



EB 2021/034

Resolución 079/2021, de 12 de mayo, 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 TOLOSALDEA BUS, S.L. contra el acuerdo de adjudicación del contrato “Servicio para la Gestión del Servicio Público de Transporte Colectivo Urbano de Tolosa”, tramitado por el Ayuntamiento de Tolosa.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 1 de marzo de 2021 se ha presentado 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 TOLOSALDEA BUS, S.L. (en adelante, TOLOSALDEA) contra el acuerdo de adjudicación del contrato “Servicio para la Gestión del Servicio Público de Transporte Colectivo Urbano de Tolosa”, tramitado por el Ayuntamiento de Tolosa

SEGUNDO: El 1 de marzo este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, 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 el día 3 de marzo.





TERCERO: Con fecha 15 de febrero se dictó la Resolución B-BN 8/2021, por la que la Titular del OARC / KEAO acordó el mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: Trasladado el recurso a los interesados en el procedimiento el día 5 de marzo, se han recibido alegaciones de AUTOBUSES CUADRA, S.A. (en adelante, CUADRA) el 10 de marzo.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la representación de F.R.A. que actúa en nombre de la recurrente. CUADRA opone la falta de legitimación de la recurrente por incurrir su oferta en una serie de vicios que motivan su exclusión del procedimiento de adjudicación por lo que, de estimarse el recurso, tampoco podría ser adjudicataria. Esta alegación no es aceptable; como ya ha señalado anteriormente este OARC / KEAO (ver sus resoluciones 43/2014, 92 y 120/2016 y 120/2020), es contrario a la normativa de la UE en materia de recursos sobre contratación pública la denegación a un licitador del acceso a los procedimientos de recurso para impugnar la legalidad de la decisión del poder adjudicador de no considerar que su oferta como la más ventajosa con el argumento de que esta oferta tuvo que haber sido descartada previamente por dicha entidad por otras razones y que, por ello, el recurrente no está perjudicado por la ilegalidad que alega (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19/6/2003, asunto C-249/01, ECLI:EU:C:2003:359). En cualquier caso, la posible irregularidad de la oferta de la recurrente no podría ser la causa de la inadmisión de su recurso, ya que el TJUE ha declarado que el recurso incidental del adjudicatario no puede llevar a descartar el recurso de un licitador en el supuesto de que la regularidad de la oferta de cada uno de los operadores sea cuestionada en el marco del mismo procedimiento y ello con independencia de la naturaleza de los motivos alegados (STJUE de 4 de julio de 2013, Fastweb,



asunto C-100/12, EU:C:2013:448 y de 5 de abril de 2016, PFE, asunto C-689/13, EU:C:2016:199).

Finalmente, señalar que la posición de CUADRA en este procedimiento de recurso es la de un interesado. Este Órgano ha manifestado en ocasiones anteriores (ver, por ejemplo, la Resolución 120/2016) que el recurso especial, tal y como el legislador lo ha configurado, no da lugar a un procedimiento contradictorio entre la empresa recurrente y los demás licitadores en el que, a modo de la reconvención del proceso civil, estos últimos pueden ampliar en sus alegaciones el objeto del litigio y, por lo tanto, el ámbito de la resolución. Por el contrario, el alcance de la resolución se fija sólo en la petición del recurso (artículo 57.2 LCSP), mientras que el trámite de alegaciones de los interesados obedece al mandato constitucional de garantizar su audiencia (artículo 105.3 de la Constitución), pero no les concede una vía de impugnación o reconvención, por lo que su posición procedimental no es en absoluto análoga a la del recurrente ni a la del demandado del pleito civil.

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 podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación.



CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Tolosa 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

Los argumentos del recurso, en síntesis, son los siguientes:

a) CUADRA ha cometido dos errores que atañen a los criterios de adjudicación valorables mediante la aplicación de fórmulas:

(i) error en el precio de la oferta económica, ya que se ha ofertado el precio relativo a una anualidad, en lugar del precio por los 5 años de duración del contrato,

(ii) error en el tiempo máximo de respuesta en caso de avería, que corresponde a la respuesta de los técnicos desde el centro de asistencia que no podrá estar a más de 100 Km de Tolosa, ya que se ha efectuado una oferta de contenido física, material y ontológicamente imposible con el único propósito de obtener la totalidad de puntos, consistente en ofertar una reducción de 10 medias horas, siendo el tiempo máximo de respuesta de 5 horas.

b) En el momento de la apertura del sobre "C" la Mesa de contratación, con motivo de las manifestaciones realizadas en el acto público por los demás licitadores, condujo *motu proprio* la oferta de CUADRA en el sentido de



considerar la oferta factible y que, en cualquier caso, aunque sólo se hubiera ofrecido una reducción de media hora, la puntuación final seguiría siendo la más alta para la citada empresa.

c) La oferta presentada en lo relativo a “tiempo de respuesta” no puede ser subsanada ni reconducida por ser de contenido imposible, lo que conduce indefectiblemente a la necesidad de excluirla.

d) Se reitera que el acto atacado es el de la adjudicación y que la resolución del recurso deberá ser congruente con las pretensiones deducidas por la recurrente ya que, aunque los pliegos tengan alguna pequeña contradicción o errata, dicha contradicción o errata se solventa integrando el PCAP con el PPT, sin que esté en su ánimo cuestionar los pliegos

e) Finalmente, se solicita anular el acto de adjudicación a favor de CUADRA, que se acuerde la exclusión de la oferta de esta empresa y siendo la recurrente la segunda clasificada se le adjudique el contrato.

SÉPTIMO: Alegaciones de CUADRA

El adjudicatario impugnado se opone a la estimación del recurso con los argumentos que se resumen a continuación:

a) Respecto al error en la oferta económica, el propio recurrente reconoce a lo largo del escrito de recurso que dicho error es subsanable y no se basa en él para solicitar la exclusión de CUADRA. En cualquier caso, la doctrina de los tribunales de recursos contractuales consideran que no procede la exclusión cuando la verdadera voluntad del licitador se deduzca de la totalidad de la proposición y, en este sentido, la oferta de CUADRA es clara al señalar que el precio ofertado es anual.

b) En relación con el reproche sobre la reducción del tiempo de respuesta ofertado, se ha de partir de que el PCAP indica clara e inequívocamente que el



tiempo máximo de 5 horas corresponde a la respuesta de los técnicos, no a la reparación. Consecuentemente, se solicita una intervención para (i) diagnosticar la incidencia sufrida y (ii) poner en marcha el proceso necesario para su subsanación, lo cual es perfectamente viable gracias a la tecnología con los que están equipados los medios materiales ofertados. Además, la imposibilidad alegada carece absolutamente de prueba. En cualquier caso, la suspicacia respecto a la posibilidad de cumplir el compromiso realizado únicamente podría reprocharse por el Ayuntamiento a CUADRA en la fase de ejecución del contrato.

c) La actuación de la Mesa de contratación en la apertura del sobre “C” no puede ser reprochada, pues en ningún momento se permitió a CUADRA alterar o modificar su oferta.

d) Se considera que el recurso de TOLOSALADEA es temerario y ha de ser sancionado por ello con una multa de 1.000 euros.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone al recurso con los siguientes argumentos:

a) En lo que respecta al error en la oferta económica de CUADRA la propia recurrente parece tener claro que no procede el recurso al afirmarse que “... la misma jurisprudencia y doctrina administrativa que permite subsanar aclarar una oferta sin necesidad de excluirla cuando la oferta económica se hace por una anualidad y no por el plazo de duración total del contrato...” A ello hay que añadir que en el acto de apertura de ofertas la propia empresa CUADRA ante la Mesa de contratación procedió a aclarar la cuantía total de la oferta.

b) En la corrección que se realizó para subsanar el error aritmético detectado en el criterio de adjudicación “Tiempo de respuesta dentro del mantenimiento correctivo de vehículos”, ponderado con cinco puntos, se recogía nuevamente que “El tiempo máximo de 5 horas corresponde a la respuesta de los técnicos, no a la reparación”. Intenta la



recurrente la imposibilidad material de reducir los plazos de respuesta cuando ella misma los reduce en cuatro horas y media.

c) La alegación de que la Mesa de contratación ha realizado una reconducción de la oferta es totalmente falsa. En el acta de dicha sesión figura la intervención del representante de una empresa licitadora que solicita que sea tenida en cuenta la reducción del plazo ofrecida por la adjudicataria. Además, en aras de ofrecer toda la información posible, se señala que aunque sólo hubiera ofrecido una reducción de media hora, la puntuación final llevaría al mismo resultado.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

La principal pretensión de la recurrente consiste en la exclusión de la oferta de la adjudicataria por incurrir su oferta en un error en el precio ofertado y efectuar una oferta de imposible cumplimiento material en el criterio matemático “Tiempo de respuesta”. El análisis del recurso debe partir de lo establecido en la documentación contractual que rige la licitación, la cual no ha sido impugnada, por lo que vincula al poder adjudicador y a los participantes en el procedimiento de adjudicación. A ello se ha de sumar la información que consta en la oferta de la adjudicataria impugnada; en concreto, el contenido relevante es el siguiente:

PCAP

(...)

19.- Criterios de adjudicación. (Clausulas 20, 30 y 32)

Pluralidad de criterios de adjudicación

(...)

19.2.- Criterios valorables en cifras o porcentajes: 70 puntos.

(...)

Criterio	Justificación de la fórmula	Pond.
Tiempo de respuesta dentro del mantenimiento correctivo de vehículos	Para hacer frente a las averías que se puedan producir en los vehículos o en el equipamiento embarcado, en los pliegos técnicos se establece un tiempo máximo de 3 horas. El tiempo máximo de 5 horas corresponde a la respuesta de los técnicos, no a la reparación. Se valorará con 0,25 puntos por cada media hora que se reduzca el tiempo de respuesta establecido en el pliego de prescripciones técnicas.	5 puntos



CORRECCIÓN DE ERRORES

Anexo I. Clausula 19.- Criterios de adjudicación. 19.2.- Criterios valorables en cifras o porcentajes. **Tiempo de respuesta dentro del mantenimiento correctivo de vehículos.**

En el mismo se indica:

Para hacer frente a las averías que se puedan producir en los vehículos o en el equipamiento embarcado, en los pliegos técnicos se establece un tiempo máximo de 3 horas. El tiempo máximo de 5 horas corresponde a la respuesta de los técnicos, no a la reparación. Se valorará con **0,25** puntos por cada media hora que se reduzca el tiempo de respuesta establecido en el pliego de prescripciones técnicas.

En su lugar se deber redactar de la siguiente manera:

Para hacer frente a las averías que se puedan producir en los vehículos o en el equipamiento embarcado, en los pliegos técnicos se establece un tiempo máximo de 3 horas. El tiempo máximo de 5 horas corresponde a la respuesta de los técnicos, no a la reparación. Se valorará con **0,5** puntos por cada media hora que se reduzca el tiempo de respuesta establecido en el pliego de prescripciones técnicas.

ANEXO II

MODELO DE OFERTA DE CRITERIOS VALORABLES EN CIFRAS O PORCENTAJES

(...) se compromete a tomar a su cargo la ejecución del mismo, con estricta sujeción a los expresados requisitos, condiciones y obligaciones, por un precio de euros (en número), al que corresponde por IVA la cuantía de euros, (en número), totalizándose la oferta en euros (en número), todo ello de acuerdo con lo establecido en los pliegos de prescripciones técnicas y cláusulas administrativas particulares que sirven de base a la convocatoria, cuyo contenido declara conocer y acepta plenamente.

OFERTA ECONÓMICA DE CUADRA

1.1 PROPOSICIÓN ECONÓMICA.

(...)

precio de: euros/año	300.584,25	(TRESCIENTOS MIL QUINIENTOS OCHENTA Y CUATRO EUROS CON VEINTICINCO CENTIMOS)
al que corresponde por IVA 10% la cuantía de euros/año	30.058,43	(TREINTA MIL CINCUENTA Y OCHO EUROS CON CUARENTA Y TRES CENTIMOS)
totalizándose la oferta en euros/año	330.642,68	(TRESCIENTOS TREINTA MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y DOS EUROS CON SESENTA Y OCHO CENTIMOS)



Las apreciaciones de este OARC / KEAO al respecto son las siguientes:

a) Sobre la subsanación o aclaración de oferta económica

Alega la recurrente, si bien con poco convencimiento, que la oferta económica de CUADRA se formuló erróneamente. A pesar de que en algún punto del escrito del recurso se llega a justificar la actuación del poder adjudicador, consistente en aceptar la aclaración del precio formulado, se considera preciso entrar a analizar el fondo del asunto comenzando a tal efecto por la doctrina de este Órgano sobre la subsanación de la oferta económica.

a 1) Doctrina general sobre la subsanación de la oferta económica

Por su propia naturaleza, en el procedimiento abierto queda excluida toda negociación de los términos del contrato con los licitadores (artículo 157 del TRLCSP y 156 de la LCSP) lo cual implica que, una vez presentada su oferta, en principio ésta no puede ser modificada, ni a propuesta del poder adjudicador, ni del licitador por suponer ello una infracción del principio de igualdad de trato de los licitadores y de la obligación de transparencia que deriva del mismo, pues entraña el riesgo de que se considere que el poder adjudicador ha negociado confidencialmente con el licitador su oferta, en perjuicio de los demás licitadores. No obstante, también ha manifestado que, excepcionalmente, los datos relativos a la oferta pueden corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta (ver, en este sentido STJUE de 29 de marzo de 2012, asunto 599/10, ECLI:EU:C:2012:191, apartados 36, 37, 40 y 41 que si bien referido al procedimiento restringido es plenamente aplicable al abierto). Como ha manifestado este OARC / KEAO en ocasiones precedentes (ver, la Resolución 143/2017 y la Resolución 115/2016) 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 su intención cierta, aunque haya sido ocultada por un error o modificación en su plasmación. En estas circunstancias este Órgano ha considerado que la aclaración es una confirmación del contenido de la oferta según se deduce de su contenido e interpretación global (ver, en este sentido la Resolución 162/2020).

a 2) Sobre la subsanación de la oferta económica de CUADRA

Aplicados los argumentos anteriormente expuestos sobre los errores en las proposiciones al supuesto que nos ocupa, este OARC/KEAO considera que la alegación de la recurrente ha de ser desestimada. En concreto, consta en la proposición económica que la oferta realizada es por un año, por lo que el precio del contrato correspondiente a su duración inicial (5 años) se puede deducir de una simple operación matemática (Precio anual ofertado x número de años de duración). En este contexto, la aclaración efectuada por la representante de CUADRA en el mismo acto de apertura de los sobres que contenían los criterios de adjudicación a evaluar de forma automática no es más que una confirmación del contenido de su oferta económica, lo cual no implica ni infracción del principio de igualdad de trato entre todos los licitadores (artículo 1 de la LCSP), ni equivale a una reelaboración de la oferta (ver, por ejemplo, la Resolución 121/2018 del OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29/3/2012, asunto C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191).

b) Sobre la oferta de un tiempo de respuesta de contenido imposible

Considera la recurrente que la oferta de una reducción de 10 medias horas sobre el máximo de 5 horas especificado en el PPT para la respuesta de los técnicos es de imposible ejecución. Este argumento debe ser desestimado por las siguientes razones:



- 1) Nos hallamos ante un aspecto de la oferta a evaluar por un criterio de apreciación automática. Si bien en un primer momento el poder adjudicador goza de un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios de adjudicación, en la fase de selección de la oferta económicamente más ventajosa no puede separarse de los especificados en las bases de la convocatoria, ya que ello garantiza el principio de igualdad de trato y la competencia en el procedimiento de adjudicación. En lo que se refiere específicamente a los criterios “evaluables de forma automática mediante aplicación de fórmulas”, que son los descritos en el artículo 146.2 de la LCSP como “aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos”, este Órgano ha manifestado (ver, por todas, su Resolución 073/2021) que su rasgo principal es el de la ausencia total de margen de apreciación en la valoración de las ofertas, ya que la puntuación se deriva de la aplicación de una fórmula y el resultado de una fórmula no puede interpretarse, tan solo se calcula. Una vez que uno o varios de estos criterios se establecen, como en este caso, en unos pliegos firmes por consentidos, vinculan al poder adjudicador y a los participantes en la licitación, lo que no solo implica respetar su contenido, sino también su misma condición de criterio sujeto a fórmula. En este sentido, la sola clasificación de los criterios como automáticos tiene consecuencias procedimentales, como un orden concreto que debe seguirse para la apertura de las correspondientes ofertas y, lo que es más relevante para el caso analizado, la prohibición radical de que en su aplicación el órgano de contratación pueda introducir ningún elemento subjetivo o juicio discrecional o valorativo, con el correlativo efecto de que los licitadores tienen el derecho a esperar que el procedimiento de adjudicación se conduzca en esos estrictos términos y no en otros distintos.
- 2) Tal y como alegan el poder adjudicador y la adjudicataria impugnada la valoración recae sobre el tiempo de respuesta de los técnicos dentro del mantenimiento correctivo, no de la reparación. Es decir, el criterio evalúa el tiempo de reacción de los técnicos en el caso de fallos o averías por lo que



no cabe descartar que dicho intervalo de tiempo se pueda reducir al máximo posible desde que se notifica la incidencia habida cuenta del estado de la tecnología en lo referente al autobús ofertado. Asimismo, resulta relevante que el PCAP no establece un tiempo mínimo a partir del cual no se permita la reducción del tiempo de respuesta.

- 3) En concreto, en lo que respecta a la imposibilidad de que CUADRA pueda ejecutar lo ofertado (reducción de 10 medias horas del máximo de 5 horas de respuesta establecido en las bases de la convocatoria), se observa que el “Plan de mantenimiento” incluido en su oferta en relación con el “mantenimiento correctivo” contiene una serie de acciones concretas, como un furgón taller para las intervenciones de acción inmediata y un servicio de Asistencia en Carretera (página 24 del documento), de las que se desprende que la respuesta a las intervenciones solicitadas será inmediata. A ello se ha de sumar que se oferta un autobús eléctrico IRIZAR, que cuenta con un sistema de monitorización en tiempo real, cuyas instalaciones de asistencia técnica se encuentran a 18.8 km de distancia. Consecuentemente, nos encontramos ante una oferta que goza del suficiente y adecuado fundamento material para considerarla verosímil (ver, en este sentido, la Resolución 107/2018 de este OARC / KEAO).
- 4) La alegación de que se ha realizado una oferta imposible con el propósito de situarse por delante de los demás licitadores no puede ser aceptada. Debe tenerse en cuenta que es lícito pretender obtener la máxima puntuación (o, lo que es lo mismo, minimizar la puntuación de los competidores) porque, precisamente, ése es el camino que conduce a la adjudicación del contrato y a la determinación de la oferta económicamente más ventajosa (ver en este sentido la Resolución 73/2021 de este OARC / KEAO). Consecuentemente, no es razonable exigir a los licitadores que renuncien a plantear su oferta de la forma que mejor la optimice en términos de puntuación, y mucho menos penalizar esa actuación con la exclusión



del procedimiento de adjudicación (ver, por ejemplo, la Resolución 4/2017 del OARC / KEAO), siempre que se respeten las bases de la convocatoria.

- 5) En todo caso, las incidencias sobre el cumplimiento o no del “Tiempo de respuesta” deberán analizarse en fase de ejecución del contrato con las consecuencias que, en su caso, se deriven, y sin que en este momento proceda tener en consideración hipótesis que conlleven una valoración distinta a la efectivamente realizada por el poder adjudicador en un criterio de adjudicación, firme y vinculante.

c) Conclusión

Como consecuencia de lo anteriormente manifestado, procede desestimar el recurso interpuesto.

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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa TOLOSALDEA BUS, S.L. contra el acuerdo de adjudicación del contrato “Servicio para la Gestión del Servicio Público de Transporte Colectivo Urbano de Tolosa”, tramitado por el Ayuntamiento de Tolosa.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.



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, 2021ko maiatzaren 12a

Vitoria-Gasteiz, 12 de mayo de 2021