



EB 2014/024

Resolución 042/2015, de 10 de abril 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 en materia de contratación interpuesto por la unión temporal de empresas URBASER, S.A. y OBRAS PÚBLICAS ONAINDIA, S.A. contra el acuerdo de adjudicación del Lote 1 del contrato que tiene por objeto “la gestión del servicio público de explotación del vertedero de residuos sólidos urbanos de Gardelegui”, promovido por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 27 de febrero de 2015 la unión temporal de empresas URBASER, S.A. y OBRAS PÚBLICAS ONAINDIA, S.A. (en adelante, “la UTE recurrente”) interpuso en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales/Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) un recurso especial en materia de contratación frente al Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz de fecha 10 de febrero de 2015 de adjudicación del Lote 1 del contrato que tiene por objeto “la gestión del servicio público de explotación del vertedero de residuos sólidos urbanos de Gardelegui”.

El mismo día se solicitó el expediente de contratación al poder adjudicador el cual lo remitió, junto con el informe al recurso que menciona el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), el 3 marzo de 2015.



SEGUNDO: El día 9 de marzo de 2015 se trasladó el recurso a los interesados, habiéndose recibido alegaciones de la unión temporal de empresas FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. y YARRITU, S.A., adjudicataria del contrato.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En el expediente constan la legitimación de la UTE recurrente y la representación de quien actúa en su nombre.

SEGUNDO: Si bien la cláusula 57 del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) que rige el contrato señala que el recurso procedente contra los diversos actos emanados del contrato es el recurso especial en materia de contratación y que la procedencia de esta vía de impugnación es pacífica para ambas partes (recurrente y poder adjudicador), este OARC/KEAO, al objeto de determinar su propia competencia, debe proceder a examinar la corrección de la calificación del contrato como de gestión de servicio público debido a que su intervención en estos contratos, a diferencia de lo que ocurre en los de servicios, se ve limitada a la concurrencia de ciertos presupuestos (presupuesto de gastos de primer establecimiento, IVA excluido, superior a 500.000 € y plazo de duración superior a cinco años), de tal manera que de no concurrir alguno de ellos, no procede su intervención.

Analizados los pliegos que rigen el contrato se observa que el Ayuntamiento solicita a un tercero prestaciones de hacer para que gestione un servicio de su propia competencia en el que la remuneración económica corre íntegramente a cargo del Ayuntamiento (cláusulas 34 y 43 del PCAP) y que no media transferencia del riesgo (según la cláusula 35 PCAP el equilibrio económico del contrato es el precio de licitación, que lo abona íntegramente el Ayuntamiento) y, respecto a la tasa del servicio de vertido de residuos, en el Pliego de cláusulas técnicas (en adelante, PCT) figura claramente que el adjudicatario únicamente gestionará la facturación pues la gestión del cobro y la liquidación se realiza directamente desde el Ayuntamiento (arts. 14 y 15 PCT). En consecuencia, el contrato carece de las características propias de la concesión.



Por el contrario, en el contrato analizado se observa la concurrencia de las notas propias del contrato de servicios, que en el art. 10 TRLCSP se define en términos amplios como aquel 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 de un resultado (...).»

Consecuentemente, el contrato ha de ser considerado de servicios con un valor estimado es de 16.932.375,20 € y, por consiguiente, susceptible de revisión por este órgano.

TERCERO: Según el artículo 40.2 a) TRLCSP, podrán ser objeto de recurso:

«c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes públicos.»

El acto recurrido es el la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz de fecha 10 de febrero de 2015 de adjudicación del Lote 1.

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 TRLCSP.

QUINTO: La argumentación del recurso es, en síntesis, la siguiente:

a) Vulneración del principio de transparencia generadora de indefensión por impedir el órgano de contratación el acceso tanto al estudio económico de la UTE adjudicataria como a la justificación de la viabilidad de su oferta, lo cual impide al recurrente interponer un recurso eficaz frente a la adjudicación del contrato, viciándose la motivación del acuerdo de adjudicación.

b) En la ponderación entre el principio de transparencia y la confidencialidad de la documentación presuntamente “secreta” se revela fundamental, como exige el art. 153 TRLCSP, la motivación de las causas por las cuales no se autoriza el examen de los documentos en cuestión, resultando adicionalmente paradigmático que sea el propio órgano de contratación el que dictamine que nos encontramos ante un secreto técnico o comercial cuando la propia mercantil no lo ha declarado. Y es que la más mínima exigencia de seguridad



jurídica debería haber obligado al órgano de contratación a consultar previamente a la UTE adjudicataria para que fuera ésta la que decidiera al efecto como así recomienda la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Canarias en su informe 4/2005.

c) La concurrencia de una situación de presunción de temeridad de la oferta adjudicataria supone que no cabe la declaración de confidencialidad sobre el estudio justificativo de la viabilidad de la propuesta (Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón Acuerdo 8/2013)

d) La actuación del órgano de contratación resulta improcedente dada la escasa información contenida en el Informe del Jefe del Servicio de Presupuesto y Contabilidad de 11 de diciembre de 2014 justificando la viabilidad de la oferta incurso en presunción de temeridad pues ello impide verificar ciertas incongruencias entre la propuesta técnica de la UTE adjudicataria con lo manifestado en el citado Informe respecto a (i) el personal, que por un lado se indica que se irá incrementando (tomo 1.5 de la oferta) y por otro que se irán reduciendo (ii) las inversiones, nada se puede indicar por no figurar en el citado informe (iii) gastos generales, que se señala que no serán de aplicación pero en la oferta figura un jefe de servicio que forma parte de la estructura de la UTE.

SEXTO: El Ayuntamiento, en el informe al recurso opone los siguientes argumentos:

a) Se ha calificado como confidencial toda aquella información que comporta una ventaja competitiva en sí misma. Se ha considerado que dando a conocer la información contenida tanto en el Estudio Económico-Financiero como en la documentación presentada para la justificación de no incursión en baja desproporcionada o temeraria de las licitadoras adjudicatarias se puede estar revelando, directa o indirectamente, la metodología utilizada, la motivación, los aspectos y los elementos que ha llevado a hacer la oferta por un determinado importe, lo que supone que se está comunicando información que comporta



una ventaja competitiva para la empresa adjudicataria y, como tal, afecta a la competencia de esta empresa en el mercado.

b) Se ha considerado que esta información tiene un gran valor para las empresas adjudicatarias porque es consecuencia de sus procesos de análisis o investigación, de conocimientos adquiridos con la experiencia o porque tiene un valor estratégico frente al resto de candidatos. A título orientativo se ha considerado confidencial (i) los medios humanos empleados: número, categoría del personal y determinación de la plantilla (ii) inversiones obligatorias: marca, modelo, precio unitario y ofertas comerciales (iii) resto de inversiones: maquinaria móvil, actuaciones de acondicionamiento y otros acondicionamientos, en especial la solución al vaso de vertidos inertes y su conversión en mixto de residuos no peligrosos (iv) financiación de las inversiones: tipo de interés aplicado (v) resto de costes variables: nº de unidades consideradas e importes unitarios de los mismos.

c) La normativa prevé (arts. 35.4 y 41.3 de la Directiva y 153 TRLCSP) la posibilidad de que el órgano de contratación atribuya el carácter de confidencial a aspectos no indicados por los licitadores cuando, a su juicio, tal información pueda perjudicar los intereses comerciales legítimos de aquel o la leal competencia que ha de regir las relaciones entre empresas licitadoras.

SÉPTIMO: La UTE adjudicataria del contrato realiza las siguientes alegaciones:

a) Antes de entrar en el fondo del asunto hace una breve consideración sobre la pretensión de la recurrente que a su juicio es incongruente pues (i) pide retroacción de actuaciones para tener acceso al estudio económico (ii) solicita que se adopte un nuevo acuerdo de adjudicación ya que el acceso al estudio económico se solicita una vez adjudicado el contrato con lo que la retroacción solicitada lo es a dicho momento. La recurrente o solicita la retroacción de actuaciones al momento de solicitud de la documentación o solicita el dictado de un nuevo acuerdo de adjudicación, pero ambas cuestiones son incompatibles.



b) El Ayuntamiento ha aplicado el procedimiento establecido para las ofertas anormales o desproporcionadas, reglado en el art. 152 TRLCSP.

c) El recurrente alega falta de motivación del acuerdo recurrido, no obstante, del análisis del propio recurso se desprende que, con la información facilitada, si ha tenido la posibilidad de comparar y analizar la congruencia de la oferta económica, y/o justificación de la misma.

d) Al recurrente se le han facilitado los informes de valoración de los criterios subjetivos, el sobre C completo, relativo a la propuesta técnica de la UTE y el sobre A, en lo que se refiere a la oferta económica que es la valorable, no así el estudio económico-financiero que justifica la misma, que no es objeto de valoración.

e) Resulta evidente que el estudio económico se enmarca dentro del “saber hacer” o “Know-how” propio de una empresa y en el mismo se incluyen datos sensibles, como los precios de adquisición de maquinaria o de prestación de servicios, subcontratas o la existencia de acuerdos específicos con proveedores. Además, las empresas que compiten entre ellas en este campo son reducidas lo que supone que en el próximo concurso la competencia pueda utilizar sus datos, lo cual distorsiona el mercado y afecta a la competencia leal entre empresas. Adicionalmente a lo señalado, es normal la existencia de acuerdos de confidencialidad con la práctica totalidad de sus proveedores.

f) La excepción de confidencialidad contenida en el artículo 153 TRLCSP constituye una excepción expresa al principio de la motivación de la adjudicación tal y como reconoce el art. 151.4 TRLCSP y ello tiene su fundamento en el principio general de la confianza legítima.

OCTAVO: En el recurso se plantea la vulneración del principio de transparencia por no haber concedido el órgano de contratación el acceso al estudio económico que obraba en el sobre “A” de la UTE adjudicataria ni a la justificación aportada por ésta en el trámite incidental de verificación de la



viabilidad de la oferta con valores anormales o desproporcionados, lo cual ha causado la indefensión del recurrente.

Si bien la indefensión alegada se basa en el impedimento a acceder a parte de la documentación aportada por el adjudicatario, se hace preciso analizar primeramente si la adjudicación ha sido debidamente motivada pues, conforme al art. 151.4 del TRLCSP, la notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación.

De la documentación obrante en el expediente se observa que el acuerdo de adjudicación contiene una descripción de cada una de las ofertas de los licitadores, señalándose expresamente que los informes de valoración de las ofertas se adjuntan a la notificación de la adjudicación, sin que la recurrente alegue la omisión de su remisión que, en todo caso, quedaría subsanada en el trámite de vista y acceso al expediente materializado el 25 de febrero de 2015.

Estos informes son, por un lado, aquel en el que se analizan los criterios que no dependen de una fórmula matemática, fechado el 6 de noviembre de 2014, en el que se observa que, además de describirse el contenido de la oferta de cada uno de los licitadores por cada uno de los criterios de adjudicación, se señalan las ventajas y desventajas de dicha propuesta, dando plena razón del proceso lógico de atribución de puntuaciones, y, por otro, el informe de valoración de los criterios que se evalúan mediante la aplicación de una fórmula, de fecha de fecha 14 de noviembre de 2014, con lo que cabe afirmar que hasta esta fase del procedimiento se ha dado cumplida razón de la valoración de los criterios de adjudicación.

Uno de los motivos impugnatorios es la indefensión causada por el no acceso al estudio económico aportado por la UTE adjudicataria en el sobre "A"; argumento que no puede prosperar habida cuenta de que el contenido de este documento no es objeto de valoración conforme a los criterios de valoración que figuran en el PCAP con lo que el conocimiento de su contenido es



irrelevante para la impugnación de la valoración de los criterios de adjudicación efectuada por el órgano evaluador.

Queda por analizar si, apreciado que la oferta de la adjudicataria incurre en valores desproporcionados o anormales conforme a los parámetros fijados en el PCAP, la motivación de la aceptación de la justificación de la viabilidad de la oferta aportada por el órgano de contratación es suficiente y, si en caso contrario, la imposibilidad de acceder a dicha documentación justificativa ha ocasionado indefensión a la recurrente.

La primera cuestión a dilucidar es si se ha seguido el procedimiento para apreciar si la oferta incursa en presunción de temeridad, puede ser cumplida. El artículo 152 del TRLCSP en los apartados 3 y 4 establece que:

«3. Cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma,... En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente...

4. Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior, estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la proposición económicamente más ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas...».

Consta en el expediente que, con fecha 18 de noviembre de 2014, se consideró ante la eventual situación de la oferta como desproporcionada o temeraria la posibilidad de dar audiencia al licitador para que precisara las condiciones de la misma y, en especial, lo relativo al personal, las inversiones, los gastos generales y el beneficio previstos durante la explotación del vertedero siendo esta documentación aportada el expediente por la adjudicataria el 26 de noviembre de 2014. Asimismo, consta el informe de asesoramiento técnico de 11 de diciembre de 2014 donde se concluye que no se puede deducir el carácter de desproporcionado de la oferta.



La finalidad de este procedimiento contradictorio es la de evitar rechazar las ofertas con valores anormales o desproporcionados sin comprobar antes su viabilidad y, para ello, el licitador debe facilitar los argumentos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que su oferta se puede llevar a cabo en los términos en los que ha sido formulada. En suma, se trata de verificar si una oferta cuyo contenido es ventajoso debe ser excluida por considerarse de imposible ejecución.

El art. 152.4 TRLCSP exige del órgano de contratación un juicio de viabilidad si estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, lo cual significa que la exigencia de motivación ha de ser rigurosa para el caso de que se rechace la oferta, pues supone una excepción al principio de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa pero, en caso de conformidad, no se requiere que se expliquen de manera exhaustiva los motivos de aceptación (Resolución TACRC nº 60/2015, nº 517/2014 y nº 826/2014).

En este supuesto, el informe del órgano asesor, al que ha tenido acceso el recurrente, además de describir la documentación aportada en el procedimiento contradictorio, señala que (i) el coste medio se ve influido a la baja por la previsión sobre la disminución en el volumen de entrada de residuos a finales de 2015 lo que posibilita una disminución del coste de plantilla, (ii) no se aplican gastos generales por aplicación de política de empresa para este tipo de contratos y (iii) no se indica nada sobre el valor 0 del beneficio industrial, pero cabe suponer que entra dentro del ámbito de libre actuación empresarial.

Es decir, aunque breve y a todas luces mejorable, hay una justificación suficiente en la que apoyar la adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa que no ha impedido al recurrente formular reparos a la misma basándose en dicha motivación.

Pasaremos, a continuación, a analizar dichos reparos, si bien debe ponerse de manifiesto que el poder adjudicador no ha efectuado alegación alguna a los



mismos. Así, el primero de ellos se refiere a la inconsistencia de la oferta en cuanto que, por un lado, se señala una supuesta reducción del coste del personal derivado de una disminución de entradas que, desde un punto de vista técnico, supondría a lo sumo una reducción de costes de un 3-5% pero, por otro lado, en el tomo 1.5 de su oferta indica que los medios humanos se irán incrementando en dotación, turnos o dedicación. Este OARC / KEAO no ve inconsistencia alguna, toda vez que la previsión sobre la que se basa la oferta y, por consiguiente, la reducción de los costes de personal, es la de que las cuadrillas que actualmente van directas a vertedero llevarán sus residuos a la planta de Vitoria – Gasteiz, (tomo 1.1 de la oferta) lo cual no es contradictorio con la oferta de incrementar el personal en determinadas situaciones de aumento de entradas. En segundo lugar, considera la recurrente que los gastos generales no pueden ser 0 pues se oferta en el tomo 1.5 “recursos humanos” un jefe de servicio que forma parte de la estructura de la UTE pero, siendo esto así, lo cierto es que en el desglose de costes aportado por la adjudicataria en orden a justificar su oferta no se tienen en cuenta los costos asociados a esta categoría profesional y de la información que figura en el tomo 1.5 de la oferta se deduce que este jefe de servicio formaría parte de los medios de apoyo que ponen las empresas que forman la UTE, al igual que la asesoría jurídica o el departamento de informática, por poner un ejemplo. Faltaría en el expediente una justificación en lo concerniente a las inversiones pero, ya se ha indicado con anterioridad que la justificación del órgano de contratación, en caso de conformidad, no ha de ser exhaustiva y, por consiguiente, no tiene que referirse a todos los conceptos de gastos en los que se incurra.

NOVENO: No obstante lo señalado, teniendo en cuenta que la argumentación principal del recurso versa sobre la transparencia del procedimiento de adjudicación del contrato y el acceso a la documentación que obra en el mismo, se hace necesario realizar algunas consideraciones sobre el alcance y límites de la confidencialidad de los documentos del expediente de contratación. Este OARC / KEAO ha tenido la oportunidad de manifestarse en pronunciamientos anteriores este extremo. Así, en su Resoluciones 3/2015 se afirma lo siguiente:



«Acerca de la confidencialidad de las ofertas, en la Resolución 60/2014 del OARC / KEAO se citaban la Resolución 62/2012 del TACRC en la que se manifiesta que «en el conflicto entre el derecho de defensa del licitador descartado y el derecho a la protección de los intereses comerciales del licitador adjudicatario se ha de buscar el necesario equilibrio de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo estrictamente necesario», y el Informe 15/2012 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón donde se afirma que «(...), la tensión entre confidencialidad y transparencia alcanza su momento de más difícil resolución cuando el órgano de contratación debe cumplir la obligación legal de notificar la adjudicación del contrato, facilitando la información necesaria para que el licitador pueda interponer, en su caso, recuso suficientemente fundado contra la misma (artículo 151.4 del TRLCSP)». En la propia Resolución 60/2014 de este Órgano Resolutorio se indica que la declaración de confidencialidad tiene repercusión en dos momentos distintos del procedimiento de adjudicación. En un primero, cuando al amparo del artículo 140.1 del TRLCSP se permite a los licitadores que designen confidencial determinada información y, en un segundo momento, cuando la atribución de confidencialidad a determinada documentación tiene su reflejo en la notificación de la adjudicación y en la información sobre el resultado del procedimiento, donde el órgano de contratación podrá no comunicar determinados datos relativos a la adjudicación cuando considere, justificándolo debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información puede perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas –artículo 151.4 en relación con el artículo 153 del TRLCSP–.»

Se observa un exceso de celo en el actuar del poder adjudicador en garantizar la confidencialidad de parte de la oferta de la UTE adjudicataria cuando ésta, tal y como se deduce de lo alegado por la recurrente y manifestado por la adjudicataria en sus alegaciones, no ha designado como confidencial ninguna parte de su oferta. Este órgano resolutorio considera que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 140.2 TRLCSP, no procede una actuación de oficio del poder adjudicador sustituyendo la voluntad del licitador en orden a declarar confidencial una parte de la oferta que el mismo interesado no la ha calificado como tal, máxime cuando el propio PCAP en su cláusula 42 posibilita el realizar este señalamiento facilitando a tal efecto un formulario que figura como anexo IX al pliego. No obstante, tal y como se señala en el fundamento octavo de esta resolución, el acceso al estudio económico obrante en el sobre “A” es del todo innecesario para la articulación del recurso pues su contenido no es objeto de valoración conforme a los criterios de adjudicación que figuran en el PCAP.



Por otro lado, de conformidad con el art. 153 del TRLCSP, el órgano de contratación puede no comunicar determinados datos relativos a la adjudicación cuando considere que concurren una serie de presupuestos que se relacionan en el citado artículo, justificándolo en el expediente. Se podría plantear si en este caso el poder adjudicador actuó correctamente al vedar el acceso a la documentación aportada en orden a acreditar la viabilidad de la oferta, habida cuenta que dicho pronunciamiento no lo realizó el órgano competente y que podría ser discutible si la totalidad de dicha documentación es subsumible en alguno de los supuestos relacionados en el art.153 TRLCSP, y lo cierto es que no queda acreditado que este actuar de la administración haya supuesto indefensión para el recurrente.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 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 sustituto del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi,

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la unión temporal de empresas URBASER, S.A. y OBRAS PÚBLICAS ONAINDIA, S.A. contra el acuerdo de adjudicación del Lote 1 del contrato que tiene por objeto “la gestión del servicio público de explotación del vertedero de residuos sólidos urbanos de Gardelegui”, promovido por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.4 de la propia Ley.

TERCERO: 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 47.5 del TRLCSP.



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

QUINTO: 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 apirilaren 10a

Vitoria-Gasteiz, 10 de abril de 2015