



EB 2017/111

Resolución 107/2017, de 26 de septiembre de 2017, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, que resuelve el recurso especial interpuesto por BP OIL ESPAÑA, S.A.U. contra la adjudicación del contrato de “Suministro de carburantes para la flota de vehículos del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 23 de agosto de 2017 BP OIL ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, BP) 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 lo sucesivo, OARC / KEAO) un recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato de “Suministro de carburantes para la flota de vehículos del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz.

SEGUNDO: El mismo 23 de agosto se trasladó el recurso al poder adjudicador y los días 28 y 29 de agosto se recibieron en este OARC / KEAO el expediente del contrato y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del sector Público (en adelante, TRLCSP).

TERCERO: El recurso fue trasladado a los interesados el día 29 de agosto, sin que se hayan recibido alegaciones.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta la legitimación del recurrente y la representación de don A.F. H.M. y de don D. F.G., que actúan de forma mancomunada en su nombre.

SEGUNDO: El contrato impugnado es un suministro de regulación armonizada que, de conformidad con el artículo 40.1 a) del TRLCSP, se halla sujeto al recurso especial en materia de contratación.

TERCERO: Según el artículo 40.2 c) del TRLCSP, podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

CUARTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato, el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz tiene la condición de poder adjudicador y en concreto de Administración Pública, según el artículo 3 del TRLCSP.

QUINTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

SEXTO: La argumentación del recurso es, en síntesis, la siguiente:

a) Motivación insuficiente del acuerdo de adjudicación que únicamente recoge un cuadro de puntuaciones genérico, sin otra especificación que ser la de la adjudicataria la “oferta más ventajosa”, que trae causa de la motivación insuficiente del informe de la Mesa de contratación.

b) El criterio de adjudicación que depende de un juicio de valor, referido a “Mejoras ofertadas por el licitador”, ponderado hasta con 10 puntos, es genérico e insuficiente, pues no establece las condiciones en las que se otorgará dicha puntuación, y su aplicación ha generado discriminación y arbitrariedad, ya que penaliza propuestas y acciones (como no evitar tener que pasar por caja o tener que realizar una llamada previa) no contempladas en la literalidad del criterio.



c) En la valoración del criterio de adjudicación sujeto a juicios de valor “*Mejoras ofertadas por el licitador*”, ha pesado un tercer criterio no especificado; la reducción del tiempo de pasar por caja, que no disminuye los tiempos de aproximación ni los de surtido de carburante, únicos exigidos. El tiempo de aproximación únicamente puede reducirse con alguna comunicación previa o procedimiento establecido de común acuerdo entre las partes, que asegure que al llegar el vehículo de bomberos la calle de suministro esté libre, y el tiempo de surtido no se puede mejorar.

d) En este caso cabe el recurso indirecto contra los pliegos de la licitación, aunque pueda parecer extemporáneo, dado que una sola cláusula ha permitido al órgano de contratación adjudicar el contrato a un licitador de forma arbitraria.

e) La pretensión consiste en anular el acto de adjudicación, anular aplicando el principio de “recurso indirecto” el punto 4.b) y la cláusula 8.3.6 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP), anular los informes técnicos y propuesta de adjudicación de la Mesa de contratación, adjudicar el contrato a BP, solicitar al Ayuntamiento que acredite todas las fechas del proceso público de apertura, evaluación y subida al perfil y, subsidiariamente, que se anule la licitación y se proceda a convocar un nuevo procedimiento de adjudicación estableciendo criterios previos para la asignación de puntos previamente conocidos por todos los licitadores.

SÉPTIMO: Por su parte, el poder adjudicador solicita la desestimación del recurso con los siguientes argumentos:

a) El recurrente si ha entendido en el momento de preparar su oferta que una disminución de los tiempos de aproximación y surtido de carburante incluye el no pasar por caja, pues la mejora por él ofertada así lo indica al señalar que «(...) Si durante el repostaje se recibiera aviso de emergencia, al acabar éste el vehículo podría marcharse, incluso sin pasar por caja, debiendo proceder a posteriori a documentar el repostaje y reflejarlo en la tarjeta del vehículo». Lo cual se opone a



considerar que el pasar por caja para abonar el carburante no forme parte del criterio a valorar.

b) La valoración de las mejoras no es arbitraria sino discrecional pues se trata de un criterio sujeto a juicios de valor que se halla motivado en el informe de la Unidad Central de Compras de 18 de mayo de 2017, el cual expone los puntos positivos de la mejora valorada y los negativos de las mejoras ofertadas por las otras dos licitadoras.

c) Las actas de la Mesa de contratación donde se aprobaron los informes de valoración de los Servicios Técnicos se hallan incorporadas al expediente de contratación cuya copia se remite al OARC / KEAO. Un resumen de las Actas de la Mesa de contratación se publicó en el Perfil de Contratante. No obstante, se hace constar que el contenido íntegro de las Actas, como el del contenido del expediente de contratación, pudieron y pueden ser consultados por los interesados en cualquier momento de la tramitación del expediente de contratación.

d) No se puede recurrir la falta de motivación del acto pues el propio recurrente reconoce en el antecedente decimotercero de su recurso que junto con la adjudicación del acuerdo de adjudicación se le entregaron los informes técnicos de valoración de los sobres «C) Documentación técnica para la valoración de los criterios de adjudicación que dependan de un juicio de valor no cuantificable por formula» y «A) Criterios de valoración cuantificables mediante la aplicación de una fórmula matemática.»

e) No cabe el recurso indirecto contra el criterio de adjudicación de *“Mejoras ofertadas por el licitador”* pues no lo recurrió en el momento procedimental oportuno, aceptando las condiciones definidas en el mismo.

OCTAVO: Por razones metodológicas iniciaremos el examen del recurso por el análisis de la pretensión de nulidad del procedimiento de adjudicación, basada en la nulidad de pleno derecho del criterio de adjudicación *“Mejoras ofertadas*



por el licitador”, pues un estudio del criterio que conllevara una eventual desestimación del motivo serviría de base para el análisis del resto de motivos alegados en el recurso referidos a este criterio, y una estimación del mismo significaría no tener que entrar en el estudio de ningún motivo impugnatorio más.

En relación a la pretensión de nulidad de los pliegos de la licitación solicitada con ocasión de la impugnación del acuerdo de adjudicación, este OARC / KEAO, en resoluciones anteriores (ver, en este sentido, Resolución 144/2015) ha indicado que la regla genera es que los pliegos, que son susceptibles de una impugnación autónoma, pasan a ser inatacables una vez que no se ha interpuesto en plazo el correspondiente recurso. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha venido a confirmar esta doctrina al considerar necesario para el efecto útil del recurso especial 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 del procedimiento vicios de legalidad de actuaciones anteriores, si bien matizándola al aceptar una excepción a la misma; la existencia de irregularidades en las bases de la licitación cuyo alcance perjudicial para el interesado solo se manifiesta con posterioridad (ver la sentencia “eVigilo”, C-538/13, EU:C:2015:166). Así, basándose en esta doctrina, este OARC/KEAO ha interpretado que el llamado “recurso indirecto”, exige que en las bases de la licitación exista una cláusula nula de pleno derecho que haya permitido al órgano de contratación adjudicar el contrato o excluir a un licitador de modo arbitrario (ver, en este sentido, la Resolución 041/2016).

La cláusula cuya nulidad se invoca es el criterio de adjudicación descrito en el punto 4.B).1 de la carátula del PCAP, que tiene su correlativo en la cláusula 8.3.6 del PCAP, asimismo impugnada, en donde se describe la documentación a incluir en el sobre “C” al objeto de valorar dicho criterio de adjudicación.



«Punto 4 CRITERIOS OBJETIVOS DE VALORACIÓN Y SU PONDERACIÓN

(...)

B) CRITERIOS DE VALORACIÓN NO CUANTIFICABLES MEDIANTE LA APLICACIÓN DE UNA FÓRMULA MATEMÁTICA (SOBRE C): 10 PUNTOS:

1. Mejoras ofertadas por el licitador: hasta 10 puntos:

- Medidas que proponga el licitador tendentes a la optimización de la gestión de los servicios públicos municipales en cuanto a facilitar la disminución de los tiempos de aproximación y surtido de carburante a los vehículos de bomberos: hasta 10 puntos.»

«8.3.6 SOBRE 'C'. DOCUMENTACIÓN TÉCNICA PARA LA VALORACIÓN DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN QUE DEPENDAN DE UN JUICIO DE VALOR NO CUANTIFICABLE POR FORMULA

Se incluirán aquellos documentos que sean precisos para la valoración de los criterios de adjudicación que dependan de un juicio de valor. En particular deberán incluirse los siguientes cada uno en hoja independiente y firmada por el licitador o persona que le represente:

a. Mejoras ofertadas por el licitador:

- Medidas que proponga el licitador tendentes a la optimización de la gestión de los servicios públicos municipales en cuanto a facilitar la disminución de los tiempos de aproximación y surtido de carburante a los vehículos de bomberos.»

El artículo 147 del TRLCSP establece la posibilidad de que el poder adjudicador acepte variantes o, como en el caso del criterio de adjudicación impugnado, mejoras. No obstante, dicho precepto exige que se cumplan ciertos requisitos; entre ellos, y por lo que interesa al objeto de este recurso, el artículo 147.2 TRLCSP establece que si se autoriza la presentación de mejoras debe precisarse sobre qué elementos pueden versar y en qué condiciones pueden ofertarse. Este precepto no es sino una aplicación del principio general que establece que los criterios de adjudicación no pueden tener un contenido tal que supongan, de hecho, el otorgamiento al poder adjudicador de una libertad incondicionada para adjudicar el contrato (ver, por ejemplo, la Resolución 037/2016 del OARC / KEAO).

Contrastado lo expresado con el criterio de adjudicación denunciado no puede considerarse que éste dote al órgano de contratación de facultades ilimitadas para adjudicar arbitrariamente el contrato, pues se delimita suficientemente el



ámbito sobre el que debe versar la mejora (disminución de los tiempos de aproximación y surtido de carburante a los vehículos de bomberos) así como la finalidad que debe satisfacer dicha mejora (la optimización de la gestión de los servicios públicos municipales), especificándose en la cláusula 8.3.6 del PCAP la forma en la que se han de presentar las mejoras propuestas. Todo ello proporciona a los licitadores información suficiente para preparar sus ofertas integrando en ellas los aspectos que van a ser valorados por el poder adjudicador. En contra de lo que aduce el recurrente, no es necesario que el criterio de adjudicación especifique el método de valoración que va a seguir el evaluador (ver, en este sentido, la Resolución 131/2016 del OARC/KEAO), pues este extremo no es exigido ni por el TRLCSP ni por la jurisprudencia del TJUE la cual considera que los órganos encargados de la evaluación de los criterios de adjudicación deben disponer de cierta libertad para llevar a cabo su misión y, por ello, sin modificar los criterios de adjudicación establecidos en el pliego y anuncios ni su ponderación, estructurar su propio trabajo de examen y análisis de las ofertas presentadas. Esa libertad se justifica también por consideraciones de orden práctico; el poder adjudicador debe poder adaptar el método de valoración que aplicará para evaluar y clasificar las ofertas en función de las circunstancias de cada caso (STJUE de 14 de julio de 2016, Asunto C-6/15, “TNS Dimarso”, ECLI:EU:C:2016:555, apartados 29 y 30).

Consecuentemente, este motivo de recurso debe desestimarse y se debe proceder a analizar el resto de motivos aducidos.

NOVENO: El recurrente denuncia el incumplimiento del deber de motivación de la adjudicación por parte del órgano de contratación que en su acuerdo de adjudicación únicamente incorpora las puntuaciones obtenidas por las diferentes licitadoras. Este OARC / KEAO ya ha señalado en anteriores ocasiones (ver, por ejemplo, la Resolución 086/2016) que la motivación es un requisito formal por lo que, de acuerdo con el artículo 48.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común, su omisión o insuficiencia solo tiene trascendencia anulatoria cuando impide que el acto al



que se refiere alcance su finalidad o produzca indefensión; y en la Resolución 029/2012 se citaba la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de abril de 1990 (RJ 3576), que en su Fundamento Jurídico Segundo matiza el alcance de la motivación cuando afirma que «(...) puede añadirse que esta Sala ha declarado reiteradamente que independientemente de que la motivación cumpla la función de orden interno de asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración, en el terreno formal –exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo– constituye una garantía para el administrado que así podrá impugnar el acto administrativo con posibilidad de criticar las bases en que se funda. La falta de motivación o la motivación defectuosa pueden integrar un vicio de anulabilidad o una mera irregularidad no invalidante: el deslinde de ambos supuestos se ha de hacer indagando si realmente ha existido una ignorancia de los motivos que fundan la actuación administrativa y si, por tanto, se ha producido o no la indefensión del administrado –art. 48.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo (RCL 1958 \1258, 1469, 1504; RCL 1959\585 y NDL 24708) –.»

En el caso analizado, el recurrente, adjunta al escrito del recurso una copia de los informes técnicos en los que se basa la Mesa de contratación para realizar la propuesta de adjudicación, y de los argumentos utilizados se deduce que conoce sobradamente los motivos por los cuales la mejora de la adjudicataria ha sido valorada con 10 puntos así como las razones por las que su propuesta de mejora no ha sido valorada, con cita textual de apartados del informe de valoración, por lo que no puede alegar ignorancia de los motivos que fundan la actuación administrativa ni que éstos no motiven el acuerdo de adjudicador pues, si bien sucintamente, exponen de forma clara el razonamiento del poder adjudicador para considerar qué mejora considera beneficiosa y cuál no, basándose precisamente el recurso en rebatir estas apreciaciones. Consecuentemente, no puede darse relevancia a la alegación de falta de motivación.

DÉCIMO: El recurrente considera que se ha valorado una mejora no solicitada, como es «no evitar pasar por caja o hacer una llamada previa».



Según consta en el informe de fecha 18 de mayo de 2017, se valora con 10 puntos la oferta de la adjudicataria por ofrecer «(...) el uso de TELEMAT en los vehículos de bomberos para optimizar la gestión de los servicios públicos municipales en cuanto a facilitar el suministro rápido y seguro sin pasar por tienda. Se trata de un dispositivo que se incorpora al camión para ahorros de tiempo que permite no tener que pasar tarjeta por caja en cada estación», y se valora con 0 puntos la de la recurrente por considerarla «Medida con escasa viabilidad práctica ya que las medidas expresadas deberían ser puestas en marcha con aviso previo.»

El propio recurrente, en la página 8 de su escrito de recurso reconoce que la finalidad del criterio «(...) es que los vehículos de bomberos tarden el menor tiempo posible en llegar, repostar y posteriormente salir de la estación de servicio». Es en este último aspecto, el de la salida del vehículo, donde el poder adjudicador considera que la propuesta del adjudicatario redundaría en beneficio de la gestión del servicio, por lo que el argumento debe desestimarse al haber sido interpretada la cláusula por todos los interesados en este procedimiento de recurso en el mismo sentido. A mayor abundamiento, cabe indicar que una de las medidas propuestas por el recurrente incide, precisamente, en el tiempo de espera en caja pues oferta «(...) Dar preferencia en la atención en la caja para seguir el procedimiento formal de repostaje realizado.»

Este OARC / KEAO no comparte el reproche del recurrente de que la valoración del criterio de adjudicación se haya realizado de forma arbitraria y poco proporcional, ya que nos encontramos ante un criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor, cuya aplicación requiere del ejercicio por parte del evaluador de su discrecionalidad técnica, acerca de cuyo uso este Órgano resolutorio ha manifestado en pronunciamientos anteriores (ver, por todas, Resolución 143/2015) que:

«(...) en todo informe valorativo de propuestas contractuales concurren elementos reglados y discrecionales, admitiéndose que la Administración goza de un margen de discrecionalidad en el momento de valorar la proposición más ventajosa (STS de 24 de enero de 2.006 - recurso de casación 7645/00, RJ 2006, 2726 -), con cita de otras



anteriores como las de 25 de Julio de 1989 – RJ 1989, 9811 -, 1 de junio de 1999 - RJ 1999, 2745 - y 7 de octubre de 1999 - RJ 1999, 8840). Asimismo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 23 de noviembre de 2009 (recurso nº 740/2009 8JUR 2010/140325) con cita, entre otras, de STC 353/1993 (LA LEY JURIS 2406-TC/1993). El control de este órgano únicamente se puede centrar sobre los aspectos que, conforme a la jurisprudencia sobre los procedimientos de concurrencia competitiva, son objeto de control a efectos de cumplir el mandato constitucional del artículo 9.3 CE, de interdicción de la arbitrariedad, pues acerca de lo que la jurisprudencia denomina “núcleo material de la decisión”, esto es, sobre los juicios de valor técnico emitidos por el órgano técnico competente, el OARC/KEAO no puede pronunciarse, siempre que se hayan respetado las reglas del procedimiento, se haya dado cumplimiento a las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico y se haya verificado la igualdad de condiciones de los candidatos.»

Trasladada esta doctrina al reproche concreto de arbitrariedad y falta de proporcionalidad, se observa, tal y como se ha indicado anteriormente, que el poder adjudicador se ha ajustado al fondo parcialmente reglado y, por otra parte, la concreta puntuación asignada a la recurrente en este criterio, se halla dentro del margen de apreciación que le corresponde al evaluador, ya que ni altera el criterio de adjudicación ni su ponderación relativa, por lo que este órgano resolutorio no puede sustituir la valoración del poder adjudicador ni por su propia valoración ni mucho menos por la del recurrente.

UNDÉCIMO: El resto de argumentos que figuran en el recurso no pueden dar lugar a su estimación. Alguno se refiere a meros errores formales o de interpretación de lo expresado; así, el que el acuerdo de adjudicación indique que se propone como adjudicataria a SOLRED “*por haber obtenido la máxima puntuación*”, cuando únicamente ha obtenido 84,04 puntos sobre 100, es irrelevante, pues del contexto del acuerdo se deduce que se refiere a la máxima puntuación en el procedimiento de adjudicación. Otros se refieren a actuaciones no solicitadas como obligatorias por el procedimiento de adjudicación, como la falta de publicación de las diversas actas de la Mesa de contratación en el perfil del contratante (art. 53.2 del TRLCSP), que no empaña



la transparencia del procedimiento, dado que se refieren a actuaciones que se han efectuado en sesión pública a las que el recurrente pudo asistir en su calidad de interesado. Así, en el expediente de contratación remitido consta que la apertura del sobre C se efectuó en acto público (asunto nº 3 del orden del día de la sesión de la Mesa de contratación de fecha 17 de mayo de 2017) al igual que la lectura del resultado del informe de valoración de las mejoras y del resto de la oferta que es susceptible de valoración mediante la aplicación de fórmula (asunto nº 3 del orden del día de la sesión de la Mesa de contratación de fecha 24 de mayo de 2017). Consecuentemente, el poder adjudicador ha respetado las reglas el procedimiento, ya que los licitadores interesados en su discurrir pudieron asistir a la apertura separada y sucesiva de los sobres que contenían las ofertas.

Finalmente, hay que señalar que el poder adjudicador ha diseñado un procedimiento en el que la adjudicación combinando criterios cuya evaluación se efectúa mediante fórmulas, entre las que se encuentra la del precio más bajo, con la aplicación de otros criterios de tipo técnico o cualitativo (artículo 150 del TRLCSP, apartados 1 y 3). Por esta razón la oferta seleccionada, que es la económicamente más ventajosa conforme a la aplicación de los criterios especificados en las bases del procedimiento, no tiene por qué ser la que haya obtenido mejor puntuación en los criterios cuya apreciación se efectúa mediante fórmulas, lo cual además de no tener nada de anómalo es legalmente posible (en este sentido, ver la Resolución la Resolución 048/2017, del OARC / KEAO).

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43.2 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales del a Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el 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 interpuesto por la empresa BP OIL ESPAÑA, S.A.U. contra la adjudicación del contrato de “Suministro de carburantes para la flota de vehículos del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47.4 del TRLCSP.

TERCERO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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

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 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2017ko irailaren 26a

Vitoria-Gasteiz, 26 de septiembre de 2017