

Recurso 237/2024
Resolución 282/2024
Sección Tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 19 de julio de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **OHL SERVICIOS INGESAN, S.A.**, contra la adjudicación del contrato denominado “Contratación de los servicios energéticos y de mantenimiento integral de las instalaciones de alumbrado público del Ayuntamiento de Fuengirola”, (Expte.CONTR-2024000001), promovido por el citado Ayuntamiento, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 1 de febrero de 2024, se publicó en el perfil de contratante, en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 12.679.992,75 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

El 14 de junio de 2024, la Junta de Gobierno Local del citado Ayuntamiento acuerda excluir de la licitación la oferta de OHL SERVICIOS INGESAN, S.A. (en adelante la recurrente) y adjudicar el contrato citado en el encabezamiento a la entidad SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS, S.A. (en adelante la adjudicataria).

SEGUNDO. El 4 de julio de 2024, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal, el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la recurrente contra el citado acuerdo de 14 de junio de 2024.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal del 4 de julio de 2024, se solicita al órgano de contratación que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el 9 de julio de 2024, si bien el 11 de julio se recibe comunicación del órgano de contratación remitiendo nuevo informe técnico y jurídico al recurso y solicitando que no se tengan en cuenta los enviados anteriormente.



Por último, la Secretaría del Tribunal el mismo día 11 de julio de 2024 concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, habiéndose recibido las presentadas por la adjudicataria y por la empresa FERROVIAL CONSTRUCCIÓN S.A. (en adelante la entidad interesada).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, toda vez que el Ayuntamiento de Fuengirola (Málaga) no ha manifestado que disponga de órgano propio, por sí o a través de la Diputación Provincial, para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra el acuerdo de adjudicación de un contrato de servicios, con un valor estimado superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que, el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

Aunque el recurso se interpone formalmente contra la adjudicación del contrato, materialmente se dirige contra la exclusión de la oferta de la entidad ahora recurrente.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP, lo que se analizará más adelante.

QUINTO. Fondo del recurso: alegaciones de las partes.

Con carácter previo a la exposición de las alegaciones de las partes, merecen destacarse los siguientes extremos de interés para la resolución de la controversia, que resultan del expediente de contratación remitido por el órgano de contratación.

La cláusula 5.2.1 del pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT) que describe el Plan de mantenimiento preventivo, exige respecto a la “*Conservación y mantenimiento preventivo mínimo en luminarias*”, que:

“Como mínimo, cada mes se evaluará el consumo de estimado de la luminaria frente al consumo real con la finalidad de identificar potenciales anomalías en el funcionamiento de la propia luminaria. Este registro se



realizará a través de la funcionalidad que la propia plataforma de ciudad SLV ofrece para cada luminaria conectada. En el caso de que se identifiquen consumos por encima del 20% esperado se marcarán estas luminarias para identificar qué posibles causas están originando este sobreconsumo.”

Por otra parte, el anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), entre los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor prevé como criterio 3 la valoración de “Prestación P2 y P3. Mantenimiento preventivo, conservación y garantía total: hasta 10 puntos”, se indica lo siguiente:

“• Plan de mantenimiento.

En los planes de mantenimiento se detallarán las tareas e inspecciones, periodicidad, planificación en cada sector o zona del municipio y fechas de inicio y fin de dichas tareas. Asimismo, incluirán el número de trabajadores y su categoría profesional, previstos para llevar a cabo las tareas de mantenimiento, inspecciones y limpieza; y una propuesta de calendario de ejecución. El plan de mantenimiento propuesto incluirá también las inspecciones reglamentarias de la instalación apoyándose en la normativa vigente, y más concretamente cumplirá con el Reglamento de Eficiencia Energética en las Instalaciones de Alumbrado Exterior (REEIAE), con el Reglamento Electrotécnico para Baja Tensión (REBT), con el resto de normativa vigente que sea de aplicación. Se valorará el plan de mantenimiento propuesto, atendiendo a la idoneidad del mismo, la identificación y periodicidad de las inspecciones y tareas a realizar hasta un máximo de siete puntos. (6 PUNTOS)”

Pues bien, en el informe técnico de valoración de las ofertas consta respecto de la valoración de la oferta de la recurrente que *“El licitador propone en la Evaluación del consumo estimado de la luminaria una frecuencia bimensual, cuando en el PPT se especifica mensual, lo que contradice un requisito mínimo y en consecuencia la propuesta incumple lo especificado en el PPT.*

No se continua con la evaluación de la propuesta por incumplimiento de un requisito del pliego de condiciones técnicas.”

Asimismo, en el citado informe técnico se recoge que *“El licitador OHL SERVICIOS – INGESAN, en el criterio 1.3.a no cumple lo establecido en los Pliegos, concluyendo esta mesa técnica que es motivo de exclusión de esta oferta técnica, al no cumplir el umbral del 50 por ciento de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos.”*

Por ello en el acta de la sesión celebrada el 26 de marzo de 2024 y publicada en el perfil de contratante el 1 de abril de 2024, la mesa de contratación tras dar cuenta del informe de valoración de las ofertas con el contenido antes expuesto se hace constar que acuerda:

“1º. Excluir de la licitación a la entidad OHL SERVICIOS INGESAN S.A. (A27178789), en base a los informes emitidos por los servicios técnicos de la Concejalía de Infraestructuras, con fecha 22 de marzo de 2024 (CSV: 15250326545666713563) y al anexo al informe técnico de valoración (CSV: 15250403162216453532), toda vez que la oferta técnica presentada no cumple con el pliego de prescripciones técnicas (PPT), en la evaluación del consumo estimado de la luminaria, al proponer una frecuencia bimensual, cuando en el PPT se especifica mensual, y no supera el umbral mínimo exigido en la valoración de su oferta técnica (25 puntos), conforme a lo establecido en el pliego de cláusulas administrativas y en el art. 146.3 de la LCSP.”

Así, el 14 de junio de 2024 el órgano de contratación *“acuerda aprobar en sus propios términos la propuesta anteriormente transcrita”*, en la que se incluye la exclusión de la oferta de la recurrente y la adjudicación del contrato en los siguientes términos:



“SEGUNDO. Excluir de la licitación a la entidad OHL SERVICIOS INGESAN, S.A. (A27178789), en base a los informes emitidos por los servicios técnicos de la Concejalía de Infraestructuras, con fecha 22 de marzo de 2024 (CSV: 15250326545666713563) y al anexo al informe técnico de valoración (CSV: 15250403162216453532), toda vez que la oferta técnica presentada no cumple con el pliego de prescripciones técnicas (PPT), en la evaluación del consumo estimado de la luminaria, al proponer una frecuencia bimensual, cuando en el PPT se especifica mensual, y no supera el umbral mínimo exigido en la valoración de su oferta técnica (25 puntos), conforme a lo establecido en el pliego de cláusulas administrativas y en el art. 146.3 de la LCSP.

TERCERO. Admitir la oferta presentada por la entidad SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS, S.A. (SICE) en base al informe técnico emitido por los servicios técnicos municipales con fecha 8 de abril de 2024 (CSV: 15250327256347205373, <https://sede.fuengirola.es/validacion>), al considerar que justifica el consumo anual ofertado en el procedimiento.

CUARTO. Adjudicar el procedimiento abierto con arreglo a varios criterios de adjudicación, trámite ordinario y sujeto a regulación armonizada, de los servicios energéticos y de mantenimiento integral de las instalaciones de alumbrado público del Ayuntamiento de Fuengirola (Expte. CONTR-2024000001) a la entidad SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS, S.A. (SICE)”

1. Alegaciones del recurrente.

El recurrente solicita en su escrito que se: “1) Anule el Acuerdo de exclusión y revoque la decisión de exclusión de mi representada por las razones aducidas en el fundamento material único y, en particular, considere que no procede la causa de exclusión invocada por el órgano de contratación y; 2) Anule el procedimiento de licitación en su totalidad, dada la imposibilidad de ordenar la retroacción de actuaciones para la subsanación del error de la Mesa, pues una vez abiertas las ofertas económicas quedarían comprometidos los principios de objetividad e igualdad que presiden el procedimiento de contratación.”. Y ello por cuanto manifiesta que:

<<la Real Academia Española (en adelante, la “RAE”) define “bimensual” como “Que se hace u ocurre dos veces al mes
(...)”

Con otras palabras, mientras “bimensual” equivale a “dos veces al mes”, “bimestral” entraña que “tiene lugar cada dos meses”. La diferencia no es baladí.

Por consiguiente, es claro que mi representada cumple con creces el PPT y que en ningún caso debió ser excluida, tratándose de un error flagrante de los técnicos municipales (y por extensión de la Mesa y del órgano de contratación). Efectivamente, el PPT exige una frecuencia mensual de la evaluación del consumo estimado, e INGESAN propone una frecuencia bimensual, esto es, dos veces al mes.

Por otro lado, como enunciamos en el Expositivo IV, el Acta de 26 de marzo de 2024 procedió también a la apertura del Sobre “3” (Proposición económica), estampando en las páginas 3-5 los datos de los licitadores no excluidos.

Este punto es capital, pues en caso de ser estimado el presente recurso contra nuestra exclusión, habiendo sido abiertas y valoradas las ofertas evaluables mediante fórmulas de los licitadores, una nueva valoración de los criterios evaluables mediante juicio de valor no resulta posible, en tanto ha quedado comprometida la objetividad del órgano de contratación, debiendo anularse el procedimiento de licitación en su totalidad, como es doctrina pacífica de los Tribunales de Contratación>>.



2. Alegaciones del Ayuntamiento.

El órgano de contratación remite informe jurídico de 8 de julio de 2024 en respuesta a las alegaciones formuladas por la recurrente, en el que afirma que:

«Segundo. Es doctrina de los tribunales de recursos contractuales, reconocer a los informes técnicos un ámbito de discrecionalidad siempre que no incurran en falta de motivación, arbitrariedad ni error manifiesto.

En este caso, la recurrente entiende incorrectamente valorados los criterios evaluables mediante juicio de valor, en concreto el criterio 3º del anexo I del PCAP, al haberse interpretado por parte del técnico responsable de la valoración de forma errónea la oferta de la frecuencia del plan de mantenimiento, lo que conllevó a la exclusión de su oferta, error que reconoce el propio técnico en el informe que acompaña al presente, con fecha 08 de julio de 2024 (CSV 15250327251430611554).

Tercero. De conformidad con el artículo 146.2 b) de la LCSP, la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, de otra forma no podría quedar garantizada la objetividad del órgano de contratación

Así lo ha entendido el Tribunal Central del Recursos Contractuales en distintas resoluciones, por todas ellas la nº 195/2024, de 15 de febrero: “habiendo sido abiertas y valoradas las ofertas evaluables mediante fórmulas de los licitadores, una nueva valoración de los criterios evaluables mediante juicio de valor no resulta posible, en tanto ha quedado comprometida la objetividad del órgano de contratación”.

Por tanto, admitido el error por esta parte, no cabe sino allanarnos a las pretensiones de la recurrente.

En virtud de lo anterior,

Se solicita AL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, ESTIME las pretensiones de la parte actora, anulando el acuerdo recurrido, y por ende, el procedimiento de licitación del contrato denominado de los servicios energéticos y de mantenimiento integral de las instalaciones de alumbrado público del Ayuntamiento de Fuengirola (Expte. CONTR-2024000001)».

El mencionado informe jurídico se acompaña de informe técnico de la misma fecha en el que informa de que “La interpretación de los técnicos municipales (y por extensión de la mesa y del Órgano de Contratación) sobre el término bimensual al que se hace referencia, se hizo pensando en que era una frecuencia de cada dos meses y no de dos veces al mes, se pensaba que había sido un error por parte de la empresa Ingesan a la hora de rellenar la tabla (pese a que lo ofrecían como mejora respecto al pliego), hecho que fue comunicado a la empresa en el inicio del proceso de adjudicación, no actuando de mala fe si no con la intención de hacerle saber los motivos por los que quedaba excluido.

La empresa, concedora de los motivos, entendemos ha actuado de mala fe, pues a nuestro entender debería haber informado en el momento de hacerse pública su exclusión del proceso de licitación, habiéndose aceptado su inclusión de nuevo en el proceso y no haber solicitado a término del proceso la anulación del procedimiento de licitación en su totalidad, en concreto un día antes del plazo final para poder realizar la formalización del contrato, con todos los trámites técnicos, jurídicos y administrativos finalizados.



Haciendo constar, que en el proceso de revisión de ofertas por parte de las empresas, se solicitó a la interesada la información que estimaban como confidencial y la propia empresa Ingesan dio respuesta a esta petición sin hacer mención alguna a estos hechos.

La empresa podría haber evitado un largo proceso para la administración local y una inversión de recursos públicos. El haber esperado hasta el último día para presentar alegaciones cuando era conoedora de estos hechos desde marzo de 2023 supone un acto de mala fe contra la administración local, intentando dilatar lo plazos y provocando que la administración tenga que volver a invertir recursos para la presentación nuevamente de la licitación”.

No obstante, el 11 de julio de 2024, el órgano de contratación comunica a este Tribunal que “no tengan en cuenta los documentos enviados anteriormente con numero “48 INFORME TECNICO RECURSO” y “49 INFORME ASESORIA”, teniendo en cuenta en su lugar los que ahora se remiten relacionados con número “48 Informe técnico alegaciones Ingesan” y “49 Informe jurídico recurso INGESAN”.

El nuevo informe jurídico de 10 de julio de 2024 expone lo siguiente:

<<En nuestro caso, el acuerdo de la Mesa de 26 de marzo de 2024, en la que se excluía a la recurrente de la licitación, se publicó el 1 de abril de 2024 en la PCSP, comenzando, por tanto, el plazo para la interposición del recurso especial contra el acto de exclusión el día 2 de abril de 2024, y concluyendo el 23 de abril del mismo año.

En este sentido, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la licitación en su cláusula tercera, opta por el empleo del formato electrónico en el procedimiento de contratación pública, para la presentación de las solicitudes de participación y proposiciones, la aportación de documentos y las comunicaciones, requerimientos y notificaciones entre licitador y Órgano de Contratación, a través de la plataforma de contratación del sector público (en adelante PCSP).

A mayor abundamiento, y puesto que INGESAN en su propio escrito del recurso admite que tuvo conocimiento de la referida publicación donde se acordaba su exclusión, y en cualquier caso tuvo acceso a los pliegos donde se establece que las publicaciones se harán en la PCSP, parece claro que a efectos del cómputo del plazo del recuso [sic] contra su exclusión (aunque se presenta formalmente contra la adjudicación, todos sus argumentos se formulan contra la exclusión) , y como dies a quo del mismo, se debe tomar la fecha de 2 de abril de 2024, que es el día siguiente a la publicación del acuerdo de exclusión por parte de la Mesa de Contratación, resultando, por ello, y dado que el plazo máximo para la interposición, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP, son 15 días hábiles, y que el recurso se ha interpuesto el 4 de julio, que este resulta extemporáneo.

Así lo entendió el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Resolución 503/2016, de 24 de junio), en un caso similar al que nos ocupa, “Por lo demás, aunque el recurso se presenta formalmente contra la adjudicación, todos sus argumentos se formulan contra la exclusión de IBERDROLA de la licitación. Pero tal exclusión se notificó el 19 de febrero sin que se presentara recurso contra la misma en el plazo habilitado, por lo que, con doble motivo, el presentado ahora debe ser inadmitido por extemporáneo. Declarada la inadmisión, resulta innecesario manifestarse sobre las cuestiones planteadas sobre la viabilidad y justificación de la oferta de la UTE”.

En virtud de lo anterior,



Se solicita AL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, INADMITA por extemporáneo el recurso interpuesto por INGESAN contra la adjudicación del contrato denominado de los servicios energéticos y de mantenimiento integral de las instalaciones de alumbrado público del Ayuntamiento de Fuengirola (Expte. CONTR-2024000001)>>.

Del mismo modo, dicho informe jurídico se acompaña de informe técnico que:

“EXPONE:

1) La mesa de contratación se reúne el día 26/03/2024 para analizar el informe técnico sobre los criterios técnicos mediante juicio de valor, en este día se concluye que la empresa OHL debe ser excluida, habiendo sido publicada su valoración hasta el criterio 3, hecho que es comunicado en la Plataforma de contratación del Estado el 27/03/2024 a las 14:49:32, en el que se publica el Informe de valoración de las ofertas técnicas 22 03 24 y los anexos, tal y como se puede evidenciar en el siguiente enlace: https://contrataciondelestado.es/wps/poc?uri=deeplink%3Adetalle_licitacion&idEvl=6yacahNsnPV70UvEyYJSGw%3D%3D

Recibiendo la solicitud de anular el acuerdo de exclusión y la consiguiente revocación de la decisión de exclusión el día 04/07/2024, habiendo transcurrido 98 días desde la comunicación en sede electrónica a través de la plataforma de contratación.

2) Además se debe poner de manifiesto que en el proceso de revisión de ofertas por parte de las empresas, se solicitó a la interesada a fecha de 03/05/2024 (notificación 2024010864 con CSV 15247054007410412331) la información que estimaban como confidencial y la propia empresa Ingesan dio respuesta a esta petición sin hacer mención alguna a estos hechos que ahora alega.

3) La empresa, conocedora de los motivos de exclusión con fecha 27/03/2024, a nuestro entender debería haber utilizado el plazo de 15 días para recurrir dicha exclusión del proceso de licitación, pudiéndose haber aceptado su inclusión de nuevo en el proceso y no haber solicitado a término del mismo la anulación del procedimiento de licitación en su totalidad, en concreto un día antes del plazo final para poder realizar la formalización del contrato, con todos los trámites técnicos, jurídicos y administrativos finalizados.

En conclusión, la empresa podría haber evitado un largo proceso para la administración local y una inversión de recursos públicos. El haber esperado hasta el último día para presentar alegaciones cuando era conocedora de estos hechos desde marzo de 2023 supone un acto de mala fe contra la administración local, intentando dilatar lo plazos y provocando que la administración tenga que volver a invertir recursos para la presentación nuevamente de la licitación.”

3. Alegaciones de la entidad adjudicataria y de la empresa interesada.

3.1. Alegaciones de la entidad adjudicataria.

La entidad adjudicataria se opone a la pretensión de la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en las actuaciones del presente procedimiento, y debido a su extensión, aquí se dan por reproducidos.

En concreto, la entidad adjudicataria con carácter general viene a afirmar que el recurso debe inadmitirse por haberse formulado fuera del plazo legalmente establecido, con argumento similares a los esgrimidos por el



órgano de contratación en su informe al recurso, y por falta de legitimación de la recurrente, dado que entiende que *«carece de legitimación para impugnar exclusivamente la adjudicación quien no puede ser en ningún caso adjudicataria del contrato por haber sido excluida y como licitadora excluida ha quedado apartada del procedimiento de contratación, carece de legitimación para recurrir en el presente procedimiento puesto que no acredita la existencia de un interés legítimo al no poder experimentar ningún beneficio concreto y tangible como consecuencia de la posible estimación del presente recurso»*.

3.2. Alegaciones de la entidad interesada.

En sus alegaciones al recurso la entidad interesada afirma, por un lado, sobre su condición interesada en el procedimiento que de estimarse el recurso interpuesto por la empresa recurrente *«los intereses legítimos de UTE FERROVIAL-TYSEC podrían resultar afectados al encontrarse pendiente de resolución un recurso especial en materia de contratación presentado con fecha de 05-07-2024 y registro de entrada 202499907626252. A la vista de los términos en que se ha formulado dicho recurso, de estimarse por este tribunal nuestra pretensión, la adjudicación del contrato de referencia se produciría en favor de mi representada y, por tanto, resulta claro el interés legítimo presente en estas alegaciones»*; y por otro lado, que no procede la anulación del procedimiento de licitación en su totalidad de estimarse el recurso que se examina, dado que el orden procedimental no quedaría comprometido, pues la oferta económica presentada por la entidad ahora recurrente no ha llegado a ser abierta y valorada.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Primera. Sobre la inadmisión del recurso.

A la vista de las solicitudes de inadmisión del recurso que formulan el órgano de contratación en su informe de 10 de julio de 2024 y la entidad adjudicataria en su escrito de alegaciones, con argumentos similares a los esgrimidos por el órgano de contratación en su informe al recurso, se ha de comenzar examinado la posible inadmisión del recurso, dado que de prosperar dicha inadmisión se haría innecesario el análisis del resto de las alegaciones.

Dichas solicitudes de inadmisión por extemporaneidad se basan en la publicación, en el perfil de contratante el 1 de abril de 2024, del acta de la sesión de la mesa de contratación de 26 de marzo de 2024 en la que se acordó la exclusión de la oferta de la recurrente, de lo que el órgano de contratación y la entidad adjudicataria concluyen que la recurrente tuvo entonces conocimiento de la exclusión de su oferta, computando el plazo para interponer recurso especial contra la misma a partir de tal publicación.

Sin embargo, de la documentación remitida por el órgano de contratación a este Tribunal se constata que este no notificó la exclusión a la recurrente, ni la misma admite en su escrito de recurso haber tenido conocimiento entonces de la publicación del acta, ni ha realizado actuación alguna de la que pueda deducirse que tenía conocimiento de su exclusión.

Pues bien, respecto a la normativa aplicable en materia de contratación a la notificación de los actos de adjudicación, y en concreto a los de las exclusiones de las entidades licitadoras o de sus ofertas, se ha pronunciado este Tribunal en varias ocasiones, por todas en las Resoluciones 111/2017, de 25 de mayo, 174/2020, de 1 de junio y 348/2020, de 22 de octubre. En este sentido, en lo que aquí interesa, el artículo 151.2.b) de la LCSP impone expresamente al órgano de contratación la obligación de notificar la adjudicación a las entidades licitadoras excluidas, indicando entre otras cuestiones los motivos por los que no se haya admitido su oferta. Dice así:



«Artículo 151. Resolución y notificación de la adjudicación.

1. La resolución de adjudicación deberá ser motivada y se notificará a los candidatos y licitadores, debiendo ser publicada en el perfil de contratante en el plazo de 15 días.

2. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 1 del artículo 155, la notificación y la publicidad a que se refiere el apartado anterior deberán contener la información necesaria que permita a los interesados en el procedimiento de adjudicación interponer recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación, y entre ella en todo caso deberá figurar la siguiente:

(...)

b) Con respecto a los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, los motivos por los que no se haya admitido su oferta, incluidos, en los casos contemplados en el artículo 126, apartados 7 y 8, los motivos de la decisión de no equivalencia o de la decisión de que las obras, los suministros o los servicios no se ajustan a los requisitos de rendimiento o a las exigencias funcionales; y un desglose de las valoraciones asignadas a los distintos licitadores, incluyendo al adjudicatario».

Asimismo, el artículo 44.2 de la citada LCSP en su apartado b) establece que podrán ser objeto de recurso *«Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149».*

En consecuencia, la LCSP establece dos posibilidades de recurso especial contra los actos de exclusión: por un lado, contra el acto de adjudicación y, por otro lado, contra el de trámite cualificado. Estas dos posibilidades son subsidiarias, no siendo por tanto acumulativas, de tal manera que en el caso de que la mesa o, en su caso, el órgano de contratación no notifique de forma individual a la entidad licitadora su exclusión, esta podrá impugnarla en el acto de adjudicación; sin embargo, si se produce la notificación individual a la entidad licitadora de la exclusión de su oferta previamente a la adjudicación del contrato, esta está obligada a recurrirla so pena de dejar firme su exclusión.

En este último sentido, se manifiesta el artículo 19.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, cuando dispone que *«Cuando el acto de exclusión de algún licitador del procedimiento de adjudicación se notifique previamente al acto de adjudicación, el recurso contra la exclusión deberá interponerse dentro del plazo de quince días hábiles a contar desde el siguiente a aquél en que se hubiera recibido por el licitador la notificación del acto de exclusión».*

En el presente supuesto, se da la circunstancia de que la exclusión de la recurrente no le fue notificada cuando la acordó la mesa de contratación, así se desprende de la documentación remitida a este Tribunal por el órgano de contratación, sin que conste que ésta haya tenido conocimiento de la exclusión de su oferta por cualquier otro medio, hasta la notificación de la resolución de adjudicación, por lo que el recurso especial ha de ser admitido al haberse formulado dentro del plazo establecido para ello.

La presentación del recurso que se analiza dentro del plazo establecido para ello impide apreciar la ausencia de legitimación de la recurrente, en los términos denunciados por la entidad adjudicataria en su escrito de alegaciones al recurso.



Segunda. Sobre el fondo del asunto.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede analizar la controversia que el recurso plantea y que se centra en dilucidar si fue correcta, o no, la actuación de la mesa de contratación al excluir la oferta del recurrente.

Recordemos que la recurrente alega error del órgano de contratación en la interpretación del término “*bimensual*”, en relación con la frecuencia de la evaluación del consumo estimado contemplada en la oferta de la recurrente.

Dicho error es reconocido en el informe jurídico y en el informe técnico, ambos de 8 de julio de 2024, como se ha expuesto en el anterior fundamento de derecho, sin que este Tribunal pueda acceder a su petición de que no sean tenidos en cuenta, toda vez que no se prueba que no se haya cometido el error antes reconocido en la documentación remitida con posterioridad, sino que, por el contrario, se sigue reconociendo.

Así el informe técnico de 9 de julio de 2024 afirma (el subrayado es nuestro): “*La empresa, conocedora de los motivos de exclusión con fecha 27/03/2024, a nuestro entender debería haber utilizado el plazo de 15 días para recurrir dicha exclusión del proceso de licitación, pudiéndose haber aceptado su inclusión de nuevo en el proceso y no haber solicitado a término del mismo la anulación del procedimiento de licitación en su totalidad, en concreto un día antes del plazo final para poder realizar la formalización del contrato, con todos los trámites técnicos, jurídicos y administrativos finalizados.*”.

Es más, este Tribunal ha podido apreciar el error alegado por la recurrente, que fue determinante para la exclusión de su oferta, en la documentación obrante en el expediente.

Por consiguiente, con independencia de que el órgano de contratación mantenga o no su petición de allanamiento, se ha de estimar el recurso y, por tanto, considerar que la exclusión de la oferta de la recurrente por el motivo alegado no fue procedente, anulando el acuerdo de adjudicación.

Sin embargo, los efectos de la estimación del recurso solicitados por la recurrente, esto es que se anule el procedimiento de licitación en su totalidad, dada la imposibilidad de ordenar la retroacción de actuaciones para la subsanación del error de la mesa de contratación, pues una vez abiertas las ofertas económicas quedarían comprometidos los principios de objetividad e igualdad que presiden el procedimiento de contratación, no pueden admitirse.

En efecto, respecto a la proposición de la recurrente cabe subrayar que la oferta presentada respecto a los criterios de adjudicación evaluable mediante un juicio de valor no han sido objeto de valoración y que, además, y como se deduce del acta de la sesión de la mesa de contratación de 26 de marzo de 2024, en la que se procedió a la apertura de las ofertas económicas contenidas en el sobre 3, se ha podido comprobar que la presentada por la recurrente no ha sido abierta, por lo que en el presente procedimiento no puede hablarse de contaminación en la valoración, sin que quepa realizar una interpretación extensiva de las garantías de objetividad e imparcialidad a preservar por el hecho de que las ofertas económicas de las proposiciones admitidas sí se hallen abiertas, pues no es presumible en este caso la vulneración de aquellas garantías, siendo desproporcionado y gravoso para el interés público que se persigue con la adjudicación del contrato anular todo el proceso de licitación cuando, en el caso de la proposición recurrente, sí es posible la valoración separada y en momentos distintos de los aspectos sujetos a juicio de valor y de evaluación automática, al mantenerse el secreto de esta última parte de la oferta. Este ha sido el criterio seguido por este Tribunal en numerosos precedentes, entre otros, en la Resoluciones 223/2021, de 10 de junio y 150/2023, de 3 de marzo.



En este sentido, el que el sobre 3 de la proposición de la entidad ahora recurrente, en el que se contiene su oferta económica, no esté abierto se deduce no solo del acta de la sesión de la mesa de contratación de 26 de marzo de 2024, sino de lo manifestado por la recurrente en su recurso y de lo expuesto por el órgano de contratación en su informe al recurso, que a pesar de señalar en ambos casos que habían sido abiertas y valoradas las ofertas evaluables mediante fórmulas de las entidades licitadoras, la recurrente tomando como referencia la citada acta de la mesa de contratación y el informe al recurso aludiendo a doctrina de determinado órgano de revisión de decisiones en materia contractual, en ningún momento se indica expresamente en ambos casos que el sobre 3 de la proposición de la recurrente haya sido abierto. Asimismo, en el expediente de contratación remitido consta la proposición de la recurrente contenida en los sobre 1 y 2, no así la incluida en su sobre 3, que sí figura del resto de licitadoras. Además, esa es la forma como ha de actuarse en el procedimiento de licitación cuando se procede a excluir a una entidad licitadora, no abriendo en su caso el resto de los sobres de su oferta.

Como consecuencia de cuanto antecede, la estimación parcial del recurso y consiguiente anulación de la exclusión de la oferta de la recurrente, y por tanto de la adjudicación del contrato, no impide que tras la oportuna retroacción de actuaciones con conservación de las que no se vean afectadas por la anulación declarada, se proceda a efectuar la valoración de la proposición de la entidad ahora recurrente con arreglo a los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor y acto seguido los de aplicación automática establecidos en el PCAP.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial interpuesto por la entidad **OHL SERVICIOS INGESAN, S.A.**, contra la adjudicación del contrato denominado “Contratación de los servicios energéticos y de mantenimiento integral de las instalaciones de alumbrado público del Ayuntamiento de Fuengirola”, (Expte.CONTR-2024000001), promovido por el citado Ayuntamiento y, en consecuencia, anular el acto impugnado para que se proceda según lo indicado en el fundamento de derecho sexto de la presente resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

