



EB 2023/215

Resolución 075/2024, de 17 de abril, 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 AERO FERR NORTE, S.A. contra la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato “Servicio de Transporte y reparto de comidas condimentadas desde el centro de elaboración a domicilios y comedores de personas mayores y centros de alojamientos de inclusión del Ayuntamiento de Vitoria”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 6 de noviembre de 2023 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 AERO FERR NORTE, S.A. (en adelante, “AERO FERR”), contra la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato “Servicio de Transporte y reparto de comidas condimentadas desde el centro de elaboración a domicilios y comedores de personas mayores y centros de alojamientos de inclusión del Ayuntamiento de Vitoria”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz.

SEGUNDO: El día 6 de noviembre 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 8 de noviembre.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 15 de noviembre, el 22 de noviembre se han presentado alegaciones por SEVERIANO SERVICIO MOVIL S.A.U. (en adelante, "SEVERIANO").

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 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. En el presente recurso se impugna el acuerdo de 17 de octubre de la Mesa de Contratación que acuerda la exclusión de la oferta de la recurrente.

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, 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: Alegaciones del recurso

Los motivos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

- a) La oferta de la recurrente ha sido excluida porque:
 - (i) El plan de distribución y reparto que propone no cumple lo establecido en el Pliego de Condiciones Técnicas (PCT) porque no realiza según las determinaciones previstas la distribución de rutas de reparto a los centros de inclusión social de CMAS y San Vicente de Paúl; según el punto 1 del PCT, el lugar de elaboración para las comidas destinadas a dichos centros es la cocina de Arquillos y no la del CIAM San Prudencio, como indica la recurrente en su Plan de rutas (rutas 3 y 4).
 - (ii) En la distribución de rutas de comida a domicilio se ofrece un único bloque de reparto para el servicio de comida a domicilio los lunes, miércoles y viernes, lo que sería totalmente inadecuado para la organización del trabajo actual de la cocina central porque supondría elaborar todos los menús de comidas a domicilio los mismos días de la semana, en lugar de un reparto entre todos los días de la semana.
- b) La recurrente alega que el poder adjudicador publicó una respuesta a una consulta de un operador económico en el que señalaba que próximamente se prevé que las comidas para el comedor de San Vicente de Paúl y el CMAS se

recojan desde la cocina de la residencia Arquillos, ubicada en la calle Arquillos. Por su parte, el PCT indica (apartado 2) que la distribución se hará por bloques de reparto de tres días semanales, intentando que sean lo más homogéneos posibles. AERO FERR alega que su oferta incluye un plan de rutas a modo enunciativo, de tal modo que, para la correcta ejecución del servicio, las rutas se adaptarán en número y orden a los requisitos diarios del mismo, describiendo los sistemas utilizados para seguir exhaustivamente el servicio y poder contar con los datos que permitan esa adaptación y conocimiento.

c) La oferta cumple lo establecido en el PCT, ofreciendo un bloque de reparto de tres días semanales y completándolo con rutas adicionales, expresando además su carácter enunciativo y el compromiso de adaptación a los requisitos diarios del servicio, incluyendo varios compromisos adicionales para ello.

d) La recurrente entiende que su oferta ha sido incorrectamente excluida porque la ubicación en Arquillos de la cocina de referencia no es algo presente, sino próximo y susceptible de cambio en el futuro. Por lo que se refiere al segundo motivo de exclusión, se alega que el PCT no informa de cuál es la organización del trabajo actual de la cocina central, ni cómo determina los bloques de reparto.

e) La recurrente invoca el principio de transparencia, que impide excluir una proposición por la supuesta infracción de una prescripción no formulada con claridad o que no puede inferirse fácilmente del contenido del PCT.

f) Finalmente, se solicita la anulación del acto impugnado y la cancelación de la licitación por no ser posible la retroacción de actuaciones, dado que ya no sería posible la valoración separada de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor y de los aplicables mediante fórmulas.

SÉPTIMO: Alegaciones de SEVERIANO

SEVERIANO presenta las siguientes alegaciones en contra del recurso:

a) Se alega que el acto impugnado está amparado por la discrecionalidad técnica que asiste al poder adjudicador y por la presunción de acierto y veracidad que ampara al poder adjudicador en virtud de la cualificación técnica de quienes emiten el correspondiente informe técnico; consecuentemente, el OARC / KEAO debe tan solo comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia y analizar si se ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias.

b) La recurrente pretende sustituir la valoración de los servicios técnicos por la suya propia, sin aportar pruebas o un informe técnico alternativo.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

Por su parte, el poder adjudicador alega, en síntesis, lo siguiente:

a) El punto 1 del PCT establece claramente que el centro de elaboración de comida de los centros de inclusión social CMAS y Comedor de San Vicente de Paul es la cocina Arquillos ubicada en los Arquillos, así que como para el resto de 14 comedores el centro de elaboración es CIAM. La respuesta a la consulta de la recurrente responde a la situación real del momento de la pregunta y se debe a que el comedor de San Vicente de Paul hará su apertura próximamente, no siendo un centro que actualmente esté en funcionamiento. En cualquier caso, la respuesta a la consulta no implica un cambio del PCT, el cual indica claramente el punto de recogida de las comidas para los comedores de inclusión social CAMS y San Vicente de Paúl y por lo tanto el punto de inicio de las rutas de distribución y reparto; la pregunta no se refiere directamente al punto de recogida que deben incorporar en sus planes de distribución y reparto, y tampoco se da una respuesta contradictoria con el PCT, por lo que la oferta debió seguir las indicaciones de dicho documento.

b) La propuesta de la recurrente se refiere a un único bloque de reparto para el servicio de comida a domicilio los lunes, miércoles y viernes, lo que es inadecuado para la organización del trabajo actual de la cocina central porque tendrían que elaborarse todos los menús de comida a domicilio los mismos días

de la semana. En este sentido, el PCT establece que la distribución se hará por bloques de reparto de tres días semanales, intentando que sean lo más homogéneos posibles. Por el contrario, AERO FERR presenta una única ruta de reparto para la comida a domicilio en cuatro rutas los lunes, miércoles y viernes (es decir, un único bloque de tres días a la semana). Aunque el PCT no detalla la organización diaria de la cocina, sí indica expresamente que se realizarán por bloques de reparto (es decir, más de un bloque). Por otro lado, en el proyecto presentado no constan las rutas adicionales a las que se refiere el recurso.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis de la viabilidad de la pretensión debe partir de las cláusulas relevantes de los pliegos, que rigen el procedimiento de adjudicación por no haber sido impugnados en tiempo y forma, vinculando a los licitadores y al poder adjudicador:

PLIEGO DE CONDICIONES TECNICAS PARA LA CONTRATACION DE PRESTACION DE SERVICIOS DE TRANSPORTE Y REPARTO DE COMIDA CONDIMENTADA DESDE EL CENTRO DE ELABORACIÓN A DOMICILIOS DEL TÉRMINO MUNICIPAL DE VITORIA-GASTEIZ Y COMEDORES, CENTROS DE PERSONAS MAYORES Y CENTROS DE ALOJAMIENTO DE INCLUSIÓN.

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, centros de personas mayores y servicios de alojamiento de inclusión, mediante la contratación de los servicios siguientes:

a) Transporte de comida a domicilio. Transporte individualizado de comidas condimentadas desde el centro de elaboración a domicilios incluidos en el límite territorial del municipio de Vitoria – Gasteiz.

b) Transporte de comida a comedores, centros de personas mayores y centros de alojamiento de inclusión. Transporte de comidas y/o cenas condimentadas desde el centro de elaboración, a dieciséis comedores municipales, dependientes del Departamento de Políticas sociales, Personas mayores e infancia.

En la actualidad el centro de elaboración para 14 comedores está ubicado en el municipio de Vitoria – Gasteiz en CIAM San Prudencio y para los otros 2 (CMAS y San Vicente de Paúl) está en la cocina de Arquillos, pudiendo ser susceptibles de cambio en el futuro.

2.- CARACTERÍSTICAS DEL SERVICIO:

Las características del servicio de transporte de comidas son las siguientes para cada uno de los servicios:

a) Servicio de transporte de comida a domicilio. Transporte de comida individualizada a domicilios desde el centro de elaboración a domicilios del municipio.

El máximo de domicilios a repartir será de 232.

La comida será entregada en envases-termo individuales, recogida simultanea de los envases vacíos y devolución posterior a la cocina citada.

En caso, que no se pudiera efectuar la entrega en el domicilio, por causas ajenas al servicio, el adjudicatario no tendrá obligación de efectuar la entrega correspondiente a ese día, aunque sí tendrá derecho a su facturación y cobro.

La distribución se realizará por bloques de reparto, de tres días semanales intentando que sean lo más homogéneos posibles

(...)

Asimismo, la recurrente invoca en su favor la respuesta del poder adjudicador a la siguiente consulta:

1. Recogida de comida:

- a. ¿se realizan en la misma dirección la recogida para la entrega de comida a domicilio y comida a comedores? En el PCT, indica la dirección de recogida para la distribución de comida a comedores. ¿Es la misma?

Actualmente se recoge toda la comida en cocina central ubicada en el CIAM San Prudencio.

Próximamente se prevé que las comidas para el comedor de San Vicente de Paúl y del CMAS se recojan desde la cocina de la residencia Arquillos ubicada en los Arquillos. ...

A la vista de lo anterior, de las alegaciones de los interesados y del resto de la documentación que consta en el expediente, se exponen las observaciones del OARC / KEAO, que implican la estimación del recurso por las siguientes razones:

a) Sobre la inadecuada elaboración de las rutas de distribución y reparto

El primer motivo de exclusión impugnado es que el plan de distribución y reparto que propone la recurrente no cumple lo establecido en el PCT porque las rutas 3 y 4 propuestas no recogen que el lugar de elaboración para los centros de inclusión social de CMAS y San Vicente de Paúl es la cocina de Arquillos.

- 1) El apartado 1 del PCT (Objeto del contrato) establece que “En la actualidad”, el centro de elaboración de las comidas destinadas a los centros de inclusión social de CMAS y San Vicente de Paul es la cocina de Arquillos, si bien esta situación puede cambiar. A juicio de este Órgano, esta cláusula es clara y no presenta ninguna dificultad interpretativa, de modo que no cabe duda de que las proposiciones no pueden plantear rutas o itinerarios para los citados centros de inclusión que partan de un lugar distinto de la cocina de Arquillos.
- 2) Sin embargo, la respuesta a la consulta expuesta más arriba comunica a los operadores económicos interesados un contenido diferente y contradictorio con el del PCT. Con carácter previo, debe señalarse que la consulta no se refiere al lugar de recogida de la comida destinada a los comedores municipales, sino únicamente a la que debe transportarse a domicilios particulares:
 - (i) En la respuesta se afirma que “Actualmente”, toda la comida se recoge en el CIAM San Prudencio, la “cocina central”. En principio, esta respuesta es coherente con el PCT, pues parece referirse tan solo a la recogida de la comida entregada a domicilio, cuestión sobre la que este pliego no se pronuncia, por lo que no habría contradicción.

- (ii) No obstante, la respuesta añade que “próximamente” la previsión es que las comidas para los comedores de San Vicente de Paúl y el CMAS se recojan en la cocina de Arquillos. Este último inciso provoca la confusión, ya que se refiere a las comidas para comedores municipales (no a las servidas a domicilio, objeto de la pregunta), e induce a entender que el papel de “cocina central” del CIAM San Prudencio señalado en el párrafo (i) anterior se desempeña también para los comedores municipales y, especialmente, contradice flagrantemente el PCT, pues establece que la función de la cocina de Arquillos es una previsión próxima, y no la situación “actual”, como se deduce del citado PCT.
- 3) La discrepancia entre el contenido del PCT y el de la respuesta a la consulta es clara y, en este caso, fundamental. El motivo de la exclusión es, según el informe técnico que sustenta el acto impugnado, incluir en las rutas de reparto a los centros de inclusión social CMAS y San Vicente de Paúl la cocina del CIAM, cuando el apartado 1 del PCT establece que la cocina de elaboración de las comidas de dichos centros es la de Arquillos. Sin embargo, este argumento, irreprochable desde el punto de vista del PCT, es contradictorio con la respuesta a la pregunta, que induce a pensar que Arquillos no es la actual cocina de referencia para ambos centros sino la previsible en un futuro próximo. Debe señalarse que, de acuerdo con el apartado II, 7 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), las respuestas a las consultas de los interesados tienen carácter vinculante y que dichas respuestas entran en el amplio concepto de “pliego de contratación” delimitado en el artículo 2.1.13 de la Directiva 2014/24/UE, pues describen o determinan elementos de la contratación o del procedimiento de adjudicación (ver, por todas, la Resolución 157/2018 del OARC / KEAO).
- 4) Llegados a este punto, este Órgano debe reiterar, en lo que afecta al caso, su doctrina sobre el principio de transparencia (ver, por todas, su Resolución 68/2018 y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, que en ella se cita), que implica 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 para que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y para que el poder adjudicador pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate. Esta obligación de transparencia recae sobre el poder adjudicador y 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 ECLI:EU:C:2000:669, apartados 61 y 62, y de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, ECLI: ECLI:EU:C:2005:605, apartado 49, así como la Resolución 44/2018 del OARC / KEAO).

- 5) Consecuentemente, 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. Una vez acreditado que el poder adjudicador ha incumplido la obligación de transparencia que le atañe, no es necesario que este Órgano, por vía interpretativa, determine cuál es el significado que debe darse a los documentos contradictorios, pues tal significado no podría suponer en ningún caso un perjuicio para el recurrente, que no es responsable de la contradicción; por ello, tampoco es relevante en este caso concreto que la respuesta a una consulta no pueda alterar de hecho los pliegos eludiendo el procedimiento previsto en el artículo 122.1 LCSP. Consecuentemente, en un supuesto como el que nos ocupa, el poder adjudicador está obligado a soportar las consecuencias jurídicas derivadas de la contradicción por él mismo causada.

b) Sobre los bloques de reparto para el servicio de comida a domicilio

Por lo que se refiere al ofrecimiento de un único bloque de reparto para el servicio de comida a domicilio los lunes, miércoles y viernes, lo que justificaría la exclusión impugnada por ser inadecuado para la organización del trabajo actual de la cocina central, se observa lo siguiente:

- 1) Este Órgano ha venido señalando que las causas de exclusión de una oferta basadas en el incumplimiento de una prescripción técnica deben ampararse en un contenido claro y taxativo de los pliegos (ver, por todas, la Resolución 44/2021 del OARC / KEAO). En este caso, del PCT no puede deducirse claramente la prohibición de que la distribución de las rutas de comida a domicilio se realice en un único bloque de reparto. La única mención al respecto está en el apartado 2 a) del PCT, y el poder adjudicador señala que en él se habla de “bloques de reparto”, en plural. Sin embargo, a juicio de este Órgano, es, como mínimo, desproporcionado entender que de esta redacción se deduzca la intención de descartar la ruta única propuesta; en especial, se observa que el PCT sí menciona expresamente la homogeneidad de los bloques, la cual está garantizada precisamente con un único bloque.
- 2) Además de lo expuesto en el apartado 1) anterior, es relevante que el bloque de reparto único se rechaza por ser inadecuado para la organización del trabajo de la cocina central cuando, como admite el propio poder adjudicador en su respuesta al recurso, los pliegos no detallan dicha organización, por lo que los licitadores no pudieron tenerla en cuenta para la elaboración de sus proposiciones.

c) Conclusión

Lo expresado en los apartados a) y b) anteriores supone la estimación del recurso y la anulación de la exclusión impugnada. Aunque, en principio, ello debiera suponer la retroacción de actuaciones para que se procediera a una

nueva valoración de la oferta de AERO FERR, tal consecuencia no es posible en este caso porque dicha retroacción no sería posible, ya que la nueva evaluación de las ofertas no podría satisfacer el requisito de la valoración separada de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor y de los sujetos a apreciación mediante la aplicación de una fórmula (artículo 146.2 LCSP); debe accederse a la cancelación del procedimiento de adjudicación solicitada por el recurrente (ver, por ejemplo, la Resolución 193/2023 del OARC / KEAO), lo cual muy probablemente implicará la tramitación de un nuevo procedimiento con el mismo objeto en el que AERO FERR pueda presentar una oferta.

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 / Euskara Autonomía Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa AERO FERR NORTE, S.A. contra la exclusión de su oferta del contrato de “Servicio de Transporte y reparto de comidas condimentadas desde el centro de elaboración a domicilios y comedores de personas mayores y centros de alojamientos de inclusión del Ayuntamiento de Vitoria”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, anulando el acto impugnado y cancelando el procedimiento de adjudicación.

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

TERCERO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.4 LCSP, requerir al poder adjudicador para que comunique a este Órgano las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

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, 2024ko apirilaren 17a

Vitoria-Gasteiz, 17 de abril de 2024