



EB 2021/001

Resolución 033/2021, de 1 de marzo, 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 empresa TECUNI, S.A. contra la adjudicación del contrato “Servicios energéticos y mantenimiento con garantía total del alumbrado público en Gorliz”, tramitado por el Ayuntamiento de Gorliz.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 30 de diciembre de 2020 se presentó 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 empresa TECUNI, S.A. contra la adjudicación del contrato “Servicios energéticos y mantenimiento con garantía total del alumbrado público en Gorliz”, tramitado por el Ayuntamiento de Gorliz.

SEGUNDO: Remitido el recurso al poder adjudicador el día 4 de enero de 2021, se recibió, el día 5 del mismo mes, en este OARC / KEAO, una copia del 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).

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados el día 12 de enero, el día 18 de enero se recibieron las alegaciones de la empresa EMARTIN FACILITIES, S.A. (en adelante, EMARTIN), adjudicataria impugnada.





II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente, por ser una empresa licitadora, así como la representación de J.A.C.S., que actúa en su nombre.

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

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que 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

El artículo 44.2 c) de la LCSP señala que los acuerdos de adjudicación podrán ser objeto de recurso.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP, el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma. EMARTIN alega la extemporaneidad parcial de la impugnación porque uno de sus fundamentos es la lesión en los derechos e intereses de TECUNI por la realización de una sesión de la Mesa sin carácter público y la interposición se ha producido fuera del plazo previsto en el artículo 50.1 c) de la LCSP para recurrir los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, que dispone que el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción. Esta alegación no puede aceptarse; aunque el motivo se basa en una irregularidad de la sesión de la Mesa, lo que se recurre es la adjudicación por



entender que está viciada de invalidez por dicha irregularidad, y el sistema de cómputo del plazo para recurrir es el previsto en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

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

SEXTO: Alegaciones de la recurrente

Los argumentos que alega la recurrente son, en síntesis, los siguientes:

a) TECUNI estima que existen varios vicios en la tramitación del procedimiento que determinan su nulidad de pleno derecho:

- Carácter privado, y no público, de la apertura de las ofertas económicas, en contra de lo dispuesto en los pliegos que rigen la licitación; esta infracción impide, por ejemplo, que los licitadores participen activamente en el citado acto, o que conozcan previamente a la apertura el contenido de la evaluación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor.
- No constan en el expediente dos solicitudes de acceso al mismo formuladas por el recurrente.
- La decisión de la Mesa de Contratación que fundamentó la propuesta de adjudicación se basó en un informe técnico que no incluía el análisis del criterio de adjudicación “Relación y programación de inversiones incluidas en la prestación P4, de Obras de mejora y renovación de las instalaciones consumidoras de energía”; de hecho, el informe técnico correspondiente a este criterio se emitió posteriormente.

b) TECUNI alega que se han incumplido varios principios básicos de la LCSP, como el de transparencia, en aspectos como la celebración privada de la sesión de la Mesa, la falta de publicidad de las valoraciones técnicas con anterioridad a



la apertura de las ofertas económicas, el añadido de un informe posterior al que sirvió de base para la propuesta de adjudicación y posterior al que constaba en el expediente cuando la recurrente accedió al expediente.

c) No se han valorado los criterios de adjudicación establecidos, el informe técnico es parcial e incoherente y ha aparecido un nuevo informe con errores manifiestos; en particular, se alega lo siguiente:

- El informe no explica el motivo del otorgamiento de puntos ni explica los aspectos por los que la oferta elegida es mejor que el resto.
- En cuanto al criterio de adjudicación que valora las características técnicas de los equipos, el primer informe no incluye nada sobre este criterio; sorprendentemente, antes de dar el acceso publicaron en agosto el segundo informe, que servía aparentemente para satisfacer en parte la solicitud de acceso. El segundo informe contiene errores en los datos que aporta y compara siete de los cientos de requisitos establecidos en los anexos de los pliegos.
- Se han observado errores en la oferta del adjudicatario que el informe no constata.

d) Finalmente, solicita la declaración de nulidad del acto impugnado y la retroacción del procedimiento al inicio del mismo, conservando su vigencia los pliegos.

SÉPTIMO: Alegaciones de EMARTIN

La adjudicataria impugnada se opone a la estimación del recurso por las razones que se exponen a continuación:

a) Se alega que el Real Decreto Ley 11/2020 (vigente el día 20 de mayo, fecha de la celebración de la sesión) modificó en su Disposición final segunda el artículo 46 de la Ley de Bases de Régimen Local para habilitar la celebración telemática de las sesiones municipales para evitar la presencia física de los



participantes (con más razón aún, del público). Por ello, la sesión se celebró telemáticamente.

b) No consta cuál es el precepto infringido por la falta de constancia en el expediente de los dos escritos de solicitud de acceso a dicho expediente.

c) No es cierto que el acto recurrido se base en dos informes técnicos y que el segundo fuera emitido ante las carencias del primero; el segundo informe se pidió ante las alegaciones de TECUNI, se profundiza en un aspecto concreto por ser de interés procesal para TECUNI, y no se traslada su contenido a la Mesa, que ni lo acepta ni lo rechaza.

d) El informe técnico que sustenta la adjudicación se considera adecuado y suficientemente motivado, no contiene errores y el único que se alega pertenece al segundo informe, intrascendente para la adjudicación.

e) EMARTIN estima que debe imponerse la sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP por temeridad (al pretender la invalidez de una sesión telemática en tiempo de pandemia y con Estado de Alarma declarado) y mala fe (TECUNI ha presionado a un Ayuntamiento pequeño obligándole a trámites y dilaciones indebidas que luego denuncia como vicios de procedimiento).

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

Por su parte, el poder adjudicador alega lo siguiente:

a) Tal y como se recoge en el artículo 157.4 de la LCSP, la apertura de la oferta económica se realizará en acto público, salvo cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos; esta posibilidad no se incluyó en los pliegos, pero la situación de pandemia mundial posterior era imprevisible. Se decidió la apertura sin público en atención a las normas sanitarias.



b) Debido a la solicitud de TECUNI de conocer con mayor detalle las propuestas de sus competidores, se solicitó la redacción de un nuevo informe.

c) Las solicitudes de acceso al expediente no constaban en el expediente porque iban unidas a las declaraciones de confidencialidad de EMARTIN, incluyendo datos confidenciales.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En resumen, el recurso aprecia que el procedimiento adolece de vicios que determinan la nulidad del acto impugnado y que la adjudicación no está suficientemente motivada y excede del margen que la discrecionalidad técnica concede al poder adjudicador. A continuación, se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre todo ello.

a) Sobre las irregularidades del procedimiento de adjudicación

El recurrente cita dos irregularidades que, a su juicio, vician de nulidad el acto impugnado.

a 1) Sobre la apertura del sobre referido a los criterios de adjudicación sujetos a evaluación mediante fórmula en sesión privada

El recurrente alega que se ha infringido el apartado 16 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) porque la sesión de la Mesa en la que se ha abierto la documentación relativa a los criterios de adjudicación sujetos a evaluación mediante fórmula no ha sido pública, como exigiría esta cláusula. Este motivo de impugnación debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) El apartado 12 de la carátula del PCAP señala que “Las proposiciones se presentarán electrónicamente...” y regula extensamente las condiciones de dicha presentación electrónica (descarga de aplicaciones necesarias, formatos admitidos, huella electrónica...); un contenido análogo figura en



el apartado 12 del PCAP. Asimismo, el acta de la sesión de la Mesa a la que alude el recurrente, indica que el sobre C se abrió por “medios electrónicos”.

- 2) Es cierto que el apartado 16 del PCAP se refiere en varios de sus párrafos a un acto de apertura pública de los sobres de documentación referida a los criterios de adjudicación sujetos a evaluación mediante fórmula. Sin embargo, la infracción de estas estipulaciones, que además no fue caprichosa ni buscaba un perjuicio para el recurrente u otros licitadores, no puede considerarse una omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido (artículo 39.1 de la LCSP en relación con el artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, LPAC). Téngase en cuenta que el artículo 157.4 de la LCSP establece, en referencia al examen de las proposiciones y la propuesta de adjudicación en el procedimiento abierto, que “En todo caso, la apertura de la oferta económica se realizará en acto público, salvo cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos”. La razón de esta excepción es que la tramitación electrónica recogida en la LCSP, que actualmente es la regla general, ya cuenta, por definición, con las garantías cuya preservación es la finalidad de la tradicional apertura pública (en especial, la integridad, inalterabilidad y secreto de las ofertas). Por ello, la infracción denunciada, en el peor de los casos, es una irregularidad no invalidante (ver el artículo 48.2 de la LPAC), como lo prueba además el hecho de que el recurrente no haya podido acreditar un perjuicio concreto de ella derivado ni daño alguno para algún principio esencial de los que rigen el procedimiento de adjudicación.

a 2) Sobre la falta de documentación en el expediente

El recurso señala que no constan en el expediente las dos primeras solicitudes de acceso al mismo formalizadas por TECUNI. Este motivo debe desestimarse, pues dicha “incompletitud del expediente” no es una irregularidad procedimental que pueda viciar el acto impugnado. Debe recordarse que, según el artículo 70.1 de



la LPAC, el expediente administrativo es “el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla” (así, un expediente “tiene formato electrónico” o “se remite”). Por el contrario, según la Exposición de Motivos de la LPAC, un procedimiento administrativo (como el procedimiento de adjudicación) es un “conjunto ordenado de trámites y actuaciones formalmente realizadas, según el cauce legalmente previsto, para dictar un acto administrativo o expresar la voluntad de la Administración” (así, un procedimiento “se inicia”, “se tramita” o “se resuelve”). Los vicios que pueden determinar la nulidad o anulabilidad de un acto son los que afectan a los trámites del procedimiento previo a su dictado. Por el contrario, carece de virtualidad invalidante alguna que en el expediente puesto a disposición de la recurrente en el trámite de acceso no consten (o que no se le hayan exhibido) los mencionados documentos, ya que ello no supone ninguna irregularidad procedimental sustancial o produce indefensión (por ejemplo, porque impide probar un hecho alegado en el recurso). En este caso, el recurrente ni alega ni prueba dicha irregularidad o indefensión, y este Órgano tampoco la observa. Consecuentemente, el motivo de recurso debe desestimarse.

b) Sobre la motivación de la adjudicación y el ejercicio de la discrecionalidad técnica

TECUNI alega que la adjudicación impugnada carece de valoración sobre los criterios establecidos y se funda en un informe parcial e incoherente, además de en un segundo informe posterior a la propuesta de adjudicación de la Mesa con errores manifiestos. Como reiteradamente ha manifestado este Órgano (ver, por todas, su Resolución 15/2021), en virtud de la discrecionalidad técnica que le ampara, el poder adjudicador goza de un cierto margen en la aplicación de los criterios de adjudicación de apreciación subjetiva, de manera que no es revisable por este Órgano todo lo referido a los juicios técnicos emitidos al respecto. En cambio, sí debe verificarse el respeto a los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración, que se refieren a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho.



Los citados límites impiden la fiscalización del llamado “núcleo material de la decisión” (el estricto juicio o dictamen técnico), pero no el de sus “aledaños”, que comprenden, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades, como el respeto al principio de igualdad de trato y la interdicción de la arbitrariedad (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010, recurso 950/2008, ECLI:ES:TS:2010:4043 y la Resolución 209/2019 del OARC / KEAO). Sobre el contenido mínimo que debe satisfacer la motivación de la adjudicación para cumplir las funciones que la LCSP le encomienda, como posibilitar a los interesados la interposición de un recurso debidamente fundado (artículo 151.2 de la LCSP) y facilitar a este Órgano el control del ejercicio de la discrecionalidad técnica que ampara al poder adjudicador, también se ha pronunciado el OARC / KEAO en reiteradas ocasiones (ver, por todas, su Resolución 209/2019). En síntesis, la motivación debe expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico, consignar los criterios de valoración que se utilizarán para emitir dicho juicio técnico y expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un licitador frente a los demás; una vez satisfechos estos requisitos, no hay obligación de que la motivación se ajuste a un esquema formal concreto.

Por lo que se refiere al informe técnico emitido en agosto de 2020, debe señalarse que su contenido carece de importancia a los efectos de ponderar la adecuación de la propuesta de adjudicación de la Mesa y, por derivada, de la misma adjudicación impugnada. Por un lado, es claro que la citada propuesta se basa en el informe técnico de 23 de abril, cuyos resultados de la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor se aprueban por unanimidad de todos los miembros de la Mesa de contratación. Por otro lado, la adjudicación impugnada confirma las puntuaciones otorgadas por la Mesa de contratación y no se aparta de ella, como le permite el artículo 157.6 de la LCSP previa la correspondiente motivación. Tampoco consta que el acto impugnado se remita al informe de 6 de agosto para motivar su contenido (ver el artículo 88.6 de la LPAC). Por ello, los reproches de motivación insuficiente e incorrecto ejercicio



de la discrecionalidad técnica deben contrastarse con el informe de 23 de abril, que es el que sustenta en última instancia el acto impugnado.

Partiendo de esta base, que marca el alcance y los límites que el control asignado a este OARC / KEAO ha de respetar, se considera que, en términos generales, la evaluación de los criterios sujetos a juicio de valor está correctamente motivada y se ajusta a los límites que la constriñen y a lo dispuesto en los pliegos que rigen la licitación; en particular, se observa lo siguiente:

- 1) Este Órgano estima que el informe ofrece una motivación suficiente. Así, el citado informe recoge:
 - Los aspectos que considera más significativos de cada una de las concretas ofertas para identificar sus ventajas o deficiencias (tablas, gráficas, cronogramas y organigramas, detalle o descripción de instalaciones, tiempos de respuesta, medios informáticos, actuaciones propuestas, frecuencias, etc.).
 - Los juicios valorativos que los citados aspectos merecen en aplicación de los criterios de adjudicación, plasmados en expresiones referidas a cuestiones como su grado de detalle o de explicación o la adecuación e idoneidad de las ofertas a las necesidades del servicio.
 - Finalmente, se atribuyen puntuaciones en consecuencia con lo señalado en los dos apartados anteriores, sin que se observe que dichas puntuaciones sean incoherentes con los aspectos valorados o las opiniones emitidas.
- 2) Más allá de una descalificación genérica del informe de abril de 2020, el recurrente solo menciona expresamente un reproche concreto, que es que uno de los criterios de valoración establece en dos ocasiones como aspecto a valorar las “características técnicas de los equipos” y no hay en el informe un análisis al respecto de las distintas propuestas. Esta alegación no puede aceptarse; de la lectura del informe se deduce que en este



epígrafe valorativo se mencionan los equipos que se instalarán y que se sustituirán, se expresa si se describen detalladamente o no o que proceden de fabricantes prestigiosos, si hay variedad de modelos, si las clases de iluminación mejoran o no los pliegos, etc.

c) Conclusión

A la vista de los apartados a) y b) anteriores, el recurso debe desestimarse. A juicio de este Órgano, no procede la sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP porque, aunque el recurso ha sido desestimado, no carece de argumentación legal. Por otro lado, la supuesta actitud de presión sobre el poder adjudicador no es relevante a estos efectos porque se referiría a hechos producidos antes de la interposición del recurso.

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 / Euskara Autonomía Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa TECUNI, S.A. contra la adjudicación del contrato “Servicios energéticos y mantenimiento con garantía total del alumbrado público en Gorliz”, tramitado por el Ayuntamiento de Gorliz.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 57.3 de la LCSP.



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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2021eko martxoaren 1a

Vitoria-Gasteiz, 1 de marzo de 2021