



EB 2024/038

Resolución 159/2024, de 6 de septiembre, 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 empresa AUTOBUSES DARÍO, S.L. contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato “Servicio de autobuses para la realización de cuatro refuerzos expresamente solicitados por la DFG para la línea DB02”, tramitado por EUSKO TRENBIDEAK – FERROCARRILES VASCOS.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 29 de febrero de 2024 se presentó 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 AUTOBUSES DARÍO, S.L. contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato “Servicio de autobuses para la realización de cuatro refuerzos expresamente solicitados por la DFG para la línea DB02”, tramitado por EUSKO TRENBIDEAK – FERROCARRILES VASCOS (en adelante, EUSKO TRENBIDEAK).

SEGUNDO: El mismo día 29 de febrero el 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 4 de marzo.



Nahi izanez gero, J0D0Z-T62VT-P8HJ bilagailua erabiltza, dokumentu hau egiazkoa den ala ez jakin liteke egoitza elektronikoko honetan: <https://euskadi.eus/lokalizatzailea>

La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador J0D0Z-T62VT-P8HJ en la sede electrónica <https://euskadi.eus/localizador>



TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados el día 11 de marzo, no se han recibido alegaciones.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de J.C.V., 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 servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Conforme al art. 44.2 b) LCSP, son actos impugnables, entre otros, 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 LCSP.



En este caso, se impugna la exclusión de la proposición de la recurrente por no haber alcanzado la puntuación mínima exigida en el apartado 6 de la carátula de los pliegos en los criterios de adjudicación “Características vehículos 12M: Bus titular 1” y “Características vehículos 12M: Bus titular 2” (un mínimo de 7,50 puntos sobre 10 posibles en ambos casos).

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El poder adjudicador solicita que el recurso sea inadmitido por interponerse fuera de plazo. En particular, alega que la notificación del acto impugnado se produjo a través del perfil del contratante el día 25 de enero y fue abierta el día 26 del mismo mes, siendo esta última fecha desde la que empieza a computarse el plazo de quince días hábiles al que se refiere el artículo 50.1 LCSP. EUSKOTREN reconoce que el acto notificado no incluía la información requerida por el artículo 40.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, pero señala que los pliegos ya establecían el régimen de recursos aplicable al procedimiento de adjudicación. A juicio de este Órgano, esta alegación no es aceptable, pues la norma es clara en exigir que la información conste precisamente en la notificación del acto y no en otro documento. Consecuentemente, debe aplicarse la reiterada doctrina que establece que la omisión de la mención de la vía de impugnación pertinente supone que el recurso debe entenderse interpuesto en plazo con independencia del momento en el que se produzca dicha interposición (ver, por todas, la Resolución 193/2023 del OARC / KEAO y la jurisprudencia que en ella se cita).

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, EUSKO TRENBIDEAK tiene en este caso la condición de poder adjudicador, aunque no de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 y el apartado 2 de la disposición adicional octava de la LCSP.



SEXTO: Alegaciones de la recurrente

La recurrente alega, en síntesis, lo siguiente:

- a) La valoración de las ofertas técnicas se ha producido sin las garantías exigidas por la LCSP y la normativa de la Unión Europea (UE) sobre contratación pública, lo que invalida la licitación. EUSKOTREN aplicó los criterios de adjudicación de modo puramente objetivo, estableciendo algunos aspectos importantes no conocidos de antemano y que los licitadores no pudieron tener en cuenta en el momento de elaborar la oferta (ratio de valoración de la antigüedad o umbral de los kilómetros del autobús, por ejemplo). En este sentido, los pliegos no determinaron cómo se aplicarían los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, cuestión que se acotó después de abrir las ofertas, en el informe técnico que sustenta la puntuación, lo que implica un vicio de nulidad radical que permite la impugnación indirecta de los pliegos.
- b) En cualquier caso, la valoración de las ofertas técnicas adolece de falta de motivación en los criterios del Anexo III (características comunes del servicio), lo que es otro defecto invalidante de la licitación, sin que quepa la retroacción de actuaciones.
- c) Finalmente, se solicita lo siguiente:
 - La anulación de la licitación, incluyendo la adjudicación del contrato.
 - Ordenar a EUSKOTREN preparar otra licitación del contrato en unas condiciones ajustadas a la LCSP.
 - En el supuesto de que EUSKOTREN se oponga al recurso, que se condene a esta entidad a indemnizar a la recurrente en la cantidad de 3.700 euros (+ IVA) por los costes incurridos por tener que impugnar, con asistencia de un abogado especializado, la decisión de exclusión.



SÉPTIMO: Alegaciones de EUSKO TRENBIDEAK

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los siguientes argumentos:

- a) No es necesario que los pliegos especifiquen el método de valoración de los criterios de adjudicación. Los criterios de adjudicación del contrato son claros, precisos e inequívocos, además de sencillos, de modo que todos los licitadores conocen exáctamente lo que se va a evaluar y el poder adjudicador no se atribuye una libertad incondicionada para adjudicar el contrato.
- b) En cualquier caso, con independencia de la fórmula que se utilice, la del recurrente es la peor oferta de las tres presentadas; ésta es la razón de que no solicite la revisión de la puntuación sino la impugnación indirecta de los pliegos. EUSKOTREN alega que dicho recurso indirecto es inaceptable porque no hay aplicación de una cláusula de los pliegos que permita adjudicar el contrato o excluir una proposición de modo arbitrario.
- c) Por lo que se refiere a los criterios del Anexo III (Características comunes del servicio), en los que la recurrente obtiene la mayor puntuación, un único vistazo basta para deducir los criterios de puntuación, basados en una simple regla de tres.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, la pretensión del recurrente es la cancelación del procedimiento de adjudicación con base (i) en un vicio de nulidad de los pliegos que permite su impugnación indirecta y (ii) en la falta de motivación de las puntuaciones atribuidas a las ofertas presentadas en el criterio de adjudicación “Características comunes del servicio”.



El análisis del recurso debe partir del contenido relevante de los pliegos, que es el siguiente:

(...

- Criterios evaluables mediante juicios de valor:

Criterios oferta técnica (juicios de valor)	Puntuación máxima
1.- CARACTERISTICAS VEHICULOS 12M BUS TITULAR 1	10,00
Fecha de matriculación	2,00
Kilómetros del vehículo	1,50
Acceso para P.M.R	2,00
Plazas sentadas	1,50
Letreros luminosos	1,50
Nominativa emisiones Euro	1,50
2.- CARACTERISTICAS VEHICULOS 12M BUS TITULAR 2	10,00
Fecha de matriculación	2,00
Kilómetros del vehículo	1,50
Acceso para P.M.R	2,00
Plazas sentadas	1,50
Letreros luminosos	1,50
3.- CARACTERISTICAS COMUNES DEL SERVICIO	10,00
Uso del euskera por el personal de conducción	2,00
Mujeres adscritas al contrato	2,00
Plan de mantenimiento autobuses	2,00
Plan de mantenimiento autobuses	2,00
Plan de limpieza autobuses	2,00
Medio de comunicación del autobús con puesto de mando	2,00
Puntuación total	30,00

...)



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

a) Sobre el recurso indirecto contra los pliegos

AUTOBUSES DARÍO plantea un “recurso indirecto” contra los pliegos de la licitación. En particular, alega que EUSKOTREN aplicó los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor cuya baja puntuación supuso la exclusión de la recurrente de un modo puramente objetivo (los criterios de adjudicación 1 y 2 sobre características de los vehículos, reproducidos más arriba), empleando baremos no conocidos de antemano y que los licitadores no pudieron tener en cuenta en el momento de elaborar la oferta. El hecho de que los pliegos no determinaran cómo se iban a aplicar estos criterios implica un vicio de nulidad radical que permite el citado recurso indirecto. Este motivo de impugnación debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) De las resoluciones de este Órgano (ver, por todas, la Resolución 138/2023, así como las sentencias del Tribunal Supremo de 22/3/2021, ECLI:ES:TS:2021:1196 y de 24/3/2021, ECLI: ESTS:2021:1199) se deduce que es regla general de la legislación contractual que los pliegos pasan a ser firmes e inatacables por la vía del recurso especial o la reclamación una vez que no se han impugnado en el plazo previsto para ello, de modo que sus prescripciones pasan a regir la licitación vinculando a los participantes en ella y al poder adjudicador, que no pueden desconocerlos. Esta doctrina, tradicional en nuestro Ordenamiento, ha sido confirmada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) (ver el apartado 51 de la sentencia «eVigilo», asunto C-538/13, EU:C:2015:166, de 12 de marzo de 2015, y todas las anteriores que en él se citan), que considera necesario, para garantizar la seguridad jurídica y el efecto útil de la Directiva 89/665, de recursos en materia de



contratos públicos, la existencia de plazos de interposición preclusivos que impidan que los interesados puedan entorpecer o dilatar indebidamente los procedimientos de adjudicación alegando en cualquier momento vicios de legalidad de actuaciones anteriores, obligando así al poder adjudicador a iniciar de nuevo todo el procedimiento para corregir dichas infracciones.

2) La citada regla general admite dos excepciones, cuya concurrencia debe probarse por quien las invoca y que deben apreciarse de forma restrictiva (ver las sentencias del Tribunal Supremo citadas):

- El TJUE parte de la idea de que la eficacia de los recursos previstos en la Directiva 89/665 solo puede alcanzarse si los plazos para interponerlos se inician desde la fecha en que el demandante tuvo o debió haber tenido conocimiento de la infracción. Es por ello que las irregularidades de las bases de la licitación cuyo alcance perjudicial para el interesado únicamente se manifiesta con posterioridad, cuando el órgano de contratación explica los motivos de la adjudicación o la exclusión, pueden recurrirse en el plazo previsto para impugnar dichos actos. Ése es, por ejemplo, el caso de los criterios de adjudicación de un contrato que sean incomprensibles o faltos de claridad (ver la citada sentencia «eVigilo», en especial los apartados 27 y 48 a 58). El núcleo de la figura, tal y como la ha delimitado la jurisprudencia del TJUE, radica en proteger a los licitadores del daño que les causa un acto del poder adjudicador (como la exclusión del interesado o la adjudicación a otro operador económico) que está amparado por una regla de los pliegos que no fue objeto de recurso en el momento procesal oportuno y cuyo carácter perjudicial no pudo ser racionalmente percibido en dicho momento por un licitador normalmente diligente. Se trata de un remedio de la insuficiencia del plazo preclusivo para garantizar la protección efectiva de los intereses de las empresas. Consecuentemente, la admisibilidad del recurso indirecto exige, como



fundamento previo, un acto del procedimiento perjudicial para el recurrente y una cláusula de la documentación contractual que lo ampare, que es precisamente la que se recurre por vía indirecta.

- La jurisprudencia del Tribunal Supremo citada más arriba admite también el recurso indirecto para la impugnación de cláusulas de los pliegos afectadas de vicios que conlleven nulidad de pleno derecho (artículos 39 LCSP y 47.1 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, en adelante “LPAC”).

3) A la vista de lo expuesto en los apartados 1) y 2) anteriores, la impugnación indirecta planteada por AUTOBUSES DARÍO no puede admitirse:

- No se observa que la redacción de la cláusula que establece los criterios de adjudicación impugnados sea oscura o ambigua. Dicho de otra manera, no parece que el supuesto carácter perjudicial de la cláusula no pudiera comprenderse hasta el momento de la exclusión. Por el contrario, los aspectos de la estipulación que la recurrente considera ahora merecedores de reproche eran fácilmente constatables mediante su simple lectura, sin que mereciera, por ejemplo, que el recurrente solicitara en su momento aclaraciones sobre su alcance al poder adjudicador (ver, por ejemplo, el apartado 56 de la sentencia “eVigilo”, citada más arriba).
- La recurrente alega que la cláusula incurre en la causa de nulidad prevista en el artículo 47.1 a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, referida a los actos que “...lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional”; concretamente, se alega infracción del principio de igualdad (artículo 14 de la Constitución). Sin embargo, del contenido de la cláusula recurrida no se deduce que perjudique



arbitrariamente a ciertos licitadores creando diferencias injustificadas o desproporcionadas. De hecho, el recurrente imputa el perjuicio y la arbitrariedad que denuncia a la valoración efectuada por el poder adjudicador, la cual se habría visto facilitada por los criterios impugnados, carentes de concreción en cuanto a su modo de valoración. No obstante, tal arbitrariedad o riesgo serio de arbitrariedad no supondría, en su caso, una causa de discriminación prohibida por el artículo 14 de la Constitución. En este sentido, que los Pliegos no condicionen en absoluto la valoración del poder adjudicador no sería un vicio de nulidad radical subsumible en el artículo 47. 1 a) LPAC, sino una vulneración de los principios de igualdad de trato y no discriminación y transparencia en materia de contratación pública (artículos 1 y 132.1 LCSP), sin que pueda entenderse que el citado artículo 14 se refiera a cualquier desigualdad, sino tan solo las que incurren en tachas o prohibiciones en él comprendidas (ver la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 15/5/2019, ECLI:ES.TSJPV.2019:1674, confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo de 22/3/2021 mencionada más arriba y que se refiere a un caso muy similar al planteado en este recurso).

- Con independencia de lo expresado en los dos incisos anteriores de este apartado 3), debe señalarse además que este Órgano no considera que los criterios impugnados se hayan aplicado arbitraria o discriminatoriamente en perjuicio de la recurrente. Por el contrario, el poder adjudicador ha seguido un método matemático perfectamente aceptable que ha objetivado las puntuaciones y que se ha limitado a cuantificar las magnitudes a las que se refieren dichos criterios (años de antigüedad, kilometraje, número de plazas sentadas...) o a calificar automáticamente la constancia de ciertas circunstancias en la oferta (normativa sobre emisiones, acceso para personas con movilidad reducida...). Debe señalarse la contradicción que supone que la



recurrente denuncie arbitrariedad en la evaluación y a la vez que se queje de que la valoración ha sido puramente objetiva.

b) Sobre la falta de motivación del criterio de adjudicación “Características comunes del servicio”

El recurrente considera que la aplicación del criterio de adjudicación “Características comunes del servicio” (en la que obtuvo la mejor puntuación) no está motivada. Una vez que en el apartado a) anterior se ha confirmado la exclusión de la oferta por no superar el umbral mínimo de puntuación fijado en los pliegos con carácter eliminatorio, esta alegación es irrelevante, por lo que debe igualmente desestimarse.

c) Conclusión

A la vista de lo expuesto en los apartados a) y b) anteriores, 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 interpuesto por la empresa AUTOBUSES DARÍO, S.L. contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato “Contratación de servicio de



autobuses para la realización de cuatro refuerzos expresamente solicitados por la DFG para la línea DB02”, tramitado por EUSKO TRENBIDEAK – FERROCARRILES VASCOS.

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

TERCERO: 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, 2024ko irailaren 6a

Vitoria-Gasteiz, 6 de septiembre de 2024