



EB 2023/142

Resolución 227/2023, de 5 de diciembre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por AERO-FERR NORTE, S.A. frente a la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato de “Servicio de peonaje y transporte entre los centros escolares del Departamento de Educación de los territorios históricos de Araba, Gipuzkoa y Bizkaia”, promovido por la Administración General de la CAPV (Departamento de Educación).

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 5 de julio de 2023, AERO-FERR NORTE, S.A. interpuso en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) un recurso especial en materia de contratación frente a la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato de “servicio de peonaje y transporte entre los centros escolares del Departamento de Educación de los territorios históricos de Araba, Gipuzkoa y Bizkaia”, promovido por la Administración General de la CAPV (Departamento de Educación).

SEGUNDO: El día 5 de julio se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de 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). Dicha documentación se remitió por el poder adjudicador el día 11 de julio.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 13 de julio, no se han presentado alegaciones.

CUARTO: Mediante la Resolución B-BN 25/2023, de 13 de julio, el OARC / KEAO acordó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Representación y legitimación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de R.Y.A., que actúa en nombre y representación de AERO-FERR NORTE, S.A.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Conforme al art. 44.2.b) de la LCSP son actos impugnables los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por



resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Administración General de la CAPV (Departamento de Educación) tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Alegaciones de la recurrente

Los argumentos en los que se funda el recurso son, en síntesis, los que se exponen a continuación:

a) AERO FERR se ha ceñido a las indicaciones descritas tanto en el PPT como en el PCAP a la hora de presentar la oferta. Así, el apartado 22.2.2 del PCAP en el que se describen los criterios evaluables de forma automática mediante la aplicación de fórmulas se pide como justificación para optar a los puntos por criterios medioambientales aportar un compromiso por escrito de la empresa indicando los vehículos que se adscriben la contrato con todo tipo de detalles, incluida la calificación (cero emisiones o etiqueta ECO). Por ello, hay que tener en cuenta que la interpretación de las cláusulas oscuras no debe favorecer a la parte que la hubiese ocasionado.

b) La recurrente interpreta que, según lo establecido en el PCAP y PPT, la valoración ambiental se ha de realizar en la totalidad de los vehículos adscritos al contrato. Sin embargo, si solo hay que tener en cuenta la dotación mínima de vehículos que dice la Mesa, no existe adelanto de la información ya que en dichos



vehículos no se indica si disponen de etiqueta 0 o ECO. Por otro lado, el propio pliego desvela parte de los criterios medioambientales, ya que el uso de mercado sobre vehículos de emisión 0 o en ECO no está implementado en los vehículos carrozados 20m3, ni camión 40 m3.

c) La exclusión de AERO-FERR es totalmente desproporcionada, pues la información aportada no influye en la independencia del informe técnico. Además, el acta de exclusión no transcribe la realidad de la adscripción de medios realizada por AERO-FERR, ya que solo hace referencia a los vehículos carrozados y camiones cuando la recurrente ha asignado además otros vehículos. Ahora bien, si se tiene en cuenta la valoración de la mesa la recurrente asume que su puntuación es de cero puntos.

d) Finalmente, se solicita que se declare la nulidad o anulabilidad del acto impugnado, y, consecuentemente, que se ordene la retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a la exclusión para que se admita la oferta y se prosiga el procedimiento hasta su resolución. Subsidiariamente, si no cupiera la retroacción se declare la nulidad de todo el procedimiento.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los argumentos que se resumen a continuación:

a) El servicio promotor del expediente indica, al contrario de lo manifestado por la recurrente sin aportar prueba al respecto, que sí existen en el mercado los vehículos señalados en los puntos 22.2.2 y 3.1 del PCAP y PPT, respectivamente, con etiquetas medioambientales que son objeto de valoración entre los criterios de adjudicación cuya valoración depende de criterios objetivos. Esta circunstancia se deduce incluso de la propia propuesta de la recurrente, pues en su oferta afirma que los vehículos carrozados Euro 6 pueden transformarse en vehículos ECO y así conseguir al menos dos puntos en el criterio medioambiental.



b) El punto 24.1 de las cláusulas específicas del contrato del PCAP establece la documentación que deben aportar las licitadoras en el Sobre A (Documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos), y en él no se indica en ninguna parte que se deban detallar las etiquetas medioambientales que poseen los vehículos adscritos al contrato. En el presente caso, la recurrente lo que ha hecho es añadir información extra al anexo II.2 relativo al compromiso de adscripción de medios que no se le exigía ni se le solicitaba. Así, el resto de las licitadoras no han aportado ningún tipo de información relativa a los criterios de adjudicación en el sobre A, todo ello de acuerdo con lo establecido en el pliego que de forma clara establecía la información que había de incluirse en cada Sobre.

c) En lo que a la falta de adecuación con la realidad que la recurrente achaca al acta en la que se acuerda la exclusión de la oferta de la recurrente, hay que señalar que la Mesa se limita a exponer que, de entre los vehículos que AERO-FERR señala que adscribiría al contrato, los que serían objeto de valoración en el criterio automático medioambiental sin que el resto tenga incidencia en dicha valoración.

d) El poder adjudicador tampoco está de acuerdo con la afirmación de la recurrente de que la valoración ambiental ha de hacerse sobre la totalidad de los vehículos adscritos al contrato, pues de lo establecido en los pliegos se deduce con claridad cuáles son los concretos vehículos que se tendrán en cuenta a dichos efectos, atendiendo a lo establecido en los apartados 22.2.2 y 3.1 del PCAP y PPT, respectivamente.

e) A pesar de que la recurrente afirma que la información revelada no vulnera el secreto, ella misma reconoce que si se tiene en cuenta la valoración que la mesa ha hecho de los vehículos a adscribir, obtendría cero puntos, es decir, existe una información anticipada que permite conocer la puntuación que obtendría en un criterio de adjudicación sujeto a valoración objetiva.



OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, el debate principal planteado por el recurso es la adecuación legal de la exclusión de la proposición de la recurrente por infringir la valoración separada de los criterios discrecionales y de los sujetos a fórmula.

El análisis del recurso debe partir del contenido de los pliegos, que rigen el procedimiento de adjudicación y vinculan al poder adjudicador y a los licitadores por no haber sido impugnados en tiempo y forma. En concreto, los apartados más relevantes de la documentación contractual son los siguientes:

Cláusulas específicas del PCAP

(...)

22.- CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

[...]

- **Criterio: criterios medioambientales.**

Si el vehículo o vehículos asignados fuesen respetuosos con el medio ambiente se otorgará un máximo de 5 puntos, según el siguiente desglose:

- a) Vehículo con etiqueta 0 emisiones: 5 puntos
- b) Vehículo con etiqueta ECO: 2 puntos

El cumplimiento de este criterio se justificará mediante la aportación de un compromiso por escrito de la empresa, indicando los vehículos que adscribirá a la ejecución del contrato, detallando: modelo, marca, matrícula y tipo de vehículo (si es cero emisiones o con etiqueta ECO).

Nota: Para obtener los 5 puntos será requisito que la totalidad de los vehículos asignados al servicio cuente con la etiqueta de 0 emisiones. Para obtener 2 puntos, la totalidad de los vehículos deberán contar como mínimo con la etiqueta ECO. Se deberá aportar la documentación correspondiente a los vehículos que es necesario adscribir a la ejecución del contrato, en función del lote o lotes a los que se licite. En concreto en el punto 3.1.1 del pliego de prescripciones técnicas se establece que se debe garantizar la siguiente adscripción mínima de medios:

LOTE 1 – ARABA:

- 1 vehículo carrozado de aproximadamente 20 m3 de capacidad y hasta 3.500 kg de MMA.

LOTE 2 – GIPUZKOA:

- 2 vehículos carrozados de aproximadamente 20 m3 de capacidad y hasta 3.500 kg de MMA.

LOTE 3 – BIZKAIA:

- 2 vehículos carrozados de aproximadamente 20 m3 de capacidad y hasta 3.500 kg de MMA.
- 1 vehículo grande de aproximadamente 36-40 m3 de capacidad y con un MMA superior a 3.500 kg.



Por su parte, la recurrente presentó en el sobre A, entre otra documentación, la siguiente adscripción de medios a todos y cada uno de los tres lotes:

ANEXO II.2 – COMPROMISO DE ADSCRIPCIÓN DE MEDIOS – LOTE 1

D. Ricardo Yurrebaso Atucha, en representación de AERO-FERR NORTE, S.A., con NIF: A-48204515; en relación con el Lote 1 del Expediente nº SE/23/03

DECLARA

- 1) Que se compromete a adscribir a la ejecución del contrato los siguientes medios:
 - a. Un vehículo carrozado de aproximadamente 20 m3 de capacidad y hasta 3.500 Kg de MMA.
 - b. Los medios mínimos personales exigidos en el pliego de bases técnicas y resto de documentación de este expediente de contratación.
 - c. Cualquier otro medio personal no exigido en los pliegos de prescripciones técnicas y que sea necesario para la ejecución de todos los servicios objeto del contrato.
 - d. Todos los vehículos diferentes a los señalados en los apartados a) anterior y que se exigen en el pliego de prescripciones técnicas
 - e. Todos los vehículos diferentes a los señalados en el apartado a) y d) anteriores y que sean necesarios para la correcta ejecución del contrato.
 - f. La/s persona/s que la adjudicataria adscriba para la ejecución del contrato y que realicen funciones de conductor de los vehículos utilizados para la ejecución del contrato con el permiso de conducir que les habilite para la utilización de los vehículos que son necesarios para la ejecución del contrato.
 - g. Todos los materiales, medios técnicos, herramientas, etc.. que se exigen en el pliego de prescripciones técnicas, así como cualquier otro que aún no establecido o recogido en dicho documento, se considere necesario para la correcta ejecución de todas las tareas correspondientes a este expediente de contratación.

Medios adscritos al objeto del contrato:

MATRÍCULA	MODELO/MARCA	TIPO	CAPACIDAD	CALIFICACION	
1341-LKB	Renault/KANGOO EXPRESS Z.E	201-Furgoneta 2 plazas+carga	Aprox 5 m3	0 Emisiones	
1338-LKB	Renault/KANGOO EXPRESS Z.E	201-Furgoneta 2 plazas+carga	Aprox 5 m3	0 Emisiones	
1653-LKD	Renault/KANGOO EXPRESS Z.E	201-Furgoneta 2 plazas+carga	Aprox 5 m3	0 Emisiones	
2895-LKF	Renault/KANGOO EXPRESS Z.E	201-Furgoneta 2 plazas+carga	Aprox 5 m3	0 Emisiones	
8694-LZL	Renault/MASTER-GAS	341-Furgon L2H2	Aprox 14 m3	ECO	
8695-LZL	Renault/MASTER-GAS	341-Furgon L2H2	Aprox 14 m3	ECO	
8696-LZL	Renault/MASTER-GAS	341-Furgon L2H2	Aprox 14 m3	ECO	
8698-LZL	Renault/MASTER-GAS	341-Furgon L2H2	Aprox 14 m3	ECO	
0411-LKZ	Fiat/DUCATO	401-Carrozado Plataforma	20 m3	EURO 6	Compromiso de transformación a gas
5853-MBG	Fiat/DUCATO	401-Carrozado Plataforma	20 m3	EURO 6	Compromiso de transformación a gas
1504-LKM	Iveco/IS35CI2AA	401-Carrozado Plataforma	20 m3	EURO 6	Compromiso de transformación a gas
3224-KBL	Renault/MASTER	401-Carrozado Plataforma	20 m3	EURO 6	Compromiso de transformación a gas
8561-KN5	Renault/MASTER (CARROZADO)	401-Carrozado Plataforma	20 m3	EURO 6	Compromiso de transformación a gas
7240-LVD	Mitsubishi/MKD 61-M	501-Camion 3.500 Plataforma	40 m3	EURO VI C	
1310-JHM	Renault/CAMION	501-Camion 3.500 Plataforma	40 m3	EURO VI B	
8714-LZT	Renault/TRUCKS SAS	501-Camion 3.500 Plataforma	40 m3	EURO VI E	

Aero-Ferr se compromete, en caso de ser adjudicatario a transformar los vehículos carrozados Euro 6 en vehículos ECO.



A la vista de lo anterior, de las alegaciones de las partes y del resto de la documentación que consta en el expediente, a continuación, se exponen las apreciaciones de este Órgano sobre la viabilidad del recurso.

a) Sobre la exclusión de la recurrente por infringir el secreto de la oferta (doctrina general)

Sobre esta cuestión este Órgano, ya en su Resolución 12/2013, estableció su doctrina conforme a la legislación vigente de aquél momento (plenamente aplicable a la actual, de conformidad con lo establecido en los artículos 139 y 146 de la LCSP) en la que se señalaba que resulta indiferente que el licitador incluyera parte de la documentación valorable de forma automática mediante la aplicación de fórmulas en el sobre de documentación de capacidad y solvencia (A) o en el sobre de criterios cuya aplicación requiere realizar un juicio de valor (C), ya que lo relevante es que lo incluyó en un sobre que se abrió de forma previa a aquel que contenía la documentación referida a los criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas, de tal forma que se quebró el principio de secreto de la oferta y por lo tanto el acuerdo de exclusión adoptado por la mesa de contratación se ajustó a la normativa de contratos del sector público.

La sanción al licitador que infringe esta regla de presentación, de modo que posibilita el conocimiento prematuro de un aspecto evaluable mediante fórmula es la exclusión de la oferta, sin que quepa que el órgano de contratación gradúe dicha consecuencia en atención a la buena fe del operador y sin que sea necesario probar la existencia de un daño efectivo a dicha objetividad (ver, en este sentido la Resolución 43/2019 del OARC/KEAO). No obstante, la infracción no puede ser meramente formal, sino material, de modo que sea apta o suficiente para comprometer la objetividad de la evaluación de las ofertas por dar a conocer datos que anticipan el resultado de la aplicación de los criterios sujetos a fórmula (ver, por ejemplo, la Resolución 157/2018 del OARC / KEAO); en este sentido, la apreciación de la trascendencia de dicha infracción debe efectuarse con atención al principio de proporcionalidad, evaluando su relevancia y sus efectos desde la perspectiva de la finalidad de la norma (ver la sentencia del Tribunal Supremo de 4/5/2022, nº 523/2022, ECLI.ES:TS:2022:1642). Siguiendo estos



criterios, este OARC/KEAO ha considerado que no infringía el secreto de la oferta la información que era de conocimiento directo por el órgano de contratación (ver, en este sentido la Resolución 68/2018), la que tiene una conexión lejana con el criterio de adjudicación de evaluación automática (ver, en este sentido las Resoluciones 100/2013 y 32/2018), la que es dispersa, parcial y genérica (ver la Resolución 125/2019) o la que es irrelevante (ver la Resolución 157/2018).

b) Sobre la documentación presentada por AERO FERR y la infracción del secreto de la oferta y su relevancia

El núcleo del debate suscitado por el recurso es si la oferta de la recurrente fue incorrectamente excluida por incluir en el sobre referido a la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos información propia de los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmulas. A la vista de la doctrina expuesta en la letra a) anterior y del contenido del sobre relativo a los requisitos previos presentado por la recurrente, el motivo de impugnación debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) No existe discusión sobre que AERO-FERR ha presentado en el sobre A relativo al cumplimiento de los requisitos previos un compromiso de adscripción de vehículos con, entre otra, la siguiente información: Matrícula, modelo/marca, tipo, capacidad y calificación medioambiental. Como bien señaló la Mesa y ahora ratifica el informe de contestación al recurso, esta información innecesaria y no solicitada permite conocer de forma anticipada la puntuación que AERO-FERR puede obtener en el criterio automático Criterio medioambiental. Por ello, la infracción es materialmente significativa y no meramente formal, pues se revelan prematuramente datos que permiten anticipar con exactitud el resultado de un criterio sujeto a fórmula, lo que perjudica la objetividad de la evaluación de los criterios discrecionales, cuya garantía es la finalidad buscada por el sistema establecido en el artículo 146.2 de la LCSP. Consecuentemente, la exclusión de la oferta es la única medida adecuada y proporcionada.



- 2) Debe rechazarse el argumento de la recurrente de que dicha información ha venido inducida por los propios pliegos, pues en ningún momento se pide incluir los datos extra aportados por la recurrente *Motu proprio* relativa a la calificación medioambiental de los vehículos que decidió adscribir al contrato. En este sentido, este Órgano entiende que la infracción no es una consecuencia ineludible de la forma en la que los pliegos han configurado los criterios de adjudicación y la documentación que debe aportar el licitador. Al contrario, este ÓARC/KEAO entiende que resulta clara la distinción de la información que ha de aportarse, tanto en el sobre A (Anexo II.2) como para el criterio automático medioambiental (Anexo III.1, junto con la documentación acreditativa reseñada en el apartado 22.2.2) por lo que resulta evidente que el error es únicamente achacable a la recurrente. Por otra parte, resulta irrelevante la alegación de la recurrente relativa al número de vehículos asignados al contrato que deberían ser objeto de valoración en el criterio medioambiental, pues sean los que ella ha entendido (la totalidad de los asignados) o los que la Mesa entiende (los exigidos con carácter de mínimos) existe igualmente una anticipación de la información que permite conocer la puntuación en un criterio automático.
- 3) Finalmente, debe añadirse que la correcta presentación de la proposición incumbe única y exclusivamente al licitador, por lo que solo este es el responsable de la confección negligente de su oferta (ver, por todas, la Resolución 184/2018 del OARC / KEAO y la STJUE de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191). La sanción al licitador que infringe esta regla de presentación, como se ha señalado anteriormente, es la exclusión de la licitación, tal y como establece expresamente la cláusula 14.1 a) del PCAP, cláusula que debe ser acatada incondicionalmente por la recurrente al haber presentado oferta a la misma.



a) Conclusión

A la vista de lo indicado anteriormente, el recurso debe desestimarse íntegramente.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación pública interpuesto por AERO-FERR NORTE, S.A. interpuesto frente a la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato de “servicio de peonaje y transporte entre los centros escolares del Departamento de Educación de los territorios históricos de Araba, Gipuzkoa y Bizkaia”, promovido por la Administración General de la CAPV (Departamento de Educación).

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

TERCERO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva 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 el día siguiente a la notificación de la misma



(artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2023ko abenduaren 5a

Vitoria-Gasteiz, 5 de diciembre de 2023