



EB 2020/138

Resolución 174/2020, de 11 de diciembre, 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 SONEPAR IBÉRICA SPAIN, S.A.U. contra los pliegos que han de regir el contrato de “Suministro de material eléctrico para la brigada de obras”, tramitado por el Ayuntamiento de Basauri.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 5 de octubre de 2020 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 la empresa SONEPAR IBÉRICA SPAIN, S.A.U. contra los pliegos que han de regir el contrato de “Suministro de material eléctrico para la brigada de obras”, tramitado por el Ayuntamiento de Basauri.

SEGUNDO: Remitido el recurso al poder adjudicador el mismo día 5 de octubre, se recibió, el día 6 del mismo mes, en este OARC / KEAO, una 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).

TERCERO: No constan en el expediente otros interesados.





II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente, por ser una potencial empresa licitadora, y la representación de M. F. S., 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 suministro cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 a) de la LCSP señala que los pliegos podrán ser objeto de recurso.

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 Basauri tiene la condición de poder adjudicador, concretamente de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Alegaciones de la recurrente

Los argumentos que alega la recurrente son, en síntesis, los siguientes:



a) La cláusula L) 1.2.- Cercanía (20%) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y la cláusula 2 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) son nulas por ser discriminatorias y vulnerar la igualdad de trato entre los licitadores. Por un lado, no pueden presentar ofertas las empresas que no tengan un punto de suministro a más de 15 kilómetros del municipio de Basauri y, por otro, las empresas que dispongan de dicho punto son desigualmente tratadas en el criterio de adjudicación “cercanía” que beneficia claramente a las que se encuentren en la propia localidad o en sus inmediaciones.

b) Solicita, por tanto, la anulación de dichas cláusulas de arraigo territorial.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

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

a) La brigada municipal de obras se encarga en muchas ocasiones de recoger el material comprado en el punto de suministro de las empresas, bien por urgencia o por motivos logístico-económicos, ya que dispone de medios de transporte y personal propio. Así se minimizan los costes de transporte en tiempo y combustible.

b) Por esas razones, se solicita que las empresas dispongan de un punto de suministro para poder recoger los pedidos y otros materiales, sin que el punto de suministro tenga que ser la ubicación de las propias empresas.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, el recurrente considera que las cláusulas impugnadas son, por un lado, una condición de ejecución y, por otro, criterio de adjudicación sujeto a fórmula, ilegales porque se premia el arraigo territorial de los licitadores, lo que es contrario al principio de igualdad y no discriminación.



Los apartados de los pliegos relevantes para la resolución de la pretensión principal del recurso son los siguientes (apartado 2 del PPT y apartado L) del PCAP):

APARTADO 2 PPT

La empresa suministradora deberá de disponer de un punto de suministro de material a una distancia máxima de 15 Km. desde las dependencias de la Brigada Municipal de Obras (medida de ruta en coche desde la Brigada al punto de suministro), independientemente de la ubicación de la sede de la empresa. Ese será el punto de recogida de material cuando esta se realice por medios municipales. En la oferta (Anexo 1) deberá de fijarse la dirección exacta de dicho punto de suministro con el fin de valorar su cercanía con el criterio que se explica posteriormente.

En el punto de suministro deberá haber en todo momento un stock mínimo de los productos de uso más habitual o que pueden ser necesarios con urgencia. En la tercera columna del Anexo 1 se indica cuáles son estos materiales y qué cantidad mínima deberá de estar a disposición en el punto de suministro de manera que personal de la Brigada Municipal pueda ir a recogerlo, dentro del horario comercial y previo aviso telefónico.

L) CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN (PCAP).

(...)

1.2.- Cercanía (20%)

Fijado el punto de suministro por la empresa ofertante se medirá la distancia existente desde las dependencias municipales. Se otorgará una puntuación de 20 puntos a la oferta con la ruta más corta, el resto se puntuarán según proporción inversa. Se tomará la distancia de la ruta rodada más corta desde la ubicación de la Brigada Municipal de Obras (Kareaga Goikoa 82), que se muestra en plano adjunto. Las rutas se medirán por Google Maps, teniendo en cuenta los recorridos más cortos

a) Sobre el requisito del punto de suministro (apartado 2 del PPT)

En primer lugar, debe señalarse que la cláusula impugnada puede dificultar en gran medida o hacer menos atractiva la presentación de una oferta a cualquier operador económico que no disponga ya del punto de suministro al que se refiere (que podrían llegar a tener que radicarse en la zona exigida para atender a un único cliente), al mismo tiempo que favorece a las empresas ya arraigadas en el



entorno geográfico del poder adjudicador. Debe tenerse en cuenta que el lugar exacto en el que radique el correspondiente local debe señalarse ya en la proposición (lo que obliga al licitador que no dispone ya de él, al menos, a formalizar algún tipo de compromiso con un tercero para adquirir su propiedad o uso en el caso de resultar adjudicatario), que debe albergar un stock mínimo importante (por lo que debe tratarse de un local de ciertas características y tamaño y de una inversión inicial significativa en suministros con posibilidades inciertas de venta) y que debe estar en funcionamiento en horario comercial (lo que puede implicar un coste adicional de personal). Para valorar la conformidad de una medida perjudicial para la libre prestación de servicios como la analizada con los principios generales de la contratación pública (igualdad de trato y no discriminación, libre competencia y libre acceso, especialmente), la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (ver, por ejemplo, la sentencia de 27 de octubre de 2005, asunto C-234/03, ECLI:EU:C:2005:644, apartado 25, así como, por ejemplo, las Resoluciones 84/2017 y 58/2018 del OARC / KEAO) ha establecido que tal medida solo es admisible si se aplica de manera no discriminatoria, si está justificada por razones imperiosas de interés general, si es adecuada para garantizar el objetivo que se persigue y si no va más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. Contrastados estos requisitos con el criterio impugnado, se observa lo siguiente:

- 1) La condición se aplica, en principio, de forma no discriminatoria, ya que no diferencia en razón de circunstancias personales de los licitadores, tales como su nacionalidad o su domicilio social.
- 2) Por lo que se refiere a su fundamentación en el interés general y la adecuación para satisfacerlo, el poder adjudicador alega que la estipulación asegura que su exigencia minimiza costes de tiempo y de combustible, así como una mayor rapidez en la recogida de los materiales en caso de urgencia. A juicio de este OARC / KEAO, este argumento no es aceptable. El objeto del contrato consiste en el suministro de material eléctrico para la Brigada Municipal de Obras del Ayuntamiento, y debe entenderse que la mayor parte del mismo se entregará de forma habitual en la sede de la



Brigada (c/ Kareaga Goiokoa, 88) tal y como establecen los pliegos y como se deduce de la propia naturaleza de las prestaciones demandadas, que son, en su gran mayoría, perfectamente previsibles y programables, por lo que la rapidez en la prestación de los servicios ante eventuales urgencias o averías no es un requerimiento de interés necesario para la correcta ejecución del contrato.

- 3) En todo caso, desde el punto de vista de la proporcionalidad de la medida, ni siquiera para las entregas que pudieran considerarse urgentes (esporádicas dentro del contrato) está justificada la necesidad de un punto de suministro como el recogido en los pliegos (obligación permanente y gravosa del contratista). Este requisito va claramente más allá de lo necesario para alcanzar el fin que supuestamente lo justifica, y puede ser sustituido por medidas menos lesivas para la concurrencia, como el compromiso de transportar los productos a los locales del poder adjudicador o a otro lugar de Basauri (que es el sistema generalmente previsto en el propio contrato) o el almacenamiento del stock en los locales del poder adjudicador.

Consecuentemente, el motivo del recurso debe estimarse.

b) Sobre el criterio de adjudicación “Cercanía”

Sobre el criterio de adjudicación automático impugnado caben las mismas objeciones y la misma conclusión formuladas en el apartado anterior; en particular, en este caso podía haberse optado por un criterio que premiara las soluciones técnicas propuestas por los licitadores para asegurar el suministro sin ceñirse a la cercanía (ver, por ejemplo, la Resolución 60/2015 del OARC / KEAO). Además, abunda en la desproporcionalidad de la estipulación que, siendo el único criterio de adjudicación cualitativo, se refiera tan solo a una parte menor de las prestaciones.



c) Conclusión

La anulación de la cláusula L) 1.2 del PCAP impugnada conlleva la cancelación de la licitación debido a que la normativa de la Unión Europea aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso especial se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo, dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso (ver, por ejemplo, la resolución 189/2019 de este OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01, ECLI:EU:C:2003:651, así como el artículo 57.2 de la LCSP).

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: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa SONEPAR IBÉRICA SPAIN, S.A.U. contra los pliegos que han de regir el contrato de “Suministro de material eléctrico para la brigada de obras”, tramitado por el Ayuntamiento de Basauri., anulando la Cláusula L) 1.2 del PCAP y el apartado 2 del PPT y demás cláusulas concordantes con las anteriores contenidas en los pliegos, y cancelando la licitación.

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



TERCERO: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al órgano de contratación para que dé conocimiento al OARC / KEAO de las actuaciones 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, 2020ko abenduaren 11

Vitoria-Gasteiz, 11 de diciembre de 2020