



EB 2015/062

Resolución 076/2015, de 15 de julio de 2015, del 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 interpuesto por la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE PARQUES Y JARDINES (ASEJA) frente a los Pliegos de la licitación del servicio de trabajos de mantenimiento y limpieza de parques, jardines, zonas verdes y arbolado en Sestao

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 20 de marzo de 2015 tuvo entrada en el registro del Ayuntamiento de Sestao el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE PARQUES Y JARDINES (ASEJA) contra los Pliegos de la licitación del servicio de trabajos de mantenimiento y limpieza de parques, jardines, zonas verdes y arbolado en Sestao.

SEGUNDO: El recurso, el expediente de contratación y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) tuvieron entrada en el registro del OARC / KEAO el día 3 de junio de 2015.

TERCERO: Con fecha 15 de junio de 2015, el titular del OARC / KEAO dictó la Resolución B-BN 12/2015, por la que se estimaba la solicitud del recurrente de suspender el procedimiento hasta la resolución del recurso.

TERCERO: Solicitadas alegaciones a los interesados con fecha 15 de junio de 2015, se han recibido las de la empresa GRUPO SIFU, S.L.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta la legitimación del recurrente, cuyos Estatutos incluyen en su artículo 4 “la defensa más amplia de los intereses económicos y profesionales de sus miembros ante los Poderes Públicos”, así como la representación de Don J.M. H. de A.

SEGUNDO: Según el artículo 40.1 a) TRLCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada.

TERCERO: El objeto del recurso son los Pliegos de la licitación, acto impugnado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.2 a) TRLCSP.

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

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Sestao tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según el artículo 3 TRLCSP.

SEXTO: Los argumentos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) La cláusula 5 “Revisión de precios” del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) establece un sistema de revisión de precios que toma como referencia el aumento o disminución del Índice de Precios al Consumo (IPC), lo que es contrario a la Disposición Adicional 88ª de la Ley 22/2013, de Presupuestos Generales del Estado para 2014.

b) En la cláusula 13 “Criterios de valoración” del PCAP se incluyen las “Mejoras” como criterio de adjudicación; este criterio contiene una definición de dichas mejoras netamente insuficiente, lo que infringe los artículos 147 TRLCSP y 67.2 j) del Reglamento General de la Ley de Contratos (RGLCAP) y una consolidada jurisprudencia al respecto.



c) En la misma cláusula 13 se introduce como criterio de aplicación automática la valoración a los licitadores que acrediten estar en posesión de certificados vigentes relacionados con las normas ISO 9001, ISO 14001 y OSHAS 18001, los cuales se refieren a las características de la empresa y no al objeto del contrato, lo que vulnera la exigencia de que los criterios de adjudicación estén vinculados con dicho objeto; además, se infringe también el principio de que la solvencia sea proporcional a la prestación y se restringe indebidamente la competencia. En especial, el recurrente entiende que no es aceptable la exigencia de la certificación OSHAS 18001, referida a la seguridad y salud en el trabajo.

d) La cláusula 18 “Sanciones” establece un régimen sancionador cuya indefinición coloca a los licitadores y al futuro adjudicatario en una situación de absoluta indefensión y que infringe el principio de tipicidad (artículo 129 de la Ley 30/1992 de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común).

e) Finalmente, solicita la nulidad del PCAP y la aprobación de uno nuevo acorde con la legalidad.

SÉPTIMO: GRUPO SIFU, S.L. alega lo siguiente en oposición al recurso:

a) Vincular la revisión del precio al IPC no es causa suficiente para declarar la nulidad de los pliegos, pues no se trata de una condición fundamental del contrato; en todo caso, la cláusula se tendría por no puesta y no sería aplicable.

b) Las mejoras están directamente vinculadas al objeto del contrato y están claramente definidas. Por otro lado, las certificaciones de calidad tienen relación con el objeto del contrato, pues es la propia empresa quien lo realiza.



c) No hay falta de tipicidad de las sanciones, pues hay una remisión a la normativa vigente, que regula de forma detallada el régimen de infracciones y sanciones.

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

a) La entrada en vigor de la alegada DA 88^a supone un quebranto para la seguridad jurídica de los licitadores, ya que en el momento de aprobación del expediente no se había planteado una modificación del TRLCSP, que reconoce la utilización del IPC como índice para la revisión de precios. La DA 88^a pretende que el precio de un contrato público no se indexe a la evolución del precio de productos que no tienen incidencia en el coste de la prestación, pero ése no es el caso, porque el coste de personal del servicio contratado, según el convenio colectivo aplicable, se referencia a al IPC del País Vasco. Por otro lado, con la entrada en vigor de la Ley 2/2015, que modifica los artículos 90 y siguientes del TRLCSP, se consolida la desindexación que inició la DA 88^a, sin perjuicio del régimen transitorio correspondiente.

b) Las mejoras consignadas como criterio de adjudicación tienen relación directa con el objeto contractual y se vinculan a la calidad del servicio; los Pliegos fijan los límites conforme a los cuales se puede considerar la presentación de mejoras. Por todo ello, se considera que el criterio impugnado no infringe el principio de igualdad de trato ni los demás que rigen el TRLCSP.

c) Se alega que la separación entre las fases de acreditación de la solvencia y la aplicación de los criterios de adjudicación no es tan rígida como para no permitir que la experiencia o los aspectos medioambientales sean valorados en esta segunda fase.

d) De conformidad con el artículo 212 TRLCSP, los pliegos pueden prever penalidades proporcionales a la gravedad del incumplimiento y su cuantía no podrá ser superior al 10% del presupuesto del contrato, límite que se respeta;



se trata de una regulación contractual, no una manifestación de la potestad sancionadora que deba respetar el principio de tipicidad. Por otro lado, ni siquiera en el caso de las sanciones administrativas está vedado el uso de conceptos jurídicos indeterminados como los establecidos en los Pliegos.

NOVENO: La cláusula 5 del PCAP, “Revisión de precios”, establece lo siguiente en sus párrafos segundo y tercero:

«El precio para el segundo año de contrato será revisado y por lo tanto aumentado o disminuido en el mismo porcentaje en que lo hubiera hecho, durante el periodo que abarca desde la fecha final del plazo de presentación de proposiciones hasta la conclusión del primer año de contrato, el Índice de Precios al Consumo elaborado a Nivel Nacional de Estadística u organismo a quien se encomiende dicha función. No obstante todo lo anterior, la revisión de precios respetará el límite determinado por el artículo 90 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

El precio para el tercer y cuarto año de vigencia del contrato y siguientes, se revisará en la misma forma en que se ha indicado en el apartado anterior, respecto de los doce meses anteriores.»

Al contrato impugnado le es aplicable la DA 88ª de la Ley 22/2013, de Presupuestos Generales del Estado para 2014. Este precepto establece en su apartado Uno que «el régimen de revisión de los contratos del sector público no podrá referenciarse, en lo atinente a precios o a cualquier otro valor monetario susceptible de revisión, a ningún tipo de índice general de precios o fórmula que lo contenga y, en caso de que proceda dicha revisión, deberá reflejar la evolución de los costes.» El apartado Dos añade que «se entiende por índice general de precios cualquier índice de precios directamente disponible al público que esté construido a partir de otros índices disponibles al público.»

A la vista de lo anterior, la cláusula 5 debe anularse por referenciar la revisión de precios a un índice general de precios, sistema que la DA 88ª expresamente prohíbe.



DÉCIMO: El artículo 147 TRLCSP establece la posibilidad de que el poder adjudicador acepte variantes o, como en el caso del criterio de adjudicación impugnado, mejoras. No obstante, dicho precepto exige que se cumplan ciertos requisitos. Entre ellos, y por lo que interesa al objeto de este recurso, el artículo 147.2 TRLCSP establece que, si se autoriza la presentación de mejoras, debe precisarse sobre qué elementos pueden versar y en qué condiciones pueden ofertarse. Este precepto no es sino una aplicación específica de otro principio más general, el que establece que los criterios de adjudicación no pueden tener un contenido tal que supongan, de hecho, el otorgamiento al poder adjudicador de una libertad incondicionada para adjudicar el contrato; dicho de otro modo, la descripción de un criterio de adjudicación no puede ser tan vaga o genérica que no vincule en nada al órgano que valora las ofertas –ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17/9/2002, asunto C-513/99–.

Contrastando lo expresado con el criterio de adjudicación “Mejoras” que figura en el apartado 13 del PCAP, se observa que se establece que «únicamente se contemplarán en este aspecto aquellas mejoras que, no suponiendo contraprestación económica para el Ayuntamiento, hayan sido valoradas económicamente por los licitadores, para ello los Servicios Técnicos Municipales verificarán y aceptarán, aquéllas que tengan un interés evidente para la mejora de la calidad de prestación del servicio»; se añade que «en ningún caso se admitirá como mejora, la realización íntegra, con cargo a este concepto, de trabajos o tareas contempladas en el Pliego como obligatorias, aceptándose exclusivamente como tales las actuaciones tendentes a complementar o suplementar las obligaciones del Pliego, pero nunca a sustituirlas.» Además, se enumeran cinco propuestas concretas que se podrán formular por los licitadores –mantenimiento periódico de las palmeras existentes en distintos emplazamientos del municipio, creación de nuevos espacios verdes, implantación de sistemas automáticos de riego, mejora de parterres y trabajo de poda especial–. Sin embargo, dicha enumeración no es exhaustiva y no cierra el listado de los elementos sobre los que pueden ofertarse mejoras, pues se encabeza con la frase «entre otras cuestiones, por parte de los licitadores se podrán formular las siguientes propuestas:...». Es decir, el poder adjudicador se reserva la posibilidad de aceptar otras mejoras distintas de las expresamente



mencionadas simplemente con que cumplan los demás requisitos establecidos en el PCAP, los cuales ciertamente no especifican los elementos y condiciones que exige el artículo 147.2 TRLCSP y, salvo por la exigencia de valoración económica por los licitadores, son redundantes, pues pueden predicarse de cualquier mejora. Ello implica que, por una parte, los licitadores desconozcan los límites en los que puede moverse válidamente el contenido de su oferta, con la consiguiente incertidumbre a la hora de elaborarla y presentarla, y por otra, que la Administración pueda libremente aceptar o desestimar mejoras distintas de las expresamente señaladas en el PCAP; por ello, se están infringiendo los principios de transparencia e igualdad –artículo 1 TRLCSP–, debiendo estimarse la impugnación del criterio de adjudicación “Mejoras” –ver, por ejemplo, la Resolución 6/2015, de este OARC / KEAO–.

UNDÉCIMO: Entre los criterios de adjudicación evaluables de forma automática del contrato impugnado figura en el apartado 13 del PCAP, con el título “Certificaciones”, el siguiente:

«Certificación vigente, emitida por organismo autorizado e independiente, de aseguramiento de la calidad según norma ISO 9001, o similar: ...005 puntos.

Certificación vigente, emitida por organismo autorizado e independiente, de evaluación del sistema de gestión medio ambiental según norma ISO 14001 o similar::.....005 puntos.

Certificación vigente, emitida por Organismo Autorizado e Independiente, de evaluación del sistema de gestión de la salud y seguridad en el trabajo, según norma OSHAS 18001, o similar.....005 puntos».

Para resolver la impugnación debe partirse de que el artículo 150.1 TRLCSP establece que «para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato», citando a continuación una serie de ejemplos. El requisito de la vinculación al objeto del contrato se ha venido entendiendo en el sentido de que los criterios de adjudicación deben referirse a los aspectos de



la oferta, es decir, a las condiciones bajo las que los licitadores proponen la ejecución de la prestación contratada. En cambio, no caben como criterios de adjudicación los aspectos relativos a la capacidad técnica, económica o profesional de los licitadores, especialmente los referidos a las características de la empresa, los cuales sólo son aceptables como criterios de determinación de la solvencia –artículos 74 y siguientes del TRLCSP–, la cual se sustituye por la clasificación en los casos en que, como el analizado, ésta sea preceptiva – artículo 62.1 TRLCSP–; no obstante, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha autorizado el empleo como criterio de adjudicación de la calidad de los equipos concretamente propuestos por los licitadores para la ejecución del contrato, siempre y cuando ello sea relevante para la calidad de la prestación (ver la sentencia de 26 de marzo de 2015, asunto C-601/13, y la Resolución 55/2015 del OARC / KEAO). En el caso de los certificados cuya posesión se establece como criterio de adjudicación, no hay vinculación con la concreta prestación y sí con las características de la empresa –ver los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 42/06, 56/04 y 50/06–; así, la certificación de la Norma ISO 9001 determina los requisitos para un sistema de gestión de la calidad que pueden utilizarse para su aplicación interna por las organizaciones, y análoga funcionalidad en el ámbito de la prevención de riesgos laborales y de la gestión ambiental tienen, respectivamente, las Normas 18001 y 14001. Por ello, se refieren a criterios de solvencia recogidos en las letras c) y f) del artículo 78 TRLCSP. En el caso de la Norma 18001, hay que añadir que la prevención de riesgos laborales no puede ser utilizada como criterio de adjudicación –ver el informe 42/06 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado–. Asimismo, es contrario al principio de igualdad de trato –artículo 1 TRLCSP– que, además de por certificaciones similares a las expresamente mencionadas, no se acepte la acreditación del mismo nivel de calidad mediante otros medios alternativos de prueba, tal y como señalan los artículos 80 y 81 TRLCSP. Finalmente, no es aceptable que el criterio se considere como sujeto a evaluación automática cuando existe en él una parte potencialmente apreciable de modo subjetivo, como es la necesidad de valorar si un certificado es o no similar al solicitado.



Por todo ello, el recurso debe ser estimado en este punto.

DUODÉCIMO: Se impugna la cláusula 18 del PCAP, cuyo primer párrafo establece lo siguiente:

«Sin perjuicio del régimen sancionador que pudiera derivar de la aplicación de la legislación vigente en materia de contratos del sector público, el incumplimiento por el contratista de las condiciones y obligaciones del Pliego llevará aparejada la imposición de sanciones económicas que podrán alcanzar la cantidad del 5 por 100 de la mensualidad por cada infracción. Corresponderá su graduación a la Junta de Gobierno Local atendidas las circunstancias de la misma, tales como la repercusión en el servicio, reincidencia, mayor o menor culpabilidad del contratista, etc.»

En primer lugar, hay que señalar que no es oportuna la mención del recurrente al principio de tipicidad recogido en el artículo 129 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, pues aunque es básico para limitar la potestad sancionadora de la Administración, no es aplicable a las penalidades impuestas a los contratistas en virtud de la relación contractual entre ellos y el poder adjudicador, como señala claramente la Disposición Adicional Octava de la citada norma –ver también el informe 6/2004 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid y la jurisprudencia que en él se cita–. Sin embargo, que este principio no sea aplicable no significa que el establecimiento de penalidades en los pliegos pueda ser indeterminada o genérica en lo que se refiere a las conductas o hechos que las originan o en cuanto a su misma apreciación. El artículo 212.1 TRLCSP establece que «los pliegos o el documento contractual podrán prever penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo o para el supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato que se hubiesen establecido conforme a los artículos 64.2 y 118.1. Estas penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y su cuantía no podrá ser superior al 10 por 100 del presupuesto del contrato.» A juicio de este OARC / KEAO, la posibilidad de establecer penalidades que ofrece el artículo 212.1 TRLCSP debe entenderse supeditada a que los pliegos concreten,



aunque sea en términos más o menos amplios, los supuestos de cumplimiento defectuoso a los que el precepto solo se refiere genéricamente. Entender lo contrario facilitaría al poder adjudicador la posibilidad de actuar arbitrariamente en perjuicio del principio de igualdad de trato –artículo 1 TRLCSP– con base en una cláusula que le da libertad incondicionada para imponer sanciones por cualquier incumplimiento contractual y que, por el contrario, no le vincula en nada para la fijación de los supuestos específicos de incumplimiento, aunque sí en el importe máximo de la sanción y en los criterios de graduación. En este sentido, la jurisprudencia europea ya ha recordado que el principio de igualdad de trato se extiende también a la ejecución del contrato –sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2004, asunto C-496/99–. Consecuentemente, la cláusula debe ser anulada.

DECIMOTERCERO: A la vista de lo dispuesto en el artículo 64.2 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, que establece que «la nulidad o anulabilidad en parte del acto administrativo no implicará la de las partes del mismo independientes de aquella salvo que la parte viciada sea de tal importancia que sin ella el acto administrativo no hubiera sido dictado», y dada la relevancia de las cláusulas que se anulan, debe anularse igualmente todo el PCAP. En particular, la anulación de los criterios de adjudicación implica la de todo el proceso de licitación –ver, por ejemplo, la resolución 70/2014, 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–. Todo ello conlleva la necesidad, en su caso, de poner en marcha un nuevo procedimiento de licitación, donde se tenga en consideración lo expuesto en esta Resolución.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43. 2 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales del a Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:



RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE PARQUES Y JARDINES (ASEJA) frente a los Pliegos de la licitación del servicio de trabajos de mantenimiento y limpieza de parques, jardines, zonas verdes y arbolado en Sestao, anulando el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y, especialmente, sus cláusulas 5, 13 –apartados “Mejoras” y “Certificaciones” – y 18, cancelando igualmente la licitación.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación acordada en la Resolución B-BN 12/2015, de 15 de junio de 2015.

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

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 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2015eko uztailaren 15a

Vitoria-Gasteiz, 15 de julio de 2015