



EB 2016/062

Resolución 075/2016, de 22 de junio de 2016, 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 Unión Temporal de Empresas ASASER, S.A. y GARBIALDI, S.A. contra la adjudicación del contrato de “Servicio de limpieza viaria y de recogida y transporte de residuos urbanos en Errenteria”, tramitado por el Ayuntamiento de Errenteria.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 16 de mayo de 2016, la Unión Temporal de Empresas ASASER, S.A. y GARBIALDI, S.A. interpuso un recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato de “Servicio de limpieza viaria y de recogida y transporte de residuos urbanos en Errenteria”, tramitado por el Ayuntamiento de Errenteria.

SEGUNDO: El 17 de mayo de 2016 se solicitaron al poder adjudicador el expediente 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). La citada documentación se recibió en este Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el 3 de junio de 2016.

TERCERO: Solicitadas alegaciones a los interesados el día 9 de junio, se han recibido las de SERBITZU ELKARTEA, S.L., adjudicataria impugnada, con fecha 15 de junio.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta la legitimación del recurrente y la representación de Don S. A.A. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Según el artículo 40.1 a) del TRLCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada. No es aceptable la alegación del poder adjudicador en el sentido de considerar que el contrato no está sujeto al recurso especial por tratarse de un contrato de gestión de servicio público en su modalidad de concesión, categorización que también asume el punto 3º del Pliego de Condiciones Económico Administrativas (en adelante, PCEA). Es doctrina reiterada (expuesta, por ejemplo, en sus Resoluciones 16/2014, 21/2015 y 47/2015) que el OARC / KEAO, a la hora de comprobar si un contrato está incluido en el ámbito del recurso especial –es decir, a la hora de verificar su propia competencia– no está vinculado por la denominación que le haya dado el órgano de contratación al aprobar los pliegos, sino que debe atender a la naturaleza del contrato y contrastarla con la legislación contractual y, en su caso, con las directivas europeas de contratación pública, cuyas definiciones de cada tipo contractual el TRLCSP incorpora en sus artículos 6 y siguientes. Efectuado este análisis, se observa que en el contrato analizado concurren prestaciones que reúnen las notas propias del contrato de servicios. Esta modalidad se define en términos amplísimos en el artículo 10 del TRLCSP como aquella cuyo objeto comprende «prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro». En esta definición caben sin ningún problema conceptual los contratos en los que, como en el caso analizado, la Administración solicita y remunera a un tercero prestaciones de hacer para que gestione un servicio de su propia competencia sin que medie transferencia del riesgo; en este caso concreto, no hay en la documentación contractual ninguna estipulación que permita concluir que el contratista asuma el “riesgo operacional” del negocio, pues no le afectan los riesgos de demanda o de suministro (ver, por ejemplo, las Resoluciones 76/2014 y 47/2015 del OARC /



KEAO, el Acuerdo 52/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, el informe 23/2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10/9/2009, asunto C-206/08, ECLI:EU:C:2009:540, de 10/3/2011, asunto C-274/09, ECLI:EU:C:2011:130 y de 10/11/2011, asunto C-348/10, ECLI:EU:C:2011:721). Asimismo, es de aplicación el artículo 5.1 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, precepto que goza de efecto directo por no haberse incorporado en plazo a la legislación española.

En definitiva, las características citadas permiten descartar que el contrato impugnado sea un contrato de gestión de servicio público y lo sitúan en la modalidad prevista en el artículo 10 TRLCSP, lo que, habida cuenta de su valor estimado, lo incluye en el ámbito objetivo del recurso especial.

Por todo ello, el recurso debe admitirse a trámite.

TERCERO: El objeto del recurso es un acto impugnado, en concreto, la adjudicación del contrato (artículo 40.2 c) TRLCSP).

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma. No es aceptable la alegación de SERBITZU ELKARTEA en el sentido de considerar que la presentación es extemporánea, pues se basa en que se produjo el día 17 de mayo en el registro del OARC / KEAO. En realidad, dicha entrada se produjo el día 16 de mayo en el Registro del Departamento de Administración Pública y Justicia; dado que el citado Departamento es el que gestiona el registro general de la Administración de la CAE, en el que se inserta este Órgano, no puede negarse que tiene la condición de ser el registro propio del órgano que resuelve el recurso, sin que pueda equipararse, por ejemplo, a los registros a los que se refieren las letras b) a e) del artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, que son los que el artículo 44.3 TRLCSP, como norma administrativa



especial, quiere excluir cuando utiliza el término “necesariamente” (ver la Resolución 71/2016 del OARC / KEAO).

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

SEXTO: Los motivos que fundamentan el recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) Se ha impedido el acceso a la oferta de la adjudicataria con base en una inaceptable declaración genérica de confidencialidad de toda su oferta, de modo que no puede confrontarse el informe técnico que sustenta la adjudicación con el contenido de dicha oferta.

b) Existen elementos de la oferta del recurrente que no han sido valorados por el informe técnico que fundamenta la adjudicación; en concreto, esta incidencia se da en determinados aspectos de la proposición en relación con el barrido manual (organización del servicio en cuanto a movilidad, adecuación de la plantilla actual al servicio nuevo, refuerzos para la época de caída de la hoja,), barrido de mantenimiento (mejora por limpieza en festivos consecutivos), baldeo (horario de uso de la baldeadora), fregado (mejora por ofrecer durante los tres primeros meses del servicio consistente en aportar un segundo equipo de fregado).

c) No se han valorado aspectos como la mejora que supone la instalación de papeleras específicas para excrementos caninos, el servicio de atención 24 horas, la limpieza en situaciones de emergencia y horas adicionales de limpieza.

d) Se considera inadecuada la valoración del barrido de mantenimiento, recogida de residuos (fracción resto) e inversión en maquinaria.

e) Finalmente, se solicita la nulidad o la anulación de la adjudicación.



SÉPTIMO: Las alegaciones de SERBITZU ELKARTEA S.L. son, en síntesis, las siguientes:

a) Es contradictorio alegar que la falta de acceso a la oferta de la adjudicataria ha impedido realizar un recurso y luego analizar en detalle el informe técnico comparando diversas ofertas, siendo claro que se ha podido presentar un recurso fundado, por lo que la falta de acceso es irrelevante.

b) Se considera que la motivación de la adjudicación es suficiente y se ajusta al correcto uso de la discrecionalidad técnica.

OCTAVO: El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso argumentando, en síntesis, lo siguiente:

a) La declaración de confidencialidad del adjudicatario impugnado no es genérica sino específica, y no ha impedido al recurrente articular un recurso fundado.

b) El poder adjudicador responde extensamente a las alegaciones sobre la insuficiencia del informe técnico y reafirma su corrección.

NOVENO: En resumen, el recurso impugna la aplicación que el informe técnico efectúa de los criterios de adjudicación sujetos a juicios de valor. Entre dichos criterios de adjudicación figura el siguiente (apartado 16º del Pliego de Condiciones Económico Administrativas, PCEA):

«3: Mejoras:5 puntos»

Por su parte, el apartado 15 del Pliego de Condiciones Técnicas (PCT) establece lo siguiente:

«CRITERIO Nº3



Las mejoras presentadas por quienes licitan se ponderarán hasta un máximo de 5 puntos. Se valorarán las mejoras que no suponiendo una contraprestación económica para el ayuntamiento, tengan un interés evidente para la mejora de la calidad del servicio, las mejoras ambientales propuestas y los planes de mejora de la euskaldunización de la plantilla.

No se valorarán aquellas mejoras que no se consideren interesantes para el servicio de limpieza y recogida de residuos y aquellos servicios que el ayuntamiento ya los tenga contratados.»

Varios de los aspectos del informe técnico impugnados por el recurso se refieren a este criterio, como es el caso de la limpieza en días festivos consecutivos, las limpiezas extraordinarias y los contenedores de excrementos caninos.

Este órgano resolutorio ha tenido ocasión de manifestarse en ocasiones anteriores sobre las mejoras (por todas, Resolución 129/2015), señalando que 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, ECLI:EU:C:2002:495).

En lo que a la cláusula impugnada se refiere, se observa que decir que se valorarán las mejoras que tengan un interés evidente para la mejora de la



calidad del servicio es redundante, pues se trata de una condición implícita en el mismo concepto de mejora e incluso en cualquier criterio de adjudicación. Tampoco aporta ninguna información adicional establecer que las mejoras no deben tener contraprestación económica, ya que el coste de dichas mejoras está incluido, como el de los demás aspectos de la prestación, en el precio global del contrato. La infracción se ve agravada en este caso por el hecho de que las menciones mínimas que describen insuficientemente el criterio ni siquiera figuran en el PCEA, que es el documento contractual donde deben constar los criterios de adjudicación, sino en el PCT, lo que supone una falta adicional de transparencia (ver los artículos 150.2 TRLCSP y 67.2 i y 68.3 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, RGLCAP).

Al faltar las precisiones solicitadas por el artículo 147 TRLCSP y, consecuentemente, poder versar la mejora sobre cualquier elemento de la prestación, se está infringiendo el principio de transparencia así como el de igualdad, pues la elección y valoración de las mejoras queda al libre arbitrio del órgano de contratación. Dicho de otro modo, la infracción se deriva directamente de la configuración del Pliego, que atribuye a la Administración una libertad incondicionada para ejecutarlo, y no de la aplicación concreta que de él se pueda hacer por el órgano de contratación, por lo que esta cláusula debe ser considerada nula de pleno derecho por arbitraria (artículo 32 del TRLCSP y 62.1 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común). La letra a) del citado artículo 62.1 establece que dicha nulidad radical afecta a los actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, y ése precisamente es el caso, puesto que infringe el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución (ver, por ejemplo, la resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, TACRC, 129/2013). Además, la posibilidad de arbitrariedad se extendería a todo el procedimiento si se permitiera que las estipulaciones inválidas ganaran firmeza por beneficiarse del principio de acto consentido al no haber sido recurrida en su momento. Téngase en cuenta que la mera anulación del acto impugnado y la retroacción



de actuaciones para que se dicte una nueva adjudicación acorde con las reglas fijadas por el criterio de valoración sería inútil, porque tales reglas no existen y cualquier nueva adjudicación sería igualmente arbitraria al basarse en un criterio que no sujeta en nada la libertad de la Administración para otorgar el contrato.

DÉCIMO: Dando por sentada la ilegalidad del criterio de adjudicación, procede ahora analizar si el recurrente debe soportar la consecuencia de que los Pliegos no fueran recurridos en el momento procesal oportuno. Este OARC / KEAO, ha manifestado a este respecto (ver, por ejemplo, la Resolución 061/2015) que una abundante y constante jurisprudencia considera que los Pliegos son la ley del contrato y rigen su licitación de modo que hay que aplicarlos en su integridad, salvo que alguna de sus cláusulas haya sido anulada, previa interposición del correspondiente recurso en tiempo y forma, pero que dicha doctrina tiene como excepción los vicios que suponen nulidad de pleno derecho (artículo 32 del TRLCSP y 62.1 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común) y permiten la actuación arbitraria de la Administración en el caso de no ser eliminados. La letra a) del citado artículo 62.1 establece que dicha nulidad radical afecta a los actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, y ése precisamente es el caso, puesto que se infringe el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución y el de transparencia e igualdad de trato recogidos en el art. 139 TRLCSP (ver también la Resolución 92/2013 del OARC/KEAO).

Debe añadirse que el criterio impugnado posibilita que el poder adjudicador actúe de modo arbitrario a lo largo del procedimiento, de modo que no es suficiente para garantizar la legalidad de dicho procedimiento la simple anulación del acto impugnado y la retroacción de actuaciones, pues a la hora de dictar el acto que sustituya al anulado el poder adjudicador sería igualmente libre para perpetrar otra arbitrariedad, pues precisamente el vicio de la estipulación controvertida radica en que concede al poder adjudicador una libertad ilimitada para adjudicar el contrato o excluir licitadores.



Una vez reconocido que la cláusula es en sí misma arbitraria y que cualquier ejecución de la misma lo será igualmente porque en nada se condiciona la actuación del poder adjudicador, no tiene sentido que este OARC / KEAO elija una de las posibles interpretaciones de la cláusula para estimar o desestimar la pretensión, pues tal interpretación sería, necesariamente, otra arbitrariedad, siendo en consecuencia necesaria la declaración de nulidad de dicha cláusula. En este sentido, la sentencia de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, “eVigilo Ltd” ECLI:EU:C:2015:166, apoya este criterio cuando señala, como excepción a la preclusividad del plazo de interposición del recurso, el caso de las condiciones de licitación cuya ilegalidad solo puede percibirse una vez que se analiza la motivación de la adjudicación, como es precisamente el caso de los criterios de adjudicación excesivamente abstractos (ver, el apartado 27 de la citada sentencia). Por ello, no cabe aquí alegar que los Pliegos han pasado a ser firmes por no haber sido recurridos en tiempo y forma.

La declaración de nulidad de un criterio de adjudicación conlleva la de todo el proceso de licitación (Resolución 92/2013 del OARC / KEAO). Según la jurisprudencia comunitaria (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01), «los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (...). De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión.» Y concluye que «la normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso (...) 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.»



UNDÉCIMO: La declaración de nulidad es congruente con la pretensión, como exige el artículo 47.2 TRLCSP. Esta congruencia se satisface, desde luego, si el recurso solicita expresamente la nulidad de la estipulación, pero también si, como en este caso, solo se pide la anulación de la adjudicación sosteniendo una interpretación de la cláusula arbitraria alternativa a la mantenida por el poder adjudicador; téngase en cuenta que la declaración de nulidad de pleno derecho y la subsiguiente cancelación y reinicio de la licitación mejoran su posición jurídica individual, que pasa de ser licitador excluido o no adjudicatario a operador económico que puede presentar una oferta en el previsible nuevo procedimiento, por lo que no hay “reformatio in peius” y la resolución se percibe por él como una estimación parcial.

Todo ello conlleva a la estimación de este motivo del recurso y la necesidad, en su caso, de poner en marcha un nuevo procedimiento de licitación, donde se tengan en consideración los fundamentos expuestos sobre el criterio declarado nulo.

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 de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el 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 parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la Unión Temporal de Empresas ASASER, S.A. y GARBIALDI, S.A. contra la adjudicación del contrato “Servicio de limpieza viaria y de recogida y transporte de residuos urbanos en Errenteria”, tramitado por el Ayuntamiento de Errenteria, anulando los apartados 16º.3 del PCEA y 15, criterio nº 3, del PCT, y ordenando la cancelación de la licitación.



SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento, a la vista de lo dispuesto en el artículo 47.4 TRLCSP.

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, 2016ko ekainaren 22a

Vitoria-Gasteiz, 22 de junio de 2016