



Recurso nº 808/2019 C. Valenciana 164/2019

Resolución nº 956/2019

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid a 14 de agosto de 2019

VISTO el recurso interpuesto el 27 de junio de 2019 por D.A.D.O.G., actuando en nombre y representación de la mercantil PAVAGUA AMBIENTAL, S.L.U, por medio del cual impugna los Pliegos que rigen el contrato denominado *“Mantenimiento de las instalaciones de bombeo de aguas residuales y pluviales y gestión de lixiviados de vertederos clausurados en el término municipal de Onda”*, (expediente D212/2019/6), promovido por la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Onda, este Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Onda, convocó mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público así como en el DOUE nº 2019/S 108-263330, en ambos casos, el 06 de junio de 2019, la licitación del contrato de servicios denominado: *“Mantenimiento de las instalaciones de bombeo de aguas residuales y pluviales y gestión de lixiviados de vertederos clausurados en el término municipal de Onda”*, (expediente D212/2019/6), por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, con un valor estimado del contrato IVA excluido de 260.000,00 euros y un plazo de duración de 24 meses, prorrogable de año en año hasta un máximo de 4 años.

Segundo. El procedimiento de adjudicación, se rige por la Ley de Contratos del Sector Público, Ley 9/2017, de 8 de noviembre, y el Real Decreto 817/2009 de 8 de mayo que desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público, tratándose de un contrato sujeto a regulación armonizada al tratarse de un contrato de servicios con un valor estimado superior a 221.000 €, y de carácter administrativo conforme a los arts. 22.1. b) y 25.1 a) de la Ley de Contratos del Sector Público.

Tercero. Mediante escrito presentado el 27 de junio de 2019 en el Registro General de este Tribunal, D.A.D.O.G., actuando en nombre y representación de la mercantil PAVAGUA

AMBIENTAL, S.L.U, interpone recurso especial en materia de contratación, contra los Pliegos que rigen el contrato denominado *“Mantenimiento de las instalaciones de bombeo de aguas residuales y pluviales y gestión de lixiviados de vertederos clausurados en el término municipal de Onda”*, (expediente D212/2019/6).

Cuarto. El Oficial Mayor del Ayuntamiento de Onda, el 2 de julio de 2019, acordó remitir al Tribunal el expediente administrativo así como el informe previsto en el artículo 56.2 de la Ley de Contratos del Sector Público, en el que reconoce la existencia de un error en la respuesta dada a la consulta formulada por la recurrente y publicada el 17 de junio de 2019 en la Plataforma de Contratación del sector Público, error que ha sido subsanado mediante una nueva nota aclaratoria, publicada el 1 de julio de 2019, aclarando el sentido de la cláusula del Pliego impugnada que ha originado la interposición del recurso dando la razón a la recurrente, por lo que entiende que decae el motivo del recurso, y solicita su desestimación por pérdida sobrevenida del objeto del recurso.

Quinto. Sin embargo, PAVAGUA AMBIENTAL, S.L.U, presenta en el Registro de este Tribunal un nuevo escrito al que califica de ampliación de su recurso, y en el que no obstante la nota aclaratoria del Órgano de Contratación antes citada, mantiene su solicitud de nulidad del procedimiento, redacción nueva de los Pliegos, y en consecuencia el otorgamiento de un nuevo plazo para la presentación de las ofertas que permita a todos los licitadores formalizar la misma en igualdad de condiciones, por entender que la aclaración efectuada se ha realizado a solo 2 días de la fecha límite de presentación de ofertas, circunstancia que impide a los licitadores adaptarse al nuevo sentido de la cláusula del pliego controvertida.

Sexto. Al escrito de ampliación del recurso ha seguido un nuevo informe del Órgano de contratación, de fecha 12 de julio de 2019, el cual tras considerar ahora que la ampliación del recurso ha sido contra la nota aclaratoria emitida el 1 de julio de 2019, confirma que el 3 de julio de 2019 finalizó el plazo para presentar ofertas, y solicita que se inadmita el recurso pues entiende que con la nota aclaratoria de 1 de julio de 2019 ha quedado plenamente acreditada la legalidad de la cláusula del Pliego impugnada, y que el recurso ha de entenderse interpuesto no contra los pliegos sino contra la (incorrecta) respuesta publicada en la Plataforma con fecha 17 de junio de 2019, acto que además no es susceptible de impugnación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44 de la LCSP. Concluye además



de forma subsidiaria que tampoco procede la ampliación del plazo de presentación de ofertas entre otras razones, (además de aludir a que podía el recurrente haber presentado oferta y que se trata de una empresa con capacidad técnica suficiente para solventar esta incidencia), por no existir modificación de pliegos ni solicitudes de requerimiento de información, sino únicamente publicación de aclaraciones no vinculantes ante las preguntas formuladas por los licitadores.

Séptimo. Interpuesto el recurso, no se ha acordado por este Tribunal la suspensión del procedimiento de contratación, con carácter cautelar, no habiendo sido solicitada por el recurrente conforme al art. 56.3 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero La competencia para conocer de este recurso corresponde a este Tribunal de conformidad con el apartado cuarto del artículo 46 de la LCSP y en virtud del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Generalitat de Valencia, publicado por la Resolución de 10 de abril de 2013, de la Subsecretaría, del citado Ministerio por la que se publica el Convenio de colaboración con la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencia de recursos contractuales.

Segundo. La recurrente, PAVAGUA AMBIENTAL, S.L.U, tiene un interés legítimo y se encuentra legitimada para interponer este recurso en los términos exigidos por el artículo 48 de la LCSP, pues se trata de un potencial licitador acreditando por medio de su escritura de constitución un objeto social compatible con las prestaciones objeto del contrato.

Tercero. El acto objeto de recurso tanto formal como materialmente son los pliegos que rigen la contratación de referencia, tal como se indica expresamente en el suplico del recurso especial y se mantiene en el escrito de ampliación y como se deduce de la lectura de sus alegaciones en las que se cuestiona específicamente la cláusula 20, apartado 2.2 del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares. De conformidad con los artículos 44.2.a) y 44.1.a) de la LCSP, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de un contrato administrativo de servicios y los correspondientes Pliegos de Prescripciones Técnicas son susceptibles de impugnación mediante el recurso especial en materia de contratación, siempre y cuando se trate de un contrato con un valor estimado superior a 100.000 €.

Cuarto. El recurso cumple todos los requisitos previstos en el artículo 51 de la LCSP. En cuanto al plazo para recurrir, presentado el recurso el 27 de junio de 2019, consta en el expediente la publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE del anuncio de la licitación el 6 de junio de 2019, por lo que el recurso se interpone en plazo previsto en el artículo 50.1.b) de la LCSP.

Quinto. En lo que respecta al fondo del asunto, la cuestión controvertida pasa necesariamente por analizar la redacción de la cláusula 20, apartado 2.2 del PCAP, que contiene uno de los criterios de adjudicación del contrato con el siguiente tenor literal:

“2.2. Oferta económica y criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas

CRITERIO FÓRMULA 1: Rapidez en la respuesta.

Puntuación: de 0 a 30 puntos.

Porcentaje: 30%

Justificación / Acreditación: Anexo I y plano de ubicación de las oficinas y centro de trabajo y distancia en km al centro de la población.

Fórmula:

Por tener oficinas ó centro de trabajo ubicados:

- a menos de 5 Km: 30 puntos*
- a menos de 15 km: 15 puntos*
- a menos de 30 km: 10 puntos*

.../...

La falta/incorrecta justificación de los criterios de adjudicación valor único, fórmula 1 y fórmula 3 ofrecidos por el licitador no será subsanable, valorándose el correspondiente criterio con 0 puntos.”.

Por remisión de esta cláusula cabe referir también el anexo I referido al modelo de presentación de la oferta económica y de criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas, en el que se incluye un apartado en el que se indica:

“CRITERIOS DE VALORACIÓN CUANTIFICABLES DE FORMA AUTOMÁTICA OFERTADOS:

Criterios de valoración cuantificables de forma automática

Criterio fórmula 1. Rapidez en la respuesta

SI / NO

*ubicación
trabajo)”*

*(especificar-aportar plano
oficinas y centros de*

Por su parte, el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), dispone en su apartado 2 a) entre las obligaciones del contratista, la siguiente: *“Tener su domicilio social o una delegación en Onda y atendida 24 horas averías los 365 días del año, así como una asistencia telefónica 24h. para atender emergencias. Aportando en la presentación de las plicas el compromiso expreso de instalar una delegación o licencia municipal.”.*

Con estos antecedentes el recurrente consideró que la cláusula 20, apartado 2.2 del PCAP vulneraba el art. 132 LCSP por contener un criterio de valoración que directamente prima el arraigo territorial de los licitadores del lugar en el que tiene su sede el destinatario de las prestaciones, suponiendo una vulneración de principios de la contratación del Sector Público, como los de igualdad y concurrencia de los licitadores, algo que le fue claramente confirmado al recibir la respuesta a una consulta o aclaración que formula ad hoc al órgano de contratación el día 17 de junio de 2019. La pregunta fue: *“¿Puede acreditarse la ubicación de las oficinas con un compromiso de alquiler o similar?”*, y la respuesta: *“No. Ha de ser la ubicación actual de las oficinas y centro de trabajo.”.*

Y es que el tenor literal de la cláusula 20. 2.2 del PCAP, permite la interpretación contenida en la citada respuesta. Es decir, ni el tenor literal de la cláusula impugnada ni el resto de cláusulas del PCAP, permiten entender que lo exigido sea un compromiso de adscripción de medios a complementar por quien resulte adjudicatario, y no una obligación presente de todo licitador que quiera concurrir a la licitación, siendo aquella interpretación la que permitiría mantener la legalidad de las cláusulas sin que padecieran los principios e igualdad de trato entre licitadores y concurrencia.

Es cierto que el PPT en el apartado 2 a), permite una interpretación favorable a la legalidad de la cláusulas 20.2.2 del PCAP, ya que se refiere a que los licitadores aportarán el

compromiso expreso de instalar una delegación o licencia municipal en la localidad de Onda para cumplir con la obligación de atender las 24 horas, averías los 365 días del año, así como una asistencia telefónica 24h para atender emergencias, pero no es menos cierto que el PPT no es el instrumento para determinar el alcance de los criterios de valoración, por lo que subsiste la duda razonable de que la asignación de puntos en el criterio 1 del PCAP exige la ubicación actual de oficina o local en la localidad de Onda, mientras que si un contratista no la tiene pero resulta adjudicatario, deberá ubicarla necesariamente al ejecutar el contrato.

En consecuencia, tal como alega el recurrente, con invocación del art. 132 de la LCSP, a través del citado criterio se está *vulnerando el principio de igualdad de trato entre los licitadores y el de libre concurrencia, otorgando una ventaja competitiva a los licitadores con un arraigo territorial en la población de Onda, localidad a la que pertenece el órgano de Contratación, todo ello, en detrimento de las sociedades que no están ubicadas en dicho municipio.*

En su informe el órgano de contratación reconoce que la respuesta dada a la consulta del posible licitador y recurrente efectivamente implica una vulneración de la LCSP, pero mantiene que el PCAP, sin embargo, sí que es conforme a la LCSP, y lo justifica mediante la rectificación de la respuesta transcrita antes que es sustituida el 1 de julio (a dos días de terminar el plazo de presentación de ofertas), por la siguiente nota informativa:

“Que la respuesta publicada se debe rectificar al no ajustarse a las previsiones de los Pliegos, ya que la cláusula 2.2. del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) únicamente exige la presentación de un “plano de ubicación”.

La respuesta correcta a la pregunta de si puede acreditarse la ubicación de las oficinas con un compromiso de alquiler o similar ha de ser afirmativa de acuerdo con lo previsto en la cláusula 2.2. de los PCAP.

La presente aclaración se publica a los efectos previstos en el artículo 138.3 de la LCSP y no tiene carácter vinculante.”.

El Órgano de Contratación justifica la legalidad del criterio de valoración contenido en la cláusula del PCAP impugnada, por la importancia que tiene la ubicación de las oficinas del adjudicatario con la mayor proximidad posible al lugar o localidad en la que ha de prestar

sus servicios, algo que no se ha puesto en duda por el recurrente y que por tanto no va a ser objeto de análisis por este Tribunal. El recurrente cuestiona que ese criterio implique que el licitador antes de ser adjudicatario deba acreditar que ya dispone de una oficina abierta en la localidad citada o con la proximidad valorada en el Pliego, y considera, (al igual que ahora el Órgano de Contratación tras rectificar su primera respuesta), que bastaría con un compromiso de alquiler futuro en caso de resultar adjudicatario.

Por otra parte, el Órgano de Contratación con sus alegaciones desnaturaliza en cierta forma el propio recurso, pues lo reconduce, contradiciendo lo expresado por el propio recurrente, a una impugnación de la respuesta dada a la primera consulta, que considera solucionada con su rectificación, amén de alegar que la citada respuesta tampoco es susceptible de recurso especial lo que debe conducir a su inadmisión. Ciertamente las respuestas a aclaraciones no son susceptibles de impugnación pero es más cierto que lo que se impugna no es la respuesta dada a la aclaración formulada, sino el propio Pliego de Condiciones Administrativas Particulares, cuya redacción no solo propició dudas razonables sobre uno de los aspectos a valorar, sino que dio lugar incluso a una respuesta errónea del propio órgano de Contratación, lo que es una prueba evidente de que contiene una redacción que pone en riesgo los principios de igualdad de trato y de concurrencia de los posibles licitadores. En efecto, la rectificación a la primera respuesta tiene un valor limitado por los siguientes motivos: en primer lugar, por la propia explicación que contiene, que la motiva en que *la cláusula 2.2. del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) únicamente exige la presentación de un “plano de ubicación”*. No puede compartirse la consecuencia que anuda a esa redacción el órgano de contratación, ya que la mención “plano de ubicación”, no equivale a compromiso de adscripción de medios, o disponibilidad tras la adjudicación o cualquier otra análoga que sería la única aceptable para mantener la legalidad de la citada cláusula. Mantener que con esa expresión cualquier licitador ha de deducir que no es precisa una disponibilidad presente o actual no es aceptable ni desde el punto de vista lingüístico ni desde el punto de vista de la seguridad jurídica y transparencia exigible a un apartado del pliego tan importante como es el referido a uno de los criterios de adjudicación en el que se otorgan 30 de los 100 puntos posibles.

En este sentido, cabe hacer abstracción de la existencia de la consulta y la respuesta y la nota aclaratoria posterior, pues si bien sirven para acreditar la desafortunada redacción de la cláusula del PCAP en cuestión, en realidad, de no haber existido, seguiría siendo

contraria a derecho la cláusula 20. 2.2 del PCAP, por contener una redacción que razonablemente propicia o permite una limitación a los principios de igualdad de trato y concurrencia de los potenciales licitadores.

A la misma conclusión ha de llegarse si se consideran los plazos de presentación de ofertas en este procedimiento. Sin necesidad de entrar a valorar la aplicación o no de lo prevenido en el artículo 138.3 párrafo primero de la LCSP que se refiere a las informaciones adicionales sobre los pliegos, lo cierto es que como indica el Órgano de Contratación, no ha mediado suspensión tras la interposición del recurso, ya que ni fue instada esa medida cautelar ni era preceptivo instarla, ni tampoco afecta a la solución definitiva a que haya de darse, de forma que el plazo de presentación de ofertas ha ido avanzando, no solo para el recurrente sino para cualquier otro potencial licitador, y no solo con la redacción actual del PCAP sino con la primera respuesta a la consulta formulada, hasta 2 días antes de finalizar dicho plazo. En consecuencia, es evidente que durante una buena parte del plazo de 30 días naturales de presentación de ofertas (desde el 17 de junio al 1 de julio siendo que terminaba el plazo el 3 de julio), no solo el pliego sino la interpretación dada por el Órgano de Contratación, han vulnerado los principios de igualdad, transparencia y de libre competencia de los posibles licitadores, viciando de nulidad el procedimiento de licitación.

En consecuencia,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D.A.D.O.G., actuando en nombre y representación de la mercantil PAVAGUA AMBIENTAL, S.L.U, por medio del cual impugna los Pliegos que rigen el contrato denominado "*Mantenimiento de las instalaciones de bombeo de aguas residuales y pluviales y gestión de lixiviados de vertederos clausurados en el término municipal de Onda*", (expediente D212/2019/6), y en consecuencia proceder a anular la cláusula 20.2.2 del PCAP, por contener una redacción contraria al art. 132 de la LCSP vulnerando los principios de igualdad de trato, transparencia y libre competencia de los licitadores por valorar la disponibilidad de las oficinas y centro de trabajo y en función distancia en km al centro de la población de Onda, sin ninguna información que permita

interpretar que no se exige disponer de dichas oficinas y centro de trabajo en el momento de presentar la oferta.

En consecuencia procede retrotraer las actuaciones al momento de aprobación de los pliegos para que el órgano de contratación proceda a realizar en ellos las modificaciones correspondientes.

Segundo: 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 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma Valenciana, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.