

**Recurso 19/2012
Resolución 19/2012**

Resolución 19/2012, de 16 de octubre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se estima parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Etralux S.A., contra el Acuerdo de adjudicación del contrato de mantenimiento y mejora de las instalaciones de alumbrado público del municipio de Salamanca, a la empresa Aceinsa Movilidad S.A. (expte. 205/2011).

**I
ANTECEDENTES**

Primero.- El 21 de octubre de 2011 la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Salamanca aprobó el siguiente dictamen de la Comisión de Contratación y Bienes (folios 1 y 2 del expediente):

«Primero.- Aprobar el expediente de contratación del servicio de mantenimiento y mejora de las instalaciones de alumbrado público del municipio de Salamanca.

»Segundo.- Aprobar el presupuesto estimado del contrato de 12.058.547,34 euros, con el 18% de IVA incluido, por los cuatro años previstos de duración, más otros dos años de prórroga.

»Tercero.- Aprobar los pliegos de cláusulas administrativas y de condiciones técnicas que han de regir dicha contratación.

»Cuarto.- Establecer como sistema de contratación el procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación.

»Quinto.- Remitir con 52 días de antelación el anuncio de licitación al D.O.U.E., publicándose por espacio no inferior a 15 días en el B.O.E., anunciándose asimismo en el perfil de contratante de órgano de contratación.

»Sexto.- Que, al tratarse de contratación con tramitación anticipada y gasto plurianual, la adjudicación de este contrato estará sometida a la condición suspensiva de existencia de crédito adecuado y suficiente y adecuado en los respectivos presupuestos y en las correspondientes aplicaciones presu-puestarias.

»Séptimo.- Aprobar, de forma excepcional, la ampliación del número de anualidades (6 años total), por aplicación de la Base de Ejecución del Presupuesto nº 33.6.

»Octavo.- Ordenar la apertura de la licitación pública, impulsando los trámites necesarios hasta la adjudicación y posterior forma[liza]ción del contrato, si procede”.

Figuran en el expediente el pliego de condiciones técnicas de 1 de marzo de 2011 (en adelante PPT) y el pliego de cláusulas administrativas particulares de 14 de octubre de 2011 (en adelante PCAP) que rigen el contrato (folios 3 a 137 y 138 a 153 del expediente, respectivamente).

El 6 de julio de 2011 se publica en el Boletín Oficial de la Provincia de Salamanca el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 24 de junio de 2011, por el que se constituye con carácter permanente la Mesa de Contratación del Ayuntamiento (folio 154 del expediente).

La licitación se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el 26 de octubre, en el Boletín Oficial de Estado el 16 de noviembre, en la prensa local y en el perfil de contratante del Ayuntamiento, según se afirma en las actas de apertura de proposiciones.

Segundo.- Constan en el expediente las siguientes reuniones celebradas por la Mesa de Contratación para la apertura de la documentación relativa al contrato:

1.- El 19 de diciembre se reunió para abrir el sobre nº 1 presentado por los nueve licitadores que concurren al contrato, en el que se contiene la documentación general (folio 155 del expediente).

2.- El 21 de diciembre, una vez subsanadas las deficiencias advertidas en la documentación general, se procedió a la apertura del sobre nº 2 presentado por los licitadores, relativo a las proposiciones técnicas y documentación relativa a los criterios que dependan de un juicio de valor. Obran en el expediente, en soporte CD, las proposiciones del sobre nº 2 presentadas por Aceinsa Movilidad S.A. (en adelante Aceinsa) y de Etralux S.A. (en adelante Etralux) (folio 157, al que se adjunta un CD del expediente).

Una vez finalizado el acto se acordó su remisión a los servicios técnicos para la emisión de correspondiente informe, previo a la apertura del sobre nº 3.

3.- El 31 de enero de 2012 el Área de Ingeniería Civil del Ayuntamiento emite un informe sobre las ofertas presentadas en el que se valoran las ofertas presentadas por Etralux y Aceinsa y les otorga la siguiente puntuación -no se consignan las valoraciones del resto de las empresas por no ser relevantes para el presente recurso- (folios 158 a 173 del expediente):

EMPRESAS	Organización de los equipos de trabajo Hasta 9 puntos	Planificación y metodología en los trabajos Hasta 7 puntos	Administración del servicio Hasta 6 puntos	Programa de Gestión Hasta 5 puntos	Calidad, Seguridad y Salud y Medio Ambiente Hasta 3 puntos	TOTAL
ETRALUX	9	7	6	5	3	30,00
ACEINSA	7,5	5	5	3,5	3	24,00

4.- El 13 de febrero se reunió la Mesa de Contratación para dar cuenta de la valoración de las ofertas presentadas en el sobre nº 2 y para la apertura de las ofertas económicas contenidas en el sobre nº 3 (folios 174 a 177 del expediente).

Las ofertas económicas presentadas por las empresas Etralux y Aceinsa, según el acta de la reunión de la Mesa de Contratación, son las siguientes:

A) Extralux:

a) Se compromete a realizar el contrato en:

- Baja porcentual a aplicar a los precios de mantenimiento general de las instalaciones (Anexo I del PPT): 5 %.

- Baja porcentual a aplicar a los precios de programas de mantenimiento y trabajos de ampliación, mejora o modificación y alumbrado festivo (Anexo II del PPT): 15 %.

b) Presenta estudio de costes y se compromete a realizar las siguientes mejoras:

1. Mejoras de ahorro energético de acuerdo con el REEAE (2.160.608,70 euros).

2. Digitalización de planos del alumbrado artístico de la ciudad y elaboración de una aplicación informática para las labores de mantenimiento y almacén (121.149,08 euros).

3. Mejoras en la telegestión del alumbrado, tanto en sus componentes físicos como en el software de control (1.598.690,02 euros).

Total importe de las mejoras: 3.880.447,80 euros.

B) Aceinsa:

a) Se compromete a realizar el contrato en:

- Baja porcentual a aplicar a los precios de mantenimiento general de las instalaciones (Anexo I del PPT): 12,12 %.

- Baja porcentual a aplicar a los precios de programas de mantenimiento y trabajos de ampliación, mejora o modificación y alumbrado festivo (Anexo II del PPT): 22,22 %.

b) Presenta estudio de costes y se compromete a realizar las siguientes mejoras:

1. Mejoras de ahorro energético de acuerdo con el REEEAE.

2. Digitalización de planos del alumbrado artístico de la ciudad y elaboración de una aplicación informática para las labores de mantenimiento y almacén.

3. Mejoras en la telegestión del alumbrado, tanto en sus componentes físicos como en el software de control; si se propone un nuevo software, este deberá ser compatible con las 24 placas de control ya instaladas en la ciudad.

Total importe de las mejoras: 3.660.884,15 euros.

Obran en el expediente las ofertas económicas de Extralux (folios 187 a 364) y de Aceinsa (folios 365 a 625).

Una vez abiertas las ofertas económicas, se acuerda su remisión a los servicios técnicos para su informe.

Tercero.- El 17 de febrero el Director del Área de Ingeniería Civil remite un correo electrónico a la empresa Aceinsa en el que se le comunica que su oferta económica "ha resultado, de acuerdo con el art. 11º.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas, con valores anormales o desproporcionados (...), tanto la relativa a los precios del Anexo I del PPT como a los precios del Anexo II, por superar los valores del 5% y 15%, respectivamente"; y le concede un plazo para que presente "en el Servicio de Contratación [del] Ayuntamiento justificación de la oferta económica presentada y precise las condiciones de la misma" (folio 626 del expediente).

Cuarto.- El 21 de febrero Aceinsa presenta la justificación de los valores anormales o desproporcionados (folios 628 a 896 del expediente).

Quinto.- El 14 de marzo el Área de Ingeniería Civil, a la vista de la justificación presentada por Aceinsa, emite un nuevo informe (folios 897 a 935 del expediente) en el que, para el caso de admitirse la propuesta de dicha empresa, se valoran las ofertas de ambas empresas de la siguiente manera:

LICITADOR	SOBRE 2	SOBRE 3		TOTAL	Nº ORDEN
	SOBRE 2	OFERTA ECONÓMICA	MEJORAS		
	SUBTOTAL	SUBTOTAL	SUBTOTAL		
ETRALUX	30,00	10,88	30,00	70,88	2º
ACEINSA	24,00	20,00	27,10	71,10	1º

Y, en el caso de que Aceinsa fuera excluida, Etralux obtendría la máxima puntuación:

LICITADOR	SOBRE 2	SOBRE 3		TOTAL	Nº ORDEN
	SOBRE 2	OFERTA ECONÓMICA	MEJORAS		
	SUBTOTAL	SUBTOTAL	SUBTOTAL		
ETRALUX	30,00	20,00	30,00	80,00	1º

Finalmente, el informe, en sus conclusiones, propone lo siguiente:

“1.- La aceptación de la justificación de la oferta económica presentada por Aceinsa, sometiendo a la Mesa de Contratación, por no tener criterios para su consideración, si la reducción del Beneficio Industrial al 0,477% del importe del contrato adoptado discrecionalmente por el licitador con el fin de expandirse en el sector, puede impedir el cumplimiento del mismo.

»2.-En el supuesto de que se considera justificada la baja ofertada, la adjudicación del contrato a Aceinsa Movilidad S.A., con un baja del 12,12% a los precios del Anexo I y del 22,22% a los precios del Anexo II y las mejoras ofertadas.

»En caso contrario, la adjudicación del contrato a Etralux S.A. con una baja del 5,00% a los precios del Anexo I y del 15,00% a los precios del Anexo II y las mejoras ofertadas”.

Sexto.- El 20 de marzo se reúne de nuevo la Mesa de Contratación para valorar el informe técnico del Área de Ingeniería Civil. En dicho acto “se hace constar que en este Ayuntamiento existen precedentes de bajas temerarias semejantes, adjudicadas por el Ayuntamiento”, como ocurrió en el contrato de señalización semafórica. Por ello, la Mesa acuerda que se reúnan el Secretario General, el Interventor y el Director del Área de Ingeniería Civil “para estudiar el expediente de adjudicación del contrato de señalización semafórica y trasladar los mismos argumentos a la adjudicación del contrato de mantenimiento y mejora de las instalaciones de alumbrado público”, cuya adjudicación se está tramitando (folios 936 a 938 del expediente).

Séptimo.- El 2 de abril el Director del Área de Ingeniería Civil emite un informe comparativo sobre la justificación de la baja efectuada en el contrato de la “gestión, explotación, conservación, mantenimiento y suministro de los equipos y sistemas de control de tráfico” -adjudicado en su día a Etralux- y en el de “mantenimiento y mejora de las instalaciones de alumbrado público” (folios 939 a 941 del expediente).

Dicho informe señala que, en relación con el contrato de señalización semafórica, “el coste anual, excluido el beneficio industrial, admitiendo el valor presentado para el resto de los conceptos”, asciende a 754.089,00 euros; y que “el ingreso previsto, aplicando la baja ofertada al tipo de licitación es de 732.542,97 €, por lo que resulta un resultado anual negativo de 21.564,03 €/año, que equivale a 86.184,12 € en los 4 años de concesión”.

En cuanto al contrato de mantenimiento y mejora de las instalaciones de alumbrado público, el informe señala que “con estos mismos criterios, excluido el beneficio industrial y considerando una amortización anual de las mejoras de (...) 309.328,97 €, el resultado del ejercicio deducido de la justificación presentado por Aceinsa al referido contrato resulta también negativo”: 96.584,26 euros (diferencia entre 1.468.450,20 euros de costes y 1.371.865,94 euros de ingresos).

El informe concluye que “en ambos casos, considerando una amortización de las mejoras ofertadas en el plazo de duración inicial del contrato de 4 años, el resultado del balance anual de ingresos y gastos resulta

negativo (-2,94% y -7,04%, respectivamente, sobre el volumen de ingresos); en cambio, considerando la duración máxima del servicio, 6 años, como así ha resultado en los últimos contratos de este tipo, y por tanto la amortización de las mejoras en este plazo, el resultado resulta (sic) también positivo en ambos casos (+2,13% y 0,48% respectivamente)".

Octavo.- El 11 de mayo la Mesa de Contratación se reúne para conocer el informe técnico del Director del Área de Ingeniería Civil y, tras el debate celebrado, "propone al órgano de contratación por mayoría [con los votos a favor del secretario general en funciones, del interventor y de un vocal; y los votos en contra del presidente de la mesa (Quinto Teniente de Alcalde) y de otro vocal], no admitir la justificación presentada por la empresa Aceinsa y, en consecuencia, adjudicar el contrato de "mantenimiento y mejora de las instalaciones de alumbrado público a la empresa Etralux S.A., con las mejoras ofertadas y por una baja porcentual a aplicar a los precios de mantenimiento general de instalaciones (Anexo I del PPT) de un 5% y una baja porcentual a aplicar a los precios de programas de mantenimiento y trabajos de ampliación, mejora o modificación y alumbrado festivo (Anexo II del PPT) de un 15%" (folios 942 y 943 del expediente).

Noveno.- El 29 de junio de 2012 el Director del Área de Medio Ambiente emite un informe sobre la justificación de la baja anormal o desproporcionada presentada. Dicho informe se realiza a solicitud del Quinto Teniente de Alcalde, según consta en el escrito de remisión (folio 944 del expediente).

Dicho informe (folios 945 a 952 del expediente) expone, en su apartado 5 ("Otras consideraciones") lo siguiente:

"5.1.- Tomando como comparación otras contrataciones municipales y teniendo en cuenta la situación económica actual de reducida actividad económica e inversión pública, se considera que desde hace ya al menos dos años las contrataciones del Ayuntamiento de Salamanca se están produciendo con bajas entorno (sic) e incluso superiores al 10% respecto de la baja media. Considerando el criterio de desviación de 10% sobre la media de las bajas, mejor criterio para considerar anomalía o desproporción en las bajas.

»Para el presente contrato las bajas medias son del 5,46 % para el anexo I y del 15,25% para el anexo II, por lo que la diferencia superior al 10% respecto a las mismas se produciría con bajas del 15,46% para el anexo 1 y del 25,25% para el anexo IL Por ello las bajas de Aceinsa quedan dentro del margen del 10% respecto de la baja media Es por ello que *a priori* se pueda considerar la posibilidad de justificar bajas superiores al 5% para el anexo I y al 15% para el anexo ii.

»También es cierto que el anterior razonamiento no considera el hecho de que las bajas realmente presentadas en el procedimiento de licitación, han sido realizadas de manera concentrada, en torno a los valores que el pliego indica como consideración de oferta anormal o desproporcionada, por lo que la anterior consideración se ve influenciada por esta circunstancia.

»5.2.- La amortización de inversiones en seis años se considera razonable y aceptable desde el punto de vista económico y empresarial. Se puede considerar además esta premisa como parte del riesgo y ventura a cuenta del adjudicatario. Además la experiencia de las contrataciones del Ayuntamiento de Salamanca indica que resulta habitual la finalización de los contratos incluyendo el periodo de prórroga de los mismos, hecho que viene sucediendo en la gran mayoría de los casos.

»5.3.- Se considera razonable la inclusión en la valoración del proyecto de inversión de la obtención ingresos por negocio inducido (tabla III y tabla IV) que previsiblemente se producirán como resultado de la posición privilegiada de la empresa adjudicataria en el potencial mercado del sector en la zona de influencia de la ciudad en incluso en la provincia.

»5.4.- Sin que hayan sido valorados expresamente, la obtención de la contratación del asunto produce para la empresa adjudicataria rendimientos complementarios que aunque resultan difícilmente valorables, no por ello son menos reales.

»Dichos rendimientos complementarios pueden ser entre otros: la mejora de la imagen de la empresa, la difusión y conocimiento de la empresa, su efecto demostración y publicidad, la adquisición de experiencia y mejores

conocimientos técnicos, su posicionamiento en el sector o la posibilidad de obtener contratos futuros entre otros.

»Como ejemplo aclaratorio de lo anterior, la empresa al participar en la licitación puede optar por una estrategia consistente en invertir en mayor medida en la aportación de mejoras sin coste del contrato, sin que ello le suponga mayores costes. Esto es posible dado que dicha inversión la hubiera tenido que realizar la empresa para dar a conocerse a través de una red comercial y/o publicidad, con los costes que ello conlleva. De este modo parte de la inversión que la empresa incluye en la oferta del contrato no se tendría que imputar en todo su importe como "nuevo coste", dado que lo que hace es simplemente sustituir dicha inversión de un lugar a otro.

»5.5.- Además de todo lo anterior se considera que para contrataciones de duración media-larga como la presente, las empresas pueden obtener futuras economías añadidas, resultantes del mejor conocimiento, experiencia, organización y adaptación a las condiciones reales de la prestación, lo cual redundará en reducción de los costes inicialmente previstos.

En el citado informe se concluye: "Se considera que tanto desde el punto de vista de aplicación de la LCSP como considerando aspectos económicos y financieros ["en función de los resultados del estudio económico y financiero de rentabilidad absoluta y relativa" -según señala en el apartado 4], y teniendo en cuenta además las consideraciones realizadas en el apartado 5, se considera que Aceinsa justifica la valoración de la oferta y precisa las condiciones de la misma, justificando la baja anormal o desproporcionada tanto para el anexo I del 12,12% como para el anexo II del 22,22%".

Décimo.- El 4 de julio el Quinto Teniente de Alcalde propone a la Comisión de Contratación y Bienes (folios 953 a 956 del expediente):

"Primero.- No admitir la propuesta de adjudicación del contrato del servicio de mantenimiento y mejora de las instalaciones de alumbrado público del municipio de Salamanca formulada por la Mesa de Contratación de fecha 11 de mayo de 2012.

»Segundo.- Proponer la adjudicación del contrato del servicio de mantenimiento y mejora de las instalaciones de alumbrado público del municipio de Salamanca a la empresa Aceinsa y, de conformidad con el art. 12 del Pliego de Cláusulas Administrativas, requerirla para que en el plazo de diez días hábiles presente la documentación previa a la adjudicación del contrato, incluida la fianza definitiva por el 5% por el valor estimado del contrato, IVA no incluido, por la cantidad de 102.319,77 €”.

En dicha propuesta se justifica la petición del informe al Director del Área de Medio Ambiente por el presidente de la Mesa de Contratación (Quinto Teniente de Alcalde) en el hecho de que “en dicha Mesa se planteó la conveniencia de solicitar un nuevo informe, habida cuenta de la disparidad de criterios existente entorno (sic) a la justificación o no de la baja, y por otro lado, del interés municipal por el considerable ahorro que supone la oferta de Aceinsa”.

Decimoprimerο.- El 5 de julio el interventor “formula sus reparos por escrito, contra la adjudicación del contrato y disposición del gasto derivado del mismo (...) por considerar que no procede la adjudicación del contrato a la empresa Aceinsa, en base a (sic) lo manifestado por [él] en las mesas de contratación celebradas los días 20 de marzo de 2012 y 11 de mayo de 2012, remitiénd[se] a los argumentos recogidos en las actas de referidas mesas de contratación”.

Decimosegundo.- El 5 de julio la Comisión de Contratación y Bienes, informa favorablemente (por mayoría y con el voto en contra del grupo municipal socialista) a la Junta de Gobierno Local la adopción del siguiente acuerdo (folios 959 a 963 del expediente):

“Primero.- Resolver los reparos formulados por el Sr. Interventor municipal en la Comisión de Contratación y Bienes celebrada el 5 de julio de 2012, a la propuesta del Quinto Teniente de Alcalde.

»Segundo.- No admitir la propuesta de adjudicación del contrato del servicio de mantenimiento y mejora de las instalaciones de alumbrado público del municipio de Salamanca formulada por la Mesa de Contratación de fecha 11 de mayo de 2012.

»Tercero.- Proponer la adjudicación del contrato del servicio de mantenimiento y mejora de las instalaciones de alumbrado público del municipio de Salamanca a la empresa Aceinsa y, de conformidad con el art. 12 del Pliego de Cláusulas Administrativas, requerirla para que en el plazo de diez días hábiles presente la documentación previa a la adjudicación del contrato, incluida la fianza definitiva por el 5% por el valor estimado del contrato, IVA no incluido, por la cantidad de 102.319,77 €”.

En dicho dictamen se justifica la petición del informe al Director del Área de Medio Ambiente por el presidente de la Mesa de Contratación (Quinto Teniente de Alcalde) en el hecho de que “en dicha Mesa se planteó la conveniencia de solicitar un nuevo informe, habida cuenta de la disparidad de criterios existente entorno (sic) a la justificación o no de la baja, y por otro lado, del interés municipal por el considerable ahorro que supone la oferta de Aceinsa”.

Decimotercero.- El 6 de julio la Junta de Gobierno Local aprueba por unanimidad el dictamen de la Comisión de Contratación y Bienes, antes citado (folio 963 del expediente).

Decimocuarto.- El 20 de julio de 2012 la Junta de Gobierno Local acuerda por unanimidad prestar su aprobación al Dictamen de la Comisión de Contratación y Bienes (folios 964 a 969 del expediente), cuyos términos son los siguientes:

“Primero.- Resolver los reparos formulados por el Sr. Interventor municipal en la Comisión de Contratación y Bienes celebrada el día 5 de julio de 2012, a la Propuesta del Quinto Tte. de Alcalde sobre la adjudicación del contrato y disposición del gasto derivado del mismo.

»Segundo.- Adjudicar el servicio de mantenimiento y mejora de las instalaciones de alumbrado público del municipio de Salamanca, a la Empresa Aceinsa Movilidad, con una duración del contrato de cuatro años desde su formalización, pudiendo prorrogarse anualmente hasta un máximo de dos años más, en su oferta:

»•Baja porcentual a aplicar a los precios de mantenimiento general de instalaciones (Anexo f del pliego de prescripciones técnicas):12,12 %.

»•Baja porcentual a aplicar a los precios de programas de mantenimiento y trabajos de ampliación, mejora o modificación y alumbrado festivo (Anexo 11 del Pliego de prescripciones técnicas): 22,22%

»Presenta Estudio de Costes y se compromete a realizar, a lo largo de la vigencia del servicio, las siguientes Mejoras, que cuantifica en 3.660.884, 15 €.

»•Mejoras de ahorro energético de acuerdo con el REEAE

»•Digitalización de planos del alumbrado artístico de la ciudad y elaboración de aplicación informática para las labores de mantenimiento y almacén.

»•Mejoras en la telegestión del alumbrado, tanto en sus componentes físicos como en el software de control. si se propone un nuevo software, éste deberá ser compatible con las 24 placas de control ya instaladas en la ciudad (...)"

En dicho Acuerdo (y en el dictamen que le sirve de base) se justifica la petición del informe al Director del Área de Medio Ambiente por el presidente de la Mesa de Contratación (Quinto Teniente de Alcalde) en el hecho de que "en dicha Mesa se planteó por un vocal la conveniencia de solicitar un nuevo informe, habida cuenta de la disparidad de criterios existente entorno a la justificación o no de la baja, y por otro lado, del interés municipal por el considerable ahorro que supone la oferta de Aceinsa".

Decimoquinto.- El 31 de julio la Junta de Gobierno Local acuerda aprobar por unanimidad una propuesta de la Adjunta Jefe del Servicio de Contratación y Bienes sobre rectificación de un error material advertido en la parte expositiva de los Acuerdos de la Junta de Gobierno Local de 6 de julio y 20 de julio, sobre el expediente de contratación (folios 970 y 971 del expediente).

Consta la notificación de dicho Acuerdo a Aceinsa y a Etralux (folios 972 a 975 del expediente).

Decimosexto.- El 13 de agosto de 2012 D. Antonio Jesús Martínez Cachafeiro, en nombre y representación de Etralux S.A., presenta en el registro del órgano de contratación (Ayuntamiento de Salamanca) un recurso especial en materia de contratación contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 20 de julio de 2012, por el que se adjudica a la empresa Aceinsa Movilidad S.A. el contrato de mantenimiento y mejora de las instalaciones de alumbrado público del municipio de Salamanca" (folios 976 a 1008 del expediente).

Se adjuntan al recurso:

- Un dictamen sobre el análisis técnico de la oferta presentada por Aceinsa, suscrito el 6 de agosto por D. Fernando Flores Aguilar-Amat, ingeniero industrial del Departamento de Alumbrado y Energía del Grupo Etra, grupo empresarial al que pertenece el licitador recurrente (folios 1.010 a 1.071 del expediente).

- Un informe suscrito el 10 de agosto por D. Lorenzo Arce, auditor de cuentas del Departamento Financiero del Grupo ETRA (folios 1072 a 1079 del expediente), en el que se valora la "justificación en función de aspectos económicos y financieros" (apartado 4) del informe sobre la justificación de baja anormal o desproporcionada emitido por el Director del Área de Medio Ambiente y que sirvió de base para la adjudicación.

El 9 de agosto anterior la empresa recurrente había anunciado al órgano de contratación la interposición del recurso especial (folio 1.081 del expediente).

El recurso se basa en los siguientes motivos:

1.- Nulidad del "levantamiento del reparo" formulado por el interventor con carácter previo a la adopción del acuerdo recurrido, por considerar que no se ha justificado adecuadamente la baja desproporcionada. Se alega la nulidad por entender que la resolución de discrepancias del interventor no es una competencia susceptible de delegación.

2.- Nulidad del acuerdo recurrido por no haber excluido de la licitación la proposición de Aceinsa, al superar ésta los límites indicados en el PCAP para considerar que una proposición no puede ser cumplida.

3.- Nulidad del acuerdo recurrido puesto que la Junta de Gobierno Local no puede revocar el la propuesta de adjudicación formulada por la Mesa de Contratación, órgano competente para valorar las ofertas como anormales o desproporcionadas.

4.- Nulidad del acuerdo recurrido en cuanto que la justificación presentada incumple los requisitos del artículo 152.3 del TRLCSP. Afirma que la justificación de precios anormales o desproporcionados que presenta Aceinsa debería ir en consonancia al estudio de costes que presentó en el sobre nº 3, pues lo contrario conllevaría una modificación encubierta de la oferta –prohibida por la ley-. Manifiesta asimismo que “existen importantes diferencias e incoherencias entre la justificación de valores anormales y el estudio de costes presentado en el sobre nº 3; pero también entre dicha justificación y lo ofertado en el sobre nº 2”; lo que supone una modificación de la oferta.

5.- Nulidad del acuerdo recurrido puesto que la aceptación de la justificación de la baja desproporcionada se basó exclusivamente en un informe técnico de un servicio distinto al competente -incumpléndose de esta forma el artículo 152.3 del TRLCSP-, cuya emisión se justifica en una inexistente decisión de la Mesa de Contratación.

6.- Solicita que se declare el mejor derecho de Etralux a la adjudicación del contrato, al señalar que la puntuaciones otorgada a Aceinsa en la valoración de las mejoras del sobre nº 3 deben ser modificadas, pues los criterios de valoración económica no han sido homogéneos y además, algunas de las mejoras debieron excluirse por incumplimientos del pliego; e igualmente deben modificarse a la baja las puntuaciones otorgadas a dicha empresa en la valoración de los criterios que dependen de un juicio de valor del sobre nº 2 ya que sus proposiciones adolecen de incoherencias y algunas incumplen en pliego. Expone en este sentido las, a su juicio, erróneas valoraciones de la oferta de Aceinsa.

7.- Considera que el órgano de contratación ha actuado con arbitrariedad y ha incurrido en su actuación en desviación de poder, además de vulnerar los principios generales de la contratación pública de confianza, igualdad de trato y transparencia.

Finalmente, solicita la suspensión del Acuerdo de adjudicación.

Decimoséptimo.- El Ayuntamiento emite los siguientes informes en relación con el recurso presentado:

- Informe del Director del Área de Medio Ambiente de 5 de septiembre, al que se adjuntan varios documentos (folios 1089 a 1096 del expediente), en el que se aclaran diversas consideraciones realizadas en el informe del auditor de cuentas aportado con el recurso especial y se concluye que "los supuestos y conclusiones del informe pericial emitido con fecha 29 de junio de 2012 (...) se consideran correctos y justificados, por lo que (...) se ratifica en el mismo".

- Informe del Director del Área de Ingeniería Civil de 10 de septiembre (folios 1097 a 1101 del expediente), relativo a los temas técnicos del recurso especial, en el que se analizan las observaciones realizadas en el dictamen técnico de la oferta presentada por Aceinsa, elaborado por D. Fernando Flores Aguilar-Amat, y se ratifican las valoraciones e informes emitidos en su día.

- Informe de la Adjunta Jefe del Servicio de Contratación de 10 de septiembre, al que se adjuntan la base nº 88 de la ejecución del presupuesto y la publicación de la delegación de competencias del Pleno en la Junta de Gobierno Local en el Boletín oficial de la Provincia (folios 1082 a 1088 del expediente). En el informe se rebaten someramente las alegaciones formuladas por la empresa recurrente del siguiente modo:

1.- En cuanto a la nulidad del reparo formulado, se argumenta que de acuerdo con la Base de Ejecución del Presupuesto nº 88, aprobadas por el Pleno el 27 de enero de 2012, "la resolución de discrepancias, cuando los reparos afecten a obligaciones o gastos que son de su competencia

por delegación del Pleno, le corresponderá a la Junta de Gobierno Local". Y que la delegación de asuntos del Pleno en la Junta de Gobierno Local se efectuó por Acuerdo del Pleno de 24 de junio de 2011.

2. En cuanto a la nulidad de la adjudicación por no haber excluido la proposición de Aceinsa, por superar los límites previstos en el pliego, se limita a enunciar el artículo 11 del PCAP y el artículo 136 de la LCSP, y a citar el informe 7/2011, de 22 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Valenciana, en el que se afirma que "si del informe de los servicios técnicos –a la vista de la justificación de tales condiciones esgrimidas por el licitador incurso en la oferta desproporcionada o anormal- se acredita la seriedad de su oferta, es decir, la seguridad de ejecutar satisfactoriamente la prestación, deberá ser considerada o, contrario sensu, se aplicará el artículo 136.4 de la LCSP".

3.- Respecto a la nulidad del Acuerdo, por incompetencia de la Junta de Gobierno Local para revocar el Acuerdo de la Mesa de Contratación, se limita a señalar que, de acuerdo con el artículo 144.2 de la LCSP y la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2005, el órgano de contratación podrá apartarse de la propuesta de la Mesa de Contratación, pero su decisión deberá estar suficientemente motivada.

4.- En relación con la nulidad alegada por incumplir el informe justificativo de la baja anormal o desproporcionada los requisitos del artículo 152.3 del TRLCSP (sic), se remite, sin pronunciamiento alguno, a los informes técnicos obrantes en el expediente.

5.- En cuanto a la nulidad invocada, por basarse la aceptación de la baja anormal o desproporcionada, y por ende el Acuerdo impugnado, exclusivamente en un informe técnico de un servicio distinto al competente, se afirma que "ante las discrepancias surgidas en la Mesa de Contratación con carácter previo a la adjudicación, se solicita otro informe técnico de un funcionario municipal, Director del Área de Medio Ambiente y con la titulación de ingeniero industrial, especialidad de electricidad, intensificación automática y electrónica, dentro de las facultades del órgano de contratación"; se cita la Resolución de 9 de marzo de 2011 (rec. 64/2010), del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en el que se indica que "la

decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no corresponde al órgano de contratación sopesando las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y los informes emitidos por los servicios técnicos. Evidentemente ni las alegaciones mencionadas ni los informes tienen carácter vinculante para el órgano de contratación que debe sopesar adecuadamente ambos y adoptar su decisión en base a ellos"; y se manifiesta que "cuando la adjudicación se fundamenta en informes técnicos, como es el presente caso, solicitados dentro de las facultades conferidas a la Mesa y la órgano de contratación, dichos informes de deberán incorporar al expediente de contratación (...) y su aceptación servirá de motivación a la resolución cuando se incorporan al texto de la misma".

6.- En cuanto al resto del recurso, manifiesta que "la adjudicación del órgano de contratación se basó en unos informes técnicos obrantes en el expediente correspondientes al Sr. Director del Área de Ingeniería Civil y al Sr. Director del Área de Medio Ambiente, según los cuales se consideró justificada la baja propuesta por Aceinsa Movilidad S.A., en función de los argumentos recogidos en los mismos, y que es la más ventajosa económicamente para el Ayuntamiento, según consta en propuesta del Quinto Teniente de Alcalde de fecha 4 de julio de 2012".

Decimoctavo.- El 13 de septiembre se recibe en el registro de este Tribunal la siguiente documentación remitida por el órgano de contratación: el expediente de contratación, el recurso especial interpuesto y los dictámenes aportados por el recurrente, así como los informes técnicos emitidos por el Ayuntamiento, enumerados en el antecedente de hecho decimoséptimo.

Decimonoveno.- El mismo día 13 de septiembre se admite a trámite el recurso presentado.

Vigésimo. - Por la Secretaría del Tribunal se da traslado del recurso a los demás licitadores a fin de que puedan formular alegaciones.

Vigésimo primero.- El 25 de septiembre D. Javier Rivero Santana, en nombre y representación de Urbalux S.A., presenta un escrito en el que alega, en síntesis, lo siguiente:

- Manifiesta su conformidad con el hecho de que la proposición económica presentada por Aceinsa “debió ser excluida de la licitación, dado que superaba ampliamente los límites indicados en el pliego para considerar que una proposición no puede ser cumplida. Todas las empresas participantes (las ocho restantes) [asumieron] esos límites y presenta[ron] [sus] ofertas dentro de los mismos pues [entendían] que superarlos significaría la exclusión inmediata de la licitación. Aceinsa jugó con ventaja y su proposición económica superó ampliamente los límites, conociendo probablemente de antemano que ese hecho no iba a suponer su exclusión”.

- Afirma que el órgano de contratación, que se apartó del Acuerdo de la Mesa de Contratación de excluir a Aceinsa, “no tuvo ningún reparo en revocar dicho acuerdo y adjudicar el contrato a quien todo parecía indicar que estaba predeterminado, no sin antes encargar un informe ad hoc fuera del servicio correspondiente”.

- Considera que, a la vista del estudio de la oferta de Aceinsa realizado en el recurso, ésta “está sobrevalorada en todos y cada uno de los apartados sujetos a valoración del sobre nº 2 en relación con el resto de empresas participantes”, ya que la oferta “adolece de incoherencias, de cifras diferentes por los mismo conceptos en función del criterio que esté valorando (distintos apartados del sobre nº 2, estudio de costes, justificación de la baja desproporcionada, etc.)”.

- Coincide con el criterio del interventor municipal, manifestado en la Mesa de Contratación, “en el sentido de que no existe una homogeneidad de criterios en la valoración de las [mejoras] y algunas de ellas debieron excluirse por no cumplir los criterios del pliego, en especial, el de que no podían suponer un aumento de coste para el Ayuntamiento ni en su implantación ni en la prestación del servicio (...)”.

- Manifiesta su acuerdo con la alegación, contenida en el recurso, de que ha existido arbitrariedad y desviación de poder, ya que, a su juicio, “parecía haber una clara intención desde el principio por parte del equipo de gobierno del Ayuntamiento (...) de favorecer a Aceinsa Movilidad –empresa, por cierto, sin experiencia alguna en gestión de alumbrados públicos- (...)”.

Junto al escrito de alegaciones aporta un informe elaborado el 26 de septiembre por Dña. Yasmina Fernández Cuevas, Director Técnico de Aceinsa Movilidad, ingeniero civil e ingeniero informático de gestión, en el que se rebaten las observaciones realizadas en el dictamen elaborado por D. Fernando Flores Aguilar-Amat –aportado junto con el recurso-.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

1ª.- La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en virtud de lo dispuesto en el artículo 41.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante, TRLCSP) y en el artículo 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

2º.- La empresa Etralux S.A. está legitimada para interponer el recurso especial en materia de contratación y consta acreditada su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP.

El recurso se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada. El acto es por tanto recurrible, de acuerdo con el artículo 40 del TRLCSP.

El recurso especial se ha planteado en tiempo y forma. El artículo 44.2 del TRLCSP establece que el cómputo del plazo de quince días hábiles para la interposición del recurso contra el contenido de los pliegos se iniciará “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.”. Consta asimismo que se ha anunciado previamente la interposición del recurso al órgano de contratación y que el recurso se ha presentado ante este último, quien ha remitido a este Tribunal la documentación prevista en la norma.

Respecto a la medida cautelar solicitada, hay que recordar que la suspensión es automática por imperativo legal (ex artículo 45 TRLCSP),

manteniéndose aquélla hasta que se pronuncie expresamente el Tribunal, sin que pueda procederse a la formalización del contrato, ni comenzarse su ejecución.

3º.- En relación con la documentación remitida por el órgano de contratación, debe ponerse de manifiesto, por su trascendencia en la resolución del presente recurso, que el órgano gestor del procedimiento de contratación (Servicio de Contratación y Bienes) no ha cumplido debidamente lo dispuesto en el artículo 46.2 del TRLCSP, pues el informe preceptivo que acompaña con la remisión del expediente, omite la razón y motivación de las decisiones sobre las cuestiones debatidas en el recurso y, al analizar las alegaciones contenidas en el recurso, se limita a una mera exposición genérica de lo previsto en los pliegos y en la legislación de contratos, y se remite a los informes técnicos, en lo relativo a la suficiencia de la justificación presentada por Aceinsa y a la decisión adoptada por el órgano de contratación.

Tampoco los informes técnicos emitidos por el Director del Área de Ingeniería Civil y por el Director del Área de Medio Ambiente se prodigan en desarrollar los argumentos favorables a la admisión de la justificación de la baja anormal o desproporcionada.

Debe recordarse, como afirma el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 12/2012, de 27 de marzo de 2012, que “un informe es un documento administrativo (de juicio u opinión) que, por definición, contiene una declaración emitida por el órgano designado en la ley, sobre las cuestiones de hecho o derecho que son objeto de un procedimiento, (en este caso el recurso especial en materia de contratación). La finalidad del informe es proporcionar al Tribunal datos, valoraciones y opiniones precisos, para la formación de su voluntad y la adopción de sus acuerdos o resoluciones, y no puede limitarse, como ocurre en el presente caso, a una mera descripción o enumeración correlativa de las fechas en que se han producido las distintas actuaciones en el procedimiento licitatorio, y a la afirmación de que se ha revisado la oferta técnica de la adjudicataria y se ha comprobado que cumple plenamente las características técnicas solicitadas en el pliego de prescripciones técnicas, sin mayor fundamentación”.

En el presente supuesto, la motivación contenida en los informes mencionados sobre la justificación de la baja anormal o desproporcionada es insuficiente puesto que no recoge la fundamentación exigible a este tipo de documentos administrativos; lo que supone una cierta falta de diligencia, contraria a las prácticas exigibles del derecho a una buena administración.

4º.- En cuanto al fondo del asunto, las alegaciones de la empresa recurrente pueden encuadrarse en dos grupos:

a) El órgano de contratación ha infringido el procedimiento de adjudicación. Cita las siguientes infracciones: el órgano de contratación se ha apartado de la propuesta de adjudicación de la Mesa de Contratación; la adjudicación se ha basado en un informe *ad hoc* ("informe a la carta" lo denomina el recurrente) solicitado a un servicio distinto del competente sin contar con la Mesa, favorable a la viabilidad económica de la oferta anormal o desproporcionada; la Junta de Gobierno Local ha levantado de manera indebida el reparo formulado por el interventor.

b) El órgano de contratación ha incurrido en arbitrariedad y desviación de poder en su actuación. Menciona las siguientes actuaciones irregulares: la propuesta económica de Aceinsa debió ser excluida por ser anormal o desproporcionada, al superar los límites fijados en el PCAP para considerar que una proposición no puede ser cumplida; la justificación presentada por la empresa incumple las previsiones del artículo 152.3 del TRLCSP (artículo 136.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público -en adelante LCSP-), ya que existen importantes diferencias e incoherencias entre la justificación de valores anormales y el estudio de costes del sobre nº 3, y entre dicha justificación y lo ofertado en el sobre nº 2; y porque las puntuaciones otorgadas a Aceinsa han de ser modificadas ya que los criterios de valoración económica no han sido homogéneos y algunas de las mejoras propuestas por dicha empresa debieron excluirse por incumplimientos del pliego.

Se procede a analizar por separado cada una de las alegaciones:

A) Infracciones del procedimiento.

Se alega por la empresa recurrente que el órgano de contratación no se ha ajustado en su actuación a las exigencias procedimentales previstas en la Ley.

Es preciso, pues, analizar si dicha actuación se ha ajustado al régimen jurídico de la contratación del sector público (LCSP y normativa de desarrollo), y, en especial, al PCAP que constituye, junto con el PPT, la ley de contrato, como ha afirmado reiteradamente la jurisprudencia.

Este Tribunal debe advertir, con carácter previo, de que el análisis del asunto que se somete a su consideración debe quedar circunscrito a los aspectos formales de la valoración, tales como normas de competencia o procedimiento, la comprobación de que en la valoración no se hayan aplicado criterios arbitrarios o discriminatorios (en consonancia con los artículos 1 y 123 de la LCSP -artículos 1 y 139 del TRLCSP), de que no se haya incurrido en error material y de que la admisión de las propuestas y su valoración se ajustan a los cánones de la discrecionalidad técnica y existe motivación adecuada y suficiente. La aplicación de criterios de valoración a los elementos evaluables mediante juicios de valor (como sucede en el presente caso) está excluido de las facultades del Tribunal, pues este órgano no puede sustituir la decisión sobre el concreto valor atribuido a un aspecto de la oferta por otra, ya que ello supondría sustituir el juicio de un órgano experto competente para ello por el juicio de este Tribunal (en este sentido, Resoluciones 176/2011, 251/2011 o 51/2012, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales; y Resolución 4/2012, de 24 de abril, de este Tribunal).

Las infracciones procedimentales alegadas por la recurrente no pueden ser acogidas:

- La discrepancia surgida ante el reparo formulado por el interventor fue resuelto por la Junta de Gobierno Local, de conformidad con la Base 88^a de ejecución del presupuesto (según indica el informe del Servicio de Contratación y Bienes, dichas bases se aprobaron por el Pleno el 27 de enero de 2012), en relación con la delegación de competencias del Pleno en la Junta de Gobierno Local, aprobada por aquél el 24 de junio de 2011.

A pesar de que la recurrente cuestiona la validez de la delegación de competencias efectuada, este Tribunal carece de competencia para pronunciarse sobre dicha cuestión.

- El artículo 144.2 de la LCSP permite al órgano de contratación apartarse de la propuesta de adjudicación realizada por la mesa de contratación, pero exige que esta decisión esté motivada.

Cuestión distinta es si está suficientemente motivada la decisión del órgano de contratación –extremo que se analiza *ut infra*–.

- En relación con la petición de un informe *ad hoc* a un Área ajena al servicio que se contrata, el artículo 135.1 de la LCSP establece 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. Para realizar dicha clasificación, atenderá a los criterios de adjudicación señalados en el pliego o en el anuncio pudiendo solicitar para ello cuantos informes técnicos estime pertinentes. (...)”. Y el artículo 136.3 exige que en el procedimiento para valorar el carácter desproporcionado o no de una proposición “deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente”.

Aun cuando la referencia al “servicio técnico correspondiente” pudiera entenderse como el competente por razón de la materia, lo cierto es que nada obsta para que el órgano de contratación pueda solicitar cuantos informes técnicos considere precisos para sustentar su decisión, que, no ha de olvidarse, ha de estar suficientemente motivada, máxime si se aparta del criterio de la Mesa de Contratación, como es el caso.

No cabe, por ello, estimar las alegaciones que la recurrente plantea en relación con las infracciones procedimentales enunciadas.

B) Arbitrariedad del órgano de contratación en la adjudicación.

La cuestión a analizar es, por tanto, si cabe entender suficientemente motivada la adjudicación acordada por el órgano de contratación.

Como se ha expuesto, el órgano de contratación ha adjudicado el contrato a la empresa Aceinsa, cuya propuesta económica incluye valores anormales o desproporcionados, al admitir la justificación de los valores anormales de la oferta presentada sobre la base de los razonamientos recogidos, fundamentalmente, en el informe del Director del Área de Medio Ambiente (el informe del Director del Área de Ingeniería Civil propone aceptar la justificación pero muestra sus dudas sobre si la reducción del beneficio industrial puede impedir el cumplimiento del contrato).

Tal y como se infiere del artículo 136.2 de la LCSP y ha señalado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 36/2010, de 23 de diciembre, al tratarse de un procedimiento de adjudicación en el que se tienen en cuenta varios criterios de valoración, los elementos de juicio que deben llevar a considerar que una oferta es desproporcionada o anormalmente baja deben figurar expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

En el presente caso el artículo 11 del PCAP ("Criterios de adjudicación") establece los criterios objetivos para apreciar que una proposición incluye valores anormales o desproporcionados: el apartado 2 ("criterios valorables en cifras de forma automática") de dicho artículo establece que "Se considerarán en principio desproporcionadas o anormales las ofertas que supongan una baja mayor de 5% sobre el cuadro de precios del Anexo I del pliego de prescripciones técnicas y una baja mayor del 15% sobre el cuadro de precios del Anexo II del referido pliego de prescripciones técnicas".

En el examen de esta cuestión "se hace necesario destacar la función y desarrollo del concepto de oferta anormal o desproporcionada. El TRLCSP [y la LCSP] establece la posibilidad de rechazar una proposición cuando se considere que no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados" (Resolución 121/2012, de 23 de mayo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

El rechazo de las proposiciones temerarias persigue garantizar la ejecución del contrato haciendo efectivo el principio de eficiencia y necesidad del contrato plasmado en el artículo 1 y 22 de la citada Ley, al destacarse la

importancia del cumplimiento de los fines institucionales que se persiguen con la contratación administrativa. Se trata de evitar que la ejecución del contrato se frustre como consecuencia de una proposición que en atención a sus valores sea desproporcionada no cumpliéndose el fin institucional que se persigue con el contrato (Resolución 217/2011, de 14 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (por todas, Resolución 121/2012, de 23 de mayo) ha señalado lo siguiente:

“Esta cautela se prevé en el artículo 152 del TRLCSP que establece que los pliegos pueden fijar límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. La superación de tales límites no permite excluir de modo automático la proposición, dado que es preciso la audiencia del licitador a fin de que éste pueda justificar que, no obstante los valores de su proposición, sí puede cumplir el contrato. De esta manera la superación de los límites fijados en el pliego se configura como presunción de temeridad que debe destruirse por el licitador, correspondiéndole sólo a él la justificación de su proposición, de modo que su silencio conlleva el rechazo de la proposición.

»(...).

»(...) el interés general o interés público ha sido durante décadas el principal elemento conformador de los principios que inspiraban la legislación de la contratación pública española. Sin embargo, la influencia del derecho de la Unión Europea ha producido un cambio radical en esta circunstancia, pasando a situar como centro en torno al cual gravitan los principios que inspiran dicha legislación, los de libre competencia, no discriminación y transparencia, principios que quedan garantizados mediante la exigencia de que la adjudicación se haga a la oferta económicamente más ventajosa, considerándose como tal aquella que reúna las mejores condiciones tanto desde el punto de vista técnico como económico.

»Por excepción, y, precisamente para garantizar el interés general, se prevé la posibilidad de que una proposición reúna tal característica y no sea considerada sin embargo la más ventajosa, cuando en ella se entienda que hay elementos que la hacen incongruente o desproporcionada o anormalmente baja. En consecuencia, tanto el derecho de la Unión Europea (en especial la Directiva 2044/18/CE), como el español, admiten la posibilidad de que la oferta inicialmente más ventajosa no sea la que sirva de base para la adjudicación”.

El artículo 136.2 de la LCSP (actual artículo 152.2 del TRLCSP) establece que “Cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, podrá expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, podrán indicarse en el pliego los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales

A este respecto, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (por todas, Resoluciones 24/2011, de 9 de febrero, y 72/2012, de 21 de marzo) extraer dos conclusiones:

“En primer lugar que cuando para la adjudicación deban tenerse en cuenta varios criterios de valoración, los que deban servir de base para determinar si una oferta es o no anormalmente baja o desproporcionada deben hacerse constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y en segundo lugar, que la finalidad de esta apreciación es determinar `que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados`.

»Esta última conclusión es especialmente relevante, pues pone de manifiesto que la apreciación de que la oferta contiene valores anormales o desproporcionados no es un fin en sí misma, sino un instrumento para establecer que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ello y que, por tanto, no debe hacerse la adjudicación a quien la hubiera presentado. De acuerdo con ello, la apreciación de si es posible el cumplimiento

de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que concurren en la oferta y de las características de la propia empresa licitadora, no siendo posible su aplicación automática.

»Ello motiva que el artículo 136 de la LCSP (art. 152 TRLCSP) en su apartado 3 establezca que "Cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado. En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente".

»En definitiva la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no corresponde al órgano de contratación sopesando las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y los informes emitidos por los servicios técnicos. Evidentemente ni las alegaciones mencionadas ni los informes tienen carácter vinculante para el órgano de contratación que debe sopesar adecuadamente ambos y adoptar su decisión en base a ellos.

»(...).

»Ante una situación análoga, concretamente en la Resolución 33/2011, el Tribunal afirmó que para dar una adecuada respuesta a la cuestión aquí planteada, no basta con citar el apartado 3 del artículo 136 de la LCSP (art. 152 TRLCSP), que se refiere a la solicitud de asesoramiento técnico, sino hay que tener en cuenta también lo dispuesto en su apartado 4 según el cual corresponde al órgano de contratación "considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior" estimar si la oferta puede ser o no cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. De acuerdo con ello, es imprescindible que el informe de los servicios técnicos esté suficientemente motivado, pudiendo ser

esa motivación sucinta, a los efectos de que la mesa de contratación primero, en su propuesta, y el órgano de contratación después, en su decisión, puedan razonar o fundar su decisión.

»De no cumplirse con el requisito de motivación antes expuesto, la decisión discrecional del órgano de contratación calificando una oferta de anormal o desproporcionada, cuando, como es el caso, no constan en el expediente las circunstancias que el citado órgano tomó en consideración en el momento de adoptar la correspondiente decisión, cabría calificarla de arbitraria, pues como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1984 "lo discrecional se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso, mientras que lo arbitrario, o no tiene motivación respetable sino pura y simplemente la conocida como "*sit pro rationes voluntas*", o la que ofrece es tal que escudriñando en su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación su carácter realmente indefendible y su inautenticidad. Por ello el primer criterio de deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario es la motivación, porque si no hay motivación que la sostenga el único apoyo de la decisión será la voluntad de quien la adopte".

En el supuesto analizado, Etralux fundamenta su recurso contra el acuerdo de adjudicación en varios motivos –expuestos en el antecedente de hecho decimosexto–, unos de índole procedimental (cuya concurrencia no aprecia este Tribunal) y otros de índole material; entre estos últimos, que la propuesta económica de Aceinsa debió ser excluida por ser anormal o desproporcionada, al superar los límites fijados en el PCAP para considerar que una proposición no puede ser cumplida; que la justificación presentada por la empresa incumple las previsiones del artículo 152.3 del TRLCSP (artículo 136.3 de la LCSP), ya que existen importantes diferencias e incoherencias entre la justificación de valores anormales y el estudio de costes del sobre nº 3, y entre dicha justificación y lo ofertado en el sobre nº 2; y que las puntuaciones otorgadas a Aceinsa han de ser modificadas ya que los criterios de valoración económica no han sido homogéneos y algunas de las mejoras propuestas por dicha empresa debieron excluirse por incumplimientos del pliego.

En cuanto a la primera deficiencia (exclusión de la oferta presentada al superar los límites fijados en el PCAP), ya se ha expuesto que la superación de

tales límites no permite excluir de modo automático la proposición, ya que es preciso la audiencia del licitador a fin de que éste pueda justificar que, no obstante los valores de su proposición, sí puede cumplir el contrato.

Respecto a la insuficiencia de la justificación de los valores anormales o desproporcionados, cierto es que el recurso argumenta que el carácter bajo de la proposición determinará pérdidas para la empresa. En este sentido, el Tribunal Administrativo Central de Recurso Contractuales (Resolución 36/201, de 23 de diciembre) ha señalado que “aun admitiendo que la forma normal de actuar en el mundo del seguro, como en general en el mundo de los negocios, no es hacerlo presumiendo que se sufrirán pérdidas como consecuencia de una determinada operación, es claro también que entre las motivaciones del empresario para emprender un determinado negocio no sólo se contemplan las específicas de ese negocio concreto, sino que es razonable admitir que para establecer el resultado de cada contrato, se haga una evaluación conjunta con los restantes negocios celebrados por la empresa y que, analizado desde esta perspectiva, pueda apreciarse que produce un resultado favorable”. Por todo ello la sola concurrencia de esta circunstancia no permitiría calificar como inviable una oferta con valores anormales o desproporcionados.

Sin embargo, también se alega que existen diferencias e incoherencias entre la justificación de valores anormales y el estudio de costes del sobre nº 3, y entre dicha justificación y lo ofertado en el sobre nº 2.

Del artículo 84 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, se infiere que la exclusión de una proposición económica procederá cuando exista error manifiesto en el importe de la proposición o reconocimiento por parte del licitador de que la oferta adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable.

La jurisprudencia tiene declarado que el error sólo puede ser considerado manifiesto cuando sea ostensible, claro, patente, notorio, palpable y apreciable sin esfuerzo, (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2004, elaborada en aplicación del artículo 62.1.b) de la Ley 30/1992, de 26 de

noviembre, al tratar de los actos dictados por órgano manifiestamente incompetente”). Esta circunstancia no parece concurrir en el caso analizado.

No resulta tan clara, sin embargo, la viabilidad de la oferta presentada a causa del error o inconsistencia de la proposición. Se advierte, y así lo pone de manifiesto la recurrente, que existen diferencias e incoherencias entre el estudio de costes del sobre nº 2 y la justificación de la baja anormal o temeraria presentada por Aceinsa. Y es el informe del Director del Área de Ingeniería Civil el que, advirtiendo la modificación a la baja del beneficio industrial sobre el planteado en la oferta contenida en el sobre nº 2, somete a la apreciación de la Mesa de Contratación, por no tener criterios para su consideración, si la reducción del Beneficio Industrial al 0,477% del importe del contrato adoptado discrecionalmente por el licitador “con el fin de expandirse en el sector”, puede impedir el cumplimiento del mismo.

Cierto es que la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1971; 22 de junio de 1972; 27 de noviembre de 1984; 28 de septiembre de 1995; y 6 de julio y 21 de septiembre de 2004, entre otras; Sentencia del Tribunal Constitucional 141/93, de 22 de abril) y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informes 26/97, de 14 de julio; 13/92, de 7 de mayo; y 1/94, de 3 de febrero), se inclinan cada vez más por la aplicación de un criterio antiformalista y restrictivo en el examen de las causas de exclusión de las proposiciones, afirmando que “una interpretación literalista que conduzca a la no admisión de las proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia”. Sin embargo, ello no debe suponer que la adjudicación de los contratos se realice prescindiendo de la necesaria y suficiente motivación.

En el caso analizado, la motivación de la adjudicación no se considera suficiente. Si bien los informes técnicos del Director del Área de Ingeniería Civil y del Director del Área de Medio Ambiente tratan de justificar la suficiencia de la justificación de los valores anormales presentada por Aceinsa, también lo es que tales informes no se pronuncian motivadamente -o lo hacen de manera muy genérica- sobre la incidencia de la redistribución de partidas económicas (así lo denomina Aceinsa en sus alegaciones) en la viabilidad de la oferta, y sobre las diferencias de valores que se contienen en la justificación (folios 628 a 896 del

expediente) respecto a la oferta económica presentada (folios 365 a 625). Así, a título de ejemplo, pueden citarse las siguientes:

- En los folios 646 a 652 figura una enumeración de medios materiales que difiere de la recogida en los folios 371 a 376. Y la cifra total de inversiones indicada en los folios 652 y 858 (319.600 euros) es distinta de la prevista en el folio 376 (412.200 euros). Incluso en la justificación se incluyen algunos de estos materiales como amortizados.

- En los folios 653 y 859 ("1.3.- Amortización de las inversiones") se omite cualquier referencia a la financiación de las inversiones, a que sí se alude en el folio 377.

- En los folios 654 y 861 no se incluyen entre los gastos de explotación los gastos corrientes y las inversiones de reposición, a diferencia de lo recogido en los folios 379 a 395.

- En los folios 655 y 656, y 862 y 863, se reduce el porcentaje del beneficio industrial (del 6% al 1%) y de los gastos generales (del 16% al 6%), y el coste anual del servicio también difiere: 810.729,68 euros en la justificación, y 1.618.801,81 euros en el folio 397.

En virtud de ello, la adjudicación del contrato a la empresa en cuya oferta concurren valores anormales o desproporcionados no se ha justificado suficientemente en los informes emitidos, que, como se ha indicado, guardan silencio o no son claros sobre la falta de concordancia entre los datos incluidos en la proposición económica y los incorporados a la justificación de la oferta.

Ante la insuficiencia de motivación de los informes técnicos, y por ende del Acuerdo de adjudicación, la decisión adoptada puede calificarse de arbitraria y contraria a derecho. Por tanto, el motivo debe estimarse.

5ª.- La empresa recurrente solicita que este Tribunal revoque el acuerdo recurrido y acuerde la adjudicación del contrato a Etralux.

A este respecto, debe ponerse de manifiesto que este Tribunal tiene ciertas limitaciones competenciales en relación con este tipo de pretensiones. A ellas se ha referido el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en sus Resoluciones 269/2011 y 84/2012, al señalar que el Tribunal "tiene exclusivamente una función revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad, conforme con lo que establece para el conjunto de los recursos administrativos el artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de modo que de existir tales vicios hemos de proceder a anular el acto o actos, ordenando se repongan las actuaciones al momento anterior a aquel en que el vicio se produjo, pero sin que el Tribunal pueda sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación, en este caso de la entidad contratante, única a la que corresponde dictar el acto de adjudicación, so pena de incurrir en incompetencia material sancionada con nulidad radical (artículo 62.1.b) de la Ley 30/1992)".

En cuanto a la posibilidad de modificar la valoración realizada por el órgano de contratación, el propio Tribunal Central, en sus Resoluciones 176/2011 y 189/2011, ha señalado que "los criterios evaluables en función de juicios de valor tienen la peculiaridad de que se refieren en todo caso a cuestiones que por sus características no pueden ser evaluadas aplicando procesos que den resultados precisos predeterminables. Por el contrario, aun cuando se valoren en términos absolutamente objetivos no es posible prever de antemano con certeza cuál será el resultado de la valoración. Básicamente los elementos de juicio a considerar para establecer la puntuación que procede asignar por tales criterios a cada proposición descansan sobre cuestiones de carácter técnico.

»Este Tribunal viene considerando de plena aplicación a tales casos la doctrina reiteradamente sostenida por nuestro Tribunal Supremo con respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal sino que

este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios o que finalmente no se haya incurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”.

»De acuerdo con lo anterior, si existe error o arbitrariedad en la valoración realizada por la Administración el Tribunal puede modificar la misma”.

A la vista de ello, la estimación del recurso no conlleva la adjudicación del contrato a la empresa recurrente sino la retroacción de las actuaciones a la fase de valoración de la justificación presentada, para que se proceda a emitir un nuevo informe en el que se motive suficientemente, en los términos expuestos, la adecuación de la justificación presentada, o, en caso contrario, se proceda a su exclusión y a la adjudicación del contrato a la siguiente empresa.

6ª.- A mayor abundamiento y sin entrar a valorar las alegadas infracciones en la puntuación de las mejoras ofertadas, cabe señalar que, “la previa concreción de las mejoras es un requisito esencial pues como ha recordado la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, asunto Alexandroupulis, una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores.

»En este sentido la Junta Consultiva de Contratación de la Administración del Estado, en su informe 59/2009, de 26 de febrero, cuya postura comparte este Tribunal, se pronuncia favorablemente a la posibilidad de admitir mejoras que impliquen la ejecución de prestaciones accesorias para el contratista, sin coste para el órgano de contratación siempre que se establezcan los criterios de valoración que hayan de aplicárseles, debiendo tales mejoras figurar detalladas en el pliego de cláusulas administrativas particulares con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, y guardar relación directa con el objeto del contrato”.

»(...) no es posible valorar una mejora que no se ha previsto como tal en los pliegos, ello en base tanto a lo expuesto anteriormente como a las argumentaciones que se realizaron por este Tribunal en su resolución 133/2001, recurso nº 91-104/2011, fundamento sexto de la misma, y que se reproduce a continuación: "En este punto interesa indicar que los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen la ley del contrato y vinculan, según una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo español, tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación. En cuanto a la Administración la vinculación supone que no es posible alterar unilateralmente las cláusulas contenidas en los pliegos en perjuicio de los licitadores, y por tanto la valoración realizada por la misma ha de ajustarse a lo previsto en los pliegos. Respecto de estos últimos supone que deben cumplir las condiciones previamente establecidas en los pliegos, en este caso realizar la oferta con sujeción a los criterios de valoración contenidos en los pliegos". (Resolución nº 189/2011, de 20 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

7ª.- Por último en cuanto a la cuestión de si, en caso de resultar finalmente adjudicataria la empresa Aceinsa, ésta va a poder cumplir las obligaciones que le corresponden, ante la oferta anormal presentada, ha de tenerse en cuenta que dichas obligaciones vienen determinadas en el contrato, que las modificaciones contractuales han de ajustarse a lo previsto en los artículos 92 bis y siguientes de la LCSP (artículos 105 y siguientes del TRLCSP) que distinguen según esté o no prevista la modificación en la documentación que rige la licitación, y que el incumplimiento por el contratista puede dar lugar a la resolución de éste cuando concurran las causas previstas en el artículo 206 de la LCSP (artículo 223 del TRLCSP).

8ª.- 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.

En su virtud y al amparo de lo establecido en los artículos 47 del TRLCSP y 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León:

III ACUERDA

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación, interpuesto por la empresa Etralux S.A., contra el Acuerdo de adjudicación del contrato de mantenimiento y mejora de las instalaciones de alumbrado público del municipio de Salamanca, a la empresa Aceinsa Movilidad S.A. (expte. 205/2011), y ordenar la retroacción de las actuaciones a la fase de valoración de la justificación de los valores anormales o desproporcionados presentados por Aceinsa Movilidad S.A.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato.

TERCERO.- Notificar este Acuerdo a todos los interesados en el procedimiento.

De conformidad con los artículos 49 del TRLCSP y 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículo 10.1.k LJCA).