



EB 2019/104

Resolución 148/2019, de 13 de septiembre de 2019, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa LEIOA BERRI AUTO, S.L. contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato de “Arrendamiento, incluyendo mantenimiento, de vehículos eléctricos para el Parque Móvil del Gobierno Vasco”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 18 de junio de 2019 tuvo entrada 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 la empresa LEIOA BERRI AUTO, S.L. (en adelante, LEIOA BERRI) contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato de “Arrendamiento, incluyendo mantenimiento, de vehículos eléctricos para el Parque Móvil del Gobierno Vasco”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO: El día 18 de junio se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron la copia del expediente de contratación 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 recibió el día 20 de junio.





TERCERO: Traslado el recurso a los interesados con fecha 24 de junio, no se han recibido alegaciones.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de D. K.D.M., que actúa en su nombre.

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 los contratos de suministro con un valor estimado superior a 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Según el artículo 44.2 b) de la LCSP, pueden ser objeto de recurso especial acuerdos de exclusión de las ofertas.

CUARTO: Interposición en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico

La Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según el artículo 3 de la LCSP.



SEXTO: Motivos del recurso

El recurso se basa en un único argumento consistente en que la oferta fue presentada siguiendo las indicaciones del ANEXO III.1 y la simulación de fórmulas del ANEXO I.2, por lo que no ha incurrido en incumplimiento alguno de los pliegos para ser excluida y debió continuar en la licitación.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

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

- a) Es cierto que en el Anexo III.1, letra c) relativo al modelo de proposición de oferta económica con un texto más esquemático que el que aparece reflejado en apartado 22.2.2 de las cláusulas específicas del Pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) se ha producido un error material de transcripción, ya que donde debía haber dicho máximo dice mínimo. Ahora bien, se trata de una contradicción que un licitador razonablemente informado podía fácilmente solucionar con una interpretación integrada de los pliegos, puesto que tanto en las cláusulas específicas como en la memoria justificativa se indica de forma correcta y coherente lo que se pretende valorar, esto es, el precio que como máximo está dispuesto a pagar el poder adjudicador en el caso de que se dé el supuesto de un exceso de consumo de kilometraje. Entender lo contrario a partir de dicha errata sería atribuir al órgano de contratación una actitud antieconómica.
- b) En todo caso, y aunque la recurrente hubiera obtenido el máximo de puntos en este subcriterio (4,5 puntos) en ningún caso podría haber sido la adjudicataria del contrato, ya que en aplicación de los criterios de adjudicación (todos ellos de carácter automático) siempre habría otra oferta mejor clasificada que la suya.



c) Finalmente, el poder adjudicador alega que no cabía la subsanación de la oferta, puesto que hubiese supuesto una reelaboración de la oferta.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis del recurso debe partir de lo establecido en los pliegos que rigen la licitación, que por no haber sido impugnados en tiempo y forma vinculan al poder adjudicador y a los participantes en el procedimiento de adjudicación, y por la información que consta en la oferta de la recurrente; en concreto, el contenido relevante es el siguiente:

22.2.- Existe una pluralidad de criterios de adjudicación: SI

22.2.2.- Criterios evaluables de forma automática mediante aplicación de fórmulas

(...)

C) Criterio: precio del km en exceso/defecto

Ponderación: 8 puntos

Fórmula:

El precio ofertado a cobrar/pagar en concepto de defecto/exceso de kilometraje total previsto en la contratación para cada vehículo (60.000 km/4 años) se valorará con un máximo de 8 puntos de la siguiente manera:

c.1) Precio a cobrar por Km defecto, hasta 3,5 puntos.

Para la valoración del precio km a cobrar en concepto de defecto, se tomará como precio de licitación mínimo la cantidad de 2 euros por cada 100km.

$$\text{Puntuación} = 3,5 \times (\text{Oferta del licitador} + 0,1 / \text{Oferta más alta} + 0,1)$$

c.2) Precio a pagar por Km exceso, hasta 4,5 puntos.

En este concepto se deberá ofertar un precio, no pudiéndose variar ese precio cualquiera que sea el exceso de kilometraje.

Para la valoración del precio km a pagar en exceso, se tomará como precio de licitación máximo para el exceso la cantidad de 2 euros por cada 100 km.

Se aplicará la siguiente formula:

$$\text{Puntuación} = 4,5 \times (\text{Oferta más baja} + 0,1 / \text{Oferta del licitador} + 0,1)$$

ANEXO III.1.

MODELO OFERTA

(...)

c) OFERTA PRECIO / KM EN EXCESO/DEFECTO



c.1) precio a cobrar por defecto

CONCEPTO	Precio mínimo licitación (IVA excl..)	Oferta precio (IVA exl)	Oferta precio (IVA inc.)
Precio a cobrar por Gobierno Vasco por defecto de consumo de km (km base previsto 60.000 km/48 meses)	2 €/100km		

c.1) precio a pagar por exceso

CONCEPTO	Precio mínimo licitación (IVA excl..)	Oferta precio (IVA exl)	Oferta precio (IVA inc.)
Precio a pagar por Gobierno Vasco por exceso de consumo de km (km base previsto 60.000 km/48 meses)	2 €/100km		

Oferta ELDEAR:

c) OFERTA PRECIO / KM EN EXCESO/DEFECTO

c.1) precio a cobrar por defecto

CONCEPTO	Precio mínimo licitación (IVA excl..)	Oferta precio (IVA exl)	Oferta precio (IVA inc.)
Precio a cobrar por Gobierno Vasco por defecto de consumo de km (km base previsto 60.000 km/48 meses)	2 €/100km	3,24€/100km	3,92€/100km

c.1) precio a pagar por exceso

CONCEPTO	Precio mínimo licitación (IVA excl..)	Oferta precio (IVA exl)	Oferta precio (IVA inc.)
Precio a pagar por Gobierno Vasco por exceso de consumo de km (km base previsto 60.000 km/48 meses)	2 €/100km	5,36€/100km	6,48€/100km



En síntesis, el motivo de la exclusión recurrida es el incumplimiento del precio máximo de licitación establecido en el subcriterio de adjudicación c.2 (por error de transcripción numerado en el Anexo como c.1) Precio a pagar por Gobierno Vasco por exceso consumo de Km. LEIOA BERRI alega principalmente que el Anexo III.1 establece un precio mínimo de licitación para el concepto señalado, por lo que su oferta no incurre en incumplimiento alguno. Por su parte, el órgano de contratación reconoce la existencia de un error material en dicho Anexo que contradice lo dispuesto en el apartado 22.2.2 de los pliegos transcrito, pero alega que un licitador razonablemente informado debió poder entenderlo adecuadamente con una lectura integrada de los mismos.

El objeto de este recurso así como los argumentos impugnatorios son sustancialmente idéntico a otro anterior (EB 2019/092) presentado por la empresa PROMOCIONES ELDEAR, S.L. que ha sido resuelto en sentido desestimatorio por este OARC/KEAO en la Resolución 128/2019 cuyos argumentos, que se reproducen a continuación, son plenamente aplicables al recurso que ahora nos ocupa:

a) Sobre la contradicción u oscuridad de los pliegos y su relación con la infracción

Una vez concluido que existe una contradicción en los pliegos, debe analizarse si el motivo de la exclusión es imputable a la falta de diligencia del recurrente a la hora de elaborar su proposición o si ha sido provocado o inducido por una redacción oscura de la documentación contractual contraria al principio de transparencia (artículo 1.1 de la LCSP).

a1) Sobre el alcance del principio de transparencia

De acuerdo con la doctrina mantenida por este Órgano (ver, por ejemplo, las Resoluciones 68 y 163/2018), el principio de transparencia impone una obligación de que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes, puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (Sentencia del Tribunal de



Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2004, *Succhi di Frutta*, apartado 111, asunto C-496/99P, ECLI:EU:C:2004:236). Esta obligación de transparencia (i) recae sobre el poder adjudicador, (ii) es un instrumento para que éste asegure el respeto a los principios de igualdad de trato y de no discriminación para conseguir la apertura a la competencia y el control de la imparcialidad del procedimiento de adjudicación y (iii) garantiza una publicidad adecuada a los potenciales licitadores, que son sus beneficiarios (véase en este sentido las sentencias del TJUE de 7 de diciembre de 2000, asunto C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669, apartados 61 y 62, y de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605, apartado 49, así como la Resolución 44/2018 del OARC / KEAO). Consecuentemente, no cabe trasladar a los licitadores la carga de acertar a integrar la voluntad del poder adjudicador mediante la interpretación de cláusulas oscuras o contradictorias, con la grave consecuencia de la exclusión de su proposición si, a juicio del poder adjudicador que ha incumplido su obligación de transparencia, no tienen 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. Consecuentemente, una vez acreditado que el poder adjudicador ha incumplido la obligación de transparencia que le atañe, no es necesario ni adecuado que este Órgano, por vía interpretativa, fije cuál es el significado que debe darse a la documentación contractual, pues tal determinación en ningún caso podría concluir en reprochar al adjudicatario impugnado su impericia en la misma tarea y mucho menos con un corolario tan drástico como la exclusión del procedimiento. Sin embargo, no es menos cierto que el esfuerzo de transparencia debe dirigirse a operadores razonablemente informados y normalmente diligentes, los cuales pueden, por ejemplo, llegar a compensar las imprecisiones de los pliegos con una lectura atenta de los mismos o mediante consultas dirigidas al poder adjudicador (ver, por todas, la Resolución 140/2017 del OARC / KEAO y la jurisprudencia europea que en ella se cita).

a2) Sobre la contradicción en los pliegos del procedimiento de adjudicación

Contrastada la citada doctrina con la literalidad de las cláusulas a cuya contradicción el recurrente imputa la infracción que ha sido la causa de su exclusión, este Órgano considera, al igual que lo hizo en su Resolución 128/2019 que resolvió un recurso sustancialmente idéntico al presente, lo siguiente:

A juicio de este OARC / KEAO, llegar a comprender que la verdadera intención de la Administración es no pagar más de un precio máximo (en el presente caso, 2 euros por cada



100 kilómetros de exceso sobre el kilometraje total previsto de 60.00 Km./4 años), como señala el apartado 22.2.2 de las Cláusulas específicas del PCAP, no requiere un trabajo hermenéutico precisado de herramientas jurídicas complejas, ni tampoco un exhaustivo análisis sistemático de las cláusulas oscuras (ver, como ejemplo contrario, las Resoluciones 44 y 68/2018 del OARC / KEAO). Por el contrario, esta conclusión se deduce claramente de lo establecido en el apartado 8 relativo a la justificación de los criterios de adjudicación de la Memoria justificativa donde textualmente se indica que En tercer lugar tenemos el criterio del precio del Km en exceso/defecto con 8 puntos, ya que nos interesa que este precio sea el más bajo posible en el caso de exceso de kilómetros y el más alto posible en el caso de defecto de kilómetros, en aras a resultar económico para la administración, y del repetido apartado 22.2.2 del PCAP reproducido más arriba. Asimismo, resulta significativo que de las 8 ofertas presentadas 6 de ellas hayan interpretado correctamente que el precio de 2€/100km en la sección c.2 (en el Anexo, también por error, c.1) era un precio máximo de licitación y no un precio mínimo, lo cual, por otro lado, no tendría ningún sentido desde el punto de vista del poder adjudicador, por cuanto supondría otorgar más puntos a la oferta más antieconómica para la entidad contratante. Por tanto, a juicio de este Órgano lo establecido en el Anexo III.1 obedece a un error que pudo ser fácilmente subsanable a través de una lectura detenida de los pliegos o mediante la oportuna consulta ante el poder adjudicador que la recurrente no efectuó y, por lo tanto, esta no puede obtener el amparo que el principio de transparencia concede al licitador diligente (ver, Resolución 123/2019 de este Órgano).

Adicionalmente, señalar que tampoco puede aceptarse la alegación de la recurrente referida a la simulación de las fórmulas del Anexo I.2, por cuanto incurre en el error de identificar como el precio más bajo la cantidad de 3.73 € / 100km. en lugar de 0,0373 € / 100km. que es la que reflejada en el Anexo I.2, al margen de que no existe error o infracción jurídica alguna en el hecho de que la simulación utilice determinados números que eventualmente nada tengan que ver con los importes del contrato, pues la finalidad pretendida consiste en ilustrar a los operadores económicos, en términos abstractos, sobre el funcionamiento y efectos de la fórmula, no en sugerir o en condicionar las cifras de sus ofertas.

b) Conclusión

Por todo ello, debe concluirse que la medida de exclusión adoptada por el órgano de contratación fue ajustada a derecho, puesto que la oferta superaba



el precio máximo unitario de licitación (cláusula 14.1d) del PCAP) y no cabía la subsanación de la proposición, ya que cualquier modificación hubiera supuesto, de hecho, una reelaboración de la oferta, lo que no es aceptable en un procedimiento abierto conforme a lo establecido en el artículo 156.1 de la LCSP (ver, por ejemplo, la Resolución 143/2017 del OARC / KEAO y la jurisprudencia europea que en ella se cita), por lo que el recurso debe desestimarse.

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:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial interpuesto por la empresa LEIOA BERRI AUTO, S.L. contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato de “Arrendamiento, incluyendo mantenimiento, de vehículos eléctricos para el Parque Móvil del Gobierno Vasco”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

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

TERCERO: No se aprecia temeridad ni mala fe en la interposición del recurso especial.



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 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2019ko irailaren 13a

Vitoria-Gasteiz, 13 de septiembre de 2019