



EB 2021/007

Resolución 044/2021, de 8 de marzo, 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 la mercantil SEVERIANO SERVICIO MOVIL S.A.U. contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local por el que se le excluye de la licitación y se declara desierta la misma en el contrato de “Servicio de transporte y reparto de comida condimentada desde el centro de elaboración a domicilios de la ciudad, y comedores de centros de mayores”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 13 de enero de 2021 se ha presentado 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) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por SEVERIANO SERVICIO MOVIL S.A.U. frente al acuerdo de declaración de desierto del contrato de “Servicio de transporte y reparto de comida condimentada desde el centro de elaboración a domicilios de la ciudad, y comedores de centros de mayores”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz.

SEGUNDO: Con fecha 14 de enero este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, 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 recibió el día 19 de enero.



TERCERO: Mediante la Resolución B-BN 2/2021, de 20 de enero de la Titular del OARC/KEAO, se ha acordado suspender de forma cautelar el procedimiento de adjudicación.

CUARTO: Con fecha 20 de enero se trasladó el recurso a los interesados en el procedimiento, no habiéndose recibido alegación alguna.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de J.L.C.R., que actúa en su nombre.

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

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicio cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2. b) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso, entre otros, los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación que decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación o determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento. Aunque la LCSP no cita expresamente la declaración de desierto entre los actos impugnables, de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18/6/2002, asunto C-92/00, ECLI: EU:C:2002:379, se deduce que el efecto útil del recurso especial exige que el acuerdo de cancelación de una licitación puede ser objeto de recurso y, en su caso, anulado (ver también, por ejemplo, las resoluciones 119/2014 y 35/2020 del OARC / KEAO).

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Argumentos del recurso

El recurso se basa, en síntesis, en los siguientes argumentos:

a) El acuerdo por el que se declara desierto el procedimiento de la licitación es contrario a derecho por incumplir los requisitos que se exigen en el artículo 150.3 de la LCSP, es decir la inexistencia de alguna oferta o proposición admisible de acuerdo con los pliegos. En efecto, la oferta de la recurrente es admisible de conformidad con los pliegos rectores, pues las características medioambientales de los vehículos no se han configurado como requisito técnico exigible, sino como criterio de adjudicación Mejoras medioambientales. En este mismo sentido, en las especificaciones técnicas relativas a los vehículos establecidas en la cláusula 3 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), nada se indica respecto a la exigencia de que los vehículos dispongan de las etiquetas medioambientales “0” o “ECO”.

b) El propio Ayuntamiento, a requerimiento de la recurrente formuló la siguiente aclaración: En el objeto del contrato, detectamos una expresión inadecuada, por cuanto, se refiere a favorecer la utilización de vehículos que dispongan de las correspondientes etiquetas medioambientales. Por tanto, no se exige, que los vehículos, dispongan de las etiquetas medioambientales como requerimiento obligatorio, sino que son objeto de valoración como mejora (según se contiene en la valoración de criterios automáticos. Los propios pliegos establecen el carácter vinculante de las respuestas a la solicitud de aclaración a

lo establecido en los pliegos y su no publicación en el perfil no constituye requisito para tener dicho carácter.

c) Finalmente, se solicita la nulidad del acuerdo de desierto y se ordene al órgano de contratación que se adjudique el contrato a la recurrente por ser admisible su oferta, además de la más ventajosa.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador alega para oponerse a la impugnación, de forma resumida lo siguiente:

a) Las etiquetas medioambientales de los vehículos tienen la consideración de especificación técnica obligatoria, pues así viene recogido en la definición del objeto del contrato incluido en el PPT, que es el documento donde deben establecerse las características técnicas de los bienes o prestaciones del contrato.

b) El Ayuntamiento considera que no cabe atribuir el carácter de vinculante a la contestación realizada a la consulta de la recurrente, por cuanto dicha aclaración no fue publicada en el perfil del contratante, y la citada publicación es necesaria para que adquiriera eficacia vinculante y se haga efectivo el principio de igualdad de trato y concurrencia.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El recurso impugna la declaración de desierto de la licitación y solicita la admisión de su oferta por haber sido incorrectamente excluida. Los apartados de los pliegos relevantes para analizar la viabilidad de la pretensión son los siguientes:

I - CARÁTULA DEL PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES

Objeto del contrato: SERVICIO DE TRANSPORTE Y REPARTO DE COMIDA CONDIMENTADA DESDE EL CENTRO DE ELABORACION A DOMICILIOS DE LA CIUDAD, Y COMEDORES DE CENTROS SOCIOCULTURALES DE PERSONAS MAYORES, CENTROS GERONTOLÓGICOS Y CENTROS DE ALOJAMIENTO DE INCLUSIÓN

CARÁTULA: PUNTO 2º

REQUISITOS DE SOLVENCIA ECONÓMICA Y FINANCIERA Y SOLVENCIA TÉCNICA.

(...)

3.- Vehículos: el licitador deberá disponer de un mínimo de 5 vehículos que permitan la distribución de las comidas con las mayores garantías higiénico-sanitarias.

A tal efecto será condición indispensable que el transporte de comidas refrigeradas se realice en vehículos frigoríficos y el de comidas calientes en vehículos isoterms. En cualquier caso, los vehículos utilizados sólo podrán estar dedicados al transporte alimentario.

Incluir características técnicas exigidas a los vehículos.

CARÁTULA PUNTO 4º

(...)

SOBRE 3. DOCUMENTACIÓN RELATIVA A CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN VALORADOS MEDIANTE LA APLICACIÓN DE FÓRMULA MATEMÁTICA

(...)

B. Mejoras medioambientales:

Se valorará los cinco primeros vehículos presentados (hasta 15 puntos)

B.1. 3 puntos por cada vehículo que cumpla los requisitos de “Etiqueta 0” de la DGT, puramente eléctrico:

- de baterías (BEV)
- o de pila combustible (FCEV).

B2. 1,5 puntos por cada vehículo que cumpla los requisitos de la “Etiqueta 0” de la DGT:

- Eléctrico de autonomía extendida (REEV)
- o híbrido enchufable con autonomía igual o superior a 40 kilómetros (PHEV)

Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP)

(...)

7. Perfil de contratante. Información a los interesados.

En los casos en que lo solicitado sean aclaraciones a lo establecido en los pliegos o resto de documentación, las respuestas tendrán carácter vinculante y, en este caso, deberán hacerse públicas en el correspondiente perfil de contratante en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el procedimiento de licitación. Las consultas se dirigirán a la siguiente dirección: informacion.perfil.contratante@vitoria-gasteiz.org.

Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (PPT)

1.- OBJETO DEL CONTRATO:

El objeto del presente contrato es la contratación del servicio de transporte y reparto de comida condimentada, desde el centro de elaboración a domicilios del término municipal de Vitoria-Gasteiz y comedores de centros socioculturales de personas mayores, complejos

gerontológicos, centros de alojamiento de inclusión, favoreciendo la incorporación socio-laboral de personas en situación o riesgo de exclusión y utilizando vehículos que cumplan los requisitos de las etiquetas medio ambientales "0" o "ECO" de la Dirección General de Tráfico

(...)

3.- MEDIOS MATERIALES, PERSONALES Y DE TRANSPORTE

a) Medios materiales y de transporte.

La empresa adjudicataria realizará el transporte de la comida para su distribución a los domicilios particulares, a los comedores de los CSCM, a los centros gerontológicos y a los recursos del Inclusión en vehículos frigoríficos adecuados para mantener la cadena del frío conforme a la normativa vigente al respecto.

Dispondrá de vehículos para la correcta prestación del servicio de acuerdo a las siguientes especificaciones:

- Equipados para transportar los alimentos en adecuadas condiciones de higiene y seguridad.
- En número suficiente que garantice el reparto del suministro en tiempo y lugar previsto.
- Acreditación adecuada para que puedan transitar por todas las zonas de la ciudad.
- Rotulados con el logotipo del Ayuntamiento y de la empresa adjudicataria.
- De cada vehículo se deberá aportar la ficha técnica y acreditar la etiqueta medioambiental de la Dirección General de Tráfico que le corresponde. Se valorarán las ofertas con menos emisiones

Además, es pertinente para el caso señalar que, con fecha 12 de agosto de 2020, la recurrente planteo la siguiente cuestión:

«¿Con estos datos se quiere indicar que los 5 vehículos que se solicitan como mínimo para la realización del servicio deben ser todos ellos con etiqueta medioambiental "0" o "¿ECO", o no es necesario y sólo se tendrá en consideración para la puntuación del concurso, tal y como se indica en la página 15 del PCAP?».

Con fecha 24 de agosto se remitió por parte del Ayuntamiento la siguiente respuesta:

«En el objeto del contrato, detectamos una expresión inadecuada, por cuanto, se refiere a favorecer la utilización de vehículos que dispongan de las correspondientes etiquetas medioambientales. Por tanto, no se exige, que los vehículos, dispongan de las etiquetas medioambientales como requerimiento obligatorio, sino que son objeto de valoración, como mejora (según se contiene en la valoración de criterios automáticos)».

El debate entre las partes se circunscribe a determinar si las cláusulas de los pliegos y la aclaración sobre las mismas exigen que los vehículos que vayan a prestar el servicio dispongan como requisito técnico de etiquetas

medioambientales tipos “0” y/o “ECO”, de modo que, si los vehículos ofertados no poseen dichas etiquetas, la oferta del recurrente debe ser excluida o, por el contrario, debe interpretarse que únicamente serán valoradas en el criterio de adjudicación sujeto a fórmula mejoras medioambientales.

Una vez analizadas las cláusulas transcritas y la aclaración, este Órgano considera que la exclusión no se ajusta a derecho por los siguientes argumentos:

- 1) No consta en los pliegos (ni en los anuncios de la licitación), al margen de la mera mención (...y utilizando vehículos que cumplan los requisitos de las etiquetas medioambientales “0” o “ECO” de la Dirección General de tráfico...) realizada en la definición del objeto del contrato del PPT, ninguna referencia a que las etiquetas medioambientales sean una característica técnica de obligado cumplimiento. Así, ni en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) ni en su carátula aparece el citado requisito ni la forma de acreditarlo documentalmente; por su parte, en el mismo PPT a cuyo punto 1 se acoge el poder adjudicador para fundamentar la exclusión, figura un punto 3 que indica textualmente que para cada vehículo se deberá aportar la ficha técnica y acreditar la etiqueta medioambiental de la Dirección General de Tráfico que le corresponde. Se valorarán las ofertas con menos emisiones, lo que es acorde con el carácter de criterio de adjudicación que se atribuye a dichas etiquetas en el punto 4 de la carátula del PCAP.
- 2) A la vista de las contradicciones de la documentación contractual, y teniendo en cuenta que es precisamente en el PCAP donde deben figurar aspectos como la descripción del objeto del contrato, las necesidades que van a satisfacerse mediante su celebración y las condiciones de ejecución de carácter medioambiental (ver los artículos 122.2 de la LCSP y 67.2, letras a) y b), del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), no cabe entender que la única mención (sin regulación adicional alguna) en un único apartado del PPT pueda ser suficiente para rechazar la oferta. En este sentido, este Órgano ya ha señalado que la drástica decisión de exclusión debe basarse en causas claramente deducibles de los pliegos, siendo desproporcionada dicha

exclusión cuando la interpretación que se aplica no se desprende claramente de ellos (ver, por ejemplo, la Resolución 183/2019 del OARC / KEAO). Asimismo, el principio de transparencia impide trasladar a los licitadores (y en este caso concreto, al recurrente excluido) la carga de acertar a integrar la voluntad del poder adjudicador mediante la interpretación de cláusulas dispersas en distintos documentos contractuales, con la grave consecuencia de la exclusión de su proposición si, a juicio del poder adjudicador que ha incumplido su obligación de transparencia, no tiene éxito en dicha tarea. En este sentido, es oportuno recordar el principio jurídico que impide que la oscuridad de una estipulación pueda perjudicar a quien no es responsable de ella (ver, por todas, la Resolución 120/2017 del OARC / KEAO y el artículo 1288 del Código Civil), especialmente si se tiene en cuenta que ni siquiera se trata de una cláusula insertada en un contrato bilateral ya perfeccionado, sino de las bases de un procedimiento elaboradas únicamente por el órgano de contratación y cuya finalidad es precisamente la selección de la contraparte del negocio jurídico (ver, por todas, la Resolución 3/2020 del OARC / KEAO).

- 3) Los argumentos expuestos en los apartados 1) y 2) anteriores se ven especialmente reforzados en este caso por la rotundidad de la respuesta del Ayuntamiento a la consulta formulada por el recurrente. Este Órgano entiende que la respuesta transcrita tiene carácter vinculante, en particular, por lo que interesa a este caso, para el poder adjudicador. En primer lugar, dicho carácter vinculante se establece claramente en la cláusula 7 del PCAP, como pide el artículo 138.3 de la LCSP. En segundo lugar, como ya se ha expuesto, la consulta es oportuna, pues, se basa en una contradicción evidente en la documentación contractual. En tercer lugar, la respuesta del poder adjudicador se limita a esclarecer (correctamente, a juicio de este OARC / KEAO) las dudas manifestadas por el licitador, sin introducir alteración o modificación alguna a la información contenida en los pliegos, respetando así la función propia de estas aclaraciones (ver, por ejemplo, “sensu contrario”, la Resolución 12/2020 del OARC / KEAO). Finalmente, no cabe aceptar la alegación del

poder adjudicador de que la respuesta a la consulta no ha sido publicada en el perfil del contratante, pues dicha publicación es responsabilidad exclusivamente suya, por lo que su falta no puede oponerse válidamente al recurrente, debiendo aplicarse el principio clásico de que «nadie debe obtener beneficio de su propia torpeza», estando por lo tanto forzado a soportar las consecuencias jurídicas de su omisión.

a) Conclusión

La estimación del recurso conlleva la anulación del acto impugnado y la retroacción de actuaciones para que se admita la proposición de la recurrente.

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:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa SEVERIANO SERVICIO MOVIL S.A.U. frente al acuerdo de declaración de desierto del contrato de “Servicio de transporte y reparto de comida condimentada desde el centro de elaboración a domicilios de la ciudad, y comedores de centros de mayores”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, anulando el acto impugnado y ordenando la retroacción de actuaciones para que se admita la oferta de la recurrente y se continúe con el procedimiento de adjudicación.

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: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que informe a este Órgano de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

QUINTO: 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, 2021eko martxoaren 8a

Vitoria-Gasteiz, 8 de marzo de 2021