



**Recurso nº 390/2015 C.A. Extremadura 35/2015**

**Resolución nº 453/2015**

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL  
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 14 de mayo de 2015.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. L.E.R., en representación de la mercantil SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS, S.A. (en adelante, SICE o la recurrente) contra la exclusión de su oferta en la licitación del contrato de "*Suministro de energía y gestión energética de las instalaciones de alumbrado público exterior del Excmo. Ayuntamiento de Cáceres*", (expediente CON-SUM-0007-2013), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO.**

**Primero.** El Ayuntamiento de Cáceres (en adelante, el Ayuntamiento o el órgano de contratación) convocó, mediante anuncio publicado en el DOUE y en el BOE los días 28 de octubre y 11 de noviembre de 2014, respectivamente, licitación por procedimiento abierto para contratar el suministro de energía y la gestión energética de las instalaciones de alumbrado público exterior del municipio. El valor estimado se cifra en 10.574.066,80 euros. El presupuesto de licitación anual (sin IVA) asciende a 1.321.758,35 euros. A la licitación referida presentaron oferta cuatro empresas, entre ellas la recurrente.

**Segundo.** La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley de Contratos del Sector Público -cuyo texto refundido (en lo sucesivo TRLCSP) fue aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre-, así como en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. El contrato de suministro, dado su valor estimado, está sujeto a regulación armonizada.



**Tercero.** Los criterios de adjudicación establecidos en la cláusula 6.7 del Pliego de cláusulas administrativas (PCAP) se refieren a aspectos técnicos (hasta 30 puntos) que se analizan y puntúan discrecionalmente (programa de obras e inversiones; mejoras técnicas y otros) y a criterios cuya valoración se hace mediante fórmula (oferta económica; porcentaje de ahorro de energía garantizado; porcentaje de ahorros cedidos a la Administración; porcentaje asumido de excesos de consumo y otros). No se establece criterio alguno o parámetros para identificar las ofertas anormales o desproporcionadas.

**Cuarto.** Tras los trámites oportunos, en la sesión de la mesa de contratación del 23 de enero de 2015, se procedió, en acto público, a la lectura de la puntuación de las ofertas técnicas y a la apertura de los sobres de las ofertas económicas. La oferta de SICE, (que obtuvo 22 puntos en la calificación técnica) fue por un importe anual de 1.216.017,36 € y un ahorro de energía garantizado de un 72,49%.

A la vista de las ofertas relativas a los criterios puntuables automáticamente, antes de aplicar las fórmulas previstas en el PCAP, por parte del Servicio de Infraestructuras del Ayuntamiento se consideró que la oferta de SICE en el apartado de porcentaje de ahorro de energía garantizado era desproporcionada y propuso que se le solicitase *“justificación de acuerdo al art. 152.3 del TRLCSP”*. Fundaba tal consideración en que el porcentaje ofertado (72,49%) *“presenta una desviación sobre la media de las ofertas de los licitadores de un 23,50 %. Aplicando los criterios del artículo 85 del Reglamento General de Contratación, la desviación se reduce al 18,55 %, pero sigue siendo superior al 10 %, entendiéndose por tanto que este valor puede resultar desproporcionado”*. De acuerdo con ello se requirió a SICE para que justificara esa valoración y precisara las condiciones de la misma. Como al resto de los licitadores, se le pidió también documentación que desglosara y justificara las inversiones ofertadas.

La documentación requerida a SICE se presentó en el plazo habilitado. Tras alegar que en el PCAP no se establecía previsión alguna para determinar las ofertas desproporcionadas o anormales, la recurrente justificó su oferta fundamentalmente en que *“la propuesta tecnológica ofertada difiere bastante tanto a nivel técnico (SICE propone el cambio de 10.337 puntos extra a tecnología led), como por los ahorros que se*



*consiguen con esta solución. La propuesta de SICE es muy ambiciosa y supone que las instalaciones globales pasarán a renovarse completamente con sistemas más eficientes". Y sobre el porcentaje de ahorro garantizado indicaba también que era "consecuencia del cambio de 14.533 puntos de luz que actualmente cuentan con iluminación de vapor de mercurio o de sodio, que después de la propuesta de SICE pasarán a ser de tecnología led que tienen una potencia que será de aproximadamente el 50% de la que se estaba utilizando con lámparas de descarga". En Anexo a la justificación explica los cálculos realizados "de forma que se puede comprobar matemáticamente que el ahorro previsto es correcto y factible".*

**Quinto.** El Servicio de Infraestructuras del Ayuntamiento emitió informe sobre las justificaciones aportadas por los distintos licitadores; propuso la exclusión de uno de ellos (ENDESA INGENIERÍA, S.L.U.) por no cumplir con las exigencias del Pliego de prescripciones técnicas (PPT) y valorar con cero puntos los apartados relativos a inversiones de otro de los licitadores (GAMMA SOLUTIONS, S.L.) "*por no ser coherentes con lo definido en el PPT*", aunque la propuso como adjudicataria, al obtener la puntuación total más alta.

Respecto a la valoración del apartado "*Porcentaje de ahorro de energía garantizado*" ofertado por SICE, el informe señala que la licitadora "*ha considerado un factor de reducción efectivo actual que no se ajusta a la realidad porque supone que en la actualidad solamente se regula hasta un 90% de la potencia instalada, siendo el porcentaje de reducción mayor... Por lo tanto se entiende que la oferta no puede ser cumplida de acuerdo a los valores presentados en la licitación y se propone su exclusión, de acuerdo con TRLCSP art. 152.4*".

En la reunión de la mesa de contratación de 24 de marzo, a la vista del informe precedente, se acordó la exclusión de SICE "*por incluir valores que no la hacen viable*". El acuerdo de exclusión se le notificó el 31 de marzo.

**Sexto.** El 20 de abril de 2015 se presentó en el registro de este Tribunal, escrito de SICE, anunciado previamente al Ayuntamiento, de interposición de recurso especial en materia de contratación. En el mismo manifiesta que en los pliegos no hay referencia alguna



acerca de que las ofertas pudieran ser consideradas desproporcionadas o anormales, ni mucho menos a los parámetros objetivos en función de los cuales se podría considerar que una oferta pudiera tener tal carácter. Sostiene además que no tiene sentido determinar el carácter anormal de una oferta a partir de la media de los porcentajes de ahorro ofertados, puesto que el ahorro guarda relación con una variable distinta que es el nivel de inversión. *“Puede ser igualmente válida una solución que no realice excesivas inversiones y que aporte un porcentaje de ahorro moderado, como otra, la de SICE, en la que con unas inversiones más ambiciosas, consigue un ahorro mayor”*. Añade que, aunque el ahorro propuesto fuera incorrecto, el único perjudicado sería SICE, puesto que *“el Ayuntamiento obtendría el beneficio de unas cuantiosas inversiones y un porcentaje del ahorro conseguido por el adjudicatario (que en caso de estar sobredimensionado, sería mayor para aquél), recayendo sobre el adjudicatario el posible error que se materializa de forma que su factura eléctrica sería superior a la esperada”*.

Por otra parte, si el cálculo realizado por SICE para llegar a la cifra de ahorro *“ha sido valorado y considerado erróneo por el Ayuntamiento,... aunque sea a efectos meramente dialécticos, sería ponderado, prudente y equitativo que los servicios técnicos del Ayuntamiento realizasen los cálculos de ahorro de todos los licitadores. A partir de los datos de las ofertas de cada uno, bajo su criterio y aplicando el mismo para todos, el Ayuntamiento dispondría, así, de cifras de ahorro «homogeneizadas» y a partir de ahí, se podría volver a valorar ese criterio”*.

Solicita que se anule su exclusión, se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a la calificación de su oferta como anormal o desproporcionada y se mantengan *“el resto de las actuaciones anteriores y, entre otras, la puntuación asignada a su oferta en las respectivas sesiones de la Mesa de Contratación en las que se valoraron, respectiva y sucesivamente, los elementos de la misma subjetiva y objetivamente valorables”*.

**Séptimo.** El 27 de abril de 2015 se recibió el expediente administrativo y el correspondiente informe del órgano de contratación en el que considera que el recurso debe ser desestimado y lo acompaña de un informe del Servicio de Infraestructuras en el que reafirma que la oferta de SICE *“no puede ser cumplida de acuerdo a los valores*



*presentados en la licitación en su apartado de porcentaje de ahorros energéticos garantizados y se propone su exclusión , de acuerdo con TRLCSP art. 152.4”.*

*El informe del órgano de contratación mantiene que “en este caso, la inviabilidad de la proposición presentada por SICE, S.A., no resulta de su comparación con el resto de las ofertas, sino de los datos contenidos en la misma y aportados por la propia empresa. Una cosa sería entender que no cabe apreciar temeridad en la oferta porque el pliego no ha establecido umbrales mínimos para apreciarla, y otra cosa sería, que requerida para justificar la viabilidad de su proposición, de la información que presenta se deduzca que no cumpliría con las determinaciones del contrato. En el supuesto examinado, y como se deduce de los informes emitidos por los Técnicos Municipales, el recurrente parte de datos erróneos,... Todos estos factores han conformado el criterio de la Mesa, contrario a la justificación de la viabilidad de la oferta presentada”.*

*Por otra parte, sostiene el informe que “la valoración acerca de la posibilidad de cumplimiento del contrato por parte de la empresa cuya proposición no se considera viable,... constituye una manifestación particular de la denominada «discrecionalidad técnica» de la Administración,... al formar su criterio acerca de la viabilidad de una proposición que incluye valores desproporcionados o anormales, lo que necesariamente se encuentra vinculado a la formulación de un juicio de valor al respecto”. Reitera que “en el informe técnico, cuyo criterio fue asumido por la Mesa de contratación se contiene una clara exposición de las distintas razones por las que se considera que no resulta justificada la viabilidad de la proposición presentada por SICE, S.A. En concreto... se alcanza la conclusión de que, por un lado, no se justifica suficientemente que la empresa vaya a poder asumir el porcentaje de ahorro de energía garantizado, y, por otro lado, tampoco se justifica adecuadamente la viabilidad de las inversiones propuestas”.*

**Octavo.** El 30 de abril de 2015, la Secretaría del Tribunal, dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones, sin que se haya evacuado el trámite.

El 11 de mayo, la Secretaria del Tribunal por delegación del mismo y previa audiencia del órgano de contratación, resolvió adoptar de oficio la medida provisional de suspensión del



procedimiento de contratación de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

**Primero.** El recurso se interpone contra el acuerdo de exclusión en la licitación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, acto susceptible de recurso especial, conforme al artículo 40 del TRLCSP. La competencia para resolver corresponde a este Tribunal de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 de dicha norma y en el Convenio suscrito al efecto con la Comunidad Autónoma de Extremadura, publicado en el BOE del día 9 de agosto de 2012.

**Segundo.** La empresa SICE concurrió a la licitación y fue excluida de la clasificación de ofertas por lo que está legitimada para recurrir, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

**Tercero.** Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP.

**Cuarto.** La primera cuestión a dilucidar es si es procedente la determinación de ofertas desproporcionadas respecto a alguno de los criterios de valoración de las ofertas.

Como se indicó en el antecedente tercero, los criterios de adjudicación del contrato (cláusula 6.7 del PCAP), se refieren tanto a criterios que se puntúan mediante juicio de valor como a criterios valorables mediante fórmula. Para estos supuestos, el artículo 152 del TRLCSP, en su apartado 2, establece que:

*“2. 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”.*

De acuerdo con ello, en los contratos en cuya adjudicación, como es el caso, se tiene en cuenta más de un criterio, para poder considerar ofertas con valores anormales o desproporcionados es necesario que en los pliegos se prevea esta posibilidad y se fijen



los parámetros objetivos para apreciarla. Así lo hemos manifestado expresamente en múltiples resoluciones (como referencia, con cita de otras, en la Resolución 431/2014, de 30 de mayo), en la que se resaltaba que *“es el pliego de cláusulas administrativas particulares el que debe de especificar los criterios objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, si la proposición no puede ser cumplida..., aplicándose exclusivamente para determinar tal situación los criterios establecidos en el pliego”*.

Como en aquel caso, en el que ahora se examina tampoco el PCAP recoge previsión ni referencia alguna a los parámetros o bases objetivas que permitan apreciar el carácter desproporcionado de las ofertas, ni, consiguientemente, puede el órgano de contratación requerir su justificación al licitador. Por tanto, al no incluirse en los pliegos los parámetros objetivos para apreciar si una oferta es presuntamente desproporcionada no puede tenerse en cuenta esta posibilidad, ni procede la petición de justificación sobre una presunta desproporción no prevista en el PCAP.

Con independencia de ello, y como argumenta la recurrente, carece de sentido calificar como *desproporcionado* el ahorro energético con independencia del volumen de inversiones propuestas para alcanzarlo. En fin, puesto que el adjudicatario se compromete a un volumen de inversiones determinado, el no alcanzar la cifra de ahorro no implica incumplimiento del PPT ni redundaría en perjuicio del Ayuntamiento.

**Quinto.** El informe del Servicio de Infraestructuras que se acompaña con el informe del Ayuntamiento sobre el recurso, insiste en las consideraciones técnicas que le llevan a concluir que el ahorro energético garantizado en la oferta de SICE *“no puede ser cumplido”*, por lo que propone su exclusión.

Lo cierto es que en la valoración de los criterios que se analizan y puntúan discrecionalmente (sobre B) ya se tuvo en consideración, como establece la cláusula 6.7.1 del PCAP, el programa de *“las obras y medidas propuestas dirigidas a promover la mejora de la eficiencia energética”*; en particular se valoraba (apartado b): *“La coherencia de la propuesta con las características de alumbrado público y sus instalaciones de la ciudad de Cáceres, el objetivo de ahorro al que va dirigida e idoneidad en su aplicación.* También se indicaba en esa cláusula que *“no deberán reflejarse los datos relativos al porcentaje de ahorro de energía, ya que dicha información figurará en el sobre de*



*criterios valorables en cifras o porcentajes y su inclusión podrá suponer su exclusión del proceso de licitación”.*

Por su parte, la cláusula 6.6.4 del PCAP relativa al rechazo de proposiciones, indica que: *“Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será rechazada por la Mesa, en resolución motivada”.*

De las disposiciones reseñadas se deduce que sólo es posible acordar la exclusión del licitador tras la apertura del sobre C (documentación referida a los criterios cuantificables de forma automática), si la oferta económica *excede del presupuesto* máximo de licitación o *difiere sustancialmente del modelo* establecido por presentar por ejemplo variantes o mejoras no previstas en el pliego o comporta *error manifiesto en el importe*.

Pero, al no estar prevista la consideración de bajas anormales o desproporcionadas, como ya hemos señalado en otras resoluciones (como referencia en la nº 697/2014, de 23 de septiembre), una vez conocida la calificación efectuada en relación con los criterios que dependen de un juicio de valor y efectuada la apertura del sobre C, sólo cabrá la exclusión de un licitador cuando, a la vista de la oferta presentada, ésta resulte claramente incongruente de forma objetiva o cuando de la misma se deduzca sin ningún género de dudas y sin necesidad de acudir a criterio técnico o subjetivo alguno, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos, pues de otro modo se estaría alterando el orden del procedimiento de licitación definido legalmente en el artículo 151 del TRLCSP y en el artículo 30 del Real Decreto 817/2009 y que tiene precisamente como objeto garantizar la objetividad de la adjudicación, evitando que los juicios de valor a emitir por el órgano de contratación y sometidos a discrecionalidad técnica puedan influir en el resultado final de la licitación. Solo así es posible garantizar el principio de no discriminación y libre concurrencia.

Es correcto pedir aclaraciones sobre los porcentajes reflejados en la oferta relativos a los ahorros a ceder al Ayuntamiento y al exceso de consumo asumido por el licitador, para determinar si incluyen o no los mínimos establecidos en el PPT. Pero la aplicación de las





fórmulas para puntuar los criterios de valoración automática, no está sujeta a discrecionalidad alguna y, en esta fase de valoración de las ofertas, resulta improcedente un informe que se pronuncia sobre cuestiones que debieron ser consideradas en todo caso en la valoración de los criterios técnicos y que emite juicios de valor sujetos a discrecionalidad técnica manifiesta sobre las ofertas presentadas.

**Sexto.** En conclusión, dado que la causa de exclusión acordada no estaba prevista en el PCAP, ni se ha acreditado que la oferta técnica y económica presentada por SICE incumpla alguna de las prescripciones exigidas en el PPT, se ha de estimar el recurso y retrotraer el procedimiento al momento de clasificación de las ofertas, en la que se ha de incluir la presentada por la recurrente.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

**ESTE TRIBUNAL**, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

**Primero.** Estimar el recurso interpuesto por D. L.E.R., en representación de SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS, S.A., contra la exclusión de su oferta en la licitación del contrato de "*Suministro de energía y gestión energética de las instalaciones de alumbrado público exterior del Excmo. Ayuntamiento de Cáceres*", anular el acuerdo impugnado y ordenar la retroacción de las actuaciones hasta el momento de la valoración de las ofertas económicas, entre las que se deberá incluir la de la recurrente.

**Segundo.** Mantener la suspensión del procedimiento hasta la resolución del recurso interpuesto por ENDESA INGENIERÍA, S.L.U., en el mismo procedimiento.

**Tercero.** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, en el plazo dos meses, a contar desde el



día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.