



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

**RE 033/2013**

**Acuerdo 21/2013, de 30 abril de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. frente a la adjudicación del contrato denominado «Gestión del servicio público de recogida de determinados residuos domésticos y comerciales en los municipios de la Comarca de Cinco Villas y transporte a vertedero autorizado o lugar de valorización», promovido por la Comarca de Cinco Villas (Zaragoza).**

### **I. ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 21 de septiembre de 2012 se publicó, en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), el anuncio de licitación, relativo al procedimiento denominado «Gestión del servicio público de recogida de determinados residuos domésticos y comerciales en los municipios de la Comarca de Cinco Villas y transporte a vertedero autorizado o lugar de valorización», convocado por la Comarca de Cinco Villas (en adelante la Comarca); contrato de gestión de servicios públicos tramitado por procedimiento abierto, oferta económicamente más ventajosa, con varios criterios de adjudicación, con un presupuesto de licitación para los diez años de vigencia del contrato de 7 761 726,81 euros, IVA no incluido.

**SEGUNDO.-** En el procedimiento convocado presentaron propuestas varios licitadores, entre ellos URBASER, S.A. (en adelante URBASER), que



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

resultaría adjudicataria, y la recurrente, FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. (en adelante FCC), que fue excluida por Acuerdo del Consejo Comarcal de 17 de diciembre de 2012. Frente a su exclusión del procedimiento FCC presento recurso especial, que fue estimado por Acuerdo 6/2013, de 30 de enero de 2013, de este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

**TERCERO.-** Con fecha 20 de febrero de 2013, se reúne la Mesa de contratación para dar lectura al precitado Acuerdo 6/2013, y al decreto de Presidencia de 13 de febrero de 2013, por el que se resuelve dar cumplimiento al mismo. A la vista de la valoración provisional de las ofertas económicas, y de acuerdo con la cláusula décima del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de la licitación (en adelante PCAP), se consideró que URBASER había incurrido en baja anormal o desproporcionada, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 152 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), se le requiere justificación documental de la baja ofertada, en la que se asegure su normal cumplimiento, concediéndose al efecto un plazo de tres días naturales.

El 26 de febrero de 2013 vuelve a reunirse la Mesa de contratación, a la vista del *«Informe de cálculo de las puntuaciones de las ofertas económicas correspondientes a la licitación de la gestión del servicio público de recogida de determinados residuos domésticos y comerciales en los municipios de la Comarca de Cinco Villas y su transporte a vertedero o lugar de valorización»* —suscrito por un ingeniero de la empresa pública SARGA, consultora contratada por la Comarca—, y a la vista igualmente de la valoración de ofertas



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

económicas y del artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), acuerda:

- 1) desechar la propuesta de GRUPO RAGA, S.A. (en adelante RAGA) al exceder su oferta económica de precios unitarios del presupuesto base de licitación.
- 2) considerar satisfactoriamente justificada la oferta de URBASER, y proponer al órgano de contratación la adjudicación del contrato a su favor, al haber obtenido la puntuación global más alta.

En esta sesión, un representante de FCC manifiesta que no entiende el cambio de criterio de la Mesa de contratación por el cual ahora se excluye a RAGA de la licitación, cuando antes había sido admitida.

Todas estas circunstancias quedan acreditadas en las actas de las sesiones de la Mesa de contratación.

**CUARTO.-** Según consta en el expediente, con fecha 27 de febrero de 2013, D. Manuel Liébana Andrés, en representación de FCC, presenta en el Registro de la Comarca un escrito en el que solicita el acta de la sesión de la Mesa de contratación de 26 de febrero de 2013, al considerar que el acuerdo de excluir a RAGA, adoptado en esa fecha, supone un incumplimiento del Acuerdo 6/2013, y va contra los propios actos de la Administración.

**QUINTO.-** Por Acuerdo del Consejo Comarcal de 5 de marzo de 2013, notificado el 22 de marzo, a la vista de la propuesta de la Mesa de



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

contratación, se procedió a requerir a URBASER, S.A. la documentación precisa para adjudicar el contrato a su favor. Presentada la misma el 3 de abril, se procedió a la adjudicación.

Consta en el expediente que con fecha 26 de marzo de 2013, D. Manuel Liébana Andrés, en representación de FCC, solicita acceso al expediente y copia del mismo, en especial a las justificaciones económicas de los demás licitadores. Con fecha 3 de abril de 2013, el mismo representante solicita copia de la justificación aportada por URBASER para justificar «su baja temeraria». Ambos requerimientos son atendidos por la Comarca.

**SÉXTO.-** El 11 de abril de 2013, ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, D. Manuel Liébana Andrés, en nombre y representación de FCC, interpone recurso especial en materia de contratación pública, contra el Acuerdo de 5 de marzo de 2013, por el que se adjudica el contrato denominado «Gestión del servicio público de recogida de determinados residuos domésticos y comerciales en los municipios de la Comarca de Cinco Villas y transporte a vertedero autorizado o lugar de valorización», a URBASER.

El licitador recurrente, anunció el 10 de abril de 2013, al órgano de contratación, la interposición de dicho recurso, conforme a lo preceptuado en el artículo 44.1 TRLCSP.

**SÉPTIMO.-** El recurso alega y fundamenta, en resumen, lo siguiente:

- 1) Consideran que a FCC se le ha impedido impugnar el Acta de la Mesa de contratación de 26 de febrero de 2013, al no haberle dado traslado de la misma, lo que le obliga a impugnar el acto de adjudicación en lugar del de exclusión de RAGA, recurrible a



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

su juicio en virtud de la previsión contenida en el artículo 40.2 b) TRLCSP, lo que le genera indefensión.

2) Entienden que la Mesa de contratación, en la referida sesión, incurre en varias irregularidades:

a) La primera, incumplir el Acuerdo 6/2013, que obligaba a anular la adjudicación y a ordenar que se retrotraigan las actuaciones al momento anterior al de adjudicación del contrato. Y ello porque el cumplimiento del Acuerdo no puede llevar a excluir a otra licitadora cuando en una fase anterior no lo había sido, y sí había sido valorada hasta en dos ocasiones en el procedimiento. Entienden que esta actuación supone una infracción del principio de los actos propios de la Administración, que daña y perjudica sus intereses, ya que, de admitirse a todos los licitadores su proposición sería la económicamente más ventajosa. Señalan, además, que los precios unitarios, por cuyo exceso se excluye a RAGA, no forman parte de la prestación principal del servicio, sino que lo son únicamente para supuestas ampliaciones o trabajos extraordinarios.

b) La segunda, constituir una «*reformatio in peius*» y una contravención de la teoría de los actos propios de la Administración, ya que en la tramitación del expediente la única exclusión fue la de su propuesta, recurrida ante el Tribunal, que estimó el recurso.

3) En cuanto a la exclusión de RAGA, consideran que la misma no se ha excedido del presupuesto de licitación, al presentar una oferta de 6 980 000 €, frente a los 7 761 726,81€ de la licitación.



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Reproducen el criterios de valoración de la oferta económica en el PCAP y concluyen que la puntuación de 0 puntos, en el apartado «*oferta económica para precios unitarios*», es la penalización adecuada que debe tener la oferta de RAGA en este punto, y no su exclusión.

- 4) Entienden que la adjudicación del contrato a URBASER se basa en considerar justificada su oferta inicialmente incurso en oferta anormalmente baja, sin que exista un informe técnico en el que basar dicha decisión, y sin dar cumplimiento, en consecuencia, al procedimiento reglado previsto en el artículo 152 TRLCSP. Citan y reproducen doctrina de los Tribunales Administrativos de contratos en apoyo de su argumentación. Entienden que se ha hurtado al órgano de contratación —que es a quien corresponde adjudicar o desechar la propuesta en estos supuestos, y no a la Mesa— de la posibilidad de requerir un mayor asesoramiento técnico.
- 5) Sostienen, además, que en la justificación de URBASER de su baja llegan a aportar documentos posteriores a la licitación, limitándose a justificar la desviación de su oferta del límite de presunción de temeridad (8 390,95 €/año) y no la viabilidad de la misma, como exige la Ley. Pormenorizan los distintos costes justificados y las irregularidades en las que incurren, a su juicio, concluyendo que se trata de una «*reoferta*» que va más allá de las aclaraciones permitidas por la Ley.
- 6) Insisten en la argumentación de que, sin la exclusión de RAGA, su propuesta sería la que tendría la mayor puntuación, al obtenerse la valoración de las ofertas económicas en base a la media de



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

todas las ofertas analizadas. Aportan los resultados de una u otra hipótesis.

- 7) Por último, argumentan la falta de motivación de la adjudicación, contraria a las previsiones contenidas en el artículo 151.4 TRLCSP y a la doctrina de este Tribunal en numerosos acuerdos, que citan y reproducen.

Por todo lo alegado, solicitan se dicte resolución que anule y deje sin efecto la exclusión de RAGA por incumplir el Acuerdo del TACPA, se declare la nulidad de la adjudicación de la licitación referenciada, por no contar con el informe técnico preceptivo y no justificar adecuadamente URBASER su baja desproporcionada. Solicitan que, subsidiariamente, si el Tribunal considera que el recurso tiene la naturaleza de reposición, se admita a trámite como tal y se acuerde la suspensión, en virtud de la previsión contenida en el artículo 111 LRJPAC.

**OCTAVO.-** El 11 de abril de 2013, el Tribunal solicita de la Comarca, de conformidad con lo previsto en el artículo 46.3 TRLCSP, la remisión, en el plazo de dos días hábiles, del expediente de contratación completo, acompañado de un informe del órgano gestor del mismo. El 15 de abril de 2013 tiene entrada en el Tribunal la documentación solicitada.

El Tribunal, a fin de evacuar el trámite de alegaciones, notificó con fecha 16 de abril de 2013, la interposición del recurso al resto de licitadores, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.3 TRLCSP

**NOVENO.-** El 22 de abril de 2013, D. Gerardo Adrados Sánchez, en representación de URBASER, S.A. presenta ante este Tribunal, escrito en el que se opone al recurso especial planteado, por lo siguiente:



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

- 1) Entienden que el Acuerdo 6/2013, de 30 de enero, y su diligencia de revisión, de 4 de febrero, habilita la retroacción al hito procedimental correspondiente a la valoración de las ofertas económicas propuestas por los licitadores, tomando como referencia en dicha valoración la propuesta de FCC refrendada y reconocida en el Acuerdo 6/2013, de 6 654 984,50 €.
- 2) Consideran que dentro del nuevo proceso de valoración, la Mesa de contratación ha constatado que los precios unitarios ofertados por RAGA superan los tipos máximos previstos en el PCAP, lo que determina, inexcusablemente, su exclusión. Esta rectificación llevada a cabo por la Comarca se atiene y ajusta al principio de legalidad, que exige la rectificación de aquellos errores o defectos del procedimiento cuya no convalidación determinaría la nulidad del mismo, ex artículo 105 LRJPAC. Citan y reproducen doctrina del Tribunal Central de recursos en apoyo de su argumentación.
- 3) Entienden que la exclusión de RAGA tiene su fundamento en el artículo 84 RGLCAP, al exceder del presupuesto de licitación que, en este caso, estaba constituido tanto por un tanto alzado como por el conjunto de precios unitarios, que se encontraban limitados por unos importes máximos que debían ser mejorados a la baja por los licitadores. Además, de admitir la pretensión de FCC, la oferta de RAGA debería ser considerada para calcular el valor medio de las bajas ofertadas por los licitadores, lo que desvirtuaría el proceso de obtención de la misma.
- 4) En cuanto a la viabilidad económica de su oferta, consideran que de la regulación legal sobre ofertas anormalmente bajas se





## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

desprende que un licitador puede desvirtuar la presunción de la forma que considere más conveniente. Citan y reproducen doctrina de los Tribunales Administrativos de contratos en apoyo de su argumentación. Recuerdan que URBASER presentó un estudio completo justificativo de la viabilidad de su oferta basado en cinco argumentos, que reproducen, y que no altera, modifica ni «reoferta» su inicial propuesta, que sigue siendo la misma.

- 5) En cuanto a la falta de motivación de la adjudicación, entienden que el Acuerdo de la Comarca está correctamente motivado, ya que por una parte se trata de un segundo proceso de valoración de las ofertas para dar cumplimiento al Acuerdo 6/2013. Por otra parte, la jurisprudencia del TS que citan y reproducen permite una motivación basada en la fundamentación somera de los criterios seguidos para la adopción de un acto. A mayor abundamiento, entienden que el acceso por FCC en dos ocasiones al contenido del expediente completo ha enervado la eventual indefensión que alega.
- 6) Con independencia de todo lo anterior, entienden que el planteamiento teórico de FCC según el cual su propuesta es la económicamente la mas ventajosa no es correcto, porque no procede la inclusión de la propuesta de RAGA en los cálculos. Plantean tres hipotéticos escenarios en los que URBASER sigue siendo la oferta económicamente más ventajosa.

A la vista de lo alegado, solicitan la desestimación del recurso, y la ratificación del Acuerdo del Consejo Comarcal de 5 de marzo de 2013, permitiendo la formalización del contrato a su favor.



## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa FCC para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP.

También queda acreditado, que el recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de gestión de servicios públicos en el que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, es superior a 500 000 euros, y el plazo de duración superior a cinco años. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40 TRLCSP, y el recurso se plantea en tiempo y forma.

**SEGUNDO.-** Alega la recurrente indefensión por no haber podido impugnar el acuerdo de la Mesa de contratación, de 26 de febrero de 2013, en que se excluía de la propuesta de adjudicación a otro licitador (cuya exclusión perjudicaba indirectamente a la recurrente en el computo de la valoración).

Carece, sin embargo, de fundamento legal dicha alegación, puesto que la exclusión de un licitador, que es un acto de trámite, solo puede ser recurrida, de acuerdo con el régimen de impugnabilidad de dichos actos —regulada en el artículo 40.2.b) TRLCSP, en forma coincidente con lo dispuesto en el artículo 107 LRJPAC— cuando decida directa o indirectamente el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento, produzcan indefensión o perjuicio



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

irreparable a derechos o intereses legítimos. Y es obvio, de una parte, que la exclusión de RAGA solo determina la imposibilidad de continuar en el procedimiento al excluido (y no a los terceros que concurren con el mismo). De manera que sólo el licitador excluido puede impugnar su exclusión.

De otra parte, dicha exclusión no produce perjuicios irreparables a derechos o intereses legítimos (que la recurrente identifica en la posición en que queda su oferta, con motivo de la exclusión, sobre la base de una hipótesis de puntuación de los criterios de valoración construida sobre el cálculo de un procedimiento matemático de aplicación no suficientemente razonado).

Y, finalmente, como se acredita del propio expediente del procedimiento licitatorio, la propuesta de adjudicación no decidía indirectamente el fondo del asunto, puesto que, en este caso, fue necesario, además, que quien resulto propuesto para la adjudicación, hubiera de justificar la viabilidad de su oferta.

En el caso pues, de la exclusión de RAGA, no concurre ninguna de las circunstancias para que dicho acto sea impugnabile por parte del recurrente, y es con ocasión de la impugnación de la adjudicación realizada, como así ha sido, cuando deben realizarse las alegaciones que se consideren pertinentes sobre cualesquiera aspectos del procedimiento que hayan desembocado en ese resultado.

No existe pues indefensión, en su consecuencia, y no ha lugar a la admisión del recurso por este motivo.

**TERCERO.-** Edifica la recurrente el segundo de sus motivos de impugnación, en la contravención de la teoría de los actos propios e



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

infracción del principio que se deriva de la misma, fundamentada en la exclusión de la mercantil RAGA (admitida inicialmente, y excluida ahora por exceder la oferta económica de los precios unitarios establecido en la licitación), como consecuencia de las actuaciones derivadas del Acuerdo 6/2013 de este Tribunal. Actuación que, a juicio del recurrente, es contraria al principio del «*non venire contra factum proprium*».

En primer lugar, es necesario dejar constancia, para la adecuada resolución de este motivo del recurso, que el PCAP en su cláusula décima a.2) —criterios de adjudicación, oferta económica— incluye en la oferta económica un conjunto de precios unitarios de diferentes servicios (con relación a los cuales el licitador debía consignar «*la baja unitaria y la baja media aritmética por servicio*»), que forman parte de la propia oferta económica y, lo que resulta determinante, del valor estimado del contrato. De manera que la admisión de la oferta económica del licitador que incumplía los precios unitarios de los diferentes servicios fijados en el PCAP, por excederse de los mismos, es irregular y no puede ser objeto de protección jurídica en base a la simple aplicación del principio del «*non venire contra factum proprium*», pues este principio solo opera sobre la base de una apariencia seria de legalidad inicial que no existe en este supuesto. Pues una situación fáctica, inicialmente aceptada, no deviene en jurídicamente aceptable por el hecho de la mera aceptación inicial.

En segundo lugar, porque la conservación de un acto depende de los efectos que éste pueda producir, pues la legitimidad o validez de sus efectos es lo que determina que el ordenamiento garantice su mantenimiento en el mundo del Derecho. Y, en el supuesto objeto de recurso, la admisión de quien incumple en su oferta el PCAP, por superar



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

la oferta de los precios unitarios de diferentes servicios señalados en la cláusula décima, es contraria a los requisitos exigidos en el procedimiento licitatorio en cuestión.

El ordenamiento jurídico contractual demanda a la Administración un respeto escrupuloso de la legalidad formal y material, que se traduce en el cumplimiento de todos los requerimientos y requisitos establecidos en el PCAP (auténtica ley del contrato), pues, solo así, se asegura que la actuación del órgano de contratación haga efectivos los principios que fundamentan el régimen jurídico de la contratación del sector público (principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, recogidos en el artículo 1 TRLCSP).

Y, finalmente, en el caso concreto, la invocación del principio del *non venire* se realiza no por quien resultaría beneficiado directamente de su aplicación (que no lo invoca), sino del licitador que obtiene un efecto jurídico reflejo de una situación producida en relación a un licitador distinto.

No existe pues contravención del principio del *non venire contra factum propium*, en su consecuencia, y no ha lugar a la admisión del recurso por este motivo.

**CUARTO.-** Sostiene la recurrente, como tercer motivo de impugnación, que la actuación de la Mesa de contratación constituye una infracción del principio de prohibición de la «*reformatio in peius*».

Como ha señalado el Tribunal Constitucional, la interdicción de la *reformatio in peius*, por un lado, representa un principio procesal que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva a través del



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

régimen de garantías legales de los recursos, que deriva, en todo caso, de la prohibición constitucional de indefensión, y, por otro, es una proyección del principio de congruencia que impide al órgano judicial exceder los límites en que esté planteado el recurso, acordando una agravación de la sentencia impugnada que tenga origen exclusivo en la propia interposición de éste (entre las últimas, SSTC 204/2007, de 24 de septiembre, FJ 3; 41/2008, de 10 de marzo, FJ 2; 88/2008, de 21 de julio, FJ 2; y 141/2008, de 30 de octubre, FJ 5). De este modo, la denominada reforma peyorativa *«tiene lugar cuando la parte recurrente, en virtud de su propio recurso, ve empeorada o agravada la situación jurídica creada o declarada en la resolución impugnada, de modo que lo obtenido con la decisión judicial que resuelve el recurso, es un efecto contrario al perseguido por el recurrente, que era, precisamente, eliminar o aminorar el gravamen sufrido con la resolución objeto de impugnación»*.

Los principios de congruencia y de prohibición de la *reformatio in peius*, aparecen recogidos en los artículos 89.2 y 113.3 de la LRJPAC, en cuanto que la resolución será congruente con las peticiones formuladas por los interesados (principio de congruencia), sin que en ningún caso pueda la Administración agravar su situación inicial (principio de prohibición de la *reformatio in peius*), sea en la resolución del procedimiento o en la resolución del recurso.

De cuanto se acaba de exponer, claramente se deduce que no nos encontramos ante una infracción del principio de prohibición de la *«reformatio in peius»*.

En este sentido podemos señalar, en primer lugar, que el procedimiento de contratación pública se desarrolla a lo largo de diferentes periodos



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

como son: la convocatoria de licitación, la presentación de proposiciones por parte de los licitadores, la apertura de las ofertas, la adjudicación, el perfeccionamiento contractual, y la ejecución del contrato con arreglo a lo convenido. Así, surgen derechos y obligaciones nuevas en cada fase del proceso, pero que no suponen una automática vinculación insuperable mientras no se alcance el fin propuesto, que es el perfeccionamiento del contrato perseguido. Precisamente por ello, la propuesta de adjudicación se configura jurídicamente como un mero acto de trámite, no como una resolución definitiva, pues no pone fin al procedimiento. Ese carácter de acto de trámite, se ve reforzado por lo dispuesto en el artículo 160.2 TRLCSP, conforme al cual la propuesta de adjudicación no crea derecho alguno a favor del licitador propuesto.

La propuesta de resolución de un procedimiento de concurrencia (de la Mesa de contratación), como es el procedimiento objeto de impugnación, no constituye un acto declarativo de derechos ni define la situación jurídica de los participantes, sino que constituye un mero trámite del procedimiento contractual que tiene por finalidad asegurar la más acertada resolución del mismo, y propicia la subsanación de las posibles deficiencias que puedan apreciarse, ya sea a instancia de los propios licitadores ya sea de oficio por la propia Administración (en este caso Mesa de contratación), por ello no pueden prosperar las alegaciones relativas a la infracción del principio de la *reformatio in peius* y de la doctrina de los actos propios, que se refieren a la alteración de una situación jurídica previamente declarada, lo que no se corresponde con el alcance del trámite de propuesta de resolución de la Mesa de contratación al que nos referimos.



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

En segundo lugar, tampoco cabe hablar de cambio de criterio de la Mesa de contratación (con intención espuria no acreditada), sino de aplicación e interpretación del PCAP de la licitación, que sólo se plasma con carácter definitivo y con incidencia en los derechos de los licitadores, en la resolución del órgano de contratación que pone fin al procedimiento licitatorio, por lo que las modificaciones que se producen durante el desarrollo del procedimiento, en razón de la aplicación del PCAP, no son sino el proceso de formación de la voluntad administrativa que se plasma en esa resolución definitiva, frente a la cual han de hacerse valer, en su caso, los motivos de impugnación que se entiendan concurrentes.

Y así, no puede apreciarse que se haya producido cambio de criterio en la actuación administrativa de la Mesa de contratación. Como se deduce del informe del órgano de contratación (fechado erróneamente el 9 de enero de 2013), a que se refiere el artículo 46.2 TRLCSP, no se trata de un cambio de criterio en la interpretación del pliego, sino de la subsanación de un error padecido, realizada tan pronto como se tiene conocimiento del mismo. Dado que del acto rectificado no derivaba ningún derecho para la recurrente, no resulta de aplicación lo dispuesto en los artículos 89.2 y 113.3 LRJPAC. Tan sólo se trata de la rectificación de un error producido en un acto de trámite que no crea derecho alguno a favor del licitador, sino tan sólo una expectativa. En consecuencia, de la rectificación no se deriva perjuicio alguno para los derechos subjetivos e intereses legítimos de los licitadores en cuanto queda a salvo el derecho de éstos a impugnar la adjudicación realizada.





## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

No existe pues vulneración del principio de prohibición de la *reformatio in peius*, y no ha lugar a la admisión del recurso por este motivo.

**QUINTO.-** Fundamenta también la recurrente su impugnación, en la ausencia de informe técnico sobre la justificación de la oferta anormal o desproporcionada del adjudicatario.

Al procedimiento de verificación y justificación de las ofertas anormales o desproporcionadas, se ha referido este Tribunal en varias ocasiones. Así en los Acuerdos 2, 5, 6 y 8 de 2013. En los que ha definido la justificación de una oferta como la acción de explicar, aduciendo razones convincentes o alegando otros medios, la viabilidad y acierto de una proposición, en los términos en que fue presentada al procedimiento licitatorio. Consiste pues, en la aclaración de los elementos en que el licitador fundamentó su oferta y en la verificación de que, conforme a dicha aclaración, la misma es viable de forma que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada, en el modo y manera establecidos en los pliegos de condiciones.

En el Acuerdo 5/2013, de 25 de enero, el Tribunal incidió en la importancia del informe técnico o pericial, que requiere el artículo 152.3 y 4 TRLCSP. Pues, como señala el Tribunal, la decisión acerca de si una oferta puede o no cumplirse, no implica la libertad del órgano de contratación para admitir sin más una oferta incurso en anormalidad, sino que se requiere un informe técnico detallado que, sobre lo alegado por el licitador, ponga de relieve que esta anormalidad de la oferta no afectará a la ejecución del contrato y que, en ella, tampoco hay prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas de forma expresa — lógicamente— por el TRLCSP. En consecuencia, la decisión de



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

aceptación no debe reproducir sin más el informe del licitador interesado, y debe responder a parámetros de razonabilidad y racionalidad.

Pues bien, tales requerimientos del informe técnico, que debe servir de base para la formación de la voluntad del órgano de contratación (y más cuando dicho órgano es de carácter colegiado, como lo es el Consejo comarcal de la Cinco Villas) y motivación del acto de adjudicación del contrato, se compadecen mal con un informe técnico «verbal» del que, además, no queda debido reflejo en el acta de la sesión de la Mesa de contratación (26 de febrero de 2013, aunque erróneamente se encuentra fechada el 26 de noviembre de 2012), en que se emitió, ni tampoco (al menos no consta en el expediente) en el acta de la sesión del Consejo comarcal, de 5 de marzo de 2013, en la que se adoptó el acuerdo de adjudicación del contrato. En este sentido, y como ha recordado el TACRC, en su resolución 217/2011 de 14 de noviembre, en el procedimiento de justificación de la oferta no es suficiente una afirmación sino que se requiere una explicación, que mal puede combatirse si no queda reflejada por escrito.

Como señala el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 17 de junio de 1990, el informe tiende a ilustrar la voluntad del órgano que tiene que resolver y su razón de ser está en la garantía que esta valoración técnica representa para la viabilidad de la pretensión, susceptible de orientar el sentido y alcance que deba adoptar el acuerdo o su misma oportunidad. El régimen jurídico de los informes viene regulado en los artículos 82 y 83 de la LRJPAC y en los artículos 172 a 175 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.

De cuanto estas normas preceptúan, y dejando al margen el antiguo debate sobre la forma verbal o escrita de los informes (y su carácter *ad solemnitatem*), se desprende, sin necesidad de mayores argumentaciones, que la regla general de los informes en el procedimiento administrativo contractual, es que deben emitirse por escrito, y más en aquéllos supuestos en que los mismos fundamentan la motivación de la resolución administrativa, en los términos del artículo 151 TRLCSP. Esta exigencia deriva de la necesidad de que pueda quedar constancia de aquélla y, en su caso, se disponga de prueba. Y solo es posible que un informe pueda ser utilizado como medio de prueba, si encuentra reflejo escrito.

En consecuencia, procede admitir este motivo del recurso.

**SEXTO.-** Por último, alega la recurrente la falta de motivación de la notificación de la adjudicación, por incumplimiento de lo establecido en el artículo 151.4 TRLCSP.

Respecto de esta la falta de motivación de la notificación de la adjudicación, alegada por FCC, como viene señalando este Tribunal desde su Acuerdo 03/2011, la motivación de la decisión de adjudicación de un contrato, constituye un elemento esencial para evitar la arbitrariedad, al tiempo que permite a los demás interesados conocer los argumentos utilizados por el órgano de contratación que permita, en su caso, impugnar la adjudicación. Este Tribunal ha indicado también en numerosos acuerdos, entre ellos el Acuerdo 6/2012, de 31 de enero, que el artículo 151.4 TRLCSP exige que la notificación se



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

practique a todos los licitadores, comunicando, con suficiente detalle, cuál es el resultado de la licitación, y las razones que han llevado al órgano de contratación a adoptar una decisión en tal sentido.

Como se recoge en nuestro Acuerdo 35/2012, de 21 de agosto, *«En la notificación de la adjudicación, en todo caso, deberán incluirse las puntuaciones obtenidas por los licitadores en relación con todos los criterios de valoración, no siendo suficiente incluir únicamente una puntuación global, aunque en este caso se separe la correspondiente a criterios objetivos y subjetivos. Además, será necesario que conste la justificación de cada una de las puntuaciones obtenidas en cada criterio por todos los licitadores, así como la descripción de las ventajas de la oferta del adjudicatario que determinen su selección con preferencia al resto»*.

No obstante, aun cuando la motivación no venga reflejada en el acto administrativo que ponga fin al procedimiento, se daría cumplimiento a la exigencia de los artículos 54.2 y 58 LRJPAC, siempre que la misma apareciera suficientemente justificada a lo largo del procedimiento.

Pues bien, aun cuando la notificación de la adjudicación remitida en este caso a los licitadores carece efectivamente de la información necesaria relativa a los extremos que señala el artículo 151.4 TRLCSP — pues incluye la puntuación parcial obtenida en cada criterio de adjudicación, pero sin que conste la justificación de la misma— no es menos cierto que la recurrente ha tenido acceso a todo el expediente de contratación, a la vista de los fundamentos del recurso y, entre otros documentos, al informe técnico de valoración de las ofertas, con un contenido exhaustivo que examina cada una de las propuestas técnicas, las compara y les asigna una puntuación, al informe de



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

valoración de las ofertas económicas, y a la justificación de la viabilidad de la oferta de URBASER.

Se entiende así cumplida la exigencia sobre el contenido de la notificación del artículo 151.4 TRLCSP, que es de carácter instrumental, a fin de que los licitadores puedan tener información suficiente para poder deducir el recurso que proceda. Y el efecto útil de la notificación, para poder recurrir, ha quedado cumplido con el acceso a la información que obra en todo el expediente. Por ello, y en aplicación del principio de economía procedimental, debe entenderse subsanada la deficiencia de la notificación, que no tendrá por ello ningún efecto invalidante, por lo que procede, en consecuencia, desestimar este motivo del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP y en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

### III. ACUERDA

**PRIMERO.-** Estimar parcialmente el recurso especial presentado por D. Manuel Liébana Andrés, en nombre y representación de FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A, contra el Acuerdo del Consejo Comarcal de 5 de marzo de 2013, por el que se adjudica la licitación del contrato denominado «Gestión del servicio público de recogida de



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

determinados residuos domésticos y comerciales en los municipios de la Comarca de Cinco Villas y transporte a vertedero autorizado o lugar de valorización», promovida por la Comarca de Cinco Villas, a URBASER.

**SEGUNDO.-** Anular la adjudicación del contrato y ordenar que se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a la declaración de la justificación de la oferta presentada por URBASER, que deberá efectuarse previa emisión del informe técnico detallado que, sobre lo alegado por el licitador, ponga de relieve que esta anomalía de la oferta no afectará a la ejecución del contrato.

**TERCERO.-** Desestimar el recurso especial en todo lo demás.

**CUARTO.-** Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

**QUINTO.-** La Comarca de Cinco Villas deberá dar conocimiento, a este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a este Acuerdo.

**SEXTO.-** Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ), en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.