

Recurso 280/2021
Resolución 487/2021

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 18 de noviembre de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **UTE AMISANDO** contra la resolución de adjudicación, dictada en el procedimiento de licitación del contrato de servicios denominado “Control de población de palomas en el municipio de La Línea de la Concepción” (Expte.164/2020), promovido por el Ayuntamiento de la Línea de la Concepción (Cádiz), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 26 de febrero de 2021, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante PCSP) el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. El valor estimado del contrato asciende a 112.800 euros.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. El 16 de junio de 2021 se interpone recurso especial en materia de contratación. La Secretaría de este Tribunal dio traslado al órgano de contratación del escrito de interposición de recurso y le solicitó la remisión del informe al mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. La documentación requerida tuvo entrada en el registro de este Tribunal. Posteriormente, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de recurso a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo establecido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de



la Junta de Andalucía. En el supuesto examinado, conforme a la documentación remitida a este Tribunal, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de una entidad local andaluza. En este sentido, el Ayuntamiento de La Línea de la Concepción (Cádiz) aun cuando no ha puesto de manifiesto que no dispone de órgano propio especializado, por sí o a través de la Diputación Provincial, ha remitido a este Órgano la documentación preceptiva a efectos de la resolución del recurso especial en materia de contratación, por lo que de conformidad con el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, resulta competente para su conocimiento este Tribunal.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra una resolución de adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

El recurso presentado el 16 de junio de 2021, en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legalmente previsto conforme al artículo 50.1 LCSP.

QUINTO. Sobre el fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

Una vez analizados los requisitos de admisión del recurso, resulta de interés exponer las siguientes actuaciones llevadas a cabo en la tramitación del procedimiento de adjudicación.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

A. Discrepancia en la valoración de la oferta técnica.

En el Pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), como CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN sometidos a juicio de valor se establecía con un máximo de 30 puntos, la valoración del criterio que es objeto de la controversia, el programa de trabajo (máximo 20 puntos).

En el apartado 9.A.1 de criterio de programa de trabajo sometido a juicio de valor del cuadro de características técnicas del PCAP se especifica *que “se valorará la presentación de un programa de trabajo, servicio con calidad suficiente actuaciones a llevar a cabo para llegar al objetivo marcado de reducción de la población actual de palomas hasta un 10% de la población existente”*. En el apartado 4.2. Reducción del número de palomas del Pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT), se especifica *“al final del contrato se garantizará la reducción de la población de palomas en la localidad, a un 10% de las existentes en situaciones de superpoblación” (La existencia de superpoblación actual se especifica en el apartado 1 del Pliego de Prescripciones Técnicas que especifica “la superpoblación, existente actualmente”)*.



Recorre indirectamente el acta de la mesa que atribuye 0 puntos a esta UTE por este criterio. El acta de 8 de abril de la comisión técnica otorga de los 30 puntos, 5 puntos a “la adjudicataria, y 0 puntos a los otros dos licitadores, considerando que ninguno presenta una propuesta o metodología que garantice la reducción de la población de palomas durante la duración del contrato”.

La recurrente alega que en su propuesta de programa de trabajo se establecía el siguiente tenor literal “si el tratamiento está obteniendo los resultados esperables este indicador debería situarse alrededor del 10-15%” y no está de acuerdo con la valoración realizada.

El plan de trabajo el cual tenía una valoración de hasta 20 puntos, y en la valoración realizada por el órgano de contratación, se hace referencia, a que, en el plan de trabajo valorado a la adjudicataria, se configura de tal modo en el PCAP que si el tratamiento está obteniendo los resultados esperables, este indicador al final del contrato debería situarse alrededor del 10-15%, pero señala que no garantiza dicho porcentaje.

Expresa que sí garantiza que el producto es eficaz, y que garantizan al menos el 10 %, a estos efectos, previamente a la resolución de adjudicación, y frente al acta de 8 de abril de 2021 de la comisión técnica, presentaron un escrito de alegaciones en el que argumentaban con datos concretos: “En primer lugar, el medicamento Ovistop fabricado por la empresa ACME tiene una PATENTE EUROPEA, por lo que, para salir a mercado, tiene registro en dos entidades de medicamentos, TANTO ITALIA COMO BÉLGICA y ha obtenido la calificación y certificación correspondiente sobre su eficacia, aprobando y superando diversos ensayos clínicos para poder garantizar su eficacia aplicándolo en palomas...”.

Afirma a su vez que: “Por otro lado, Ovistop TIENE LA AUTORIZACIÓN EXPEDIDA POR LA JUNTA DE ANDALUCÍA, la cual ha comprobado la eficacia del producto, y todos los registros y permisos que se le ha requerido al fabricante Ovistop, en base a lo que a procedió a conceder dicha AUTORIZACION, la cual adjuntamos”.

Señala que: “este tratamiento con 8/g al día, de Ovistop 7 días a la semana suprime totalmente la puesta de huevos de palomas. (página 12 del plan de trabajo)”. Afirman en el plan de trabajo presentado en base a los puntos 1 y 2, la garantía de que el producto es efectivo afirmándolo en el punto 3 y 4.

A la vista de dicha afirmación, este Tribunal ha accedido a dicha oferta técnica observando que en el punto 3 expresa la recurrente (página 134 del expediente): “Los resultados de Ovistop son visibles a medio término 10 meses) pero hay un indicador de buen funcionamiento que se hace visible antes de 3 meses, que es el número de palomas juveniles. Si el tratamiento está obteniendo los resultados esperables este indicador debería situarse alrededor del 10 15% de las palomas presentes en el momento de la alimentación en el dispensador.

El recuento se realizará mediante la observación ya sea directa o a través de vídeos. Requiere que la persona que realice el recuento tenga experiencia para distinguir esta fracción de la población ... (los individuos juveniles son fácilmente reconocibles para un observador con conocimientos sobre la biología de las palomas Los rasgos que les identifican son el tamaño, el color apagado del plumaje y la cera del pico poco desarrollada y oscurecida)”.

En referencia a la valoración del cuadro del plan de trabajo, alega la recurrente, al acta de la mesa, y ahora en el recurso que sí especifica que si el tratamiento está obteniendo “los resultados esperables este indicador debería situarse alrededor del 10-15%, pero no garantiza dicho porcentaje”.

Asimismo, señala en las alegaciones presentadas frente el acta de la mesa que:



“Nosotros si garantizamos el 10 % que se exige en el pliego técnico de la licitación, por lo que hacemos alusión como mínimo al 10% pero existe una variable hasta el 15%, que dependerá de:

- Que no existan alimentadores.

- Concienciación vecinal para que no sobre alimenten a las palomas”.

“Todas estas circunstancias que pueden hacer variar la efectividad, se contemplan en el contrato, por lo que se incluye en el plan de trabajo para obtener una mayor efectividad, pero siempre en el rango del 10 al 15 %, por lo que indicamos el primer porcentaje el 10% y siendo 15% la máxima eficacia, se da sobradamente por entendido que nosotros ya garantizamos el 10% de la reducción de la población que es lo que se exige en el pliego de condiciones técnicas y que la variación del 10 al 15 % dependerá de los factores indirectos que se describen y los cuales están contemplados realizar actuaciones sobre ellos , tanto en pliego de condiciones técnicas , como en nuestro plan de trabajo”.

(...).

“En base a lo presentado, nosotros exponemos que el servicio de control de palomas se realizará con el fármaco Ovistop, el cual es un pienso anticonceptivo cuyo principio activo es la nicarbacina, que es un medicamento no hormonal, el cual no se le ha dado ninguna valoración.

Además de todo ello, como nota informativa queremos recalcar, que este objeto de contrato ya se ha estado prestando en el Ayuntamiento de la Línea de la Concepción y los resultados fueron favorables, fue trasladado mediante un informe técnico expedido por nuestro director Técnico, y fue corroborado por la Técnico de Sanidad del Ayuntamiento de la Línea de la Concepción F.C.

Posteriormente el propio ayuntamiento publicó una nota de prensa, aprobando así la eficacia del sistema empleado para el control de palomas con pienso anticonceptivo Ovistop.

ADJUNTAMOS ADJUDICACION DEL CONTRATO, INFORME TECNICO DE RESULTADOS DEL 10 % CONSEGUIDO EN 6 MESES Y NOTA DE PRENSA DEL AYUNTAMIENTO PUBLICADA.

ESTOS DOCUMENTOS SON A TITULO INFORMATIVO PARA LA MEJOR COMPRENSION DE LA EFICACIA DEL SISTEMA Y QUE SÍ SE GARANTIZAN LOS RESULTADOS QUE SE VAN A OBTENER”.

B. En relación con la solvencia técnica, según el PCAP se señala que debe tener al menos el 70% del valor del contrato en trabajos similares. Además, desde la única empresa autorizada y que existe en España para distribuir el producto Ovistop, comunican que nunca han tenido contacto o suministrado el producto Ovistop a la entidad adjudicataria, por lo que la solvencia técnica del 70% no han podido justificarla debidamente, ya que el único método con el que se puede realizar la licitación es con pienso anticonceptivo y ellos no tienen experiencia en ese ámbito.

C. Analiza el procedimiento a realizar por la empresa adjudicataria para llevar a cabo el servicio, y señala que, al haber consultado con el único distribuidor del producto Ovistop en España, la empresa ZOOETHICS, les ha informado que el *“producto Ovistop TIENE UNA PATENTE EUROPEA, la cual no se puede modificar para utilizar en otros formatos. En el plan técnico de la empresa Gestión y Fauna describe claramente, que van a realizar una mezcla de distintos alimentos, al cual le añadirán la nicarbacina, ya que el único producto que esta PATENTADO A NIVEL EUROPEO Y autorizado en este caso por la Junta de Andalucía es Ovistop, Y SU FORMULACIÓN NO ES LA DESCRITA POR LA EMPRESA (adjudicataria)”.* Es decir, estima que la propuesta técnica no cumpliría los requisitos del PPT.”.



Así de este modo, la práctica de añadir nicarbacina a productos, está regulado, y se necesita autorización específica de la AGENCIA DE MEDICAMENTOS ESPAÑOLA, y dicha autorización no la tiene la empresa adjudicataria.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

A. Señala en su informe al recurso que *“el licitador, en su propuesta técnica presentada, especifica claramente que “si el tratamiento está obteniendo los resultados esperables este indicador debería situarse alrededor del 10-15% de las palomas presentes en el momento de la alimentación en el dispensador”. Se puede ver en la siguiente imagen de la propuesta presentada conforme a este punto”. V. Por todo lo expuesto, se concluye que no se garantiza por el licitador en la propuesta presentada que con su tratamiento se obtenga como mínimo el 10% marcado en el expediente de contratación para este servicio.”*

Sobre esta cuestión señala a continuación que: *“El resto de las alegaciones se fundamentan en explicar el tratamiento con el medicamento Ovistop y su experiencia en este tipo de servicio en nuestra ciudad, que no debe ser objeto de valoración en este momento. Esta Comisión Técnica se ratifica en el acta de fecha 8 de abril de 2021 y la puntuación otorgada. Como se demuestra, el licitador no garantiza el tratamiento, especifica que “si el tratamiento está obteniendo los resultados esperables este indicador debería situarse alrededor del 10-15%”, como exige el Pliego de Prescripciones Técnicas, y así lo entendió el órgano de asistencia, desestimando las alegaciones presentadas. Reseñar que en tales alegaciones no se garantizaba en ningún momento el resultado requerido, tal y como parece que ahora sí afirman en el Recurso especial contra el acuerdo adoptado por la Mesa de Contratación.”*

Alega posteriormente que *“las cuestiones valoradas en los criterios cuya valoración son de índole técnico, para revisar la validez de dicha ponderación técnica sería preciso que la recurrente acreditara que la valoración es incorrecta, por cuanto se hubiera llevado a cabo incurriendo la Comisión técnica o la Mesa de Contratación en error material, arbitrariedad o discriminación injustificada. A tales efectos invoca doctrina general de este Tribunal cerca de la discrecionalidad técnica”*.

B. Respecto a la solvencia técnica necesaria y que no habría acreditado la entidad adjudicataria, señala el órgano de contratación, que ésta presenta la documentación (documento n.º 26 del expediente, páginas 226 a 241) requerida para cumplir con la solvencia técnica. Concluye que la documentación aportada, se ha realizado en tiempo y forma. De este modo, y en lo que se refiere al producto y marcas específicos señala que nada de ello figura en el PPT, *“dada la prescripción legal de incluir marcas en tales pliegos, salvo que de otro modo no fuera inteligible para los licitadores lo que se solicita, debiendo constar esta excepción justificada en el expediente de contratación (art. 126 LCSP). Debido a ello, y comprendiendo el celo del licitador para que se utilice el único producto, según afirma, cuyo uso está autorizado en España, ni es posible incluir tal marca en el PPT, ni es posible para los órganos de asistencia o de contratación tener en cuenta tal detalle a la hora de proceder a la adjudicación del contrato. Por otra parte, el hecho de que la empresa adjudicataria no haya adquirido hasta la fecha el producto en cuestión no significa que no lo adquiera de ahora en adelante, ése u otro autorizado por las autoridades sanitarias competentes”*.

C. Respecto de la alegación referente a la práctica de añadir nicarbacina a productos, y la autorización necesaria y específica de la Agencia Estatal del Medicamento, y que ésta no la tiene la entidad adjudicataria, alega el órgano de contratación que el *“expediente de contratación no especifica la obligación del uso del producto Ovistop, ni de otra marca o de otro producto en particular. Lo que sí es preciso es que, en su ejecución cumpla lo prevenido en el PPT. Dado que aún no ha comenzado la ejecución del contrato, no es posible por esta Administración verificar si se*



utilizarán por parte de la empresa adjudicataria propuesta algún método no autorizado por las autoridades sanitarias competentes. Tal punto será verificable en un futuro, y si se incurriese en alguna actuación irregular, el propio Pliego prevé las consecuencias con respecto a este contrato. Por otra parte, decir que, si alguna autoridad o funcionario fuese consciente de la presunta comisión de una actividad delictiva, deberá trasladarlo a las autoridades competentes”.

Añade el órgano de contratación que la entidad adjudicataria ha presentado “oferta asumiendo el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, del Pliego de Prescripciones Técnicas y demás documentación que debe regir el presente contrato, es de recordar que los Pliegos son ley del contrato, a la que deben sujetarse los licitadores y que su cumplimiento es obligatorio, y la Mesa de contratación tiene la cualificación para proponer al órgano de contratación la adjudicación del contrato a favor del licitador que haya presentado la mejor oferta”.

SEXTO. Sobre el fondo del asunto: consideraciones del Tribunal.

1. Sobre la valoración del programa de trabajo como criterio sujeto a juicio de valor.

Se ha de comenzar señalando que, examinado el expediente de contratación, observamos un informe justificativo de los criterios de valoración previo a la aprobación del PCAP, de fecha de 3 de diciembre de 2020. Respecto de este criterio de adjudicación concreto se señala que el “programa de trabajo” se evaluará hasta con un máximo de 20 puntos teniendo en cuenta su justificación que de forma expresa señala: *“Se valorará la presentación de un programa de trabajo, para desarrollar el servicio con calidad suficiente, en el que se indique, en líneas generales las actuaciones a llevar a cabo para llegar al objetivo marcado de reducción de la población actual de palomas hasta un 10% de la población existente”.*

En el apartado 9.A.1 recoge este criterio, denominado programa de trabajo, como criterio sujeto a juicio de valor. En el cuadro de características técnicas del PCAP se especifica que *“se valorará la presentación de un programa de trabajo, servicio con calidad suficiente actuaciones a llevar a cabo para llegar al objetivo marcado de reducción de la población actual de palomas hasta un 10% de la población existente”.* En el apartado 4.2. se recoge en el PPT, la *“reducción de número de palomas”* y se especifica *“al final del contrato se garantizará la reducción de la población de palomas en la localidad, a un 10% de las existentes en situaciones de superpoblación”* (La existencia de superpoblación actual se especifica en el apartado 1 del pliego de prescripciones técnicas que especifica *“la superpoblación, existente actualmente”*).

Teniendo en cuenta la redacción del pliego, no puede considerarse que el criterio de adjudicación responda con claridad a los requisitos del artículo 145 de la LCSP, ya que éste cuando recoge los requisitos de los criterios establece que estos deben estar vinculados al objeto del contrato, deben estar formulados de manera objetiva y deben garantizar que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva. Pues bien valorar el programa de trabajo, del modo en el que éste ha quedado configurado, (y ya hemos examinado), y a pesar de la discrecionalidad técnica de la que intenta hacerse valer el órgano de contratación, no puede implicar valorar de la forma en la que se ha hecho que la entidad recurrente no cumpliera los requisitos, pues no es congruente establecer un programa de trabajo con un objetivo, y valorar únicamente garantizar que se consigue el objetivo, cuando es fácilmente previsible que la consecución del objetivo se puede medir únicamente cuando finalice el plazo de ejecución del contrato.

La falta de definición del criterio consideramos que ha impedido que la entidad recurrente haya podido entender, tal y como lo hace el órgano de contratación, que se pedía una seguridad sobre un elemento futuro, criterio



establecido y exigido, algo que resulta imposible de afirmar. La forma de ofertar responde a la indefinición primitiva del criterio tal y como parecía configurado, a lo que se le une la falta de justificación en la memoria.

El órgano de contratación alega que la mesa, en su sesión de 8 de abril de 2021, cuando valoró la oferta técnica, en concreto el programa de trabajo, no la valoró porque no asegura la erradicación de las palomas en al menos un diez por ciento, ya que la forma en la que se expresaba no lo aseguraba.

Si observamos el PCAP, se habla de “objetivo” del 10 por ciento de reducción de la población. Un objetivo es una meta a alcanzar en el futuro, algo que siempre es difícil de valorar en el presente, pues supone anteponer el resultado sin tener una certeza, por ello el criterio desde luego no parece acertado, pues no tiene sentido poner como criterio sujeto a juicio de valor interpretar que lo requerido es aportar la seguridad de un resultado futuro, cuando además este resultado se adivina que está sujeto a múltiples variables que además se le escapan a un eventual licitador, afirmar el mismo sin que aún éste haya acaecido.

Además, la forma en la que el cuadro de características técnicas recoge el programa de trabajo, además como objetivo, no faculta a la mesa a exigir una seguridad en el alcance del objetivo. Es decir, la mesa interpreta no la oferta, sino el propio criterio de adjudicación, subjetivamente, algo que no le está autorizado por el pliego, obviando que el PCAP lo recoge como objetivo, que es a lo que atiende la propuesta que en primer lugar recoge la entidad recurrente cuando propone: *“si el tratamiento está obteniendo los resultados esperables este indicador debería situarse alrededor del 10-15% de las palomas presentes en el momento de la alimentación en el dispensador”*.

A mayor abundamiento, téngase en cuenta que dados los pocos razonamientos contenidos en el expediente de cómo interpretar el programa de trabajo, ha de estimarse éste en su sentido literal, un programa de trabajo significa una forma de ejecutar un contrato a efectos de conseguir un resultado. No obstante valorar como criterio la garantía de un resultado futuro seguro, es decir, solo siempre que se garantice, resulta difícil sino imposible de sostener, dado que existen causas que sean ajenas al propio licitador que son imprevisibles, de fuerza mayor o caso fortuito, que impiden sostener esa interpretación.

De un lado, estimamos que la discrecionalidad técnica a la que alude el órgano de contratación no puede operar, dado que en este caso concreto la indefinición del criterio de adjudicación impide que pueda rechazarse de plano, como hizo la mesa en cuanto al programa de trabajo.

En este sentido, interesa traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala contencioso-administrativo de 23 de marzo de 2018 (rec.2838/2015) que confirma la sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional que anulaba una resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales. En este sentido, se señala que es distinta la prerrogativa de interpretación de los contratos y, en concreto, de los pliegos, que corresponde a la Administración, plasmado en la llamada discrecionalidad técnica del órgano de contratación para apreciar la adecuación de las ofertas al PCAP. En esta Sentencia el Tribunal Supremo fija una doctrina que encierra una llamada de atención a la mayor precisión de los pliegos de condiciones porque una vez aprobados vinculan tanto a la administración como a los interesados, sin que pueda una intencionada prerrogativa de interpretación provocar una modificación del pliego, como se pretende realizar por el órgano de contratación. Es decir, ello aplicado a nuestro caso, supone que no podamos apreciar discrecionalidad técnica en la interpretación de la mesa, sino que se aparta del pliego. Interpretar consiste en una búsqueda del sentido y finalidad de la norma dentro del marco o escenario delimitado por las palabras del PCAP, sin que la potestad de interpretar el contrato se pueda convertir en potestad de reinventar el contrato. A mayor abundamiento, la prerrogativa de la



Administración de interpretar el PCAP no equivale a hacerlo a su albedrío, sino teniendo en cuenta las reglas interpretativas de aplicación supletoria en el campo administrativo, procedentes de los artículos del 1281 a 1289 del Código Civil, y especialmente debe tenerse presente en el ámbito de los PCAP (con ciertos paralelismo con el contrato de adhesión, donde el pliego lo elabora y dispone el propio órgano de contratación), el importantísimo artículo 1288 del Código Civil que dispone, en relación con la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato que *“no deberá favorecer a la parte que hubiere ocasionado la oscuridad”*. Por tanto, una vez publicadas las condiciones de licitación, ese es el elemento objetivo que no pueden perder de vista ni la mesa ni los Tribunales de recursos contractuales ni los Tribunales contenciosos. Está en juego la seguridad jurídica y confianza de licitadores, la buena fe contractual y los actos propios de la administración. Por ello, interpretar unilateralmente lo que la entidad recurrente quiso establecer en su oferta respecto a tal criterio de interpretación, excede de los límites de la discrecionalidad técnica y de la interpretación que puede realizar el órgano de contratación, dada la parquedad de los documentos que rigen la contratación.

Por otro lado, y consecuencia de lo anterior, resulta llamativo, que la entidad recurrente después de la publicación del acta de la mesa de contratación de 8 de abril de 2021, en donde se reflejaron los resultados de las valoraciones de las ofertas conforme a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, realizare alegaciones aclarando los términos de su oferta, señalando que lo que querían decir es que se garantizaba al menos un mínimo de un 10 por ciento.

Si bien el trámite de alegaciones no le fue ofrecido, si fue aceptado por el órgano de contratación, pues el mismo respondió a dichas alegaciones. El trámite no está previsto en la LCSP, ni tampoco estaba previsto en el PCAP, pero no puede obviarse que en el mismo se reflejaba una aclaración.

La aclaración como se ha citado, y dada la forma en la que el PCAP estaba redactado se había producido antes de la resolución de adjudicación. En este sentido, debemos traer a colación igualmente la Resolución 211/2020, de 18 de junio, de este Tribunal la cual parte, en cuanto a la posibilidad o no de la mesa o, en su caso, del órgano de contratación, de solicitar aclaraciones a las ofertas presentadas por las entidades licitadoras. Al respecto, también este Tribunal ha tenido ocasión de manifestarse en reiteradas ocasiones ¹

Al respecto, es necesario poner de manifiesto que nuestro ordenamiento jurídico en materia contractual solo concibe como regla general la subsanación de los defectos que se aprecien en la documentación administrativa, en el sentido de que la subsanación se refiere a la justificación de un requisito que ya se ha cumplido y no a una nueva oportunidad para hacerlo (artículo 81 RGLCAP), pero no regula la subsanación de la oferta técnica o de la económica.² Por tanto, respecto de la oferta técnica y/o económica no existe obligación alguna por parte de la mesa, o en su caso del órgano de contratación de solicitar subsanación de la misma, debiendo soportar la entidad licitadora las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta.

¹Resoluciones 317/2015, de 15 de septiembre, 220/2016, de 16 de septiembre, 182/2017, de 9 de septiembre, 61/2019, de 7 de marzo y 119/2019, de 24 de abril, entre otras muchas.

²Esta conclusión se desprende de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, en Sentencia de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010), en la que se afirma que *"una vez presentada su oferta, en principio esta última no puede ya ser modificada, ni a propuesta del poder adjudicador ni del candidato", dado que "en el caso de un candidato cuya oferta se estime imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, permitir que el poder adjudicador le pida aclaraciones al respecto entrañaría el riesgo, si finalmente se aceptara la oferta del citado candidato, de que se considerase que el poder adjudicador había negociado confidencialmente con él su oferta, en perjuicio de los demás candidatos y en violación del principio de igualdad de trato ". Por otro lado, destacaba la misma sentencia, que "no se deduce del artículo 2 ni de ninguna otra disposición de la Directiva 2004/18, ni del principio de igualdad de trato, ni tampoco de la obligación de transparencia, que, en una situación de esa índole, el poder adjudicador esté obligado a ponerse en contacto con los candidatos afectados ", pues "la falta de claridad de su oferta no es sino el resultado del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la misma, al que están sujetas de igual manera que los demás candidatos".*



La resolución 211/2020 citada señala que lo que sí es posible es solicitar aclaraciones por la mesa o, en su caso, por el órgano de contratación que en modo alguno supongan alteración de la oferta técnica y/o económica, pero no la adición de otros elementos pues ello podría suponer dar la opción a la entidad licitadora afectada de modificar su oferta, lo que traería como consecuencia una notable contradicción con el principio de igualdad proclamado como básico de toda licitación en los artículos 1 y 132 de la LCSP.

Pues bien, en el presente supuesto, si bien no se solicitó aclaración sí que se aceptaron las alegaciones presentadas, que como aclaración de la oferta deben ser tratadas y en la misma la entidad recurrente, aclara que sí garantizaba la reducción del 10% de la población, aclarando que la incertidumbre de los términos de su oferta se debía en que no tenían la seguridad de que porcentaje hasta el 15% podrían eliminar. Por ello, y si bien, podemos dudar de la idoneidad del criterio, los términos de la oferta han resultado aclarados, resultando que sí ofertan en el programa de trabajo reducir la población en al menos un 10%.

A efectos de que pueda finalmente evidenciarse la infracción por parte de la mesa, debemos tomar en consideración si la aclaración podía ser admitida con relación a los otros licitadores. A este fin debemos hacer referencia a la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009 (asunto T-195/08), que aborda con detalle el ejercicio de la facultad de solicitar (y aceptar en este caso) aclaraciones en relación con las ofertas técnicas y/o económicas, pudiendo resumirse su doctrina del modo siguiente:

1. Si bien es cierto que un órgano de contratación está obligado a redactar las condiciones de una licitación con precisión y claridad, no está obligado a prever todos los supuestos, por raros que sean, que puedan presentarse en la práctica.
2. Cabe tomar la iniciativa de ponerse en contacto con la entidad licitadora cuando una oferta requiera aclaraciones suplementarias, o cuando se trate de corregir errores materiales en la redacción de la misma, pues es esencial, en aras de la seguridad jurídica, que pueda asegurarse con precisión el contenido de la oferta y, en particular, la conformidad de ésta con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones.
3. El principio de igualdad de trato entre entidades licitadoras no puede impedir el ejercicio de esta facultad siempre que se trate por igual a todas ellas y que ello no suponga la modificación del contenido de la oferta presentada.

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

De este modo, la oferta, dada la forma en la que estaba redactado el criterio de adjudicación permitía aclaración. Si a ello se le unen indicios externos, con los que ha contado el órgano de contratación (como es la buena ejecución de contratos anteriores sobre los cuales ha tenido conocimiento y no ha negado el resultado de reducción de la población, y teniendo la oportunidad de pronunciarse únicamente ha señalado que el mismo no puede contarse únicamente porque la experiencia no puede ser objeto de valoración), debe considerarse que se debió admitir como aclaración. Asimismo, y con relación a los otros licitadores, debe añadirse que no existe vulneración del principio de igualdad de trato porque si no obtuvieron puntuación alguna en ese criterio se debió



a que no ofertaron el programa de trabajo, es decir, la admisión de esa aclaración³, no supone vulneración del principio de igualdad de trata, pues ninguna aclaración puede solicitarse a quien no aportó nada en ese criterio.

Por todo ello, debe estimarse el recurso por este motivo, debiendo anularse la adjudicación, no pudiendo retrotraerse el procedimiento al momento en el que se cometió la infracción a efectos de que la oferta valore la aportación del programa de trabajo considerando que garantiza la reducción de la población de palomas en los términos que recoge el PCAP, teniendo en cuenta que eso no es posible, pues ya se han abierto todas las ofertas relativas a los criterios de adjudicación valorables mediante fórmulas.

Este proceder inadecuado de la Administración no puede sin embargo entenderse subsanado ahora, retrotraer para motivar y explicitar el juicio técnico del órgano evaluador en aquellas puntuaciones donde se ha omitido pues, como ya se ha señalado en la Resolución 300/2016 de este Tribunal, se estaría dando la posibilidad de construir a posteriori un razonamiento técnico a partir de unas puntuaciones preexistentes, cuando en todo caso el proceso lógico debe ser el inverso.

Asimismo, tampoco resultaría posible efectuar una nueva evaluación de la oferta recurrente que respete los límites de la discrecionalidad técnica y contenga la motivación adecuada y suficiente, toda vez que ya se conocen y se han valorado las ofertas económicas de los licitadores, por lo que aquella nueva valoración supondría una infracción de lo establecido en los artículos 146 de la LCSP y concordantes del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo.

En el mismo sentido, se pronuncian los restantes Tribunales administrativos de recursos contractuales en supuestos como el aquí analizado, valga a título de ejemplo la Resolución 225/2016, de 1 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales donde se señala que *“No podemos dejar de lado, como hemos señalado en anteriores Resoluciones (por todas las números 155/2014, de 20 de febrero, 761/2014, de 14 de octubre, 193/2015, de 26 de febrero y 673/2015, de 17 de julio), la exigencia de respetar el principio de confidencialidad y su especial vinculación con los principios de igualdad y libre competencia, resultando imposible efectuar una nueva valoración sujeta a juicios de valor, con posterioridad a la toma de conocimiento de las ofertas evaluables mediante fórmulas matemáticas de conformidad con lo establecido en el artículo 150.2 TRLCSP”*.

En consecuencia, la estimación del recurso obliga a declarar la nulidad de todo el procedimiento de licitación tramitado con posterioridad a la aprobación de los pliegos y no solo de la resolución de adjudicación, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación con apertura de un nuevo plazo para la presentación de ofertas.

2. Respetto de las alegaciones relativas a la solvencia técnica de la propuesta de la entidad adjudicataria.

Parte la recurrente de la premisa de que la entidad adjudicataria realizará una manipulación de un compuesto de una determinada marca que no estaría autorizada por las autoridades competentes. Coincidimos con el órgano de contratación en que el PPT no establece marca alguna, por lo que parte la entidad recurrente de una premisa equivocada, dado que no se ha motivado que exista un único producto en el mercado, único supuesto que posibilitaría entrar en el fondo de estas alegaciones. No siendo así el motivo debe ser desestimado, pues las posibles incidencias que pudieran producirse serían en la ejecución del contrato (en el caso en el que continuare siendo la entidad adjudicataria de este contrato).

3 Páginas 168 y 169 del expediente remitido referente al acta de la mesa de contratación de 8 de abril de 2021.



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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **UTE AMISANDO** contra la resolución de adjudicación, dictada en el procedimiento de licitación del contrato denominado “Control de población de palomas en el municipio de La Línea de la Concepción” (Expte.164/2020), promovido por el Ayuntamiento de la Línea de la Concepción (Cádiz), a fin de que se proceda conforme a lo expuesto en el fundamento de Derecho sexto de esta resolución, anulando la resolución de adjudicación.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

