



EB 2023/060

Resolución 093/2023, de 19 de mayo, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularrak, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las empresas CAF Turnkey & Engineering, S.L., Construcciones Moyua, S.L. y Solaris Bus & Coach, S.A. contra la adjudicación del contrato “Redacción de proyecto, infraestructura, suministro, puesta en marcha y mantenimiento de un sistema de Bus eléctrico inteligente”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 11 de abril de 2019, las empresas CAF Turnkey & Engineering, S.L., Construcciones Moyua, S.L. y Solaris Bus & Coach, S.A., que habían presentado una oferta al contrato impugnado con intención de constituirse en Unión Temporal de Empresas (en adelante, “la UTE recurrente”) presentaron en el registro electrónico del poder adjudicador un recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato “Redacción de proyecto, infraestructura, suministro, puesta en marcha y mantenimiento de un sistema de Bus eléctrico inteligente”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz.

SEGUNDO: El recurso, la 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) se remitieron y causaron asiento de entrada en el libro registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Kontratuen





inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC/KEAO) el 25 de abril de 2019.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados, con fecha 8 de mayo se recibieron las alegaciones de la UTE compuesta por las empresas Irizar e-mobility, S.L., Yarritu, S.A. y LKS Buildingenia, S.L. (en adelante, “UTE adjudicataria”).

CUARTO: Con fecha 23 de mayo de 2019, la Titular del OARC / KEAO dictó la Resolución 96/2019, por la que se acordaba no admitir a trámite el recurso.

QUINTO: Con fecha 7 de junio de 2019, las empresas componentes de la UTE recurrente interpusieron un recurso contencioso – administrativo contra la Resolución 96/2019 ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

SEXTO: Con fecha 10 de febrero de 2021, el TSJPV dictó la sentencia nº 50/2021 (ECLI:ES: TSJPV: 2021:866), que estimaba parcialmente el citado recurso contencioso – administrativo (en adelante, “sentencia 50/2021”) y cuyo fallo establece lo siguiente:

“1º.- Declaramos contrario al ordenamiento jurídico y, en consecuencia, anulamos la resolución impugnada respecto a CAF Turnkey Engineering, S.L., Solaris Bus Coach, S.A. y Construcciones Moyúa, S.L., manteniéndola respecto a Construcciones Auxiliar de Ferrocarriles, S.A. En consecuencia, ordenamos la admisión a trámite del recurso especial planteado por esas tres mercantiles, para que se resuelva sobre el fondo del asunto.”

SÉPTIMO: Con fecha 10 de marzo de 2023 se ha recibido en el OARC / KEAO el testimonio de la sentencia, advirtiendo que ha alcanzado el carácter de firme por haberse declarado inadmisibile el recurso de casación contra ella interpuesto, e instando a su ejecución.



II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Objeto de la resolución

El objeto de la presente Resolución es la ejecución de la sentencia 50/2021.

SEGUNDO: Alegaciones del recurso

El recurso se basa, en síntesis, en los siguientes argumentos:

a) La UTE adjudicataria debió haber sido excluida por las irregularidades de su oferta que se exponen a continuación:

- Exceder en una semana el plazo máximo del hito parcial de entrega de los primeros prototipos al ofrecer un plazo de 25 semanas, cuando el límite era de 24 semanas, equivalentes a seis meses; en cualquier caso, su oferta debió obtener puntuación nula o, al menos, menor que la de la UTE recurrente.
- No alcanzar la potencia mínima de los cargadores en cocheras; en todo caso, su oferta en este punto debió valorarse con puntuación nula.
- Introducir en el sobre nº 2 documentación e información de carácter económico propia del sobre 3, contaminando la valoración de las ofertas porque presenta “una valoración técnico – económica de las opciones analizadas” pese a la clara literalidad de los pliegos y de la respuesta del poder adjudicador a la consulta de un operador económico.
- El 70% del capital social de la empresa LKS Buildingenia, una de las integrantes de la UTE adjudicataria, es propiedad de la empresa LKS Ingeniería, con la que además comparte domicilio y personal directivo. Esta última empresa participó en la elaboración de las especificaciones



técnicas y documentos preparatorios del contrato, pues fue adjudicataria de dos contratos licitados por Euskal Trenbide Sarea (ETS) para definir varias soluciones técnicas del Bus Eléctrico Inteligente (BEI) y, por ende, del contrato, al que afecta de manera amplia e incontestable en capítulos técnicos relevantes como la urbanización del carril reservado para el BEI y o el proyecto de construcción de las paradas; se trata de los contratos “Servicio de apoyo para la redacción del proyecto de urbanización del carril reservado para el Bus Eléctrico Inteligente (BEI BEA) de Vitoria – Gasteiz” y del “Servicio de apoyo para la redacción del proyecto de construcción de las paradas para Bus Eléctrico Inteligente en la L.2 periférica de Vitoria – Gasteiz”:

- La influencia de estos trabajos en la definición de las prescripciones técnicas del contrato impugnado es enorme, pues alcanza al 82,35% del presupuesto de obras y el 43,44% del presupuesto total; de hecho, todo el diseño licitado en el contrato está firmado, en todas sus páginas y desde la propia portada, con el logo de LKS. Se alega que existen indicios claros de que, en virtud de estas circunstancias, la adjudicataria ha contado con ventaja competitiva al haber tenido acceso de primera mano a todos los pormenores del diseño para calcular y formular la propuesta contando con un mayor grado de detalle; igualmente, es de suponer que la adjudicataria habrá interactuado con las empresas que diseñaron el resto de partidas, lo que también la habrá supuesto una ventaja frente a los demás licitadores.
- Se alega que el estudio de la documentación técnica puede suponer un total de 19 puntos, en los que se incluyen 10 puntos atribuidos a la “programación de obra”, que es el capítulo en el que el conocimiento previo del proyecto constructivo puede suponer mayor ventaja. Concretamente, la adjudicataria solo superó a la recurrente en los dos apartados cuyo objeto era más proclive a otorgar ventaja competitiva a quien conociese los pormenores del proyecto de construcción (los subcriterios “programación de obra”, por 8 puntos a 5 y



“análisis técnico - económico de las acometidas a paradas”, por 2 puntos a 1), resultando empatadas las dos ofertas en el resto de los epígrafes de valoración, en los que no era tan importante la participación en la definición de las prescripciones técnicas. Esta diferencia de puntuación ha sido decisiva para la adjudicación del contrato.

b) Finalmente, se solicita lo siguiente:

- La invalidez de la adjudicación impugnada.
- La declaración de que la UTE adjudicataria debería haber sido excluida del procedimiento o, subsidiariamente, de que no debería haber sido valorada con 1 punto en el apartado de mejora del plazo parcial de entrega de los primeros prototipos, sino con 0 puntos o, a lo sumo, con 0,34 puntos.
- La orden de retroacción del procedimiento al momento anterior al acto impugnado para que se adjudique el contrato a la recurrente.

TERCERO: Alegaciones de la UTE adjudicataria

La UTE adjudicataria se opone a la estimación del recurso por los motivos que a continuación se resumen:

a) El recurso ataca el margen de discrecionalidad que corresponde a la Administración en la valoración de las proposiciones y cuestiona los juicios técnicos emitidos por los órganos competentes.

b) La alegación sobre el incumplimiento del plazo parcial máximo de entrega de los prototipos se basa en sostener que un mes tipo no equivale a treinta días, sino a cuatro semanas, lo que aritméticamente no se sostiene. No puede decirse que quien ofrece un plazo de 25 semanas debe ser excluido por



superar un plazo de 6 meses. Además, los plazos parciales pueden variar al integrarse en la planificación del contratista. Por otro lado, la atribución de puntuación a las dos ofertas es correcta y ajustada a los pliegos, pues el tope de un punto se alcanza con una semana de reducción de plazo, sin que se pueda variar por reducciones adicionales.

c) La UTE adjudicataria ha ofertado dos cargadores de 50 KW en paralelo, que agrupan una potencia total en cada cargador doble de 100 kw, superando los 33 kw en cada cargador que piden los pliegos, y agrupadamente ofertando una potencia de 700 kw, frente a los 420 kw de los pliegos. La adjudicataria cita en su favor la página 31 de su oferta técnica.

d) Los propios pliegos solicitan la presentación de un “Análisis Técnico - Económico Acometida a paradas”, pero ello no implica avanzar el contenido de la oferta económica porque no se incluye ninguna información económica propia. De hecho, el recurso elude comprobar si existe o no dicha revelación anticipada, y no hay ninguna identidad entre los documentos presentados para la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor y los aportados para evaluar los criterios sujetos a fórmula.

e) Por lo que se refiere al conflicto de intereses que alega el recurso, la adjudicataria alega que es cierta la vinculación societaria señalada en el recurso, pero niega que de este hecho pueda deducirse la exclusión de su proposición o que pueda inferirse el conocimiento de los trabajos previos (afirma que las personas integradas en LKS Buildiningenia no han tenido conocimiento de elementos de la licitación ajenos a la documentación que obra en el expediente y en los Pliegos) o la existencia de una ventaja competitiva o de un trato desigual, sin que se evalúe objetivamente la premisa de que la mayor puntuación en dos aspectos se debe a la participación en trabajos preparatorios del contrato impugnado:



- Por lo que se refiere a la Planificación, se alega que el informe técnico establece que las diferencias de puntuación se justifican la forma de ordenar y estructurar la documentación, en la calidad correcta ajustada de la oferta de la adjudicataria y en el carácter genérico de la oferta de los recurrentes, a pesar de que tuvieron tres meses para prepararla; en definitiva, la diferencia de puntuación no radica en el conocimiento previo, sino en la mejor preparación de la oferta.
- En cuanto al “Análisis Técnico - Económico Acometida a paradas”, debe tenerse en cuenta que lo que se valora en este apartado es precisamente presentar alternativas más válidas que lo diseñado previamente, por lo que difícilmente puede ser relevante el conocimiento previo del proyecto. De hecho, el informe técnico califica con los mismos términos el conocimiento del proyecto por ambos licitadores, siendo el factor diferencial lo que la oferta de la adjudicataria tiene de novedoso respecto a dicho proyecto (energía renovable fotovoltaica).

CUARTO: Alegaciones del poder adjudicador

Los argumentos del Ayuntamiento para oponerse al recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) establece un plazo parcial de 24 semanas para el hito “fabricación cabezas de serie”, no para la entrega de las cabezas de serie. El criterio de adjudicación “Plazo parcial entrega primer prototipo” sí establece un plazo máximo de 6 meses en el plazo de la entrega del primer prototipo completo, el cual puede reducirse por los licitadores. No procede la exclusión de la oferta de la adjudicataria porque oferta un plazo de entrega de 25 semanas, una menos que el plazo establecido (si un año tiene 12 meses y 52 semanas, medio año tiene 6 meses y 26 semanas). Por otro lado, ambas licitadoras obtienen la máxima puntuación con independencia de si han ofrecido reducciones de una o de tres semanas



porque así lo establece la descripción del criterio de adjudicación correspondiente.

b) La adjudicataria ofrece una potencia de carga mínima de 50 kw, superando los 30 kw exigidos en los pliegos. Dicha oferta no es una variante, tan solo se agrupan dos cargadores en un armario.

c) La “valoración técnico – económica de las opciones analizadas” de la oferta de la adjudicataria no es relevante para conocer la proposición económica global.

d) No concurren las circunstancias enumeradas en el artículo 42 del Código de Comercio. No puede considerarse que la intervención de LKS BULDINGENIA, S.L. haya limitado o restringido la concurrencia ni que la adjudicataria haya obtenido ventaja privilegiada alguna; una vez publicado el anuncio de licitación, y facilitados los pliegos a los interesados, todos los licitadores partieron de las mismas premisas y tuvieron pleno conocimiento de los pliegos sin que se cuestionara la actuación del poder adjudicador.

QUINTO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis de las pretensiones de las recurrentes debe partir del contenido de los pliegos que rigen el procedimiento de adjudicación, los cuales vinculan a los licitadores y al Ayuntamiento por no haber sido impugnados en tiempo y forma; los apartados más relevantes para la resolución del recurso son los siguientes:

PCAP

[...]

VI - CARATULA DEL PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES:

CARATULA: PUNTO 1º

OBJETO Y CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO

[...]

En cuanto a la **EJECUCIÓN DE LOS PLAZOS PARCIALES**, se indican a continuación los hitos que se deben cumplir y el plazo desde el comienzo de la ejecución del contrato.



Estos hitos parciales deberán ser integrados en la planificación del contratista, pudiendo variar respecto a lo indicado.

<i>Ref Hito</i>	<i>Descripción Hito</i>	<i>Plazo Semanas respecto comienzo</i>	<i>Hito Control</i>
[...]			
	SUMINISTRO AUTOBUSES		SI
	<i>Cabezas de Serie y Pruebas Previas</i>		
<i>H2</i>	<i>Fabricación Cabezas de Serie</i>	24	SI
[...]			

[...]

CARÁTULA PUNTO 4º

SOBRE 2. DOCUMENTACIÓN RELATIVA A CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN VALORADOS MEDIANTE UN JUICIO DE VALOR

Criterios CUANTIFICABLES MEDIANTE JUICIO DE VALOR			
	Criterio	Puntos	
1.	ESTUDIO DE DOCUMENTACIÓN TÉCNICA	Hasta 19	
1.1	PROGRAMACION DE OBRA	Hasta 10	El licitador presentará una secuencia lógica y ordenada de actividades. Se valorará: la coherencia y concreción de la planificación (2 puntos a la valoración correcta, detallada y ajustada, 1 punto a la valoración normal, 0 puntos al resto), la identificación de hitos de control (2 puntos a la valoración correcta, detallada y ajustada, 1 punto a la valoración normal, 0 puntos al resto), la correcta interpretación de las restricciones de ejecución (2 puntos a la valoración correcta, detallada y ajustada, 1 punto a la valoración normal, 0 puntos al resto), el análisis pormenorizado de la programación de las zonas de actuación (2 puntos a la valoración correcta, detallada y ajustada, 1 punto a la valoración



			normal, 0 puntos al resto) y las medidas para mitigar imprevistos y la climatología adversa (2 puntos a la valoración correcta, detallada y ajustada, 1 punto a la valoración normal, 0 puntos al resto). En la documentación presentada en este apartado no podrá incluirse ni desvelarse el plazo global ofertado.
1.2	AFECCIONES AL ENTORNO	Hasta 3	El licitador presentará un análisis pormenorizado con las medidas que propone para minimizar las afecciones al entorno de las obras, debiéndose abordar entre otras las afecciones al tráfico, las ocupaciones temporales, las afecciones al uso de las líneas de autobuses y tranvía existentes y las afecciones al vecindario y al medio ambiente (3 puntos a la valoración correcta, detallada y ajustada, 2 puntos a la valoración medianamente correcta, detallada y ajustada, 1 punto a la valoración normal, 0 puntos al resto)
1.3	ESTUDIO DE SOLUCIONES	Hasta 4	
	a) Estudio Documentación Técnica	Hasta 2	El licitador presentará un análisis propio de las soluciones base de la Documentación de Referencia indicando las mejoras que considere sobre las especificaciones de los Proyectos de Referencia (1 punto a la valoración correcta, detallada y ajustada, 0 puntos al resto) así como la indicación de incoherencias y errores que pueda detectar en la documentación de referencia (1 punto a la valoración correcta, detallada y ajustada, 0 puntos al resto)
	b) Análisis Técnico-Económico Acometidas a paradas	Hasta 2	El Contratista deberá presentar con su oferta análisis de alternativa técnicoeconómica de acometida eléctrica a paradas (excepto Boulevard-Zaramaga y Mendizorrotza). En este sentido, se adjunta en la documentación del Pliego las ubicaciones indicadas de forma preliminar por parte de Iberdrola Distribución S.A. como posibles puntos de conexión para acometer a las paradas (44 Uds.).



			Para el análisis técnico-económico, el Contratista realizará una comparación entre la solución base propuesta en la Documentación de Referencia y señalada anteriormente y acometer independientemente a las paradas, analizando tanto los Costes de instalación, legalización y explotación (por consumo de KWh y por termino fijo KW). Se valorará el menor coste global de la solución durante 15 años de explotación y la menor afección al entorno de la solución global de acometidas. En función de la propuesta realizada por el Contratista, la Propiedad decidirá durante la redacción del Proyecto de Ejecución por parte del Contratista cuál de las opciones es la preferida. En cualquier caso, se abonaría en arreglo a las mediciones de lo realmente ejecutado.
1.4	PLAN DE ASEGURAMIENTO DE LA CALIDAD	Hasta 2	El licitador presentará propuesta de cómo plantea asegurar la calidad a lo largo de todo el Contrato, desde diseño, fabricación, suministro, ejecución y puesta en marcha de todos los sistemas que integran la implantación del BEI, valorándose el contenido y la coherencia de la propuesta.

[...]

CARÁTULA PUNTO 4º

SOBRE 3. DOCUMENTACIÓN RELATIVA A CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN VALORADOS MEDIANTE LA APLICACIÓN DE FÓRMULA MATEMÁTICA

Criterios OFERTA ECONOMICA Y DOC TECNICA CUANTIFICABLE MEDIANTE FORMULA			
		Puntos	
[...]			
4	PLAZO PARCIAL ENTREGA PRIMER PROTOTIPO	Hasta 1	Se valorará la reducción en el plazo de la entrega del primer prototipo completo respecto los 6 meses desde la firma del contrato a razón de 1 punto por semana de reducción respecto los 6 meses hasta la máxima puntuación de este criterio de valoración.



[...]

[...]

Pliego de instalaciones de carga eléctrica para el BEI/BEA de la Línea 2 de Vitoria-Gasteiz

-Pliego Técnico-

B.-Infraestructura para carga en Cocheras		
Id.	Designación	Cantidad
[...]		
B.9	Convertidor con potencia de al menos 30 kW, incluyendo cableado y equipamiento auxiliar necesario. Sistema de equilibrado de baterías y carga en cocheras.	14
[...]		

A la vista de los citados apartados, de las alegaciones de los interesados y del resto de la documentación que consta en el expediente, se exponen a continuación las apreciaciones de este OARC / KEAO sobre la viabilidad del recurso.

a) Sobre el incumplimiento de un plazo parcial

El recurso solicita la exclusión de la oferta y, subsidiariamente, la reducción o anulación de la puntuación atribuida en el criterio de adjudicación “Plazo parcial entrega primer prototipo” por no cumplir el plazo parcial de entrega de los primeros prototipos. Este motivo de impugnación debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) Como bien señala el poder adjudicador, el PCAP da un plazo de 24 semanas desde la formalización del contrato para el cumplimiento del hito H2 “Fabricación cabezas de serie”, pero no indica un plazo para la



entrega de dichas cabezas de serie. Por el contrario, la descripción del criterio de adjudicación debatido sí que indica que la reducción del plazo que se valora es “respecto los seis meses desde la firma del contrato”.

2) Lo señalado en el apartado 1) anterior implica que no cabe la exclusión de la oferta de la adjudicataria porque no se ha infringido ningún plazo parcial exigido por los pliegos, pues la mención del plazo de seis meses en el criterio de adjudicación no supone esa exigencia. Es claro que no sería la ubicación sistemática adecuada para ello, especialmente teniendo en cuenta que los pliegos tienen un apartado específicamente asignado a los plazos parciales y, como ya se ha dicho, no establecen tal requerimiento. Por ello, debe entenderse que el plazo de seis meses es un elemento de la fórmula que debe aplicarse para calcular la puntuación atribuida a cada oferta que representa el plazo a partir de cuya reducción las proposiciones empiezan a contener ventajas puntuables, pero no un hito de obligado cumplimiento. Esta interpretación es también la más coherente con el principio de transparencia, que impide que el rechazo de una oferta pueda basarse en causas que no se deduzcan claramente de los pliegos y que no sean inteligibles como requisitos obligatorios por cualquier licitador razonablemente diligente (ver, por ejemplo, la Resolución 177/2022 y las que en ella se citan).

3) Debe analizarse también si, como reclaman los recurrentes, las puntuaciones han sido incorrectamente atribuidas. A juicio de este Órgano, este motivo de impugnación no es aceptable por las siguientes razones:

- A falta de mayor información en los pliegos, la consideración de que 6 meses equivalen a 26 semanas (del mismo modo que 12 meses equivalen a 52 semanas y estas dos últimas magnitudes equivalen a un año), empleada por el poder adjudicador para aplicar el criterio de



adjudicación, es razonable. No cabe que los recurrentes pretendan sustituir esta opción del órgano de contratación por otra que les pueda ser más favorable, especialmente teniendo en cuenta que el discutido plazo de 6 meses no está vinculado con el de las 24 semanas para el hito H2, tal y como se ha señalado en los apartados 1) y 2) anteriores, por lo que no procede interpretar uno por referencia al otro, como plantea la impugnación.

- Una vez sentado lo anterior, la ausencia de diferencia de puntuación con la oferta de la adjudicataria que reprochan las recurrentes no es más que una consecuencia de la configuración del criterio de adjudicación, la cual incluye un “umbral de saciedad” que no permite premiar las reducciones de plazo superiores a una semana.

b) Sobre el incumplimiento de la potencia mínima de los cargadores en cocheras

Las recurrentes alegan que la adjudicataria infringe el Pliego técnico de las instalaciones de carga eléctrica en su apartado B.9 porque en su oferta no alcanza la potencia mínima de los cargadores en cocheras; concretamente, ha optado por cargadores dobles de 50 kw, lo que resulta en una potencia unitaria de 25 kw, inferior a los 30 kw requeridos (por lo tanto, también se habría infringido el límite de potencia total). Esta alegación debe desestimarse; como señala el informe del Ayuntamiento, la oferta (apartado 1.1.4.2, diagrama unifilar) propone dos cargadores independientes de 50 kw, capaces de cargar dos vehículos a una potencia máxima de 50 kw cada uno, absorbiendo 100 kw de red. Es decir, la potencia mínima ofertada es de 50 kw, lo que supera el mínimo requerido. Por ello, no caben ni la exclusión ni la minoración de puntuación solicitada; debe añadirse que el recurso tampoco explica en qué concreto criterio debería producirse esta minoración ni por qué lo ofertado es una variante no autorizada por los pliegos y no un modo de satisfacer las prescripciones técnicas.



c) Sobre la revelación anticipada de datos relativos a un criterio sujeto a evaluación mediante fórmula.

Se alega en el recurso que la adjudicataria debe ser excluida por haber infringido las normas de presentación de las proposiciones que garantizan la valoración separada de los criterios de adjudicación sujetos a evaluación mediante fórmulas y los que precisan para su aplicación de un juicio subjetivo (artículo 146.2 de la LCSP y artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público). Concretamente, dicha infracción se habría producido porque en el sobre 2 consta una valoración económica correspondiente al criterio de adjudicación “Análisis técnico – económico acometidas a paradas (hasta 2 puntos)”. Este motivo de impugnación debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) Como ha señalado este Órgano en reiteradas ocasiones (ver, por todas, su Resolución 27/2023), la finalidad de la valoración separada de ambos tipos de criterios de adjudicación es garantizar la objetividad de la evaluación evitando que los juicios de valor se vean contaminados por el conocimiento prematuro del resultado de la aplicación de los criterios sujetos a fórmula. Consecuentemente, la infracción en la forma de presentación de la documentación solo será relevante y conllevará la exclusión de la oferta en el caso de que la información revelada permita efectivamente anticipar el resultado de los criterios automáticos, perjudicando así la citada objetividad. En cualquier caso, la decisión de exclusión deberá ser proporcionada y el perjuicio, efectivo.
- 2) En este caso, el adjudicatario se ha limitado a aportar la documentación necesaria para acreditar un criterio de adjudicación que los propios pliegos denominan “Análisis técnico – económico” y, según el informe de valoración que alegan las propias recurrentes, sin incluir información



sobre la oferta económica global. El recurso tan solo señala que la oferta impugnada es contraria a una respuesta del Ayuntamiento a la consulta de una empresa, que especifica que el “Análisis técnico” solicitado debe presentarse sin mención a la valoración económica, pero no especifica los datos revelados prematuramente que perjudican la objetividad de la valoración, ni concreta cuál o cuáles son los criterios de adjudicación aplicables mediante fórmula establecidos en los pliegos cuyo resultado permiten anticipar. Esta alegación es una lectura interesada de dicha respuesta; entre otras cosas, esta última no puede entenderse como una prohibición absoluta de introducir datos económicos, lo que sería absurdo por contradictorio con la propia literalidad del criterio, sino tan solo de los que se refieren a la valoración económica de la solución contemplada en el proyecto propuesto. Por otro lado, el recurso omite cualquier demostración de la existencia de un perjuicio a la objetividad de la valoración materialmente relevante y tampoco contiene el más mínimo análisis de la proporcionalidad de la exclusión que reclama.

d) Sobre la participación de una empresa vinculada con el adjudicatario en la documentación preparatoria del contrato

El recurso alega que una de las empresas componente de la UTE adjudicataria (LKS Buildingenia) está vinculada con otra empresa (LKS Ingeniería), que ostenta un 70% de su capital social y que nombró a su Administrador único. LKS Ingeniería fue la adjudicataria de varios capítulos relevantes del proyecto (se citan el proyecto de urbanización del carril reservado para el BEI y el proyecto de construcción de las paradas) en contratos tramitados por ETS. Sobre este motivo de recurso, se observa lo siguiente:

d 1) Sobre la “incompatibilidad especial” establecida en el artículo 70.1 de la LCSP.



El recurrente alega, en síntesis, la “incompatibilidad especial” provocada por la participación en la licitación de empresas que hubieran participado previamente en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato o hubieran asesorado al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento de contratación (artículo 70.1 de la LCSP) y solicita la exclusión de la adjudicataria. La situación denunciada es un caso particular de conflicto de intereses de los descritos con carácter más general y no cerrado (de ahí el uso del término “al menos”) en el artículo 64 de la LCSP (así se deduce, por ejemplo, de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, de 3/3/2005, asuntos C-21/03 y C-34/03, ECLI: EU:C:C:2005:127, en especial su apartado 30; ver también la Comunicación de la Comisión “Orientaciones sobre cómo evitar y gestionar las situaciones de conflicto de intereses con arreglo al Reglamento Financiero”, (2021/ C121/01), apartado 4.1.3). Por lo que interesa al objeto del recurso, son relevantes las siguientes cuestiones en torno a esta figura (ver, por todas, las Resoluciones 85/2018, 8/2021 y 21 y 34/2023, así como la jurisprudencia que en ellas se cita):

- 1) La participación en la elaboración de los pliegos de una empresa vinculada a otra que participa en la correspondiente licitación como miembro de una UTE puede falsear la competencia en el procedimiento de adjudicación y perjudicar la igualdad entre los licitadores. Debe tenerse en cuenta que quien participó en la elaboración de los pliegos o intervino en las actuaciones preparatorias pudo procurar, consciente o inconscientemente, configurar la prestación contractual para que los productos o servicios comercializados por ella misma o por otro operador económico vinculado a ella vinculada fueran los que mejor pudieran satisfacer las prescripciones y necesidades en ellos fijados. También podría darse el caso de que, durante la ejecución del contrato previo, la empresa haya accedido a información o datos cuyo conocimiento exclusivo favorece su posición o la de otra empresa vinculada con ella en el subsiguiente procedimiento de adjudicación.



2) El artículo 70.1 de la LCSP establece que el poder adjudicador tomará las medidas adecuadas para evitar que la situación que describe pueda falsear la competencia; entre estas medidas figuran la comunicación a los demás licitadores de la información intercambiada en las operaciones preparatorias que dan lugar a la incompatibilidad especial y el establecimiento de plazos adecuados para la presentación de ofertas. En última instancia, la resolución del conflicto de intereses puede requerir la exclusión del licitador afectado si no existe otra medida más proporcionada, si bien ello precisa de la audiencia previa de dicho operador económico, el cual puede justificar que su participación no falsea la competencia ni le dispensa un trato privilegiado. La apreciación de la existencia del falseamiento o la desigualdad exige un examen minucioso e imparcial de todos los elementos relevantes del asunto.

d 2) Sobre la petición de exclusión de la oferta de la adjudicataria

Pese a que los contratos previos y los vínculos societarios que fundamentan la impugnación ya existían y podían conocerse antes del inicio del procedimiento de adjudicación, la UTE recurrente solo los ha hecho aflorar a propósito de la impugnación de una adjudicación que les es desfavorable (tampoco consta que el poder adjudicador analizara en algún momento del procedimiento la situación conflictiva). En definitiva, la incompatibilidad denunciada se plantea ahora por primera vez, como fundamento de un recurso especial ante el OARC / KEAO, considerándolo como un vicio de legalidad que invalida la adjudicación. Llegados a este punto y en este momento procedimental, ha de decidirse ahora exclusivamente sobre la legalidad de dicha adjudicación, que es el acto impugnado, y sobre la petición de exclusión de la UTE adjudicataria. Para ello, y con independencia del juicio que puedan merecer las actuaciones o las omisiones de la Administración durante el procedimiento, debe verificarse, no sólo la existencia del conflicto, sino si la incompatibilidad alegada ha producido efectivamente la infracción de algún principio básico de la contratación (como los de igualdad de trato, transparencia y salvaguarda de la libre competencia) o



si la situación ha influido indebidamente en la decisión controvertida. Ello significa que la situación de conflicto ha de ser real y no meramente hipotética (ver, por ejemplo, la Resolución 34/2023 del OARC / KEAO). A la vista de esta consideración, este Órgano entiende que el motivo de impugnación debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) El recurrente identifica un único aspecto en el que considera que los trabajos previos han proporcionado una ventaja ilegítima en el procedimiento. Se trata de la valoración de tres subcriterios del criterio de adjudicación “Programación de obra” (“Coherencia y concreción de la planificación”, “Identificación de hitos de control” y “Correcta interpretación de restricciones de ejecución”) y de un subcriterio del criterio de adjudicación “Estudio de soluciones” (“Análisis técnico – económico acometidas a paradas”), todos ellos dentro del apartado “Estudio de documentación técnica”. En total, la diferencia en favor de la adjudicataria en estos subcriterios es de 4 puntos (1 punto de ventaja en cada uno de ellos), dándose la circunstancia de que en la aplicación del resto de los epígrafes de dicho apartado ha resultado en un empate entre las dos proposiciones. Es importante señalar que el recurso no discute los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor ni su evaluación, plasmada en el informe técnico que sustenta la adjudicación. En particular, no se discute el uso de la discrecionalidad técnica que asiste al poder adjudicador en dicha evaluación ni la motivación expuesta ni, especialmente, se impugna la conclusión de que la oferta de que la UTE adjudicataria es la más ventajosa; sin embargo, sí se alega que esta conclusión se debe a que la oferta ha alcanzado esta condición por disfrutar de una ventaja ilegítima en razón de la participación del licitador en los trabajos preparatorios del contrato.
- 2) En contra de lo que afirma la recurrente, del contenido del citado informe técnico (que no se discute por la recurrente) no se deduce que los trabajos previos hayan proporcionado ventaja a la oferta recurrida;



revisando los motivos en los que se apoya el informe técnico (y, por lo tanto, el acto recurrido) para conceder las puntuaciones debatidas, se observa que obedecen a las siguientes razones:

- Es determinante la exhaustividad de la oferta ganadora frente al carácter menos detallado o general de la proposición de la recurrente, aunque esta no deje de atender “sin profundizar” a la programación de la obra (es el caso de la “Coherencia y concreción de la planificación”). Por otro lado, el informe apunta como fundamento de su valoración positiva algunos contenidos de la proposición impugnada difícilmente atribuibles a conocimientos derivados de los trabajos previos a los que no hayan podido acceder otras empresas, como, por ejemplo, la planificación con TUVISA y con el Servicio de Tráfico municipal antes del inicio de los trabajos o la toma de datos de campo.
- En otras ocasiones, la oferta de la adjudicataria se califica simplemente como “genérica” o “poco precisa” y aun así recibe mejor puntuación porque la de la recurrente es “muy superficial” o “muy básica” (así sucede en la “Identificación de los hitos de control” y en la “Correcta interpretación de restricciones de ejecución”). A juicio de este Órgano, el hecho de que la proposición ganadora sea mejor que la de la recurrente, pero simplemente “normal” según el baremo de puntuación establecido en los pliegos, es un indicio para descartar la desigualdad alegada, que parece que, de existir, debiera conceder ventajas más contundentes. En este mismo sentido, también es significativo que, en un caso, la adjudicataria recurrente proponga reducciones de plazo que no se consideran valiosas porque, a pesar de apoyarse en un estudio “exhaustivo y minucioso”, este no se aporta en la documentación evaluada y, sin embargo, sí se aprecien como interesantes criterios de movilidad y seguridad propuestos a partir de



la experiencia de uno de los integrantes de la UTE en las peculiaridades de Vitoria – Gasteiz que podría conocer el recurrente.

- Respecto al “Análisis técnico – económico de la acometida a paradas”, este Órgano considera que no parece que la elaboración de los trabajos previos pueda dar ventaja alguna en un criterio de adjudicación cuya finalidad es promover que los licitadores presenten “un análisis propio de las soluciones base”, sobre todo si se tiene en cuenta que a todos los participantes en el procedimiento se les han facilitado los posibles puntos de conexión (como ya se ha dicho, facilitar a todos los licitadores la documentación necesaria para conocer los extremos relevantes de la preparación del contrato es una de las medidas que pueden neutralizar la desigualdad a la que se refiere el artículo 70.1 de la LCSP).
- 3) Por todo lo anterior, este Órgano entiende que la diferencia de puntuación no se debe a la incompatibilidad recogida en el artículo 70.1 de la LCSP, sino a las insuficiencias de la oferta de la recurrente y a los méritos de la de la adjudicataria, los cuales no parecen derivarse de su intervención en la preparación del contrato sino de un mejor análisis de la prestación y de las necesidades del poder adjudicador que también estaba al alcance de cualquier otro operador económico. A la vista de esta circunstancia, de la ausencia de otros indicios de conflicto decisivos para la adjudicación, y de que el Ayuntamiento no se ha basado en datos o razones distintos de los conocidos por todos los operadores económicos, debe concluirse que no puede apreciarse que el acto impugnado esté determinado por una infracción de los principios de igualdad de trato, transparencia y salvaguarda de la libre competencia.
- 4) Por otro lado, el punto de partida de la alegación de la recurrente es, cuando menos, dudoso. Se alega, como base de la importancia del conflicto de interés en el procedimiento de adjudicación, que los



epígrafes de valoración en los que la adjudicataria ha obtenido mejor puntuación son justamente aquellos en los que la participación en la elaboración de la documentación preparatoria es más relevante. Sin embargo, no hay argumentación o prueba que apoye esta afirmación. En este sentido, del contenido del recurso no puede deducirse, por ejemplo, por qué los trabajos previos sí son decisivos para la evaluación de la “Coherencia y concreción de la planificación” pero no para la del “Análisis pormenorizado de la programación en las zonas de actuación”, la de las “Medidas para mitigar imprevistos o climatología adversa”, o la de las “Afecciones al entorno”, cuando en todos los casos se trata de valorar, desde distintas perspectivas, el modo en el que el licitador va a programar o ejecutar la prestación descrita en los pliegos. Por ello, parece que, en realidad, el recurso focaliza su reproche en la valoración de los criterios debatidos porque son los que han concluido en un resultado que le es desfavorable, y la afirmación de que son precisamente los más afectados por el conflicto se hace a partir de esta circunstancia, y no al revés.

- 5) Finalmente, se observa que el plazo de presentación de ofertas (tres meses) es mucho más amplio que el plazo mínimo legal. Esta circunstancia es otro indicio de que el conflicto de intereses no ha tenido el efecto de perjudicar los principios de libre competencia o igualdad, pues se trata de una de las medidas que el propio artículo 70.1 de la LCSP contempla para evitar que la incompatibilidad especial ocasione dichos perjuicios.

e) Conclusión

A la vista de lo expuesto en los apartados a) a d) anteriores, el recurso debe desestimarse íntegramente.



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: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las empresas CAF Turnkey & Engineering, S.L., Construcciones Moyua, S.L. y Solaris Bus & Coach, S.A. contra la adjudicación del contrato “Redacción de proyecto, infraestructura, suministro, puesta en marcha y mantenimiento de un sistema de Bus eléctrico inteligente”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz.

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

TERCERO: 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, 2023ko maiatzaren 19a

Vitoria-Gasteiz, 19 de mayo de 2023