persona distinta, pues tal prevención no puede subsanar una proposición que incumple el PPT.

Por todo ello, la exclusión de TECUNI debe considerarse correcta y el motivo de recurso debe desestimarse.

b) Sobre la admisión de la oferta de la adjudicataria impugnada

La impugnación de la admisión de EM (y consecuentemente, de la decisión de adjudicarle el contrato) se basa en dos tipos de motivos. Por un lado, el recurrente alega que la proposición incumple varios apartados del PPT, y por otro, afirma que EM introdujo información relativa a un aspecto puntuable de modo automático en el sobre destinado a los criterios sujetos a evaluación mediante un juicio de valor, lo que infringe el artículo 146.2 de la LCSP, que



establece la valoración separada y sucesiva de ambos tipos de criterio. A continuación se exponen las consideraciones de este OARC / KEAO al respecto.

b 1) Sobre el cumplimiento del PPT

La primera infracción del PPT que conllevaría la exclusión de la oferta y que, según el recurrente, se aprecia en la oferta de EM, es que las luminarias propuestas carecen de uno de los certificados exigidos en el Anexo 3 del PPT (página 16). Esta alegación debe desestimarse. Como es propio del PPT (ver el apartado a) anterior), las obligaciones técnicas y documentales a las que se refiere el citado Anexo son exigibles al adjudicatario, no al licitador. Por lo tanto, un posible incumplimiento en esta materia tendrá, en su caso, la repercusión correspondiente en el ámbito de la ejecución del contrato (penalidades, rescisión, etc.), pero no hay motivo para que implique una consecuencia tan grave como la exclusión, que sería del todo punto desproporcionada, habida cuenta de que el PCAP no exige ni detalla expresamente ninguna aportación documental al respecto.

El recurso denuncia el incumplimiento del Anexo 5 del PPT porque EM no habrían justificado, en el estudio técnico de cada una de las inversiones, los ahorros garantizados propuestos en su oferta, según se deduciría de los informes de valoración de las proposiciones. Este motivo de impugnación debe desestimarse. El informe de valoración de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor señala que la oferta no justifica adecuadamente su estudio energético impidiendo analizar los cálculos presentados en sus dos resúmenes (por tipología de inversión y por centro de mando). Sin embargo, como bien indica EM, ello no supone (ni el informe, que en ningún momento propone la exclusión, lo considera así) un incumplimiento de los pliegos ni una omisión de la documentación exigida por ellos, pues sí que consta el citado estudio, si bien su falta de concreción ha tenido la consecuencia de suponer una baja puntuación (2,5 puntos sobre 5 posibles) en relación con la que podría haber obtenido el recurrente (5 puntos, el máximo posible). De acuerdo con lo señalado en ocasiones anteriores por



este OARC / KEAO, las consecuencias de las deficiencias de la documentación aportada por los licitadores deben ponerse en conexión con la finalidad de su requerimiento, que en este caso es obtener la información que precisa el poder adjudicador para comparar y evaluar las ofertas conforme a los criterios de adjudicación; no se trata de la solicitud de un requisito de aptitud del contratista, ni de una prescripción técnica obligatoria. Por ello, en consecuencia con la citada finalidad, este OARC / KEAO estima que esta omisión o insuficiencia de la documentación necesaria para evaluar los criterios de adjudicación no sujetos a apreciación mediante fórmulas no puede suponer la exclusión de la oferta sino, en su caso, una puntuación más baja o incluso nula en el criterio que se trata de acreditar, que es como acertadamente ha actuado el poder adjudicador. Sólo podría ser de otra manera si las deficiencias documentales de la proposición fueran de tal calibre que impidieran conocer su contenido o contrastar el cumplimiento de las prescripciones mínimas de los pliegos; sin embargo, tal situación no concurre en este caso en concreto por la finalidad del documento omitido, que no afecta a un aspecto de la ejecución de la prestación (ver, por ejemplo, la Resolución 117/2018).

Finalmente, el recurrente alega que la oferta de EM no indica el técnico debidamente acreditado y certificado para medir y verificar los ahorros energéticos obtenidos durante la ejecución del contrato. Este motivo de recurso debe rechazarse. La proposición de EM no hace una designación nominal, pero sí asegura la cualificación e independencia exigidas en el PPT porque señala en su oferta que contratará a una persona incluida en un listado publicado por una Administración Pública (punto 1.10, página 100), lo que puede considerarse suficiente y convierte en desproporcionada la pretensión de excluir la oferta por esa razón. Téngase en cuenta que, como se ha indicado en la letra a) anterior, el PPT prevé que el licitador presente en su oferta los datos del citado técnico con la acreditación y certificación por EVO como CMVP, pero no especifica detalladamente qué información se precisa; tampoco el PCAP (el documento donde debe figurar la documentación que debe incluirse en las proposiciones), muy exhaustivo en esta cuestión, hace ninguna mención al



tema. Además, se trata de una cuestión que se dirimirá en la ejecución del contrato, como lo demuestra que el PPT prevé la confirmación de la oferta después de la firma del contrato y la posibilidad de sustituir la persona por otra persona con capacidad similar. Debe añadirse que no existe el agravio comparativo denunciado con TECUNI, cuya oferta fue excluida por infringir el mismo apartado del PPT que ahora se analiza; en ese caso, como ya se ha expresado, de la proposición ya se deducía un contenido frontalmente contrario a los pliegos, lo que la hacía inaceptable, mientras que la oferta de EM puede ser, en todo caso, incompleta, pero de ella no se deduce ningún incumplimiento ni tampoco que haya dejado de aportar una acreditación exigida en las bases de la licitación.

b 2) Sobre la introducción en el sobre de los criterios sujetos a juicio de valor de un dato relativo a los criterios sujetos a fórmula

TECUNI alega que la adjudicataria impugnada mostró un aspecto relativo a los criterios automáticos en el sobre destinado a los criterios discrecionales, lo que es una infracción insubsanable del sistema de valoración separada e independiente de ambos tipos de criterio que exige el artículo 146.2 de la LCSP para garantizar la objetividad del análisis de las ofertas. 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 es impedir que el conocimiento prematuro de los aspectos de la oferta evaluables mediante fórmulas condicione los juicios de valor que 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, la cual podría comprometerse si quien tiene que evaluar conoce total o parcialmente el resultado de la aplicación 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 materialmente 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.

En este caso, el reproche se centra en que se habría revelado prematuramente un dato relativo al criterio Reducción del plazo, que alude al plazo de la sustitución de los equipos e instalaciones y cualesquiera otras sustituciones incluidas en la prestación P4 (la prestación P4 se define en el apartado 1 del PPT como Actuaciones de mejora y renovación de las instalaciones consumidoras de energía). Debe tenerse en cuenta que el citado punto 5.4 del PPT especifica que Las obras comprendidas dentro de la P4 se ejecutarán dentro de los 6 primeros meses de la ejecución del contrato, o en el plazo inferior que el adjudicatario haya propuesto en su oferta y que el Anexo 3 del PPT describe las Obras de mejora y renovación obligatorias de las instalaciones (P4). Analizada la oferta de EM, se observa que en el sobre destinado a la documentación relativa a criterios discrecionales se incluye, como Anexo 11 al punto 1.11 Plan de ejecución previsto para la implementación de las medidas propuestas y en su caso, condicionantes para su ejecución (obras de mejora y renovación de las instalaciones), un diagrama de Gantt que contiene un cronograma de dicho plan, incluyendo los plazos de ejecución estimados en días y semanas para prestaciones de las citadas en el Anexo 3 del PPT señalado anteriormente (luminarias, sistema de telegestión, centros de mando...). Por ello, parece claro que el objeto de la información contenida en el Diagrama coincide con el que se necesita para evaluar el criterio automático de reducción del plazo. Consecuentemente, la oferta infringe el sistema de valoración separada y debió ser excluida, por lo que el motivo de recurso debe aceptarse. Debe tenerse en cuenta que es irrelevante que ambas informaciones sean o no coincidentes (cosa que, además, se desconoce en el



momento en el que se verifican los criterios discrecionales, que es cuando el poder adjudicador debió juzgar sobre la cuestión debatida), pues lo importante es que la evaluación de los criterios sujetos a juicio de valor pudo verse comprometida por el conocimiento de datos relevantes para calcular el resultado de los criterios sujetos a fórmula, sin que sea necesaria una prueba efectiva de dicha contaminación.

c) Conclusión

A la vista de las dos letras anteriores, tanto la oferta del recurrente como la del adjudicatario impugnado debieron ser excluidas. Esta conclusión es congruente con la pretensión y supone la estimación parcial de la impugnación, pues conlleva la declaración de desierto del procedimiento de adjudicación y la probable convocatoria de una nueva licitación a la que TECUNI podría presentar una nueva proposición.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 49. 2 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 / Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por la empresa TECUNI, S.A. contra su exclusión del procedimiento, contra la admisión al mismo de la empresa ELECTRICIDAD MARTÍN, S.A. y contra la adjudicación del contrato “Suministro de energía con mantenimiento y garantía total de las instalaciones del alumbrado público de Ormaiztegi”, tramitado por el Ayuntamiento de Ormaiztegi en el sentido de:



- a) Confirmar la exclusión de la oferta de TECUNI.
- b) Excluir la oferta de EM y anular la adjudicación.

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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación, según lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

CUARTO: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que dé conocimiento al OARC / KEAO de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

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 urtarrilaren 31

Vitoria-Gasteiz, 31 de enero de 2019