Recurso 532/2021
Resolución 20/2022

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 14 de enero de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SURTRUCK, S.L.**, contra la resolución, de 29 de octubre de 2021, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado "Suministro de vehículos todo terreno para el dispositivo de prevención y extinción de incendios forestales de la comunidad autónoma de Andalucía" (Expte. NET177502), promovido por la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 11 de agosto de 2021, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y el 16 de agosto de 2021 en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 21.074.380, 17 euros.

A la presente licitación le es de aplicación 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), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Con fecha 15 de octubre de 2021 la mesa de contratación acordó como oferta económicamente más ventajosa la presentada por la que finalmente fue propuesta como adjudicataria. El 27 de octubre de 2021, calificada favorablemente la documentación previa a la adjudicación por la mesa, se propone al órgano de contratación la adjudicación del contrato resolviéndose el 29 de octubre.

SEGUNDO. El 19 de noviembre de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad recurrente.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano.

Posteriormente, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, habiéndose recibido las

presentadas por la adjudicataria, que se opone al recurso, y por otra entidad licitadora, que fundamentalmente se adhiere al recurso interpuesto, previa vista de expediente ante este Órgano.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la adjudicación de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1. a) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Preferencia en la tramitación del recurso especial ex lege.

El recurso se interpone contra actos derivados de una licitación financiada con fondos europeos según señala el Anexo I del PCAP (y el informe del órgano de contratación), de tal modo que de acuerdo con el artículo 34 del Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la tramitación del presente recurso especial en materia de contratación tiene preferencia para su resolución por este Tribunal, pues éste expresa que lo tendrán siempre que "*se interpongan contra los actos y decisiones relacionados en el artículo 44.2 de la LCSP, que se refieran a los contratos y acuerdos marco que se vayan a financiar con fondos europeos*".

SEXTO. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

Tras el acceso al expediente señala que ha tenido conocimiento de la insuficiencia en la aportación de la documentación requerida y requisitos técnicos expresando que a su juicio se incurre en irregularidades.

A. En primer lugar, alega la existencia de un error en la puntuación de los criterios de adjudicación valorados mediante aplicación de fórmulas en la oferta presentada, que denuncia que se debe en la forma no solo en la que se han dispuesto los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas, del Anexo IX-B del PCAP, modelo de presentación de oferta económica, sino también en la forma en la que posteriormente ha procedido el órgano de contratación.

Afirma que se establece un formulario donde el licitador señala su compromiso de suministrar los vehículos cumpliendo una serie de condiciones.

Achaca que el motivo de la impugnación radica en la discriminación que se ha realizado con dicha entidad al valorar los criterios establecidos en el apartado de seguridad, donde se establece una pregunta con el siguiente texto: "Puertas de acceso a 2ª y 3ª fila a ambos lados de la carrocería". De tal modo en el apartado de equipamiento se establece otra pregunta con el siguiente texto: "Ventanas traseras de tercera fila practicables".

Señala la recurrente que el vehículo ofertado por ella cumple con todas las características técnicas exigidas en el PPT, en especial las 7 plazas distribuidas en dos filas de asientos, tal como queda manifestado en el proyecto técnico que acompaña a la oferta, es decir, no incluye una tercera fila. Señala que dicha tercera fila no es un requisito necesario para el cumplimiento de las especificaciones técnicas de los Pliegos.

Expresa que es la literalidad de estos apartados, lo que le ha impedido señalar dichas preguntas al no disponer de tercera fila, estimando que la mesa y el órgano de contratación deberían haber otorgado la puntuación correspondiente, ya que en el informe técnico que acompaña la oferta queda claramente demostrado que en la segunda fila del vehículo ofertado se incluyen puertas laterales a ambos lados y ventanas practicables, y que ello se ha estimado para otra oferta presentada por otra licitadora.

Incide en que es la propia mesa la que con sus actos propicia esta interpretación, así señala expresamente que la mesa de contratación en su acta, derivada del acto de apertura del sobre 3, el día 4 de octubre de 2021 en su página 4 establece que: "*Las afirmaciones sí/no que se recogen en la tabla reflejan las manifestaciones de los licitadores en sus ofertas. Dichas afirmaciones serán objeto de revisión y valoración por la Dirección solicitante de la contratación soportada por la documentación adjuntada por cada uno de ellos, no vinculando la tabla a la valoración posterior*".

Entiende que además de que haya existido otra empresa que a pesar de haber ofertado un vehículo sin tercera fila y que sí señaló la casilla, en base a lo anterior la mesa debería haber revisado la oferta técnica propuesta por la entidad recurrente SURTRUCK S.L., y comprobar que, aunque no hubiera podido señalar afirmativamente la respuesta anterior, una vez revisada su documentación se refleja efectivamente que en su segunda fila disponía de puerta de acceso y ventana practicable tal y como requiere el criterio de adjudicación. Es decir, que al igual que a la otra entidad licitadora le correspondía otorgarle la puntuación correspondiente.

Expone claramente que otra de las licitadoras, presentando un coche de, igualmente, dos únicas filas, (como figura en la "Tabla informe NET177502_V2_DEF(F)", ante los compromisos de suministro anteriores en el cuadro de los criterios de adjudicación a pesar de no tener tercera fila, por decidir responder afirmativamente a ambas condiciones, la puerta de acceso y ventana en tercera fila obtiene a pesar de no tener tercera fila la puntuación correspondiente por ello.

Es decir, denuncia la existencia de un trato discriminatorio, aunque apela igualmente a la ambigüedad de la referencia a "la tercera fila". Estima que la forma de proceder de la mesa supone interpretar el criterio de adjudicación, entendiendo que debería estimarse como una referencia a "todas las filas", de tal modo que ello evitaría ahora que dos licitadoras, ofertando la misma distribución de filas, hayan obtenido una diferente puntuación.

B. Por otro lado, alega la existencia de error en la puntuación de los criterios de adjudicación valorados mediante aplicación de fórmulas para la oferta presentada por la adjudicataria correspondiente a la emisión de CO2. Señala que la justificación de emisiones de la oferta presentada por la adjudicataria no se corresponde con la reglamentaria ficha de homologación del vehículo (normativa regulada por el RD 750/2010, de 4 de junio, por el que se regulan los procedimientos de homologación de vehículos de motor y sus remolques, máquinas autopropulsadas o remolcadas, vehículos agrícolas, así como sistemas, partes y piezas de dichos vehículos), que es la exigida expresamente en el Anexo VIII del Pliego en su letra c).

Estima que no es suficiente el documento del fabricante de fecha 23 de septiembre de 2021 pues no se puede considerar una ficha de homologación que cumpla con los requisitos y comprobaciones oficiales reglamentarias. Entiende que no procede un tratamiento desigual del resto de licitadoras que no han presentado la ficha de homologación requerida y se les ha puntuado 0 en este criterio.

Entiende, por tanto, que la documentación con la que la adjudicataria justifica las emisiones de la oferta presentada no se corresponde con la reglamentaria ficha de homologación del vehículo, que es la exigida expresamente en el Anexo VIII del Pliego en su letra c), e incumple la normativa regulada por el RD 750/2010, de 4 de junio, por lo que no correspondería la puntuación otorgada.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

A. Respecto del primero de los motivos alegados el órgano de contratación reconoce los hechos que relata la recurrente, motivando su actuación en que, "*es el propio recurrente el que ha decidido las características bajo la que presentar su producto en el marco de lo demandado por el órgano de contratación, en este caso, la configuración del vehículo, pues aun cuando el órgano de contratación haya considerado mejorar la evaluación en determinados aspectos de esa configuración del vehículo, es el licitador quien ha decidido no acogerse a dicho formato presentado una alternativa diferente, por más que esta sea cumplidora con el PPT*."

Para apoyar su alegato señala que para ello quiere «*subrayar la Resolución 126/2020 de 30 de enero, del TACRC establece que "Debe recordarse a este respecto la doctrina de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación en relación con la fijación de los criterios de adjudicación dado que el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines de tal suerte que deben admitirse posibles criterios de adjudicación siempre que no sean discriminatorios y estén vinculados al objeto del contrato"».*

Igualmente señala que en el expediente, el informe técnico de 22 de noviembre de 2021, refleja determinados criterios de adjudicación que puntúan con mayor valoración las propuestas presentadas por los licitadores que configuran un vehículo con una tercera fila, y señala que no impide que sea admitida otra configuración en dos filas, no obstante, el órgano de contratación ha favorecido la primera configuración en atención a criterios de ergonomía y aspectos de seguridad, que fueron también justificados, por otra parte, en la memoria de la contratación (documento complementario), al entender que mejoran la confortabilidad de sus ocupantes por

disposición de espacios y la mejora de la seguridad en cuanto a los accesos al vehículo y posibles escapes del mismo en un vehículo destinado a actuaciones de emergencia.

Alega que con relación a la ambigüedad denunciada en estos mismos criterios de adjudicación, y respecto a los criterios "Puertas de acceso a 2ª y 3ª fila a ambos lados de la carrocería" y "Ventanas traseras de tercera fila practicables", señala lA recurrente que en su oferta, en el formulario declarativo previsto como Anexo IX-B, no pudo señalar ninguna de las opciones dado que el vehículo por él propuesto únicamente disponía de dos puertas y una sola fila de asientos trasera.

Apunta que es "*la declaración de voluntad del licitador la que ahí se deja constar y constituye la base que permite salvaguardar el principio de no discrecionalidad en la valoración de un criterio de naturaleza aritmética como es el caso, por más que, en segundo plano, se haya solicitado accesoriamente una documentación justificativa que en ningún caso puede cobrar un valor valorativo más allá del propio criterio objetivo, puesto que, de otra forma el principio de no discrecionalidad en la valoración objetiva se difuminaría o esta se tornaría interpretable, perdiendo así toda seguridad jurídica".*

Señala respecto a la ambigüedad que "*durante la licitación no impugnó los pliegos en el momento procedimental oportuno. En el caso de que hubiera considerado que los mismos eran lo suficientemente ambiguos, incomprensibles o equívocos, los debía haber impugnado. No habiéndolo hecho, no puede apreciarse ahora motivo para la nulidad o interpretación de los mismos. El mero hecho de que el recurrente no haya recibido ninguna puntuación al respecto no es elemento suficiente para ello".*

B. Respecto al error en la puntuación de los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas para la oferta presentada por la adjudicataria correspondiente a la emisión de CO2. Señala el órgano de contratación que si bien es cierto que el apartado c) emisiones de CO2, del Anexo VIII (documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas), determina que "*se considerarán los valores publicados en la ficha de homologación de cada uno de los vehículos ofertados, que deberán presentar en su oferta*", no es menos cierto que en el mismo Pliego, Anexo X "Criterios de adjudicación y baremos de valoración" se recoge en el punto 1.3 Emisiones de CO2 que "*Para valorar este criterio se otorgará la máxima puntuación a la oferta con menor índice de emisión de CO2 (emisiones CO2 combinado en gr/km, según el nivel de emisiones certificado por el fabricante en aplicación de la fórmula WLTP, y según la tabla de valoración), asignándose la puntuación al resto de ofertas proporcionalmente".*

El motivo por el que ambos documentos han sido admitidos y valorados ya se determinó en el informe técnico, y es que son equivalentes. Asimismo, señala que, durante el periodo de presentación de ofertas, por parte de uno de los licitadores giró una consulta sobre la documentación que se podía aportar como justificación de este criterio de adjudicación, "las emisiones de CO2", a lo que el órgano de contratación le contestó que "*el valor de las emisiones que se debe aportar para su valoración según el punto 3 de la Memoria de Necesidades Complementaria, es el nivel de emisiones certificado por el fabricante. La indicación de que debe realizarse en aplicación de la fórmula WLTP sólo afecta a los casos para los que sea obligatorio dado que éste es un modelo de ensayo sujeto a condiciones de conducción mucho más realistas. En el PPT se indica en el apartado 13: "El adjudicatario adecuará los niveles de emisión de contaminantes máximos que tendrán los vehículos puestos a disposición de la Agencia a la norma EURO VI o a lo dispuesto en la normativa vigente que sea de aplicación.*

En base a lo indicado anteriormente, el vehículo presentado deberá cumplir con el nivel de emisiones que le sea de aplicación según su tipología y el valor facilitado deberá estar certificado por el fabricante por lo que sí se puede presentar un vehículo con motor no probado según el método WLTP si no es de aplicación a dicho vehículo (…)".

Por lo tanto, durante el periodo de presentación de ofertas se aclaraba que tanto la ficha de homologación como el certificado del fabricante son documentos válidos para justificar este criterio de adjudicación. Señala además que se publicó en el portal de licitación como Nota informativa el 17 de septiembre de 2021.

Al resto de licitadoras se le ha puntuado con 0 puntos no por no entregar la ficha de homologación, sino por no presentar ni la ficha de homologación, ni el certificado del fabricante.

3. Alegaciones presentadas.

La adjudicataria como entidad interesada, en su escrito de alegaciones, se pronuncia en términos parecidos al órgano de contratación.

Asimismo, otra entidad licitadora, apoya el recurso, si bien combate los argumentos a efectos de que el contrato le sea adjudicado. Con relación a ello, dado que no podremos pronunciarnos al respecto cumple manifestar en el trámite de alegaciones en el recurso especial solo cabe la oposición al mismo, no siendo una suerte de reconvención que permita tramitar en un mismo procedimiento pretensiones distintas de las formuladas por la recurrente (v.g. Resoluciones de este Tribunal 193/2017, de 2 de octubre, 6/2018, de 12 de enero, 108/2018, de 17 de abril y 381/2019, de 14 de noviembre, entre otras, y Resolución 807/2017, de 22 de septiembre, entre otras, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otros órganos de resolución de procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual).

SÉPTIMO. Consideraciones del Tribunal.

1. Respecto a los requisitos mínimos y con relación a los criterios de adjudicación relativos a las puertas y ventanas.

La interpretación del pliego en este punto no es clara con relación a los requisitos mínimos. Así el pliego de prescripciones técnicas (PPT) señala en el apartado 3.1 relativo a los requerimientos técnicos de los vehículos que lo son entre otros:

"Puertas de conductor, acompañante y puerta de acceso a segunda y tercera fila".

Continúa aclarando que no son requisitos mínimos las puertas a ambos lados, sino que *"en la fase de concurso se valorará las puertas laterales a segunda y tercera fila a ambos lados del vehículo".*

Debe resaltarse que en la memoria no se menciona nada acerca de la segunda y tercera fila, es decir, sobre la necesidad de esta tercera fila, si bien cumple manifestar que el PPT parece pedir una segunda y tercera fila, no se justifica.

Por otro lado, en el Anexo IX y X del PCAP se establecen las plantillas de los criterios de adjudicación mediante fórmulas y baremos de valoración de dichos criterios.

Entre los criterios de seguridad de 15 puntos en total, se recoge puntuable con 3 puntos para quien aporte puertas de acceso a 2ª y 3ª fila a ambos lados de la carrocería. En el apartado de equipamiento se establece que es puntuable hasta 9 puntos en total hasta 2 puntos cuando las ventanas traseras de tercera fila sean practicables.

Observamos, sin embargo, que han resultado admitidas determinadas empresas que no ofertaron tercera fila, como es el caso de la recurrente y de otra empresa denominada "SPORT MÓVIL JULIÁN, S.L.", cuya propuesta ofertaba la Furgoneta IVECO Daily, mientras que la recurrente la furgoneta RENAULT MÁSTER CABINA DOBLE L2-H1. Asimismo, ocurría con la entidad TECNOVE que ofertaba la furgoneta RENAULT MÁSTER CCAB CREW RWD 3T5-L2.

Las tres entidades no ofertan tercera fila, pero el órgano de contratación a pesar de la posible interpretación literal del apartado 3.1 del PPT, las admite, por lo que no parece que para el órgano de contratación fuera esencial la tercera fila, sino más bien los aspectos que resaltan en su informe la ergonomía y accesibilidad. La diferencia entre estas tres entidades es que la primera de ellas sí señaló el casillero del Anexo IX de la tercera fila a pesar de ofertar un vehículo que no la incluía. A esta se le valora como se observa en el folio 2513 con 3 y 2 puntos, por cada uno de los criterios a pesar de no ofertar la tercera fila. Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de las otras dos entidades.

La memoria no aporta nada en cuanto a la tercera fila, solo se señala en cuanto a los criterios de seguridad y equipamiento que la razón de exigir se debe, respecto de la seguridad en que *"los elementos de seguridad adquieren enorme relevancia en un vehículo cuyo uso tiene como fin acudir a situaciones de emergencias. El uso al que está destinado confiere a sus ocupantes asumir situaciones de riesgo que en ocasiones están fuera de los estándares de uso normalizado, por ello las mejoras de las características del vehículo en materia de seguridad resulta ser un aspecto crucial para disminuir tales factores de riesgo*".

Respecto de las ventanas tampoco se dice nada respecto de la tercera fila, solo que "*las ventanas traseras practicables ofrecen confortabilidad evitando la diferencia entre las restantes plazas".*

El requisito mínimo estima este Tribunal que resulta claro, se establece en el apartado 3.1 que era para segunda y tercera fila, de tal modo que admite la segunda fila solo sin tercera hasta en tres entidades, de tal modo que proceden a su clasificación sin excluirlas por este motivo, por lo que no parece ajustado que siendo admitidas sin ofertar tercera fila proceda a realizar distinciones en los criterios de adjudicación por no ofertar la tercera fila, la cual en sí mismo, no es criterio de adjudicación por sí solo.

Es decir, los criterios son aportar las puertas a ambos lados y las ventanas practicables por motivos de seguridad, por un lado, para que puedan salir, y las ventanas por motivos de confortabilidad. La memoria ni el PPT establecen que aportar puertas y ventanas en tercera fila sea criterio por sí mismo.

De tal modo que no siendo excluidas estas entidades y no habiéndose impugnado su admisión, sería ahora ir contra los propios actos del órgano de contratación por dos motivos. En primer lugar, porque ha admitido ofertas sin tercera fila, por lo que los criterios de adjudicación son predicables en su interpretación respecto a las filas admitidas, si se admite una furgoneta con dos filas es obvio que no puede ofertarse una puerta de tercera fila ni ventana de la misma.

En segundo lugar, que aun así podría haber interpretado de una forma forzosa que efectivamente el criterio era para segunda y tercera fila, sin embargo, y a pesar de lo que ahora manifiesta lo cierto es que ha valorado con 5 puntos una oferta de una furgoneta con dos filas, mientras que a las otras dos ofertas ningún punto han recibido.

El órgano de contratación podría haber admitido tener a bien, a la vista de la contradicción vista del informe técnico, proceder a realizar una aclaración, en el sentido que fuere, para no mostrar el resultado incoherente.

Es achacable al propio órgano de contratación la justificación de los motivos que ayuden a interpretar la vinculación de los criterios de adjudicación, como es la tercera fila de asientos, con el objeto del contrato y las necesidades de la contratación administrativa. Máxime aun cuando admite ofertas sin tercera fila a pesar de la claridad del requisito 3.1 del PPT.

Esto ahora supone una vulneración de la doctrina de los actos propios, plasmada en el aforismo latino "Venire contra factum proprium non valet" y a la que se refiere la Sentencia 73/1998, de 21 de abril, del Tribunal Constitucional cuando señala que *"(…) la llamada doctrina de los actos propios o regla que decreta la inadmisibilidad de venire contra factum proprium, surgida originariamente en el ámbito del Derecho privado, significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos".*

La reciente Sentencia núm. 20/2020 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 15 de enero de 2020 [Roj: STS 54/2020] señala que «*En la STS de 19 de marzo de 2007 (RC 6169/2001) hemos recordado que tanto la doctrina del Tribunal Constitucional, como la jurisprudencia del Tribunal Supremo, consideran que el principio de buena fe protege la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno e impone el deber de coherencia en el comportamiento propio. Lo que es tanto como decir que dicho principio implica la exigencia de un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de los propios actos, constituyendo un supuesto de lesión a la confianza legítima de las partes "venire contra factum propium"».*

En nuestro caso, admitir la motivación del órgano de contratación sería tanto como pretender que esa reclamada automaticidad en la puntuación de los criterios de adjudicación permitiere olvidar que el propio órgano de contratación incurre en incoherencia cuando puntúa una oferta donde, para mantener el criterio que ahora mantiene debería al menos en esta sede haber admitido que se trataba de un error. Lejos de ello mantiene que no hay ningún error, sino que por el simple hecho de marcar una casilla eso determina irremediablemente la puntuación otorgada.

Por ello, estimamos que dada la falta de motivación técnica de la exigencia del requisito de tercera fila con el objeto del contrato en el PPT y en la memoria, más allá de interpretaciones subjetivas, dada la actuación del órgano de contratación, en donde ha admitido las ofertas sin tercera fila, se estima que el órgano ha dado por válido que se pueda presentar una oferta con dos filas únicamente siempre que se cumpla con el número de 7 plazas de ocupación, de tal modo que coherentemente, a la hora de aplicar los criterios de adjudicación deban aplicarse éstos sobre lo que el órgano entiende que son requisitos mínimos, es decir, lo que el propio órgano ha hecho ya con una de las empresas que ofertó únicamente segunda fila. Por tanto, es criterio del órgano, que no se

ha retractado sobre ello, que siempre que se oferte doble puerta lateral o ventanas practicables en la segunda fila, pues puede predicarse la accesibilidad de los ocupantes en esta fila, así como la confortabilidad para éstos en el caso de que se hayan ofertado las ventanas practicables.

Como se ha comprobado, el órgano de contratación, en contra de lo que informa, dado el proceder al admitir ofertas con solo segunda fila, reinterpretó los requisitos mínimos. Esta interpretación ha quedado firme tanto por el órgano como por las licitadoras (incluida la adjudicataria que ha consentido la admisión de las ofertas en estos términos).

De este modo, la interpretación del requisito ha supuesto que sean admitidas las ofertas, (decisión que como decimos no ha sido recurrida) de tal modo que esta potestad, discrecional, se halla condicionada por una serie de elementos reglados y por los principios generales del Derecho administrativo, entre los que figura la salvaguarda de la libre competencia, la no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y, sobre todo, el principio de proporcionalidad (Art. 4 de la Ley 40/2015) conforme al cual, en las exigencias para la mejor decisión conforme a las pautas ya dichas, la Administración debe elegir la medida menos restrictiva, motivando su necesidad para la protección del interés público, así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persigan, sin que en ningún caso deban producirse diferencias de trato discriminatorio, de manera que la necesidad de motivación del acto discrecional resulta esencial para su posterior control, significándose que entre los elementos reglados que limitan la potestad discrecional figuran los contemplados en el art. 45 de la Ley 14/2013 y en el art. 40.b) de la LCSP,

Al respecto, cabe recordar que existía la posibilidad, dado que el error parecía recaer en la señalización de la casilla, en cualquiera de los dos casos, (es decir si el órgano entendía que era posible admitir la oferta y puntuarla con solo la segunda fila, o bien si era incorrecto señalarla), de solicitar a las licitadoras aclaraciones de sus ofertas, la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/08) vino a establecer una serie de razonamientos que han sido reproducidos por los distintos Tribunales administrativos de recursos contractuales, en sus resoluciones, entre ellas, las Resoluciones de este Tribunal 94/2012, de 15 de octubre, 123/2013, de 16 de octubre y 131/2013, de 28 octubre y más recientemente la 152/2021, de 22 de abril.

Los razonamientos de la citada sentencia pueden resumirse del modo siguiente:

• Si bien es cierto que un órgano de contratación está obligado a redactar las condiciones de una licitación con precisión y claridad, no está obligado a prever todos los supuestos, por raros que sean, que puedan presentarse en la práctica.
• Cabe tomar la iniciativa de ponerse en contacto con la licitadora cuando una oferta requiera aclaraciones suplementarias, o cuando se trate de corregir errores materiales en su redacción. Ello sucede, en particular, cuando la ambigüedad puede explicarse de modo simple y disiparse fácilmente. En tal caso, es contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que se desestime la oferta sin ejercer la facultad de solicitar aclaraciones.
• El principio de proporcionalidad exige que los actos de las instituciones no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos. Este principio obliga al órgano de contratación, ante una oferta ambigua, a pedir aclaraciones a las licitadoras afectado en vez de optar por la desestimación pura y simple de la oferta de éste, siempre y cuando una solicitud de aclaraciones sobre el

contenido de dicha oferta pueda garantizar la seguridad jurídica del mismo modo que una desestimación inmediata de la oferta de que se trate.
• El principio de igualdad de trato entre las licitadoras no puede impedir el ejercicio de esta facultad siempre que se trate por igual a todas las licitadoras y que ello no suponga la modificación del contenido de la oferta presentada.

Asimismo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 29 de *marzo de 2012 (asunto C599/10), viene a declarar que el artículo 2 de la Directiva 2004/18 no se opone a que "excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta."* Y concluye la sentencia citada que *"(...) en el ejercicio de la facultad de apreciación de que dispone así el poder adjudicador, este último está obligado a tratar a los diferentes candidatos del mismo modo y con lealtad, de manera que, al término del procedimiento de selección de las ofertas y en vista de los resultados de éste, no pueda concluirse que la petición de aclaraciones benefició o perjudicó indebidamente al candidato o candidatos que la recibieron."*

Así las cosas, este Tribunal considera que como anteriormente se ha argumentado la mesa de contratación debió pedir aclaraciones, no haciéndolo incurre en contradicciones, esa contradicción en discriminación, y no rectificando asume una posición, de la que resulta, una vez aplicados los principios de la jurisprudencia recogida, que es que los criterios de adjudicación son aplicables a quien presente únicamente la segunda fila siempre que respete el número mínimo de asientos.

Por ello debe anularse la adjudicación por este motivo, debiéndose retrotraer al momento de otorgamiento de puntos, debiendo otorgar esos puntos a las entidades licitadoras que presentaron la segunda fila pero no rellenaron la casilla correspondiente a fin de evitar incoherencia y desigualdad de trato, unido a que no se justifica en el expediente, a pesar de ser requisito mínimo la tercera fila, por qué ésta es exigida, y tampoco se explica porque resultaron entidades admitidas sin presentar la tercera fila, sin que esta decisión resultare recurrida por ninguna de las entidades licitadoras, las cuales al respecto se han aquietado, debiendo ahora asumir por el mismo razonamiento la consecuencia de sus actos.

2. Respecto al error en la puntuación de los criterios de adjudicación valorados mediante aplicación de fórmulas para la oferta presentada por el adjudicatario correspondiente a la emisión de CO2.

El apartado 1.3 del Anexo X del PCAP, regula el criterio de valoración respecto del que el órgano de contratación habría inducido al error:
"1.3 Emisiones de CO2 (Hasta 10 puntos).
Para valorar este criterio se otorgará la máxima puntuación a la oferta con menor índice de emisión de CO2 (emisiones CO2 combinado en gr/km. según el nivel de emisiones certificado por el fabricante en aplicación de la fórmula WLTP y según tabla de valoración), asignándose la puntuación al resto de ofertas proporcionalmente. Puntuación = Pmax – (Emisiones modelo ofertado – Emisiones mínimas) / (Emisiones mínimas/Pmax)."

El documento que es necesario para el otorgamiento de la puntuación del criterio de valoración es el certificado del fabricante en aplicación de la fórmula WLTP.

Lo cierto es que el PCAP deja que desear en lo que se refiere a la coherencia debida, pues la redacción del apartado c) del Anexo VIII del PCAP, señala únicamente que

"c) Emisiones de CO2.
Se considerarán los valores publicados en la ficha de homologación de cada uno de los vehículos ofertados, que deberán presentar en su oferta."

La interpretación del apartado c) del Anexo VIII transcrito requería la consignación de los valores de emisiones de CO2, pero no el documento de homologación, dado que el soporte documental que se requería para valorar el nivel de emisiones era el certificado del fabricante. El propio órgano de contratación, en respuesta a una pregunta/consulta formulada por una licitadora, aclaró que el documento mediante el que las licitadoras debían acreditar el nivel de emisiones de CO2 de los vehículos ofertados era el certificado del fabricante (y no la ficha de homologación de los vehículos). Al respecto, en el apartado 2 de la Nota informativa sobre consultas recibidas sobre NET177502 suministro de vehículos todo terreno para el dispositivo de prevención y extinción de incendios forestales de la Comunidad Autónoma de Andalucía (que figura en el Perfil del Contratante), se expresaba:

"2. En la Memoria de Necesidades Complementarias, en el punto 3 "EMISIONES DE CO2" PAG 4/11, las emisiones a declarar las exige el Pliego bajo el cálculo de emisiones de ligeros WLTP, Normativa de Emisiones difícil de compatibilizar con los requisitos que se exigen en el PPT, puesto que sobrepasarían el vehículo terminado las masas de referencia que exige dicha Norma. ¿podríamos presentar un vehículo distinto al WLTP?
El valor de las emisiones que se debe aportar para su valoración según el punto 3 de la Memoria de Necesidades Complementaria, es el nivel de emisiones certificado por el fabricante. La indicación de que debe realizarse en aplicación de la fórmula WLTP sólo afecta a los casos para los que sea obligatorio dado que este es un modelo de ensayo sujeto a condiciones de conducción mucho más realistas."

El órgano de contratación señala que para acreditar el nivel de emisiones de CO2, y en base al que se efectuaba la puntuación del criterio de valoración 1.3 del Anexo X del PCAP, era el certificado del fabricante de los vehículos (y no las fichas de homologación).

Respecto al pretendido trato desigual, en favor de la adjudicataria respecto del recibido por otras licitadoras, a las que se les puntuó el apartado de sus ofertas relativo a las emisiones de CO2 con 0 puntos, cumple advertir que las licitadoras a las que alude la recurrente, son las empresas que, en sus ofertas, consignaron los valores de emisiones de CO2 de los vehículos ofertados, sin aportar el certificado de sus respectivos fabricantes acreditativos de dichos valores de tal modo que el referido apartado de sus respectivas ofertas fue correctamente valorado con 0 puntos.

Finalmente, lo que debe dilucidarse es si la aparente contradicción del PCAP resulta salvada con la aclaración publicada en el perfil del contratante. En este sentido, el recurso especial en materia de contratación interpuesto podría resumirse en que, según la recurrente, en cuanto a este motivo de impugnación, se basa en que la oferta de la adjudicataria no cumple con las prescripciones exigidas por los pliegos. No obstante, en el perfil del contratante se publicaron las respuestas a las cuestiones que plantearon las licitadoras y que atañen al objeto de debate de la presente impugnación como hemos visto. Estas respuestas, en virtud de lo establecido en el Anexo I y la cláusula 7 del PCAP no tenían carácter vinculante de conformidad con el artículo 138 de la LCSP.

El análisis de este Tribunal debe partir del contenido de las cláusulas de los pliegos que rigen el procedimiento de adjudicación, vinculando al poder adjudicador y a las licitadoras por no haber sido impugnados en tiempo y forma, así como de las aclaraciones a los mismos solicitadas por las licitadoras. Por otro lado, consta en el expediente la contestación a las cuestiones planteadas las cuales fueron publicadas en el perfil del contratante antes de la finalización del plazo para la presentación de las proposiciones.

Las respuestas a las consultas publicadas en el perfil del contratante se consideran incluidas en la amplia definición de "pliego de contratación" recogida en el artículo 2.1.13) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, que comprende todo documento elaborado o mencionado por el poder adjudicador para describir o determinar los elementos de la contratación o el procedimiento, incluido el anuncio de licitación, el anuncio de información previa que sirva de convocatoria de licitación, las especificaciones técnicas, el documento descriptivo, las condiciones del contrato propuestas, los formatos para la presentación de documentos por los candidatos y licitadores, la información sobre obligaciones generalmente aplicables y cualquier documento adicional, de tal forma que incluso pueden ser objeto de impugnación autónoma[1].

El artículo 124 de la LCSP dispone que los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares (…) solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho, o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones. El órgano de contratación apela a dicha consulta como forma de matizar la aparente contradicción entre las cláusulas del pliego. Estimamos que el contenido de la nota aclaratoria daba la posibilidad a los demás de haber incluido esta certificación del fabricante, a la que ya hacía referencia el propio PCAP, de tal modo que podemos considerar como indica el Tribunal Supremo en la reciente Sentencia 1679/2019, de 5 de diciembre de 2019, que podrá considerarse error de hecho cuando no debe aplicarse con un hondo criterio restrictivo, de tal forma que (…) cuando mediante la fórmula de la rectificación de errores materiales se pretenda dar viabilidad al ejercicio de potestades anulatorias, modificativas o revocatorias del acto, solo en ese caso se estaría haciendo un uso inválido de la figura.

La aclaración del criterio no supone la rectificación de un acto dado que a lo único que afecta es a aclarar el Anexo VIII con relación al X, es decir, no supone la alteración radical del sentido del criterio (no es una modificación de una prescripción técnica). Se cumple además el requisito de que, la aclaración, en este caso a modo de corrección de errores, (y a diferencia de lo que sucede en la revisión de oficio), debe subsistir la cuestión objeto de la rectificación, es decir, el pliego no ha sido modificado de forma que las prestaciones que debe cumplir el producto a adquirir no resultan diferente a las iniciales.

En atención a dicha doctrina, este Tribunal considera en este motivo que la actuación del poder adjudicador ha constituido una aclaración del pliego por incoherencia y no la variación de una condición esencial de la licitación (prescripción técnica), de forma que no puede decirse que se establezcan unas reglas no reflejadas con anterioridad en el pliego. Esta aclaración publicada de los pliegos no tiene carácter significativo, por no afectar al objeto del contrato y al alcance de las obligaciones de la adjudicataria.

Se trata, en definitiva, de una simple interpretación o aclaración, no de una modificación de las bases de la licitación, sin infracción del principio de transparencia que implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca. Así se expresaba en la sentencia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, asunto C-496/99 P, apartados 109 a 111, ECLI:EU:C:2004:236) con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes, puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma a lo largo de todo el procedimiento y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por las licitadoras responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate.

Por tanto, debe concluirse que una actuación como la efectuada por el órgano de contratación no resulta contraria al principio de transparencia y al de seguridad jurídica, lo cual no supone, como se pretende, que haya

1 Resolución del Órgano Administrativo de Resolución de Recursos del País Vasco 112/2018.

existido una modificación irregular efectuada con posterioridad a la aprobación de los pliegos y por ello no puede prosperar este motivo del recurso.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SURTRUCK, S.L.**, contra la resolución, de 29 de octubre de 2021, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado "Suministro de vehículos todo terreno para el dispositivo de prevención y extinción de incendios forestales de la comunidad autónoma de Andalucía" (Expte. NET177502), promovido por la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía, anulándose la adjudicación y procediéndose a valorar los criterios de adjudicación controvertidos en el fundamento de Derecho séptimo en la forma que en el mismo se expone.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

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