

Recurso 171/2015**Resolución 395/2015****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 20 de noviembre de 2015.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ELECTROMUR, S.A.**, contra el acuerdo de adjudicación, adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Olula del Río el 5 de agosto de 2015, del contrato denominado “Mejora de la eficiencia energética de las instalaciones de alumbrado exterior en Olula del Río” (Expte 1/2015), promovido por el Ayuntamiento de dicha localidad, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 20 de marzo de 2015 se publicó en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Olula del Río, anuncio de licitación por procedimiento abierto y tramitación urgente del contrato indicado en el encabezamiento de esta Resolución. Asimismo, con fecha 23 de marzo de 2015, el citado anuncio se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Almería número 56.

El valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 1.163.183,00 euros, según se



especifica en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que rige la licitación.

SEGUNDO. La tramitación se ha llevado a cabo de conformidad con lo previsto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

TERCERO. Con fecha 30 de julio de 2015 tuvo entrada en el Registro del Ayuntamiento de Olula del Río un primer escrito de recurso especial en materia de contratación formulado por la entidad ELECTROMUR, S.A. (Recurso 158/2015) contra la propuesta de adjudicación que acordó anteriormente la Mesa de contratación el 1 de julio de 2015.

Dicho recurso fue inadmitido por este Tribunal mediante la Resolución 300/2015, de 18 de agosto, al haberse interpuesto el mismo contra un contrato y un acto no susceptibles de recurso especial.

CUARTO. El Pleno del Ayuntamiento de Olula del Río, en sesión celebrada el 5 de agosto de 2015, acordó la adjudicación del contrato de referencia a la entidad OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS, S.A.

QUINTO. Con fecha 12 de agosto de 2015 tiene entrada en el Registro de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación formulado por la entidad ELECTROMUR, S.A. contra el citado acuerdo de adjudicación adoptado por el Pleno de la Corporación municipal el 5 de agosto de 2015; en dicho escrito se solicita además el mantenimiento de la suspensión del procedimiento.

SEXTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 13 de agosto de 2015 se



solicitó al órgano de contratación que, en el plazo de dos días hábiles, remitiera a este Tribunal la documentación que, formando parte del expediente de contratación, no hubiera ya sido remitida con ocasión del recurso 158/2015, así como informe relativo al recurso y las alegaciones sobre el mantenimiento de la suspensión del procedimiento solicitado por la recurrente. Dicha documentación tuvo entrada en el Registro Auxiliar de este Tribunal con fecha 17 de agosto de 2015.

SÉPTIMO. Con fecha 14 de agosto de 2015, por la Secretaría del Tribunal se solicita a la recurrente que aporte determinada documentación para la subsanación de su escrito de interposición del recurso. Dicha documentación fue remitida por la recurrente teniendo entrada en el Registro del Tribunal el 18 de agosto de 2015.

OCTAVO. Mediante resolución, de 9 de septiembre de 2015, este Tribunal acuerda el mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento de la presente resolución.

NOVENO. Con fecha 10 de septiembre de 2015, por la Secretaría del Tribunal se concedió un plazo de 5 días hábiles a los licitadores para que presentaran alegaciones, no habiéndose presentado en el plazo concedido para ello.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Procede, en primer lugar, analizar la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso interpuesto, habida cuenta que la actuación impugnada procede de una Corporación Local.

El artículo 41.4 del TRLCSP dispone que *“En el ámbito de las Corporaciones Locales, la competencia para resolver los recursos será establecida por las normas de las Comunidades Autónomas cuando éstas tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación.*



En el supuesto de que no exista previsión expresa en la legislación autonómica, la competencia corresponderá al mismo órgano al que las Comunidades Autónomas en cuyo territorio se integran las Corporaciones Locales hayan atribuido la competencia para resolver los recursos de su ámbito.”

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, cuyo artículo 1 lo define como órgano de carácter especializado que actuará con plena independencia funcional, al que corresponderá, entre otras competencias, el conocimiento y resolución de los recursos especiales en materia de contratación contra actos dictados en materia de contratación pública que emanen de la Administración de la Junta de Andalucía y de las entidades instrumentales de la misma que ostenten la condición de poderes adjudicadores.

Asimismo, el artículo 10, apartados 1 y 2, del citado Decreto, bajo el título “Entidades locales de Andalucía”, dispone lo siguiente:

“1. En el ámbito de las entidades locales andaluzas y de los poderes adjudicadores vinculados a las mismas, la competencia para el conocimiento y resolución del recurso especial en materia de contratación, de la cuestión de nulidad y de las reclamaciones a que se refiere el artículo 1 de este Decreto corresponderá a los órganos propios, especializados e independientes que creen, que actuarán con plena independencia funcional conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (...).

2. De conformidad con la competencia de asistencia material a los municipios que atribuye a las provincias el artículo 11.1 c) de la Ley 5/2010, de 11 de junio, y en la forma regulada en el artículo 14.2 de dicha Ley, el conocimiento y resolución de estos recursos especiales y de las citadas cuestiones de nulidad y reclamaciones podrán corresponder a los órganos especializados en esta materia que puedan crear las Diputaciones Provinciales.”



De otro lado, el apartado 3 del artículo 10 del Decreto autonómico citado, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, por el que se acuerda el funcionamiento del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía como órgano colegiado, y se modifica el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el mismo, dispone que *“En el caso de que las entidades locales y poderes adjudicadores vinculados a las mismas no hayan optado por la posibilidad descrita en los apartados anteriores, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía será el competente para resolver los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad respecto a los actos de dichas entidades.”*

Por tanto, en lo que se refiere a los recursos de las Corporaciones Locales de Andalucía, por aplicación de la disposición estatal antes citada, hay que estar necesariamente a lo dispuesto en la norma autonómica sobre la materia, en concreto, al artículo 10 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, precepto que no atribuye directamente competencia a este Tribunal para la resolución de los recursos especiales procedentes de dichas Corporaciones, pues permite que aquéllas creen sus propios órganos especializados o que las Diputaciones Provinciales del ámbito respectivo puedan resolver dichos recursos a través de órganos propios también especializados y solo en defecto de dichos órganos, este Tribunal autonómico asume la competencia para la resolución de aquéllos.

En el presente supuesto, teniendo en cuenta que el Ayuntamiento de Olula del Río ha remitido certificación donde afirma que no dispone de órgano propio para el conocimiento y resolución del recurso especial en materia de contratación, resulta competente el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitador en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 de TRLCSP.



TERCERO. De conformidad con lo previsto en el artículo 40 del TRLCSP, debe analizarse la procedencia del recurso especial interpuesto. El mismo se deduce frente al acuerdo de adjudicación del contrato, que es un acto susceptible de recurso de conformidad con lo estipulado en el artículo 40 apartado 2. c) del TRLCSP.

No obstante, debe examinarse la naturaleza de la prestación que constituye el objeto del contrato a fin de determinar la adecuada calificación jurídica de éste, toda vez que el órgano de contratación ha tipificado el contrato en los pliegos como obras, con un valor estimado inferior a los umbrales comunitarios, por lo que, a su juicio, no concurren los requisitos establecidos en el artículo 40.1 a) del TRLCSP, y por tanto, considera que no es procedente el recurso especial en materia de contratación.

En cambio, la recurrente interpone el recurso especial ante este Tribunal, y aunque expresamente no lo dice, ha de entenderse que, a su juicio, el acuerdo de adjudicación impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación, puesto que así califica el escrito de impugnación que deduce ante este Tribunal. En este sentido, debe destacarse que la competencia para conocer de un determinado recurso es una cuestión de orden público procesal que debe apreciarse de oficio por los Tribunales u órganos encargados de resolver los recursos formalizados ante ellos, aún cuando tal cuestión no hubiera sido alegada por las partes. Es por ello que este Tribunal, a efectos de fijar su competencia para resolver el recurso especial interpuesto, ha de entrar a analizar la prestación contractual objeto de la licitación en orden a determinar la adecuada naturaleza jurídica del contrato y su sujeción o no al recurso especial. A tales efectos, resulta del todo indiferente la calificación jurídica contractual que se haya dado en los pliegos y demás documentos del contrato y que éstos hayan sido o no aceptados por el licitador hoy recurrente, pues dichos pliegos y documentos del contrato no pueden alterar, en modo alguno, el sistema de justicia administrativa dispuesto por el legislador. En tal sentido, se pronuncia también el Acuerdo 55/2013, de 1 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.



Debe, pues, abordarse, con carácter previo, por este Tribunal la cuestión relativa a la correcta calificación jurídica del contrato aquí analizado. Al respecto, hemos de indicar que la adecuada tipificación de un contrato, aunque relacionada fundamentalmente con los de gestión de servicio público o de servicio, ya ha sido abordada con profusión por este Tribunal y por otros Tribunales administrativos de recursos contractuales con apoyo en la doctrina comunitaria del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (v.g. Resoluciones 139/2015, de 21 de abril, 176/2014, de 25 de septiembre y 180/2014, de 3 de octubre, de este Tribunal, Acuerdos 52/2013, de 11 de septiembre, 55/2013, de 1 de octubre y 37/2014, de 30 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, Resoluciones 81/2013, de 20 de febrero y 204/2013, de 5 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resolución 48/2014, de 19 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y Resolución 56/2014, de 31 de julio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León).

Al respecto, como se ha expresado anteriormente, el contrato es calificado por el Ayuntamiento de Olula del Río como de obras, con la denominación de Mejora de la eficiencia energética de las instalaciones de alumbrado exterior en Olula del Río”. En concreto, el PCAP en su cláusula primera dice que además del presente pliego tendrán carácter contractual el proyecto técnico de ejecución de las obras.

Sin embargo, en la memoria del citado proyecto técnico de ejecución de las obras, dentro del apartado de descripción de las actuaciones a realizar, se establecen como tales la realización de los trabajos que comprenden las operaciones de desmontaje de luminarias existentes, montaje y conexión de nuevas luminarias de tecnología LED, sin modificación de ubicación. Así, se recoge en la memoria que los soportes y apoyos utilizados para la instalación de las luminarias proyectadas son los ya existentes en la instalación de alumbrado exterior, que la instalación eléctrica utilizada para la alimentación de los puntos de luz será la ya existente, puesto que el objeto del proyecto es la sustitución de 1.201 lámparas de luminarias por lámparas de tecnología



LED, y que los cuadros de mandos serán los ya existentes y darán servicio a todo el alumbrado del municipio.

En consecuencia, del análisis del contenido de mencionado proyecto técnico de ejecución de obras, se infiere, sin ninguna duda ni margen de error, que el objeto del contrato incluye, cuando menos, dos prestaciones esenciales. Por un lado, el suministro de las lámparas luminarias y los reguladores de flujo luminoso para los centros de mando y, por otro lado, la obras necesarias para la instalación de dichas luminarias y reguladores de flujo en los cuadros de mando y apoyos y soportes ya existentes, utilizando la instalación eléctrica asimismo existente.

Procede pues analizar si el objeto del contrato es una obra, conforme se define en el artículo 6 del TRLCSP, o bien si estamos en presencia de un contrato mixto de suministro y obras, ex artículo 12 del TRLCSP.

Señala el citado artículo 6 del TRLCSP que *“1. Son contratos de obras aquellos que tienen por objeto la realización de una obra o la ejecución de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I o la realización por cualquier medio de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad del sector público contratante. Además de estas prestaciones, el contrato podrá comprender, en su caso, la redacción del correspondiente proyecto.*

2. Por «obra» se entenderá el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble”. Considera por tanto el legislador que constituyen un contrato de obras las prestaciones que tienen por objeto la realización de una obra o la ejecución de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I del TRLCSP o la realización por cualquier medio de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad del sector público contratante. Pues bien, de lo anterior se infiere que el objeto del presente contrato, esto es el suministro e instalación de luminaria, al no tratarse de una obra, ha de verificarse si está o no comprendido dentro de los trabajos enumerados en el citado Anexo I.



Pues bien, la actividad de las recogidas en el mencionado Anexo I que tiene más similitud con el objeto del presente contrato son:

- la clase 45.31 “instalaciones eléctricas” que comprende la instalación en edificios y otras obras de construcción de: cables y material eléctrico, sistemas de telecomunicación, instalaciones de calefacción eléctrica, antenas de viviendas, alarmas contra incendios, sistemas de alarma de protección contra robos, ascensores y escaleras mecánicas, pararrayos, etcétera.
- y la clase 45.34 “otras instalaciones de edificios y obras” que comprende la instalación de sistemas de iluminación y señalización de carreteras, puertos y aeropuertos y la instalación en edificios y otras obras de construcción de aparatos y dispositivos no clasificados en otra parte.

A juicio de este Tribunal, el objeto del presente contrato no se incardina en ninguna de las anteriores actividades, pues la clase 45.31 “instalaciones eléctricas” se refiere a la instalación de todo el cableado y el material eléctrico que, en este caso y según manifiesta el proyecto técnico de obras, será la ya existente y en el caso de la clase 45.34 “otras instalaciones de edificios y obras” se refiere a la instalación de sistemas de iluminación y señalización en su conjunto, y en el presente supuesto la actividad principal se circunscribe al desmontaje de la lámpara actual y su sustitución por la nueva lámpara LED.

En definitiva, analizado que no se trata de un contrato de obras, ha de incardinarse dentro de los denominados contratos mixtos que, según el artículo 12 del TRLCSP, son aquellos que contienen prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase, en este supuesto suministro y obras, atendándose en todo caso para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico.

Aún cuando de la valoración y cuantificación económica del contenido de las prestaciones no es posible determinar con exactitud cual tiene más importancia



económica, si la parte de suministro o la de obra —cuestión esta de especial trascendencia para determinar el régimen jurídico a aplicar al procedimiento de adjudicación-, sí parece deducirse que la prestación de mayor importancia económica va referida al suministro de las luminarias y de los reguladores de flujo luminoso para los centros de mando, por lo que ha de estarse a las normas del contrato de suministro para la licitación y adjudicación del contrato. Asimismo, por las características del objeto del contrato estamos en presencia de un contrato de suministro que incluye trabajos de colocación e instalación, ex artículo 64.1 del TRLCSP, por lo que la accesoriadad de la obra es manifiesta.

Por todas las razones expuestas, este Tribunal no puede sino concluir que el contrato aquí examinado debe calificarse como contrato de suministro a los efectos de su licitación y adjudicación, siendo el mismo susceptible de recurso especial de conformidad con lo estipulado en el artículo 40.1 a) del TRLCSP, al tratarse de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada por alcanzar su valor estimado el importe de 1.163.183,00 euros y promovido por una Administración Pública. Asimismo, el acto impugnado en el recurso es la adjudicación del contrato, el cual es susceptible de recurso conforme a lo establecido en el artículo 40.2 c) del citado texto legal.

Por último indicar que, aún cuando en la citada Resolución 300/2015, de 18 de agosto, este Tribunal inadmitió el recurso 158/2015 interpuesto por la recurrente contra la propuesta de adjudicación que acordó anteriormente la Mesa de contratación el 1 de julio de 2015, por entender que se había interpuesto contra un contrato y un acto no susceptibles de recurso especial, en sentido estricto la inadmisión lo fue porque el acto no era susceptible de recurso especial en materia de contratación pues, como se ha analizado anteriormente, el contrato sí es susceptible del mismo.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que*



deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4”.

En el supuesto examinado, la resolución de adjudicación impugnada fue remitida a la ahora recurrente por correo electrónico con fecha 5 de agosto de 2015, presentándose el recurso en el Registro de este Tribunal el 12 de agosto de 2015, por lo que el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes señalado.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente solicita en el recurso que se revoque y se deje sin efectos el acuerdo del Pleno, de 5 de agosto de 2015, del Ayuntamiento de Olula del Río en el que se resuelve adjudicar el contrato, por haberse vulnerado los artículos 1 y 56 de TRLCSP y 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y por no haberse efectuado de manera correcta el cálculo de la puntuación a esta parte recurrente, y en su virtud, que se acuerde adjudicar el contrato a esta mercantil ELECTROMUR, S.A. por ser la primera clasificada y, a estos efectos, la oferta económicamente más ventajosa.

La recurrente argumenta su recurso en una serie de alegatos que serán analizados en éste y en los siguientes fundamentos de derecho.

En el primer motivo del recurso, la recurrente alega que la mercantil adjudicataria no podía concurrir a la licitación, y por tanto debió de haberse excluido, al haber participado en la elaboración de las especificaciones técnicas del proyecto, según manifiesta el Secretario del Ayuntamiento, con vulneración del artículo 56 de TRLCSP. Para reforzar su alegato trae a colación el informe 38/2012, de 7 de mayo de 2013, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.



Alega la recurrente que, tanto el artículo 56.1 del TRLCSP como la cláusula 9.2.1.1. i) del PCAP, prohíben de manera expresa la participación de un licitador en la redacción del proyecto de la obra objeto del contrato o de las especificaciones técnicas que van a regir el mismo.

En ese sentido, sigue alegando la recurrente, el Secretario del Ayuntamiento y vocal de la Mesa de contratación puso de manifiesto, tanto en el acta de la sesión de la Mesa de 21 de abril de 2015 como en la de 1 de julio de 2015, el incumplimiento de esta prohibición por parte de la empresa OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS, S.A, ahora adjudicataria.

Por último, manifiesta la recurrente que igualmente y a mayor abundamiento no puede considerarse esta circunstancia como un “juicio de valor” como manifestó el Alcalde en la sesión de la Mesa de contratación, de 1 de julio de 2015, ya que ese juicio de valor fue emitido en dos ocasiones por el propio Secretario del Ayuntamiento cuyas manifestaciones, como funcionario público, gozan de una presunción de veracidad que le concede entidad suficiente para ser consideradas como argumento a tener en cuenta de cara al desarrollo del presente procedimiento, lo cual no se ha hecho en este caso, ni se han rebatido más que con palabras las afirmaciones del Secretario del Ayuntamiento.

Por su parte el órgano de contratación en su informe al recurso manifiesta que no se vulnera el artículo 56.1 del TRLCSP porque en ningún momento se ha probado que la empresa adjudicataria haya participado en la redacción del proyecto técnico o en la redacción de las prescripciones técnicas; por ello es improcedente alegar este precepto fundamentando su recurso porque son meras opiniones que no tienen fuerza probatoria.

Vista las alegaciones de las partes procede analizar el fondo del motivo expuesto. Al respecto el artículo 56.1 de TRLCSP establece que *“Sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la adjudicación de contratos a través de un procedimiento de diálogo competitivo, no podrán concurrir a las licitaciones empresas que hubieran*



participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato siempre que dicha participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras”.

Dicho precepto establece una condición especial de compatibilidad, pues su aplicación esta supeditada a la exigencia de dos requisitos. De un lado, la participación directa o indirecta de la empresa en la redacción de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato y, de otro lado, que de tal participación se derive restricción para la concurrencia o trato privilegiado. Asimismo, el segundo requisito exigido para que resulte de aplicación la incompatibilidad especial que regula este artículo es que la participación en la elaboración de los documentos pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras.

Esta previsión del artículo 56.1 del TRLCSP tiene por finalidad garantizar el principio de igualdad de trato que exige, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato esté justificado objetivamente.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de marzo de 2005, Fabricom asuntos C-21/03 y C-34/03, sobre prohibición de participar en un procedimiento o de presentar una oferta para cualquier persona que haya contribuido al desarrollo de las obras, del suministro o de los servicios de que se trate, establece en sus apartados 28, 29 y 36 lo siguiente:

“28 Ahora bien, una persona que se haya encargado de la investigación, de la experimentación, del estudio o del desarrollo de obras, suministros o servicios relativos a un contrato público (en lo sucesivo, una «persona que haya realizado determinados trabajos preparatorios») no se encuentra forzosamente, respecto de



la participación en el procedimiento de adjudicación de dicho contrato, en la misma situación que una persona que no haya realizado tales trabajos.

29 En efecto, por una parte, la persona que haya participado en determinados trabajos preparatorios puede verse favorecida a la hora de formular su oferta, en virtud de la información que haya podido obtener sobre el contrato público en cuestión al realizar los mencionados trabajos. Pues bien, todos los licitadores deben disponer de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C-87/94, Rec. p. I-2043, apartado 54).

36. En tales circunstancias, procede responder a la primera cuestión planteada en los asuntos C-21/03 y C-34/03 que la Directiva 92/50, en particular su artículo 3, apartado 2, la Directiva 93/36, en particular su artículo 5, apartado 7, la Directiva 93/37, en particular su artículo 6, apartado 6, y la Directiva 93/38, en particular su artículo 4, apartado 2, se oponen a una norma como la prevista en los artículos 26 del Real Decreto de 25 de marzo de 1999 por el que se modifica el Real Decreto de 10 de enero de 1996 y 32 del Real Decreto de 25 de marzo de 1999 por el que se modifica el Real Decreto de 8 de enero de 1996, conforme a la cual se prohíbe presentar una solicitud de participación o formular una oferta para un contrato público de obras, de suministro o de servicios a una persona que se haya encargado de la investigación, la experimentación, el estudio o el desarrollo de tales obras, suministro o servicios, sin que se conceda a esa persona la posibilidad de demostrar que, en las circunstancias del caso concreto, la experiencia adquirida por ella no ha podido falsear la competencia.”

Asimismo, el informe 12/2013, de 26 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, en su consideración jurídica segunda, señala que:

“(…) De acuerdo con este precepto (artículo 56.1 del TRLCSP), por lo tanto, las circunstancias o condiciones para que se dé la incompatibilidad derivada de la condición especial que prevé son dos: por una parte, la participación de una empresa en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios de un contrato y, por otra parte, que de esta participación se derive



una restricción de la concurrencia o un trato privilegiado a la empresa participante. Sin duda, hay que constatar ya ahora que la condición especial de compatibilidad recogida en este precepto responde a la necesidad de salvaguardar el pleno respecto de los principios, derivados del derecho comunitario de contratación pública, de libre concurrencia, igualdad de trato, no discriminación y transparencia.

(...)

Por lo tanto, de acuerdo con la literalidad del artículo 56.1 del TRLCSP, y a diferencia de lo que sucedía con el TRLCAP, la participación a que alude engloba la elaboración de todos los documentos preparatorios del contrato que integran el expediente, tal como, por ejemplo, el propio informe justificativo de la contratación. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) ha hecho patente esta extensión en las resoluciones nº. 139/2012, de 28 de junio, y 105/2013, de 14 de marzo, en las cuales afirma, además, que esta participación en la elaboración de los documentos puede darse 'de forma directa o indirecta'.

(...)

Con respecto a la segunda circunstancia que tiene que concurrir para que se dé el supuesto de incompatibilidad, relativa al hecho de que la participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras, ésta tiene como objetivo prevenir posibles vulneraciones a los principios aplicables a la contratación pública, derivados del derecho comunitario y a los cuales ya se ha aludido, en los dos momentos en que éstas se pueden dar: por una parte, en el momento de acceso a la licitación -es decir, de permitir la participación de las empresas con aptitud para contratar con el sector público e interesadas en el procedimiento- y, por otra parte, en el momento de acceso al contrato en sí -es decir, de hacer posible que se resulte adjudicatario y competir en posición de igualdad respecto del resto de empresas que participan en la licitación.

(...)

Por lo tanto, se considera adecuado entender que se da esta segunda circunstancia y, por lo tanto, la incompatibilidad especial prevista en el artículo 56.1 del TRLCSP, si se da el más mínimo indicio de que la participación pueda provocar restricciones



a la concurrencia o suponer un trato privilegiado y, en definitiva, atentar contra los principios aplicables a la contratación pública mencionados. Dicho en otras palabras, sólo se podría considerar que concurre la causa de compatibilidad especial a que nos referimos, en una empresa que haya participado en la preparación de una licitación, si se puede descartar de manera rotunda la posibilidad de que esta participación pudiera tener como efecto restringir la concurrencia en aquella licitación o situar a la empresa en una posición de ventaja competitiva respecto del resto de empresas licitadoras”.

En definitiva, y como se ha expuesto anteriormente, para verificar si estamos ante el supuesto que prevé el artículo 56.1 del TRLCSP es necesario examinar si concurren los dos requisitos que este artículo exige: que la entidad ahora adjudicataria OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS, S.A. haya participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato, y que esa participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras.

SEXTO. En el presente supuesto, la recurrente denuncia que el Secretario del Ayuntamiento y vocal de la Mesa de contratación puso de manifiesto, tanto en el acta de la sesión de la Mesa de 21 de abril de 2015 como en la de 1 de julio de 2015, el incumplimiento de esta prohibición prevista en el artículo 56.1 del TRLCSP por parte de la empresa ahora adjudicataria.

Al respecto, en el acta de la sesión de la Mesa de contratación de 21 de abril de 2015 se recoge lo siguiente: *“Cuando se procede al análisis del listado, que había sido facilitado por el Técnico Municipal una vez puntuado, ordenado decrecientemente según la valoración que se otorga mediante los criterios para enjuiciar el sobre n.º 3, resulta que la primera empresa es OSEPSA, y el Vocal D. N.R.G. (Secretario de la Corporación Municipal) interviene diciendo que esa empresa no debía licitar o no debería haber licitado porque está en el supuesto del art. 56.1 del TRLCSP y en la cláusula 9.2.1.1. i) del PCAP, es decir, ha participado en la redacción de las prescripciones técnicas o en la redacción del proyecto técnico, por tanto, no puede*



ni debe licitar, y debe excluirse. El Sr. Alcalde dice que ¿eso es un juicio de valor o es una opinión muy particular?. El Vocal le contesta que es un convencimiento personal el hecho de que esa empresa ha realizado el proyecto, concretamente que el Sr. Ricardo lo ha hecho. El Sr. Alcalde dice, eso es un juicio de valor. Si tuviera pruebas o más certeza, diría 'Sr. Alcalde esto no se puede hacer, hay que excluir a la empresa', le contestó el Vocal, el Sr. Alcalde dice ihombre claro, eso no se puede permitir, eso ya es otra cosa! (El Sr. Alcalde aclara que como tal, y para este proyecto, le han visitado muchas empresas, muchos representantes de las empresas, como Benito y otros)”.

Por su parte en el acta de la sesión de la Mesa de contratación de 1 de julio de 2015 se recoge lo siguiente: “*Ante los resultados anteriores de la tabla, el Sr. Vocal y Secretario del Excmo. Ayuntamiento de Olula del Río, D. N.R.G., reitera la misma opinión respecto a la empresa que quedaría en primer lugar, expresada en el acta de la sesión de 21 de abril de 2015. Se decía lo siguiente, página 2 del acta: «(a continuación se reproduce el contenido que se ha recogido en el párrafo anterior)». Por lo tanto, se reitera en lo mismo que dijo, teniendo el convencimiento de que esta empresa redactó el proyecto o las prescripciones técnicas.*

Por el Sr. Alcalde, contestando a ello, se reitera en lo expuesto en esa reunión y que ha quedado reproducido, abundando en que han sido muchas las empresa y técnicos los que se han interesado por el asunto y se han ofrecido a colaborar; y por el Técnico Municipal se justifica que el proyecto técnico ha sido redactado por él si bien como es un tema de nueva tecnología se ha ayudado bastante por la colaboración técnica de algunas empresas y por lo que se publica en la red.”

Expuesto lo manifestado por las citadas actas de la Mesa de contratación, que es en lo que funda su recurso la recurrente, procede analizar si se da el primer requisito exigido por el artículo 56.1 del TRLCSP, esto es si la entidad adjudicataria ha participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato, en este caso el proyecto técnico de ejecución de las obras.



Pues bien, este Tribunal tras analizar el contenido de las citadas actas de 21 de abril de 2015 y de 1 de julio de 2015, considera que las manifestaciones expuestas por el Vocal de la Mesa de contratación, en las que se basan las alegaciones de la entidad recurrente, sobre la participación de un posible licitador -en este caso el ahora adjudicatario- en la redacción de las prescripciones técnicas o en la redacción del proyecto técnico, no dejan de ser en este momento más que una mera especulación, un convencimiento personal basado meramente en la intuición, sin aportar ninguna prueba ni siquiera indiciaria de lo afirmado.

En efecto, no existe indicio alguno de que posibles licitadores hayan participado en la redacción del proyecto técnico, es más el Técnico Municipal afirma que el proyecto técnico ha sido redactado por él, aunque al ser un tema de nueva tecnología se ha ayudado bastante por la colaboración técnica de algunas empresas y por lo que sobre la temática se publica en la red, algo muy habitual pues los técnicos de los distintos órganos de contratación, a la hora de elaborar las especificaciones técnicas o los documentos preparatorios de los contratos, suelen auxiliarse de documentación que las empresas tienen publicadas o se les requiere con el único propósito de informarse sobre todo en aquellos casos, como el presente, en el que el estado de la técnica cambia con mucha frecuencia.

Sin perjuicio de lo anterior, y a efectos meramente ilustrativos, procede analizar el segundo de los requisitos exigidos por el artículo 56.1 del TRLCSP, esto es si de tal participación, en el supuesto que la hubiese habido, se deriva restricción para la concurrencia o trato privilegiado.

Al respecto, lo primero que se ha de poner de manifiesto es que el documento controvertido, esto es el proyecto técnico de ejecución de las obras, se ha puesto a disposición de todos los potenciales licitadores con el anuncio de la licitación el 20 de marzo de 2015 en el perfil de contratante y el 23 de marzo de 2015 en el Boletín Oficial de la Provincia de Almería, con lo que se daría por cumplido lo señalado por la Sentencia de 18 de abril de 2013 de la Audiencia Nacional, recurso contencioso administrativo nº 205/11, cuando expone en su fundamento jurídico tercero “(...)



Ahora bien: la conclusión que la situación descrita permite alcanzar no es la que propugna la recurrente. Si lo que la ley persigue es evitar distorsiones a la libre competencia o evitar el trato privilegiado, en este caso la solución no es impedir a ARTYCO participar en el concurso, sino entregar a todas y cada una de las empresas que participan en la licitación el estudio completo elaborado por ARTYCO. De este modo desaparecería la denunciada situación de privilegio y se evitaría que, por haber sido adjudicataria de un contrato quedase automáticamente impedida de participar en cualquier otra contratación pública relativa al mismo bien, finalidad que no buscada por la norma, y que produciría una discriminación en contra de la demandada. (...)”.

Por otro lado, el hecho de que la extensión del citado proyecto técnico hacía posible proceder a su análisis y tener conocimiento de su contenido permite considerar que no ha habido una situación de privilegio. Así, el contenido no excesivamente extenso del proyecto y el plazo en el que se ha puesto a disposición de los licitadores, unido al hecho indudable que una empresa que concurre a una licitación de luminarias está en condiciones de examinar documentación de este tipo, son evidencias suficientes para entender que no ha habido restricción de la concurrencia ni trato privilegiado.

En definitiva, una exclusión basada en la participación en un documento de este tipo, en el supuesto que la hubiese habido, que ha sido puesto a disposición de todos los licitadores, no sería proporcionada respecto a la finalidad que persiguen las Directivas de contratación pública de garantizar una igualdad de trato y una competencia efectiva, así como lograr la mayor concurrencia posible en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos.

Por consiguiente, en base a todo lo expuesto, este Tribunal considera que no se ha probado que haya habido participación de la ahora adjudicataria en la elaboración del proyecto técnico de ejecución del contrato y que esa participación, en el supuesto que la hubiese habido, no ha afectado en modo alguno a la concurrencia, ni ha supuesto un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras.



A mayor abundamiento, es necesario poner de manifiesto que en la puntuación asignada a las distintas ofertas en los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor -donde podría apreciarse un supuesto privilegio de trato a favor de la adjudicataria-, de las quince ofertas evaluadas, cuatro han obtenido mayor puntuación que la de la adjudicataria, dos la misma puntuación y ocho por debajo de la de ella, por lo que su oferta se ha puntuado alrededor de la media. Todo lo anterior evidencia de forma negativa el supuesto trato privilegiado de la adjudicataria con respecto al resto de licitadoras.

Procede, por tanto, la desestimación de este primer motivo del recurso.

SÉPTIMO. En el segundo motivo del recurso, la recurrente alega que el Ayuntamiento ha incurrido en un error manifiesto en la puntuación total de su oferta. En concreto esgrime que, según las fórmulas de reparto de puntos, ella ha obtenido 49,99 puntos en la oferta económica, 5 puntos en la reducción del plazo de ejecución, 8,25 en la oferta técnica y 30 puntos en las mejoras, lo que hace un total de 93,24 puntos, en lugar de los 91,35 puntos que le ha asignado el órgano de contratación.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso alega inexistencia de error en la puntuación total de las ofertas. Informa el órgano de contratación que la recurrente, como se desprende del acta de la Mesa de contratación de 1 de julio de 2015, no tiene en su oferta económica 49,99 puntos sino 48,10 puntos que sumados al resto dan un total de 91,35 puntos.

Vistas las alegaciones de las partes procede examinar si la empresa recurrente debería haber obtenido, efectivamente, como manifiesta 49,99 puntos en su oferta económica, o por el contrario, como afirma el órgano de contratación ha obtenido 48,10 puntos.

Al respecto la cláusula 10.2 del PCAP “Criterios de adjudicación”, para la valoración de la oferta económica establece lo siguiente:



“1 Precio Mejor oferta económica: Máximo 50 puntos.

1. Atendiendo a este criterio, las ofertas se valorarán como si la totalidad de las mismas integrasen un único grupo homogéneo. La valoración máxima de las ofertas en atención este criterio será de cincuenta (50) puntos.

2. Las puntuaciones que correspondan a cada una de las ofertas se asignarán de acuerdo con las siguientes reglas:

2.1. Se formará un único grupo que estará integrado por la totalidad de las ofertas, Bases y Variantes, admitidas.

2.2. El grupo de ofertas indicado en el apartado anterior se reducirá por eliminación de las ofertas más altas correspondientes a cada grupo con vinculación, esto es, pertenecientes al mismo grupo de empresas. Lo que significa que, de cada grupo de ofertas vinculadas, sólo se tendrá en consideración la oferta más baja. Se entenderá que existe vinculación entre ofertas cuando se den los supuestos establecidos en el Artículo 42.1 del Código de Comercio.

2.3. Se tomarán o determinarán, para dicho grupo, los valores de los presupuestos característicos siguientes:

PB: Presupuesto base de la licitación, 1.163.183,00 euros.

PM: Presupuesto medio corregido. PM es la media aritmética de las ofertas que quedan tras el proceso de eliminación establecido en el apartado 1.2.2.

PR: 0,9 PM

PI: Es el presupuesto de la oferta más baja.

Los presupuestos ofertados se puntuarán del siguiente modo:

a) Presupuestos ofertados con valores inferiores a PR.



A cada Presupuesto Ofertado (PO) le corresponderá la puntuación V(PO) obtenida por interpolación lineal entre los valores extremos V(PI) y V(PR) siguientes:

Para PI: V(PI) = 50, valor máximo de puntuación, según el apartado 1.1 anterior.

Para PR: V(PR) = 50 - [(0,1 x PB) / (PB - PR)]

b) Presupuestos ofertados con valores iguales o superiores a PR.

A cada Presupuesto Ofertado (PO) le corresponderá la puntuación V(PO) resultante de la siguiente fórmula:

$$V(PO)=V \left[1 - \frac{2,7}{5} \frac{PB}{PR} \left(\frac{PO - PR}{PB - PR} \right)^2 \right]$$

Donde V toma los valores.

V= V(PR), si PR es mayor que el presupuesto ofertado más bajo, PI,

ó

V= 50, si PR es igual o menor que el presupuesto ofertado más bajo, PI

2.4. Cuando se haya presentado una única oferta, la puntuación a asignarle será la máxima, esto es, 50 puntos.

De acuerdo con el artículo 151.2 del TRLCSP, la adjudicación al licitador que presenta la proposición económicamente más ventajosa no procederá cuando el Órgano de Contratación presuma fundadamente que la proposición no pueda ser cumplida como consecuencia de la inclusión en la misma de valores desproporcionados o anormales.

A los efectos previstos en el artículo 152.2 del TRLCSP se considerarán, en principio, desproporcionadas o anormales las ofertas que se encuentren en la siguiente situación:



Aquellas ofertas cuya baja supere a la baja media en más de tres unidades porcentuales.”

Por su parte, según consta en el acta de 21 de abril de 2015, aplicando los parámetros objetivos previstos en la cláusula 10.2 del PCAP para apreciar las ofertas presuntamente anormales o desproporcionadas, se identifican cuatro empresas cuyas proposiciones pudieran considerarse anormales o desproporcionadas, acordándose por la Mesa de contratación requerir a las citadas cuatro empresas para que justifiquen su baja.

Posteriormente, en sesión celebrada por la Mesa de contratación el 1 de julio de 2015, según consta en acta, se acuerda no aceptar la documentación justificativa de las ofertas presuntamente anormales o desproporcionadas y, por tanto, excluir a las cuatro empresas por resultar sus ofertas anormales o desproporcionadas. Asimismo, la Mesa toma el acuerdo de clasificar de mayor a menor puntuación todas las ofertas de las empresas que no han sido excluidas, y de acuerdo con las puntuaciones el orden de prelación sería y quedaría como se indica en la tabla anexa al acta.

En la citada tabla se aprecia, efectivamente, que no aparecen en la clasificación la cuatro empresas excluidas por entender que sus ofertas son anormales o desproporcionadas. Sin embargo, en la documentación del expediente remitida a este Tribunal se comprueba que, aunque no se han valorado las ofertas de las citadas cuatro empresas, sí se han tenido en cuenta sus ofertas económicas para la valoración del resto de ofertas económicas. En este sentido, la valoración de las ofertas económicas de los licitadores finalmente admitidos puede diferir si solo se tienen en cuenta sus ofertas o si, además, se tienen en cuenta las de las empresas excluidas por resultar las mismas anormales o desproporcionadas. Asimismo, se constata por este Tribunal un error de transcripción en la citada tabla, pues la oferta económica, iba excluido, que aparece de una de las entidades licitadoras es 957.066,97 euros, cuando en realidad debe de aparecer 790.964,44 euros.



Procede, pues, analizar si para el cálculo de la puntuación económica de las ofertas es necesario, o no, excluir a las no admitidas por no haberse estimado la justificación sobre su viabilidad, tras el trámite de audiencia previsto para la ofertas presuntamente anormales o desproporcionadas.

Al respecto, el artículo 151.1 del TRLCSP, que regula la clasificación de las ofertas dispone en su primer inciso, que *“El órgano de contratación clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas y que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales conforme a lo señalado en el artículo siguiente.”*. Por su parte el artículo siguiente, esto es el 152 del TRLCSP, recoge el procedimiento a seguir por el órgano de contratación relativo a las ofertas que presenten valores anormales o desproporcionados, disponiendo en su apartado 4: *“Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior, estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la proposición económicamente más ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo anterior.”*

Por su parte El Real Decreto 817/2009, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público, regula en su artículo 22 las funciones de las Mesas de Contratación, estableciendo en sus apartados e) a g) el orden que se ha de seguir en las actuaciones, señalando lo siguiente:

“e) Valorará las distintas proposiciones, en los términos previstos en los artículos 134 a 136, ambos inclusive de la Ley (150 a 152 del TRLCSP), clasificándolas en orden decreciente de valoración, a cuyo efecto podrá solicitar los informes técnicos que considere precisos de conformidad con lo previsto en el artículo 144.1 de la Ley de Contratos del Sector Público (160.1 del TRLCSP).

f) Cuando entienda que alguna de las proposiciones podría ser calificada como anormal o desproporcionada, tramitará el procedimiento previsto al efecto por el



artículo 136.3 de la Ley de Contratos del Sector Público (152.3 del TRLCSP), y en vista de su resultado propondrá al órgano de contratación su aceptación o rechazo, de conformidad con lo previsto en el apartado 4 del mismo artículo.

g) Fuera del caso previsto en la letra anterior, propondrá al órgano de contratación la adjudicación provisional a favor del licitador que hubiese presentado la proposición que contuviese la oferta económicamente más ventajosa según proceda de conformidad con el pliego de condiciones que rija la licitación.”

Pues bien, lo previsto en el artículo 151.1 del TRLCSP debe relacionarse con lo dispuesto en el citado artículo 22 del Real Decreto 817 /2009, sobre funciones de las Mesas de contratación, donde se regula el orden de actuación en los procedimientos abiertos, sin que ello resulte contrario a lo previsto en el artículo 152.4 del TRLCSP, pues el mismo prevé que la clasificación de las ofertas se realice conforme al apartado 1 del artículo anterior, esto es respecto de las ofertas que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales.

En consecuencia, en los artículos citados se establece el procedimiento que se ha de seguir para seleccionar aquellas ofertas que cumplan los requisitos que se exigen en cada fase, de lo que se extrae que en la valoración de la ofertas económicas no deben incluirse las proposiciones presuntamente anormales o desproporcionadas mientras tanto no se haya seguido el procedimiento establecido en el artículo 152 del TRLCSP y, en su caso, resulte justificada la viabilidad de la oferta. En caso contrario, esto es valorar las ofertas que presenten valores desproporcionados o anormales, que finalmente podrían ser inválidas, puede alterar la puntuación y determinar la adjudicación de un contrato a empresa distinta a la que resultaría si se hubieran excluido previamente dichas ofertas.

En este sentido se ha manifestado tanto el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su resoluciones 333/2011, de 27 de diciembre, 553/2014, de 18 de julio y 456/2015, de 14 de mayo, como el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su resoluciones 45/2012, de 3 de



mayo y 198/2013, de 18 de diciembre. Asimismo este criterio es el sustentado en el Dictamen, de 29 de septiembre de 2008, de la Abogacía General del Estado, en el que analizados hechos similares a los producidos en el presente caso, señala “(...) si no se depuran las ofertas que pueden ser calificadas como desproporcionadas o anormales previamente a su clasificación se vulnerarían los principios de licitación proclamados entre otros, en el artículo 1 de la LCSP [hoy del TRLCSP] (...) En efecto, quedaría en entredicho el deber de la Administración de seleccionar la oferta económicamente más ventajosa -entendido este concepto en el amplio sentido que establece la LCSP y no sólo en el estrictamente económico- si la adjudicación de un contrato se condicionara por la concurrencia (por sus efectos en la ordenación final previa a la adjudicación provisional) de ofertas no depuradas que pueden ser inválidas por ser desproporcionadas o anormales. Ello podría determinar que la adjudicataria de un contrato fuera una empresa distinta a la que procedería si se hubieran previamente depurado las ofertas desproporcionadas o anormales.

(...) Por ello, tan pronto como la Administración identifica la existencia de ofertas que puedan incurrir en carácter desproporcionado o anormal debe, respecto de todas aquéllas que incurran en esta condición, aplicar el procedimiento previsto en el artículo 136.3 LCSP [152.3 del TRLCSP] y dar audiencia al licitador o licitadores correspondientes para que justifiquen que su oferta es válida. A results de este trámite de audiencia, la Administración puede rechazar la oferta por considerarla anormal o desproporcionada y excluirla de los subsiguientes trámites del procedimiento de licitación.

Esta manera de proceder es, por lo demás, la ordenada con carácter general por la LCSP que, en el examen de los diversos requisitos que deben concurrir en los licitadores y en sus proposiciones (capacidad, clasificación o solvencia, oferta técnica, prestación de la garantía provisional en su caso, etc.), no permite seguir en la licitación a aquellas empresas que no acrediten el cumplimiento de los requisitos legales. (...)”.

Concluyendo dicho Dictamen en su apartado segundo que “En consecuencia, el cálculo de la puntuación económica de las ofertas debe realizarse con posterioridad al análisis y valoración de la justificación de las ofertas anormales o



desproporcionadas, excluyendo a las no admitidas por no haberse estimado la justificación sobre su viabilidad tras el mencionado trámite de audiencia”.

Procede, pues, por este Tribunal el cálculo de la puntuación económica de la oferta de la recurrente, y por ende de la actual adjudicataria, para comprobar si se altera o no materialmente la adjudicación.

Así PM sería la media aritmética de las ofertas económicas, iva excluido, de los once licitadores finalmente admitidos y que se recogen en la tabla anexa al acta de la Mesa de contratación de 1 de julio de 2015. Resultando un valor para PM de 860.176,57 euros y para PR (0,9 x PM) de 774.158,91 euros.

Como la oferta de la recurrente $PO_{\text{recurrente}}$ (783.947,44 euros) es superior a PR (774.158,91 euros) ha de aplicarse la fórmula siguiente prevista en el apartado b),

$$V(PO)=V \left[1 - \frac{2,7}{5} \frac{PB}{PR} \left(\frac{PO - PR}{PB - PR} \right)^2 \right]$$

en el que V toma el valor de 50 puntos toda vez que PR (774.158,91 euros) es igual o menor que la oferta más baja (783.947,44 euros). Aplicando la citada fórmula prevista en el apartado b), resulta la siguiente puntuación para la oferta de la recurrente: $V(PO_{\text{recurrente}}) = 49,974$ puntos.

Para el caso de la ahora adjudicataria, como su oferta $PO_{\text{adjudicataria}}$ (814.228,10 euros) es superior a PR (774.158,91 euros) ha de aplicarse la citada fórmula prevista en el apartado b), en el que V toma, asimismo, el valor de 50 puntos toda vez que PR (774.158,91 euros) es igual o menor que la oferta más baja (783.947,44 euros). Aplicando la citada fórmula prevista en el apartado b), resulta la siguiente puntuación para la oferta de la ahora adjudicataria: $V(PO_{\text{adjudicataria}}) = 49,569$ puntos.

Sumándoles en ambos casos las puntuaciones obtenidas en el resto de criterios arroja un total para cada uno de lo siguiente: puntuación total de la recurrente = 93.224 puntos y puntuación total para la ahora adjudicataria = 94,319 puntos.



Visto lo anterior, se comprueba que, aun procediendo a una nueva valoración de las ofertas económicas, sin incluir los datos de aquellas proposiciones que han sido excluidas por entender que las mismas eran anormales o desproporcionadas, a pesar de los cambios producidos en las puntuaciones, el sentido de la adjudicación se mantiene invariable a favor de la entidad OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS, S.A, cuya oferta seguiría siendo la económicamente más ventajosa, por lo que debe desestimarse este segundo motivo del recurso y confirmarse en estos extremos la resolución recurrida, de conformidad con los principios de eficacia, celeridad y economía procesal.

En este sentido se ha manifestado este Tribunal en su Resolución 389/2015, de 17 de noviembre, con cita en resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras en la 658/2015 de 17 de julio, en la que argumenta al respecto que *“(…) al admitir exclusivamente la pertinencia de asignar o’5 puntos a la oferta de la recurrente, la adjudicación se mantiene invariable, debe desestimarse el recurso y confirmarse la resolución recurrida, de conformidad con el principio de economía procesal, que pugna contra cualquier retroacción de actuaciones de la que no se derivaría alteración del sentido del acto impugnado (cfr., en este sentido, Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 23 de febrero de 2012 –Roj STS 1137/2012- y 28 de abril de 1999 –Roj STS 2883/1999-; Resoluciones de este Tribunal 214/2012, 250/2013, 185/2014, 830/2014, 395/2015)”*.

Asimismo, el citado Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 185/2014, de 7 de marzo, manifiesta en su fundamento de derecho sexto que *“Resulta, pues, contrario al principio de economía procesal, derivado a su vez de los de eficacia (artículos 103 CE y 3 LRJPAC) y celeridad (artículo 74 LRJPAC), declarar una nulidad que en nada habría de afectar al sentido del acuerdo impugnado, tal y como ha tenido ocasión de señalar ya este Tribunal (Resoluciones 214/2012 y 250/2013), en línea con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 6 de noviembre de 1963, 11 de marzo de 1980, 28 de julio de 1986, 5 de abril de 1989, 30 de noviembre de 1993, 28 de abril de 1999, 12 de diciembre de 2000, 23 de*



febrero de 2012, entre otras).

En consecuencia, porque en nada afectaría al mantenimiento del sentido del acuerdo de adjudicación impugnado, procede desestimar el recurso.”

OCTAVO. En el tercer motivo del recurso, la recurrente alega que, a mayor abundamiento, presentó ante el Ayuntamiento solicitud de vista de expediente administrativo, así como la obtención de copias de su contenido al ser éste un derecho reconocido en artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común -adjunta con el escrito de interposición del recurso copia de la solicitud-, sin que hasta la fecha el Ayuntamiento se haya pronunciado al respecto, por lo que esta parte ha quedado en situación de indefensión al no haber podido tener vista del expediente, lo cual vulnera, el principio de igualdad de las licitaciones.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso manifiesta la inexistencia de indefensión, toda vez que en ningún momento puede alegar la empresa recurrente que ha padecido indefensión, pues ha interpuesto recurso contra la propuesta de adjudicación de 30 de julio de 2015 y ahora contra el acuerdo de Pleno de 5 de agosto de 2015.

Alega el órgano de contratación que fue imposible darle vista de expediente porque lo solicitó el 22 de julio miércoles y el 30 de julio presentó el recurso, luego transcurrieron solo 8 días, con fin de semana por medio, y no dio tiempo a darle vista de expediente. Sin embargo, a pesar de ello -continúa el órgano de contratación-, presentó el recurso de inmediato y si así lo presentó fue porque en el perfil de contratante estaban ya publicadas todas las actas de la Mesa de contratación que han sido la base y fundamento para interponer su recurso, de lo que debe colegirse que en ningún momento ha tenido indefensión, la recurrente se ha defendido y se está defendiendo en todo lo que a su derecho estima que le conviene y lo alega.

Vista las alegaciones de las partes procede analizar el fondo del presente alegato. Como cuestión previa es necesario recordarle al órgano de contratación que la falta



de tiempo no puede ser una excusa para no dar vista de expediente ni pronunciarse siquiera sobre ello, siendo ocho días tiempo más que suficiente para ello. Además, el hecho de que la recurrente interpusiere el recurso no es óbice para haberle dado vista de expediente y tras la misma, y dentro del plazo de interposición, haber ampliado la recurrente el recurso si lo estimaba conveniente.

En cuanto a la indefensión que alega la recurrente por omisión de la vista de expediente solicitada, el artículo 16 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, regula la posibilidad de que un interesado pueda examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, debiendo solicitarlo al órgano de contratación, quien tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de la confidencialidad establecidos en los artículos 140 y 153 del TRLCSP.

Sin embargo, el citado Real Decreto 814/2015 entró en vigor el 25 de octubre de 2015, posteriormente a los hechos denunciados por la recurrente, por lo que el mismo no estaba aún en vigor, debiendo estarse a la normativa anterior en la materia.

Al respecto, es necesario indicar que con anterioridad al citado Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, la normativa contractual no impone una obligación al órgano de contratación de permitir, previa solicitud de vista, el acceso al expediente ni copias del mismo. En ese sentido, la publicidad exigida en el procedimiento contractual es la que viene impuesta por el artículo 151.4 del TRLCSP, que sería aquella información necesaria que permita al licitador interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación o, en su caso, de exclusión, sin perjuicio del respeto a la información confidencial a la que se refieren los artículos 140 y 153 del TRLCSP.

Por tanto, de la aplicación conjunta de los artículos 140.1 ,151.4 y 153 del TRLCSP debe colegirse que, aún cuando a los licitadores se les ha de facilitar el contenido de



las decisiones que tengan efecto determinante sobre la resolución del procedimiento de adjudicación por mor de los principios de publicidad y transparencia previstos en los artículos 1 y 139 del TRLCSP, esta obligación del órgano de contratación normalmente se cumple mediante la notificación de adjudicación que ha de contener un resumen de los motivos de todas ellas, de tal forma que permita interponer recurso suficientemente fundado, no imponiéndose, por tanto, una obligación al órgano de contratación de permitir, previa solicitud de vista, el acceso al expediente ni copias del mismo.

Así pues, la denegación del acceso al expediente solo tendrá consecuencias directas en el procedimiento, si de ello pudiera resultar una efectiva lesión del derecho de defensa de la recurrente a efectos de la interposición de un recurso fundado. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 35/2002, de 11 de febrero, señala en su fundamento jurídico tercero que *“(...) la existencia de una motivación adecuada y suficiente, en función de las cuestiones que se susciten en cada caso concreto, constituye una garantía esencial para el justiciable, ya que la exteriorización de los rasgos más esenciales del razonamiento que han llevado a los órganos judiciales a adoptar su decisión permite apreciar su racionalidad, además de facilitar el control de la actividad jurisdiccional de los Tribunales superiores y consecuentemente, mejorar las posibilidades de defensa por parte de los ciudadanos de sus derechos mediante el empleo de los recursos que en cada supuesto litigioso procedan (...)”*.

Asimismo, el Tribunal Constitucional mantiene (Sentencia 210/1999, de 29 de noviembre, fundamento jurídico segundo, entre otras) que la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, tras la infracción de una norma procesal, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa y que dicha indefensión ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción procesal, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa.



Pues bien, la doctrina constitucional expuesta, aún cuando se refiere a las sentencias de los órganos judiciales, cabe entenderla igualmente aplicable al acto administrativo, pues lo determinante es que se exterioricen en el mismo los razonamientos que han llevado a la Administración a adoptar la resolución de que se trate. Solo así se puede efectuar un adecuado control de la actividad administrativa, velando por que no se haya incurrido en discriminación o arbitrariedad a la hora de resolver y se garantiza a los interesados el derecho de defensa, a fin de que puedan oponerse y rebatir fundadamente la decisión administrativa.

En el presente supuesto, por un lado, consta en el expediente la notificación a la recurrente del acuerdo del Pleno adoptando la adjudicación y la publicación en el perfil de contratante del órgano de contratación de la citada adjudicación y de todas y cada una de las actas de las sesiones de la Mesa de contratación y, por otro lado, la recurrente alega de forma genérica que ha quedado en situación de indefensión al no haber podido tener vista del expediente, pero no alega ni falta de motivación del acuerdo de adjudicación ni de ninguna de las actas de la Mesa de contratación, ni concreta sobre qué documento o documentos de los que no ha tenido acceso se habría producido la indefensión alegada.

Por tanto, de la documentación que obra en el expediente remitido y de las pretensiones aducidas por la recurrente en su recurso, se infiere que la misma ha tenido conocimiento de elementos de juicio suficientes como para poder fundamentar adecuadamente su recurso contra cualquiera de los actos del procedimiento, por lo que no habiendo alegado falta de motivación del acuerdo de adjudicación, no cabe deducir la indefensión alegada.

Procede pues la desestimación de este tercer motivo del recurso.

NOVENO. En el cuarto motivo del recurso, la recurrente alega que con fecha 31 de julio de 2015 presentó recurso especial en materia de contratación contra la propuesta de resolución de adjudicación del contrato, no habiendo tenido hasta la fecha resolución expresa. Asimismo, manifiesta la recurrente que dicho recurso



contra la propuesta de resolución, y la medida cautelar de suspensión solicitada en el mismo, fueron interpuestos a fin de evitar la continuación del procedimiento.

Al respecto, este Tribunal dictó la Resolución 300/2015, de 18 de agosto, de inadmisión del recurso especial en materia de contratación interpuesto como ha quedado recogido en el antecedente tercero de esta resolución, por lo que actualmente este alegato de la recurrente carece de fundamento.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ELECTROMUR, S.A.**, contra el acuerdo de adjudicación, adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Olula del Río el 5 de agosto de 2015, del contrato denominado “Mejora de la eficiencia energética de las instalaciones de alumbrado exterior en Olula del Río” (Expte 1/2015), promovido por el Ayuntamiento de dicha localidad.

SEGUNDO. 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 47.5 del TRLCSP.

TERCERO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento, cuyo mantenimiento fue acordado por este Tribunal en Resolución de 9 de septiembre de 2015.

CUARTO. Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.



Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo 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.

