

**Recurso 5/2019****Resolución 166/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS  
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 23 de mayo de 2019.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MAINFOR SOLUCIONES TECNOLÓGICAS Y FORMACIÓN S.L.U.** contra el Acuerdo de 18 de diciembre de 2018, del órgano de contratación por el que se adjudica el contrato denominado “Servicios de Diseño y Ejecución del Plan de Sensibilización y Formación de la iniciativa Andalucía compromiso digital para el periodo 2018–2020” (EXPT 18-00050), convocado por la Sociedad Andaluza para el Desarrollo de las Telecomunicaciones, S.A. (SANDETEL), ente instrumental adscrito a la entonces Consejería de Empleo, Empresa y Comercio, actual Consejería de Economía, Conocimiento, Empresa y Universidad), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN****ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 31 de agosto de 2018, se publicó en el Diario Oficial de la Unión



Europea y el 29 de agosto de 2018 en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del contrato asciende a 2.220.000 euros y entre las entidades que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente.

**SEGUNDO.** La licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP). Igualmente, es de aplicación el 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 y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la nueva LCSP.

**TERCERO.** Mediante Acuerdo de 18 de diciembre de 2018 del órgano de contratación se adjudica el citado contrato a la entidad EUROCONSULTORÍA FORMACIÓN EMPRESA, S.L. (en adelante, EUROFORMAC). Dicho acuerdo de adjudicación fue publicado en el perfil de contratante y remitido a los licitadores.

**CUARTO.** El 10 de enero de 2019 se presenta en el registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad MAINFOR SOLUCIONES TECNOLÓGICAS Y FORMACIÓN S.L.U. (en adelante, MAINFOR) contra el citado acuerdo de adjudicación.

**QUINTO.** Por la Secretaría del Tribunal, mediante escrito de 10 de enero de 2019, se da traslado al órgano de contratación del recurso y se le solicita que remita el informe al mismo, el expediente de contratación, el listado de licitadoras en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La documentación solicitada tuvo entrada en este Tribunal el 15 de enero de 2019.



**SEXTO.** Con fecha 1 de febrero de 2019, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de entidades licitadoras concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que formularan las alegaciones que estimaran oportunas, habiéndolas presentado en el plazo señalado para ello la entidad EUROFORMAC.

**SÉPTIMO.** En la tramitación del presente recurso se han cumplido con carácter general los plazos legales, salvo el previsto para resolver en el artículo 57.1 de la LCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP, 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 y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

**SEGUNDO.** 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.** Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El objeto de licitación es un contrato de servicios cuyo valor estimado asciende a 2.220.000 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de



poder adjudicador y el objeto del recurso es el acuerdo de adjudicación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1. a) y 2. c) de la LCSP.

**CUARTO.** En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 d) de la LCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

*d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento”.*

Por su parte, la citada disposición adicional decimoquinta en su apartado 1 establece que *“Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica.*

*Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado”.*

En el supuesto analizado, el acuerdo de adjudicación fue publicado en el perfil de contratante el 18 de diciembre de 2018, sin que conste la remisión a la entidad ahora recurrente. En todo caso, computando el plazo desde el día siguiente al de la publicación de la adjudicación en el citado perfil, el recurso se habría interpuesto dentro del plazo legal .



**QUINTO.** Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta que serán analizados en este y en los siguientes fundamentos de derecho.

La entidad MAINFOR interpone el presente recurso contra el acuerdo de 18 de diciembre de 2018 del órgano de contratación por el que se adjudica el contrato, solicitando que, con estimación del mismo, se anule el acuerdo de adjudicación, que por el órgano de contratación se proceda a la exclusión de la oferta de la adjudicataria y se le adjudique el contrato.

Sustenta la recurrente su recurso en un motivo principal, y seis motivos subsidiarios para el supuesto en el que fuera desestimado el primero.

El primer motivo, que hemos calificado como principal, que alega en el fundamento de derecho quinto de su escrito de recurso es que la mesa propuso y el órgano de contratación adjudicó el contrato a la empresa EUROFORMAC “*con base en informes técnicos que no existen o que han sido convenientemente alterados para esquivar el verdadero criterio técnico adoptado por el comité evaluador (el de 28 de noviembre de 2018) y que pone de manifiesto claramente la inviabilidad de la oferta presentada por aquella. Este último criterio técnico, que es el que debe seguirse, vincula al contratante sin que pueda apartarse del mismo*”.

Fundamenta estas afirmaciones en que, según el acta de la mesa de 28 de noviembre, la propuesta de adjudicación se basa en un informe presentado el 26 de noviembre cuya existencia se desconoce por la recurrente, y en que, previa solicitud, recibió dos informes, uno de fecha 28 de noviembre, y otro de 29 de noviembre, que considera que es una “*versión manipulada*” del primero. Entiende que en base al primer informe que consta en el expediente, debió ser excluida la oferta de EUROFORMAC, ya que no se ha justificado que la misma, que en buena parte era a cero euros, fuera viable y sostenible. Continúa señalando que presume que el informe de 26 de noviembre es inexistente, y que el informe



de fecha 29 de noviembre es extemporáneo, al ser de fecha posterior a la sesión de la Mesa, que tuvo lugar el 28 de noviembre. Afirma igualmente que tanto la mesa como el órgano de contratación, aunque han eludido el verdadero criterio técnico adoptado por el comité en su informe de 28 de noviembre, tienen que someterse a él, sin que se haya justificado motivo alguno que permita apartarse del mismo. Por todo ello considera que la oferta de la adjudicataria debió ser excluida.

El órgano de contratación en su informe defiende la motivación de la adjudicación y la viabilidad de la oferta de la adjudicataria. Señala que el acta de la sesión del día 28 de noviembre recoge las consideraciones que fueron expuestas a la mesa en el informe técnico que había solicitado el día 6 de noviembre tras la apertura de los sobres 3, sin aludir a aquello que a juicio de la propia mesa no había solicitado ni era el momento procedimental de tomar en consideración por hacer referencia a dudas acerca de la ejecución del contrato. Indica que la emisión de un informe técnico no supone vinculación de la mesa al criterio o valoración que pueda emitirse en dicho informe. Tras señalar que el Anexo XII del pliego de cláusulas administrativas particulares contiene los parámetros objetivos para considerar una oferta anormalmente baja, afirma que la posibilidad de solicitar aclaraciones sobre la viabilidad de la oferta presentada queda circunscrita, según los pliegos, a aquellas que incurren en valores anormales o desproporcionados. La determinación de los valores por debajo del cual las ofertas serían consideradas anormales y podrían ser, tras el correspondiente procedimiento contradictorio excluidas de la licitación, recogidas en el citado Anexo XII, constituyen las reglas de juego que el órgano de contratación y la mesa aplicaron. La oferta de la adjudicataria garantiza la calidad exigida al servicio y respeta los precios mínimos, superando el umbral técnico.

Añade que no estando incurso la oferta en presunción de anormalidad, las aclaraciones que se le solicitaron no iban encaminadas a constatar su viabilidad, tal como se recoge en las actas de las sesiones de 6 y 28 de noviembre.



Respecto de los informes técnicos, señala que una vez recibidas las aclaraciones solicitadas a EUROFORMAC, se dio traslado a la mesa y al equipo técnico a fin de que las analizaran. El informe se puso a disposición de la mesa junto con la convocatoria para la sesión del 28 de noviembre. En dicho informe se realiza un análisis pormenorizado de las aclaraciones concluyendo que no se han detectado inconsistencias en la oferta presentada. Junto a esta conclusión, en un apartado diferenciado, se señalan cuatro aspectos, en los que la recurrente centra gran parte de los motivos de su recurso. Analizado el informe técnico por la mesa, así como lo alegado por EUROFORMAC en el escrito de aclaraciones, la mesa no compartió el mismo criterio que el informe, siendo una oferta válida conforme a los pliegos, excediéndose el mismo de lo solicitado por la propia mesa, y constituyendo los dos últimos puntos presunciones ab initio que gozan de protección en fase de ejecución en caso de incumplimiento.

EUROFORMAC se opone igualmente al recurso solicitando la confirmación de la resolución recurrida, en los términos que figuran en el expediente y que damos por reproducidos.

Entrando en el análisis de este motivo de impugnación, comenzaremos exponiendo los hechos que constan en la documentación obrante en el expediente del procedimiento. Según el acta de la sesión de la mesa de contratación celebrada el 6 de noviembre de 2018 (documento 30 del expediente) tras la apertura de los sobres 3 de la empresas licitadoras:

*“Séptimo: La mesa revisa la oferta económica realizada por uno de los licitadores y una vez analizado el contenido económico de la oferta, de la revisión del cálculo del precio del escenario estimado según los precios unitarios ofertados acuerda requerirle para que aclare dicho oferta. En concreto se solicita la estimación que ha hecho la empresa del coste unitario para cada una de las unidades de ejecución previstas en el escenario estimado, identificando para cada una de ellas, la parte del coste que corresponde a los costes salariales de las personas que participarán en la ejecución de cada unidad.*”



*Además, dado que el precio ofrecido responde a un escenario estimado, ante las dudas que se pueden generar en el caso de que el escenario real final sea distinto al escenario estimado, y a fin de evitar inconsistencias que incidan sobre la viabilidad de la oferta, se estima necesario que confirmen que, con los precios ofertados, se podrán llevar a cabo el 100% de las tareas a realizar dentro del conjunto de actividades requeridas en los pliegos y especialmente, aquellas que se han ofertado a un precio de 0 euros, siempre de acuerdo con los niveles de calidad requeridos en los pliegos y acorde a su oferta técnica”.*

Mediante escrito de fecha 8 de noviembre (documento 31) se requiere a EUROFORMAC la mencionada aclaración.

En su escrito de respuesta (documento 32), de fecha 15 de noviembre, EUROFORMAC, sostiene en primer lugar la improcedencia de la solicitud de aclaraciones, que solo cabría hacer en el supuesto de ofertas que incurran en valores anormales o desproporcionados. Posteriormente declara que su oferta respeta los mínimos exigidos y que con el precio ofertado se garantiza la ejecución del servicio con la calidad exigida, sin que proceda requerir aclaraciones sobre la viabilidad de la misma, con invocación de resoluciones de los órganos competentes para la resolución del recurso especial. A continuación defiende la posibilidad de ofertar determinadas unidades de ejecución a precio cero, citando también doctrina de dichos órganos, señalando que se trata de unidades accesorias o complementarias de aquellas que son principales. A continuación realiza una serie de consideraciones sobre la estimación de actuación realizada por el órgano de contratación, concluyendo que salvo que dichas estimaciones no obedezcan a un análisis serio y riguroso de las necesidades del servicio, las posibles desviaciones entre lo estimado y lo realmente ejecutado no tendrían que afectar a la economía del contrato. Finalmente realiza una estimación de los costes de su oferta.

A continuación (documento 34) consta en el expediente la convocatoria de la mesa para el día 28 de noviembre, en cuyo orden del día figura como punto



primero la revisión de la aclaración sobre los valores ofertados. Esta convocatoria se remite por correo electrónico el día 26 de noviembre, al que se adjunta el informe del equipo técnico evaluador. Este informe figura en el expediente como documento 1-35. En la parte superior aparece como fecha 21/11/2018, y la fecha de firma el 28/11/2018.

En este informe se señala respecto del primer punto objeto de aclaración que de las afirmaciones que realiza la empresa se desprende que conoce las condiciones de los pliegos y que dispone de la experiencia y medios técnicos y humanos necesarios para ejecutar la prestación. En cuanto al segundo punto, se señala que la empresa conoce las condiciones de los pliegos, que asumen que se parte de escenario estimado, que realizarán más o menos encargos, afirmando que los precios ofertados a 0 euros no pondrán en riesgo la ejecución del contrato. En el apartado 4 del informe, “conclusiones” se indica:

#### *“4.-Conclusiones*

*Vistas las aclaraciones presentadas por la empresa y expuestas en el apartado anterior las interpretaciones del equipo técnico de valoración en base a esta documentación, se concluye que no se identifican inconsistencias en la oferta presentada.*

*No obstante lo anterior el equipo técnico tiene a bien señalar los siguientes aspectos:*

*-En el pliego de prescripciones técnicas no se establece ninguna diferenciación entre tareas principales y tareas accesorias, pues todas ellas son de gran importancia para el buen desarrollo de los trabajos.*

*-Puesto que el desglose estimado de costes presentado por la empresa en su informe no está completo no ha sido posible analizar el coste unitario estimado*



*de todas las unidades de ejecución recogidas en el PPT ni tampoco por tanto la parte correspondiente a los costes salariales estimados.*

*-Del desglose de costes aportados por la empresa en la aclaración, no se desprende con claridad que se cumpla el 100% de la dedicación exigida en la solvencia técnica en los perfiles de: Responsable de contenidos, Diseñador gráfico y Programador multimedia.*

*-También se desprende de esta estimación de costes que la entrega del pendrive serigrafiado se hará solamente sobre el 75% del total del alumnado, cuando los exigido en los pliegos es el 100%.”*

En el acta de la sesión de la Mesa (documento 36) de 28 de noviembre se señala, en el apartado cuarto, que el 26 de noviembre se presentó el informe por el equipo técnico y se dio traslado a la mesa para su revisión; en el apartado sexto, que analizadas en su totalidad por el equipo técnico, este considera que la oferta no presenta indicios de inconsistencia para los precios unitarios desglosados por parte de la entidad en su escrito; en el apartado séptimo, que por parte de la mesa se revisan las alegaciones y el informe emitido, así como el resto de la documentación obrante en el expediente, pasando a continuación al cálculo de las ofertas presentadas por las dos licitadoras; y en el apartado octavo, se consigna el resultado de la apertura del sobre 3 y la asignación de puntos.

El siguiente documento que figura en el expediente (documento 37) es una nueva versión del informe del equipo técnico evaluador, que lleva la misma fecha en su encabezamiento, 21/11/2018 , pero que aparece firmado electrónicamente con fecha 29/11/2018, es decir, al día siguiente al de la sesión de la mesa. En esta versión cambia la segunda parte de las conclusiones:

*“4.-Conclusiones*



*Vistas las aclaraciones presentadas por la empresa y expuestas en el apartado anterior las interpretaciones del equipo técnico de valoración en base a esta documentación, se concluye que no se identifican inconsistencias en la oferta presentada.*

*No obstante lo anterior el equipo técnico tiene a bien señalar:*

*-Con respecto a la estimación de costes unitarios por unidades de ejecución solicitado como aclaración, el equipo técnico de valoración ha basado su conclusión en la información proporcionada por la empresa, consistente en el detalle de una parte de estos costes unitarios así como en la afirmaciones expuestas por la empresa a lo largo de todo el documento respecto a la oferta económica global y relativas a la onerosidad de la oferta, la optimización de sus procesos organizativos, la reducción del beneficio industrial, el cumplimiento del convenio colectivo que les resulta de aplicación y el estado de amortización de sus activos.*

*-El equipo técnico ha analizado y valorado además otros aspectos que no se recogen en el presente informe por no ser objeto de la valoración que se ha solicitado por parte de la mesa de contratación en esta fase del procedimiento.”*

Expuestos los hechos, debemos partir de varias premisas para dar respuesta a las alegaciones de la entidad recurrente.

En primer lugar, en atención a las circunstancias del presente caso que son objeto de debate, debe señalarse en lo que aquí interesa que solo cabe excluir una oferta, como demanda la recurrente, cuando la misma esté incurso en presunción de anormalidad (artículo 149 LCSP), previa la tramitación del correspondiente procedimiento. En el presente caso, la oferta de la entidad adjudicataria no está incurso en dicha presunción. Como viene manteniendo este Tribunal, en la reciente Resolución 139/2019, de 3 de mayo:



“Ahora bien, como recientemente ha señalado este Tribunal en sus Resoluciones 110 y 111, de 11 de abril de 2019, partiendo de la anterior premisa no debe olvidarse que, en el actual marco legal, el eventual rechazo de una oferta económica durante la licitación debe responder a alguna de las causas previstas en el artículo 84 del RGLCAP (falta de concordancia con la documentación examinada y admitida, superar el presupuesto base de licitación, variar sustancialmente el modelo establecido, comportar error manifiesto en el importe de la proposición o existir reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable) o ser la consecuencia de una falta de viabilidad tras su previa identificación como anormal en aplicación de los parámetros objetivos establecidos en el PCAP (véase el artículo 149 de la LCSP). En este último sentido, cabe citar también la Resolución 241/2018, de 16 de agosto, de este Tribunal.

Asimismo, como señala la Resolución 373/2018, de 13 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), *“la justificación de la oferta y su eventual rechazo solo debe efectuarse en el caso de que se identifique como anormal en aplicación de los parámetros objetivos establecidos en el PCAP. Por tanto, la primera cuestión a dilucidar es si la oferta adjudicataria resultaba presuntamente anormal de acuerdo con esos parámetros. Solo en caso afirmativo resultarían relevantes las restantes cuestiones planteadas en el recurso: si la oferta de CLECE está por debajo del convenio colectivo sectorial y si la norma de aplicación sobre el acto de adjudicación impugnado debe ser la LCSP”*.

En igual sentido la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 483/2018 señala:

“Ello supone que la oferta de la recurrente es inferior en 9,5 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas, excluidas aquellas que exceden dicha media en más de un 10%. Lo expuesto revela que el órgano de contratación abrió indebidamente el trámite de justificación global de proposiciones incursas en valores anormales o desproporcionados, puesto que de acuerdo con la fórmula para fijar el umbral de temeridad contenida en los pliegos que rigen la licitación, que se



remiten al artículo 85 del RGLCAP, la proposición de la recurrente era normal y proporcionada dado que no se encontraba 10 o más unidades porcentuales por debajo de la media de las proposiciones, calculada con arreglo al citado precepto. El propio órgano de contratación reconoce que estaba únicamente un 9,5% por debajo de la media.

La consecuencia de lo anterior es la estimación del recurso interpuesto, puesto que al no incurrir en valores anormales o desproporcionados la oferta económica de la recurrente no era posible su exclusión, previa audiencia, después de valorar sus alegaciones sobre la viabilidad de ejecutar la prestación.”

En segundo lugar, que las mesas pueden pedir aclaraciones a las empresas sobre sus ofertas. Así es doctrina reiterada de los órganos competentes para la resolución de los recursos especiales. Como hemos señalado en nuestra Resolución 118/2019, de 24 de abril:

“Lo que sí es posible es solicitar aclaraciones por la mesa o, en su caso, por el órgano de contratación que en modo alguno supongan alteración de la oferta técnica y/o económica, pero no la adición de otros elementos pues ello podría suponer dar la opción a la entidad licitadora afectada de modificar su oferta, lo que traería como consecuencia una notable contradicción con el principio de igualdad proclamado como básico de toda licitación en los artículos 1 y 139 del TRLCSP.

A este respecto, cabe traer a colación la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/08) que aborda con detalle el ejercicio de la facultad de solicitar aclaraciones en relación con las ofertas técnicas y/o económicas, pudiendo resumirse su doctrina del modo siguiente:

1. Si bien es cierto que un órgano de contratación está obligado a redactar las condiciones de una licitación con precisión y claridad, no está obligado a prever todos los supuestos, por raros que sean, que puedan presentarse en la práctica.
2. Cabe tomar la iniciativa de ponerse en contacto con la entidad licitadora



cuando una oferta requiera aclaraciones suplementarias, o cuando se trate de corregir errores materiales en la redacción de la misma, pues es esencial, en aras de la seguridad jurídica, que pueda asegurarse con precisión el contenido de la oferta y, en particular, la conformidad de ésta con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones.

3. El principio de igualdad de trato entre entidades licitadoras no puede impedir el ejercicio de esta facultad siempre que se trate por igual a todas ellas y que ello no suponga la modificación del contenido de la oferta presentada.

En conclusión, la solicitud de aclaraciones a las ofertas no es una obligación impuesta a la mesa o al órgano de contratación, sino una posibilidad que tiene cuando entiende que una oferta requiere aclaraciones suplementarias o que se han de corregir errores materiales en la redacción de la misma; en caso contrario no están obligados a solicitar aclaración si, a su juicio, la oferta es lo suficientemente clara y precisa, pero en modo alguno dicha solicitud de aclaraciones supone vulneración de norma contractual alguna, como pretende la recurrente, si se realiza en los términos expuestos”.

Y en tercer lugar, que es evidente que estas solicitudes de aclaración no pueden entrañar un análisis de la viabilidad de la oferta económica en los términos previstos para aquellas que están incursas en presunción de anormalidad, dada la improcedencia de someter a dicho trámite aquellas ofertas que no lo están, como hemos señalado en la primera de las premisas.

Partiendo pues de estas tres premisas procede dar respuesta a las distintas alegaciones de la entidad recurrente, que parten de la inexistencia de un supuesto informe de fecha 26 de noviembre, del informe firmado el 28 de noviembre y del informe firmado el 29 de noviembre, en los términos que hemos expuesto.

El órgano de contratación, en su informe al recurso, indica:



*“VIII. Se recibe informe técnico con fecha 26 de noviembre y se le da traslado a la mesa, junto con la convocatoria para la celebración de la mesa para su revisión y propuesta de adjudicación (Doc. 1.33). Se presentan dos informes firmados en los que la conclusión principal es la misma y en lo que difieren no ha sido el dato concluyente que haya dado lugar a la adjudicación del contrato”.*

Es decir, el órgano de contratación en su informe al recurso se refiere solo a dos informes firmados.

La entidad recurrente deduce la existencia del primer informe, de 26 de noviembre, de lo reseñado en el acta de la sesión de la mesa de 20 de noviembre, cuyo punto cuarto señala que *“El pasado 26 de noviembre se presenta informe por el equipo técnico y se da traslado a la mesa para su revisión”.*

Del conjunto de circunstancias concurrentes, de la documentación del expediente y del informe del órgano se desprende que no hubo un primer informe de 26 de noviembre, sino que ese día se remitió la convocatoria de la mesa mediante correo electrónico, al que se adjuntaba el informe pero sin firma.

En cuanto al segundo de los informes, el primero que aparece firmado, con fecha 28 de noviembre, es de suponer que es el primer informe al que se le ha incorporado la firma. Debe tenerse en cuenta que al margen de la fecha de su firma, en el encabezamiento de ambos informes se señala como fecha del mismo el 21 de noviembre.

Y en cuanto al tercero de los informes, que en su encabezamiento lleva igualmente fecha de 21 de noviembre, pero firma del día 29, es decir, al día siguiente de la sesión de la mesa, parece ser una nueva versión del informe de 28 de noviembre, adaptada a las observaciones de la mesa sobre el mismo. Ciertamente ese informe se firma al día siguiente de la sesión de la mesa, pero esta irregularidad, caso de ser estimado el recurso, conllevaría simplemente anular la adjudicación con objeto de que la mesa, en fecha posterior a la del



informe, hiciera una nueva propuesta que, vista la motivación, es de presumir que sería la misma. A ello podrían añadirse dos circunstancias: en primer lugar la innecesariedad de la emisión del tercer informe, ya que la mesa solo tuvo en cuenta la conclusión principal del primer informe (no firmado) y segundo informe: a saber, que no se han detectado inconsistencias en la oferta, considerando que daba respuesta a los términos de su solicitud, y en segundo lugar, que en todo caso, el órgano de contratación, en el momento de la adjudicación del contrato, sí tenía a la vista esa segunda versión del informe. En definitiva, la irregularidad de que la fecha de la firma del tercer informe sea posterior a la fecha de la sesión de la mesa no afecta, por este motivo, a la adjudicación del contrato.

Otro tema que plantea la recurrente es la necesidad de que la mesa, en todo caso, ha de seguir el informe de la comisión técnica. Respecto de esta cuestión hay que partir de que corresponde a la mesa valorar las proposiciones de las entidades licitadoras, clasificándolas, para lo que podrá solicitar los informes técnicos que considere oportunos (artículo 9 f) del Decreto 39/2011, de 22 de febrero, por el que se establece la organización administrativa de la contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales y regula el régimen de bienes y servicios homologados; cláusulas 10.2 a 10.6 del PCAP).

Partiendo de ello, en el informe al recurso el órgano de contratación ofrece una motivación adecuada, a juicio de este Tribunal, y en los términos antes expuestos, de las razones por las que la mesa atendió solo a la conclusión principal del informe, y no tuvo en cuenta las cuatro observaciones adicionales, al no compartir el criterio del citado informe en esos extremos, considerando que se había excedido de lo solicitado por la propia mesa, constituyendo los dos últimos puntos presunciones ab initio que gozan de protección en fase de ejecución en caso de incumplimiento. Debe tenerse en cuenta que nos encontramos ante un informe cuya solicitud es facultativa, de carácter no vinculante, y que recae sobre las ofertas valorables con arreglo a fórmulas. En este sentido, la Mesa, como así hizo, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes (entre ellas que la



oferta no estaba incurso en presunción de anormalidad, la respuesta a la solicitud de aclaración) consideró que el informe excedía de los términos en los que se había solicitado por lo que atendió a su conclusión principal. Como hemos establecido en la Resolución 152/2017, de 28 de julio,

“Esta comisión asesora nada tiene que ver con el comité de expertos, solo previsto en los artículos 150.2 del TRLCSP y 25 del Real Decreto 817/2009 para los casos en que la ponderación de los criterios sujetos a juicio de valor sea superior a la de los restantes. Asimismo, aquella comisión tampoco es un órgano administrativo en el sentido regulado en el artículo 5.1 de la Ley 40/2015, *“Tendrán la consideración de órganos administrativos las unidades administrativas a las que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo”*, al no ser predicables de la misma ninguno de los atributos del precepto: la comisión técnica solo ilustra y asesora a la mesa de contratación pero no adopta decisiones con efectos jurídicos frente a terceros y su intervención es potestativa en el procedimiento, puesto que es facultad de la mesa solicitar o no informes técnicos a la hora de valorar las ofertas (véanse los artículos 160 del TRLCSP y 22.1 e) del Real Decreto 817/2009). Se colige, pues, que en esta licitación el único órgano administrativo de carácter colegiado con competencia para valorar las ofertas es la mesa de contratación (artículo 320 del TRLCSP).

En definitiva, pues, al no revestir naturaleza de órgano administrativo, la comisión técnica designada en este procedimiento de adjudicación no tiene que seguir el régimen legal previsto para los órganos colegiados en los artículos 15 y siguientes de la Ley 40/2015, en cuanto a normas de funcionamiento, convocatorias, sesiones, deliberaciones, votaciones y levantamiento de actas de las sesiones. Cuestión distinta es que, como grupo de profesionales especializados en la materia, la comisión examine materialmente las ofertas y emita su juicio especializado en forma de informe suscrito por todos o por la mayoría de sus miembros, y sin perjuicio de que, si alguno discrepare del criterio mayoritario, se haga constar igualmente su parecer técnico.”



Si esto es así en los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor, más lo será respecto de los cuantificables mediante la aplicación de fórmulas, como ocurre en el presente supuesto.

En consecuencia, procede desestimar este primer motivo del recurso.

**SEXTO.** Alega la recurrente de forma subsidiaria seis motivos de impugnación del acto de adjudicación.

En el primero, denuncia la infracción del artículo 103 de la LCSP, al considerar que al haber ofertado cero euros respecto de determinadas unidades de ejecución no existe precio. Frente a ello el órgano de contratación en su informe alega que esa oferta a cero euros para determinadas unidades no hace que el contrato pierda su onerosidad ni puede motivar la exclusión del licitador. Para defender su alegación invoca la doctrina de los tribunales de recursos sobre esta cuestión.

En efecto, tal como hemos sostenido en nuestra Resolución 250/2017 , de 21 de noviembre:

*“Así, el Acuerdo 61/2014, de 8 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, admite el argumento de la recurrente de que la oferta de cero euros en un componente de la prestación no determina su falta de onerosidad. Dice así el mencionado acuerdo «(...) La recurrente defiende también, frente al criterio de la Mesa de contratación, que no puede alegarse falta de onerosidad a su oferta, ya que el valor de 0 euros consignado afecta únicamente a una parte complementaria de la prestación, siendo evidente que sí va a haber contraprestación económica, teniendo ese valor de 0 euros una incidencia menor en el volumen total del contrato.*

*Una de las cuestiones más debatidas en la teoría del Derecho patrimonial es, precisamente, la relativa a la gratuidad u onerosidad de los actos y negocios jurídicos. Debate que trae causa de la ausencia de regulación normativa acerca de qué es la onerosidad de un contrato en el Derecho positivo. Sin necesidad de*



*analizar con detenimiento la doctrina iusprivatista, puede afirmarse que no es precisa la existencia de una equivalencia, ni objetiva ni subjetiva, entre las obligaciones o sacrificios, sino que basta la existencia de una relación de causalidad, para la afirmación del carácter oneroso de una prestación. Es la relación de causalidad entre dos prestaciones, entre una prestación y una obligación o entre dos obligaciones, cualquiera que sea la equivalencia objetiva o no de las mismas, la que provoca el que se produzca el contrato oneroso (...)*

*Así pues, en el procedimiento objeto del recurso, es claro y meridiano que el licitador recurrente oferta cero (0) euros por el precio de la hora de limpieza a requerimiento (oferta por la que debe obtener 5 puntos) porque obtiene la retribución de este eventual servicio con cargo al precio general del contrato (...)*»

De otro lado, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales también ha admitido la viabilidad de ofertas económicas a coste cero en algún componente de la prestación. En tal sentido, la Resolución 1045/2015, de 13 de noviembre, examina la exclusión de una proposición en la licitación de un contrato de servicios de mantenimiento por el hecho de haber ofertado cero euros como precio/hora del ayudante de oficios. El Tribunal estima el recurso y anula la exclusión de la oferta, apoyando su decisión en el criterio previamente adoptado por la Resolución 661/2014, de 12 de septiembre, donde señalaba que “(...) *no se trata de una oferta de realización imposible, sino que, por el contrario, se trata de una oferta concreta, que es perfectamente valorable por la Administración y de la que sí podrá beneficiarse materialmente, constituyendo para ésta una ventaja cuantitativamente igual a la diferencia entre el precio ofertado por el resto de licitadores y el ofrecido por SAN FROILAN. No estamos ante un supuesto en que el licitador utiliza torticeramente la fórmula matemática del pliego para eliminar la competencia, al ofrecer un servicio a sabiendas que es de imposible realización y por tanto sin coste alguno para él, sino que ofrece un servicio que es de interés para la Administración, asumiendo el riesgo de que tal servicio podrá serle exigido y como tal ha sido expresamente valorado en los pliegos.*

*El hecho de que la valoración de la oferta efectuada dé lugar a una mayor*



*igualdad entre el resto de licitadores es consecuencia de la fórmula elegida por el órgano de contratación, que no es probablemente la más respetuosa con el principio de proporcionalidad. No obstante, los pliegos no fueron discutidos por ninguno de los licitadores, que aceptaron expresamente su validez y por tanto no puede dar lugar en ningún caso a la exclusión de la oferta efectuada, que cumple, en principio, con todos los requisitos exigidos en los pliegos.*

*De hecho, si se hubiera efectuado una oferta muy a la baja, pero superior a 0, por ejemplo, de 1 céntimo de euro la hora, el resultado sería el mismo: que el resto de licitadores obtendrían prácticamente 0 puntos y sin embargo difícilmente podría argumentarse que la oferta había sido formulada de forma errónea.*

*En definitiva, el principio de libre concurrencia exige que se valore cuál es la oferta económicamente más ventajosa para la Administración y sin duda en este caso la oferta más ventajosa es la efectuada por SAN FROILAN, por lo que debió valorarse como tal, asignándole la máxima puntuación”.*

Por tanto, en el supuesto que nos ocupa, puede extraerse como primera conclusión que el hecho de que ASISTENCIAS MIGUELÓN haya ofertado cero euros en las dos tarifas correspondientes a «Abandono» no determina, por sí solo, que la oferta de la adjudicataria incluya valores anormales o desproporcionados.

Por otra parte, desde el punto de vista de lo dispuesto en el artículo 84 del RGLCAP, conforme al cual «Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición», tampoco puede considerarse que la misma adolezca de errores o inconsistencia que la hagan inviable, pues, tal y como señala la recurrente en su escrito como actual



prestataria del servicio, *“la cifra de «Abandonos» al año es más que escasa, no hubo ningún servicio en esos años, por lo que esa tarifa no juega de modo relevante en el resultado”*.

Lo anterior impide considerar la inconsistencia de la proposición de la adjudicataria, y es que, en definitiva, la viabilidad de esta ha de apreciarse, no en atención a sus distintos componentes por separado, sino en relación al conjunto de la prestación, siendo perfectamente posible, como de hecho sostiene la doctrina expuesta de los tribunales de recursos contractuales, compensar costes entre las distintas partidas en que se desglosa el contrato o aplicar otro tipo de estrategias empresariales que permitan la ejecución del contrato del modo más satisfactorio para la entidad contratante y con margen de beneficio para la entidad contratista.”

Añade el informe del órgano de contratación que la oferta de EUROFORMAC no tiene precio cero, sino que tiene unidades de ejecución, enmarcadas en las tareas de desarrollo de contenidos, a precio cero, pero el contrato, como se recoge en el fundamento séptimo del acta de la mesa de 28 de noviembre, que realiza la propuesta de adjudicación, tiene un precio cierto oneroso de 836.310 euros, IVA excluido.

En consecuencia procede desestimar este motivo del recurso.

**SÉPTIMO.** En segundo lugar, el recurso denuncia la infracción del artículo 102.3 de la LCSP, alegando que si bien los tribunales de recursos contractuales han reconocido la posibilidad de ofertar a precio cero algunas de las prestaciones que integran el contrato, ello solo es posible si se trata de prestaciones accesorias y el coste de dichos servicios es susceptible de subsumirse en el precio general del contrato. Considera que las unidades de ejecución a las que se han ofertado cero euros no son accesorias ni complementarias, teniendo un gran peso tanto cuantitativa como cualitativamente dentro del contrato. Añade que, según el licitador, dichas unidades son accesorias sobre la base del escenario estimado en los pliegos, es decir, que la posibilidad de ofertar esos precios de modo gratuito



está condicionada a que el escenario estimado de demanda de servicios sea el escenario real, lo que no puede considerarse admisible. Añade que se produce una infracción del artículo 1256 del Código Civil, ya que la validez o el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

En relación con este motivo de impugnación, este Tribunal comparte los alegatos del órgano de contratación en su informe al recurso, en el que señala que del precio estimado solo el 11% corresponde a actuaciones que EUROFORMAC ha ofertado a cero euros, siendo no solo las de menor importe económico, sino también las de menor frecuencia o práctica prevista, y además dependientes de algunas de las acciones que sí han sido presupuestadas respetando los parámetros del Anexo XII del PCAP. Añade que ello, unido a la clasificación del contrato dentro del CPV “servicios de formación”, da a entender que dichas prestaciones pueden considerarse accesorias, siendo lo esencial los servicios de formación, no los de generación de contenidos o materiales a entregar en dicha formación. Tras exponer cuales fueron las ofertas de las dos empresas, señala que para las 14 unidades para las que MAINFOR alega que implican el 77% de las prestaciones totales, su oferta fue de 80.250 euros. Para las otras cuatro unidades su oferta fue de 984.785 euros. La relación porcentual en lo que a importe económico se refiere es de 87/12, no de 23/77, totalmente inverso.

A continuación realiza una serie de consideraciones sobre la aclaración presentada por EUROFORMAC, documento que fue declarado confidencial. Añade que las conclusiones a las que llega la recurrente sobre la imposibilidad de subsumir las tareas ofertadas a precio cero en el resto de tareas no son las que ofrece la entidad adjudicataria en sus aclaraciones. La estrategia justificada fue otra, formando parte de los secretos a los que cualquier licitador en su legítimo derecho defiende que no deben ser revelados a sus competidores. Forma parte de la estrategia empresarial que puede desplegar el licitador en base a sus concretas circunstancias, y que le permite presentar una oferta muy competitiva, que sin estar incurso en baja anormal, le permitirá prestar el servicio de forma eficiente y con la calidad exigible. Añade que considerar que el escenario final real será tan



distinto del estimado de forma que solo se soliciten por el órgano de contratación los servicios ofertados a precio cero sería tanto como vaciar de contenido el propio objeto del contrato, que es la preparación, coordinación e impartición de formación presencial y on line.

Añade que carece de sentido encargar alguna de las prestaciones accesorias sin encomendar la principal, y pone como ejemplo solicitar solo la generación de animaciones sin haber encargado previamente la puesta en marcha de una de las plataformas online de formación (ofertado a 330 euros). Expone que la mesa entendió que, junto con la onerosidad de la oferta presentada por EUROFORMAC, las prestaciones ofertadas a precio cero en comparación con la oferta de MAINFOR tan solo las distanciaba en 80.250 euros, lo que sumado a lo anterior reforzaba la idea de que el contrato sería ejecutado y retribuido conforme a lo indicado en los pliegos.

Por su parte, la entidad adjudicataria alega en sentido similar al órgano de contratación.

En definitiva, este Tribunal considera que tanto las alegaciones del órgano de contratación como de la entidad adjudicataria dan adecuada respuesta a este motivo del recurso. En este sentido, el establecimiento como parámetros para apreciar si una oferta está incurso en anormalidad de precios mínimos en relación exclusivamente con las primeras cuatro unidades de ejecución, y no respecto del resto, que son ofertadas a precio cero, ponen de manifiesto el carácter accesorio de estas últimas, y el carácter principal de las primeras. De esta manera es el propio PCAP que ha sido admitido por las entidades licitadoras el que, al diseñar las distintas unidades de ejecución, pone de manifiesto cuales son las esenciales.

En cuanto a la posible infracción del artículo 1256 del Código civil debe tenerse en cuenta que la LCSP supone un régimen especial frente al propio del derecho común, contemplando por ejemplo la posibilidad de celebrar contratos de servicios en función de necesidades (disposición adicional trigésima tercera), en



los que no cabe entender que el cumplimiento del contrato se deja a la voluntad de una de las partes.

En consecuencia procede desestimar este motivo.

**OCTAVO.** Como tercer motivo subsidiario, se alega que la oferta de EUROFORMAC no puede ser ejecutada conforme a los parámetros exigidos en los pliegos, en relación con el apartado 4.3 de la memoria de gasto, parámetros objetivos para considerar una oferta anormal o desproporcionada y el Anexo XII del PCAP. Señala que, establecidos unos precios mínimos para cuatro unidades de ejecución, no es posible realizar ofertas por importe inferior sin incurrir en oferta anormalmente baja. Sin embargo la adjudicataria oferta los cuatro servicios a precio mínimo y oferta gratuitamente los 14 servicios restantes. Invoca las claras debilidades de la oferta de la adjudicataria, apelando a las conclusiones del informe técnico de fecha 28 de noviembre de 2018, de forma que la imposibilidad de llevar a cabo la oferta en los términos previstos en los pliegos ha de ser motivo de exclusión.

Este Tribunal comparte las alegaciones del órgano de contratación a este motivo del recurso. En efecto, los parámetros por los cuales las ofertas podían incurrir en valores anormales o desproporcionados se recogen en el Anexo XII del PCAP, que establece qué mínimos esenciales deben ofrecer las ofertas para cumplir los niveles de calidad exigidos, justificando el porqué se han fijado tales parámetros. En ese anexo se recoge expresamente que el cumplimiento del servicio de calidad requerido se garantiza si se oferta un precio igual o superior a los precios mínimos indicados para los primeros cuatro precios unitarios. De esta forma, la valoración de la oferta garantiza la calidad, basada en una estrategia libremente escogida. Añade que la oferta técnica de la entidad adjudicataria superó el umbral previsto en los pliegos, como se recoge en el acta de la mesa de 2 de noviembre, y que el posible incumplimiento del PPT no puede apreciarse ab initio como causa de exclusión, pues tales prescripciones deben ser verificadas en fase de ejecución del contrato. La exclusión de las entidades licitadoras licitadoras es una medida



excepcional que solo debe darse en supuestos claros e indubitados. Por otro lado, EUROFORMAC ha acreditado el cumplimiento de la solvencia tanto técnica como económica exigida.

En definitiva, el órgano de contratación fijó en el Anexo XII del PCAP, que ha sido asumido por las partes, los parámetros objetivos para considerar una oferta anormalmente baja, estableciendo, en lo que aquí interesa, un precio mínimo únicamente para las cuatro primeras unidades de ejecución, y considerando que con los mismos se garantiza el nivel de calidad exigido, sin que la oferta de la adjudicataria se encuentre incurso en presunción de anormalidad. En consecuencia no cabe excluir su oferta por este motivo.

Por todo ello procede desestimar este motivo del recurso.

**NOVENO.** El cuarto motivo de impugnación es por infracción del artículo 145.5, apartados b) y c) de la LCSP, ya que la fórmula establecida por el PCAP para la valoración de los criterios evaluables mediante fórmulas presenta un vicio que se aprecia al valorar la mesa, considerando que al ser intención del órgano de contratación obtener el mejor precio posible sin destruir la onerosidad del contrato, ello excluye que las unidades se puedan ofertar a precio cero.

El órgano de contratación en su informe considera que estamos ante una impugnación indirecta de los pliegos, y que la mesa ha aplicado el pliego. El criterio de adjudicación consistente en la oferta económica está ponderado con un máximo de 30 puntos, previéndose en el Anexo XI del PCAP una fórmula en la que se ponderan los precios unitarios ofertados según unos porcentajes de peso previstos para cada uno de ellos. Afirma que la valoración de la oferta de la adjudicataria es correcta, sin haberse aplicado criterios no conocidos. Añade que la puntuación de EUROFORMAC para aquellas unidades de ejecución en las que ofertó cero euros fue igual a 1, multiplicado por la ponderación de dicho precio unitario, como se recoge en el acta de la sesión de la mesa de 28 de noviembre. La fórmula persigue la mejor oferta económica global como se indica en el Anexo XI,



otorgando 30 puntos a la oferta más barata y aproximando el resto de las ofertas a 0 puntos conforme se acerquen al precio de licitación del contrato.

En definitiva, no cabe cuestionar el PCAP y en particular, los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas con ocasión de la impugnación de los actos del procedimiento de licitación. En este sentido, el Anexo XI contempla que se otorgue la máxima puntuación a la mejor oferta, puntuando el resto de forma inversamente proporcional conforme a la fórmula que establece. En este sentido la mesa se ha limitado a aplicar la fórmula, por más que para la recurrente, la aplicación de la fórmula establecida en el pliego haya determinado la asignación de cero puntos en determinadas unidades de ejecución. En este sentido en nuestra Resolución 262/2017, de 1 de diciembre, abordamos una situación similar, si bien en aquel supuesto lo que hizo la mesa fue no aplicar estrictamente la fórmula del pliego:

“En cuanto a la naturaleza jurídica de los pliegos que rigen el procedimiento de licitación, este Tribunal ha de poner de manifiesto, como tantas otras veces (v.g. Resoluciones 77/2015, de 24 de febrero, 120/2015, de 25 de marzo, 75/2016, de 6 de abril, 221/2016, de 16 de septiembre y 45/2017, de 2 de marzo, entre otras muchas), que los pliegos son la ley del contrato entre las partes.

En este sentido, cuando el órgano de contratación en los pliegos o en los documentos que rigen la licitación define las condiciones que pretende imponer a las entidades licitadoras, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de las licitadoras sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre las mismas.

Así se manifiesta el Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en su reciente Sentencia de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), cuando afirma en su apartado 78 que *“Por otro lado, si la EUIPO (entidad contratante) no se hubiera atendido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de*



*igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80) (...)*”.

En el supuesto examinado la fórmula elegida para valorar el criterio de adjudicación evaluable de forma automática “mejora en la tarifa por exceso de kilometraje”, implica atribuir la máxima puntuación (5 puntos) a la proposición que oferte cero euros (sin necesidad de aplicar fórmula alguna), puntuándose las demás ofertas en orden decreciente de forma proporcional mediante regla de tres inversa. Lo anterior supone que si alguna entidad licitadora oferta 0 euros, como de hecho ha ocurrido, además de obtener la máxima puntuación en ese criterio, determina que a aquellas otras empresas que no hayan ofertado 0 euros se le atribuyan 0 puntos, como consecuencia de la fórmula establecida para puntuar proporcionalmente todas las ofertas distintas de 0 euros.

Sin embargo, no por ello la fórmula, tal como se recoge en el PCAP, se convierte en inviable como pretende el órgano de contratación, únicamente conduce a puntuar de forma proporcional con cero puntos todas aquellas proposiciones que no oferten cero euros respecto a la mejora en la tarifa por exceso de kilometraje.

En efecto, el hecho de que la valoración del criterio automático de mejora en la tarifa por exceso de kilometraje dé lugar a que las proposiciones que no hayan ofertado 0 euros se puntúen con 0 puntos, es consecuencia de la fórmula elegida por el órgano de contratación, que no es probablemente la más respetuosa con el principio de proporcionalidad, pero que lo vincula, autolimitándolo en el ejercicio de su facultad de apreciación, impidiéndole apartarse de las condiciones que el mismo ha definido.



En este mismo sentido, se ha pronunciado recientemente este Tribunal ante un supuesto parecido, en la Resolución 250/2017, de 21 de noviembre, en el que al igual que en el presente supuesto, la aplicación de la fórmula establecida para la valoración de un criterio evaluable de forma automática, suponía que si alguna entidad licitadora ofertaba 0 euros, determinaba que a aquellas otras empresas que hubiesen ofertado otro importe se les atribuyeran 0 puntos.

Asimismo, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en supuesto similares, se ha pronunciado en el mismo sentido, así en su Resolución 2/2012, de 5 de enero, en la que disponía que *“El sistema elegido para valorar las ofertas económicas implica atribuir la máxima puntuación establecida para cada precio y/o comisión al que ofrezca el menor precio y/o la menor comisión (sin necesidad de aplicar la fórmula), atribuyéndose al resto de ofertas la puntuación-resultante de aplicar la fórmula- que proporcionalmente corresponda en relación con la máxima puntuación y precio y/o comisión mínima. Es verdad que si un licitador ofrece cero para un determinado precio y/o comisión, aparte de obtener la máxima puntuación para ese concepto valorable, determinará para el resto de licitadores la atribución de cero puntos en relación con dicho concepto como consecuencia de la fórmula establecida para puntuar proporcionalmente todas las ofertas distintas de la menor; pero ello no convierte en inaplicable la fórmula, tal como pretende el órgano de contratación. Simplemente, conduce a puntuar (proporcionalmente) con cero puntos todas las ofertas que difieran de la que incorpora el valor cero con respecto al precio y/o comisión de que se trate.”*

También, el citado Tribunal en ese sentido, ha dispuesto en la Resolución 482/2016, de 17 de junio, que *“El hecho de que la valoración en el subapartado impugnado dé lugar a que las restantes ofertas se puntúen con prácticamente 0 puntos, es consecuencia de la fórmula elegida por el órgano de contratación, que no es probablemente la más respetuosa con el principio de proporcionalidad. No obstante, los pliegos no fueron discutidos por ninguno de los licitadores, que aceptaron expresamente su validez y por tanto no puede dar lugar en ningún caso a la modificación de la fórmula.”*



No puede, por tanto, admitirse la actuación de la mesa de contratación al aplicar la fórmula de valoración del criterio evaluable de forma automática de mejora en la tarifa por exceso de kilometraje, pues la ficción jurídica que hace de sustituir el valor 0 de las ofertas por el valor 1 para, según su juicio, evitar el valor nulo en el cálculo de la puntuación del resto de entidades licitadoras -en este caso la adjudicataria-, o bien supone un incumplimiento claro y manifiesto de lo dispuesto en el PCAP o bien una modificación de la proposición de las licitadoras que ofertaron cero euros a la hora de aplicar la fórmula, cuestiones ambas que infringen el ordenamiento jurídico contractual y, en particular, los principios de seguridad jurídica, de no discriminación e igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos.

En este sentido, ha de tenerse en cuenta que conforme al artículo 150 del TRLCSP, los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas permiten al órgano de contratación llegar a un resultado automático, mediante la aplicación de la misma fórmula a todas las ofertas presentadas, de tal suerte que no queda margen de discrecionalidad alguna ni posibilidad de valorarlas subjetivamente.

En definitiva, la mesa y, por ende, el órgano de contratación debieron aplicar la fórmula para la valoración del criterio evaluable de forma automática de mejora en la tarifa por exceso de kilometraje, de la forma establecida en los pliegos a todas las entidades licitadoras, y ello aun cuando supusiese que si alguna entidad licitadora ofertaba cero euros, además de obtener la máxima puntuación en ese criterio, determinaría que a aquellas otras empresas que no hayan ofertado cero euros se le atribuyese cero puntos, pues como se ha expuesto los pliegos son la ley del contrato y vinculan no solo a las entidades licitadoras sino también a los poderes adjudicadores que están obligados a respetarlos.

A mayor abundamiento, ha de ponerse de manifiesto que la fórmula de valoración del citado criterio evaluable de forma automática de mejora en la tarifa por exceso de kilometraje, estaba prevista en los pliegos de forma clara y concreta, de tal forma que tanto el órgano de contratación como cualquier



entidad licitadora, razonablemente informados y normalmente diligentes, deberían haber comprendido las consecuencias de la aplicación de dicha fórmula, pues la misma resulta apreciable tras su mera lectura, sin tener que esperar al posterior acto de valoración de las ofertas.”

En consecuencia, procede desestimar este motivo del recurso.

**DÉCIMO.** El quinto motivo del recurso es por infracción del artículo 145 de la LCSP en cuya virtud la adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio. Alega en este sentido que el acuerdo de adjudicación no cumple este requisito, ya que no consigue esa mejor relación. Tras señalar que las unidades de ejecución ofertadas a precio cero son independientes, y pueden ser solicitadas por el órgano de contratación en cuantía no definida, sin que se soliciten conjuntamente servicios ofertados al precio mínimo, un precio inexistente no puede resultar nunca adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato, lo que incide en la relación calidad-precio. Añade que la oferta a precio cero de determinadas unidades, en caso de incumplimiento impediría aplicar penalizaciones, ya que estas se configuran en el pliego como un 5% del importe de la actividad no realizada.

A continuación alega en esencia que habiendo obtenido su oferta técnica mejor valoración que la oferta de la adjudicataria (un 42.6%), sin embargo en la oferta económica, la diferencia de precio entre ambas es tan sólo del 27%, por lo que en su conjunto la adjudicación del contrato a EUROFORMAC no responde a la mejor relación calidad-precio. Por último insiste en el carácter accesorio de las unidades de ejecución ofertadas a precio cero.

El órgano de contratación afirma que nos encontramos ante una nueva impugnación indirecta del PCAP, que cumple las prescripciones legales, y que la forma de valoración de las proposiciones fue aceptada por los licitadores en el momento de presentar sus ofertas. El licitador que obtiene mayor puntuación es



el que ofrece la mejor relación calidad-precio.

Añade que no hay que confundir los criterios de valoración subjetiva con los criterios de valoración automática, ya que existen criterios cualitativos valorables mediante fórmulas y que, en todo caso, la valoración de ambas ofertas mediante la aplicación de los criterios determinados en el PCAP da lugar a la oferta económicamente mas ventajosa.

Como alega el órgano de contratación, y hemos señalado reiteradamente, entre otras en la Resolución 310/2018, de 6 de noviembre:

*“Pues bien, visto lo alegado por cada parte procede mencionar, en primer lugar, que se ha de tomar como punto de partida lo establecido en los pliegos, que una vez devienen firmes por no ser impugnados, constituyen la lex contractus entre las partes como este Tribunal ha tenido la ocasión de mencionar en diversas ocasiones (v.g. Resoluciones 242/2017, de 13 de noviembre, 28/2018, de 2 de febrero y 251/2018, de 13 de septiembre, 292/2018, de 16 de octubre y 307/2018, de 2 de noviembre) recordando la necesidad de que la oferta se ajuste a las especificaciones de los pliegos, constituyendo ambos, el de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas, lex contractus o lex inter partes que vinculan no solo a los licitadores que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas (artículo 145.1 del TRLCSP), sino también a la Administración o entidad contratante autora de los mismos.”*

En este sentido, el mandato del artículo 145 de la LCSP que la recurrente considera infringido se lleva a la práctica para cada contrato a través del PCAP, de forma que mediante su contenido, y en definitiva, sus cláusulas se determina cómo ha de alcanzarse esa mejor relación calidad-precio.

En consecuencia no procede cuestionar el PCAP con ocasión de la impugnación de otros actos posteriores del procedimiento de licitación, por lo que procede desestimar este motivo del recurso.



**UNDÉCIMO.** En el último motivo, se denuncia que la recurrente se encuentra en clara indefensión al habersele negado por el órgano de contratación el acceso a determinada documentación. Solicita que sea este Tribunal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 29.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de noviembre, el que le conceda el acceso a la misma.

De entrada cabe señalar que no nos encontramos propiamente ante un motivo de impugnación de la resolución de adjudicación, sino ante una solicitud de vista del expediente que comprende determinados documentos, vista que tiene carácter instrumental respecto de la formulación del recurso (artículo 52.3 LCSP, permitiendo completar el recurso). En el presente caso, tras la presentación del recurso, con fecha 25 de enero se le informó por la Secretaría del Tribunal que no constaba entre la documentación del expediente ningún informe de fecha 26 de noviembre, así como que se había recibido informe del órgano de contratación sobre su carácter confidencial. Igualmente se le informó sobre qué parte de la documentación presentada por la citada empresa en los sobres 1 y 2 había sido declarada confidencial.

Mediante escrito presentado en el registro de este Tribunal el 28 de enero, la entidad recurrente manifiesta que si el informe de 26 de noviembre no aparece en el expediente, y las aclaraciones son confidenciales, deviene imposible realizar un análisis sobre la coherencia del informe con el resto de los documentos solicitados, por lo que el acceso a la oferta técnica del licitador no aportaría para el recurrente ningún dato de interés para formular alegaciones, suponiendo sólo una dilación innecesaria en la resolución del recurso, solicitando que se tengan por hechas estas manifestaciones y se dicte resolución estimando el recurso.

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas, procede desestimar el recurso interpuesto.



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

## ACUERDA

**PRIMERO.** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MAINFOR SOLUCIONES TECNOLÓGICAS Y FORMACIÓN S.L.U.** contra el Acuerdo de 18 de diciembre de 2018, del órgano de contratación por el que se adjudica el contrato denominado “Servicios de Diseño y Ejecución del Plan de Sensibilización y Formación de la iniciativa Andalucía compromiso digital para el periodo 2018 – 2020 (EXPT 18-00050), convocado por la Sociedad Andaluza para el Desarrollo de las Telecomunicaciones, S.A. (SANDETEL), ente instrumental adscrito a la entonces Consejería de Empleo, Empresa y Comercio, actual Consejería de Economía, Conocimiento, Empresa y Universidad).

**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.** Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

**CUARTO.** Notificar 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.

