



EB 2014/040

Resolución 53/2014, de 23 de mayo de 2014, 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 Sabino Ibargarai Leguina contra la adjudicación del contrato “Servicio de conservación y mantenimiento de las zonas verdes del Ayuntamiento de Urduliz”.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 23 de abril de 2014, D. Sabino Ibargarai Leguina interpuso recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato “Servicio de conservación y mantenimiento de las zonas verdes del Ayuntamiento de Urduliz”.

El propio 23 de abril se trasladó el recurso al Ayuntamiento de Urduliz, solicitándole una copia del expediente y el informe al que hace mención el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP). Los documentos solicitados tuvieron entrada en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco / Euskal Autonomía Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC/KEAO) el día 2 de mayo de 2014

SEGUNDO: Con fecha 5 de mayo se solicitaron alegaciones a los interesados, no recibiendo ninguna dentro del plazo otorgado.

TERCERO: El día 12 de mayo se recibe un escrito complementario por parte del recurrente denunciando que el Ayuntamiento de Urduliz está incumpliendo la obligación legal de ordenar y mantener la suspensión de la ejecución del servicio adjudicado.

El mismo día se traslada el escrito al Ayuntamiento solicitándole informe relativo a los hechos denunciados por el recurrente, sin que hasta la fecha de emisión de la presente Resolución se haya recibido contestación alguna.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Queda acreditada en el expediente la legitimación del recurrente como licitador interesado en la adjudicación del contrato, de conformidad con lo previsto en los artículos 42 y 44. 4. a) del TRLCSP.

SEGUNDO: El poder adjudicador clasifica el contrato con el número de referencia 773110000 CPV (Vocabulario Común de Contratos Públicos) que se corresponde con “servicios de mantenimiento de jardines y parques”, que no se incluye en ninguna de las categorías definidas en el Anexo II del TRLCSP para los contratos de servicios, por tanto este contrato quedaría encuadrado en la categoría 27 “otros servicios” del citado Anexo, no siendo un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada (artículo 16 TRLCSP). Sin embargo, al ser su valor estimado superior a 207.000,00 € es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40.1.b) y 40.2.a) del TRLCSP.

TERCERO: El artículo 40.2.c) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso:

«Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.»

El acto recurrido es precisamente el Acuerdo de adjudicación del contrato, adoptado el 25 de marzo de 2014.

CUARTO: El Ayuntamiento de Urduliz tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículos 3.1 a) y 3.2 a) del TRLCSP).

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

SEXTO: Las alegaciones del recurrente son, en síntesis, las siguientes:

a) El acto impugnado carece de motivación suficiente, contraviniendo el artículo 151.4 TRLCSP, lo que impide interponer recurso suficientemente fundado y vicia el acto de nulidad, lo que implica la retroacción de actuaciones.

b) Ante la ausencia de motivación, el recurrente accedió al expediente, discrepando con la puntuación otorgada en los siguientes criterios:

- En el criterio “inversiones sin coste adicional para el Ayuntamiento (10 puntos)”, se le atribuyen “0” puntos, a pesar de su compromiso de asumir la “reposición de aspersores deteriorados, llaves de paso y demás elementos, así como el arreglo, recuperación o creación de nuevos pequeños jardines o zonas ajardinadas dañadas por cualquier causa climatológica o cualquier causa derivada de la realización de obras o usos.” Si bien no se aportó la



cuantificación, no resulta posible hasta que se ejecute la prestación y la puntuación no está justificada.

- En el criterio “Preacuerdo de Convenios con Entidades dedicadas a la inserción laboral y fomento del empleo, ubicados en la comarca de Uribe – Kosta (5 puntos), se le atribuye un punto, a pesar de que se compromete a contratar al personal en “Entidades dedicadas a la inserción laboral y al Fomento de Empleo en la Comarca de Uribe Kosta (Asociación de parados del Municipio, Behargintza, Lanbide de Uribe Kosta).” La puntuación no está justificada con criterios de proporcionalidad, como pide el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP).

- En el criterio “Recogida de residuos vegetales a particulares” (5 puntos), se le adjudican 0,5 puntos a pesar de que en su oferta se compromete a recoger y transportar, los últimos sábado de cada mes, los residuos vegetales generados en jardines particulares, dentro de las zonas urbanas. La puntuación, pues, no queda justificada.

- En el criterio “Mejoras ambientales. Vehículos y maquinaria” (3 puntos), se le adjudican 0 puntos, a pesar de que se documenta prolijamente la maquinaria a emplear en el servicio. Llama la atención que el Pliego señale que se refiere a “los vehículos, maquinaria y medios materiales más adecuados en los aspectos que a continuación se indican” y que luego no se indiquen. Por ello, se desconoce cuáles han sido los aspectos considerados para aplicar el criterio.

- En el criterio “Mejoras ambientales. Plan de control de plagas integral” (3 puntos) se le atribuyen 0,2 puntos, a pesar de que en la oferta se documentan los productos fitosanitarios que se utilizarán y se menciona a la a la empresa suministradora del compost y enmiendas orgánicas. No queda justificada la puntuación.

- En el criterio “Mejoras ambientales. Valoración del compost” (3 puntos) se le atribuyen 2 puntos, a pesar de que se menciona a la empresa suministradora del compost y enmiendas orgánicas. No se considera justificada la puntuación.

- En el criterio “Otras mejoras. Propuesta de mejoras que no suponga un coste adicional para el Ayuntamiento (5 puntos)”, se le atribuye al recurrente 1,4 puntos, a pesar de que en su oferta se plantean hasta 12 mejoras a introducir en el servicio, como el centro de trabajo ubicado en Urduliz, el conocimiento de toda la plantilla de las zonas verdes objeto del contrato, horario partido, etc. El PCAP establece que se valorará la cantidad y calidad de las propuestas y que redunden en un mejor servicio, mejor estado de las plantas, mejor aspecto general de la jardinería..., aunque no se refiere la forma de otorgar la máxima puntuación ni la aplicación del criterio de proporcionalidad. El recurrente alega la necesidad de que los Pliegos fijen sobre qué elementos y en qué condiciones pueden presentarse mejoras por los licitadores; el PCAP no contiene una previsión concreta de cómo se van a valorar las mejoras, quedando a disposición del órgano de contratación admitir cualesquiera mejoras y valorarlas de cualquier forma, lo que es una infracción material del principio de igualdad, sin que pueda aceptarse que la no impugnación del



pliego obliga a los licitadores a estar y pasar por cualquier valoración de las mejoras.

c) Finalmente, se solicita la anulación del acto impugnado y la retroacción de actuaciones hasta el momento anterior a la valoración de las ofertas presentadas.

SÉPTIMO: El órgano de contratación se opone al recurso por los siguientes motivos:

a) El derecho del recurrente a ser informado de la motivación que permita interponer, en su caso, un recurso suficientemente fundado, entra en contradicción con el derecho a la confidencialidad invocada por otros licitadores y amparado por la legislación y la jurisprudencia europea. En cualquier caso, se puso a disposición de la recurrente el expediente administrativo de contratación completo para su consulta, como queda acreditado por el contenido del propio recurso, lo que descarta que haya podido producirse indefensión.

b) Deben rechazarse las alegaciones referidas al contenido de los Pliegos (falta de referencia la forma de otorgarse la máxima puntuación y no aplicación del criterio de proporcionalidad) por extemporáneas, ya que dichos Pliegos no fueron objeto de recurso en tiempo y forma.

c) La propuesta de inversiones sin coste adicional debía ser incluida entre los criterios evaluables mediante la aplicación de fórmula matemática, y él las incluyó incorrectamente en el sobre "B", razón por la cual se le valoró con "0" puntos.

d) No es cierto que las valoraciones se alcancen sin apoyo argumental, ni que se hagan valoraciones basadas en criterios no predeterminados, lo que se ha hecho es desglosar los criterios con respeto a los límites del PCAP. Por otro lado, la valoración proporcional de los criterios evaluables en función de juicios de valor se refiere a cuestiones que no pueden ser evaluadas aplicando procesos que den resultados precisos predeterminables, pues tales cuestiones descansan sobre cuestiones subjetivas de carácter técnico.

OCTAVO: Entre los motivos del recurso figuran varios referidos a la aplicación de los criterios de valoración; más concretamente, uno de ellos impugna el criterio "Otras mejoras. Propuesta de mejoras que no suponga un coste adicional para el Ayuntamiento (5 puntos)". Este criterio viene descrito en el PCAP de la siguiente forma (apartado 18 b):

«Otras mejoras:

- Propuesta de mejoras que no suponga un coste adicional para el Ayuntamiento.....5 puntos

Se puntuará la cantidad y calidad de las propuestas de mejoras que redunden en la consecución de un mejor servicio, mejor estado de las plantas, menores molestias al ciudadano, mejor aspecto general de la jardinería del municipio respecto de lo exigido en este pliego, etc.»



El artículo 147 TRLCSP establece la posibilidad de que el poder adjudicador acepte variantes o, como en este caso, mejoras. No obstante, dicho precepto exige que se cumplan ciertos requisitos, siendo especialmente significativo para el objeto de este recurso el que exige que se precise sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación. La estipulación analizada no contiene precisión suficiente acerca de los concretos elementos sobre los que pueden ofertarse las mejoras. Únicamente se aporta un listado de ejemplos, pero tal listado es abierto, y en el caso de las “mejoras que redunden en la consecución de un mejor servicio”, superfluo, pues eso es predicable, por definición, de cualquier mejora, de modo que cabrían mejoras no mencionadas y no determinadas, que es precisamente lo que el artículo 147 TRLCSP quiere prohibir. Por otro lado, los ejemplos se refieren a cuestiones tan heterogéneas entre sí que es imposible que las empresas interesadas en el contrato puedan deducir de ellos cuál es el elemento común a todas ellas que se quiere expresar, además de que se trata de un listado abierto, lo que incrementa aún más la indefinición. De hecho, en el informe técnico que sustenta la valoración de la oferta de la empresa mejor puntuada en este criterio, se citan mejoras aceptadas que no tiene que ver con los ejemplos mencionados en el PCAP, como es el caso de las eco – huertas lúdicas o el inventario informatizado. Además, del resto de ofertas sólo se dice que reciben una valoración proporcional, término extraño cuando de lo que se trata es de un criterio no matemático, pero sin citar los concretos aspectos de sus proposiciones que justifican dicha puntuación ni aportar motivación suficiente.

NOVENO: Al faltar las precisiones solicitadas por el artículo 147 TRLCSP y, consecuentemente, valorarse las mejoras sin apoyo en criterios previamente determinados y reglados (porque tales criterios no existen), se está infringiendo el principio de igualdad, pues todo 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 aplicarlo, y no de la aplicación concreta que de él se ha hecho por el órgano de contratación.

Dando por sentada la ilegalidad del criterio de adjudicación, debe ahora analizarse si el recurrente debe conformarse con él porque los Pliegos no fueron recurridos en el momento procesal oportuno. Como es bien sabido, 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 en tiempo y forma del correspondiente recurso. Los Pliegos del presente recurso no han sido impugnados, lo que, en principio, convalidaría su invalidez y obligaría al poder adjudicador y a los licitadores a acatar su contenido. Sin embargo, esta 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). 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 un criterio que otorga al poder adjudicador la posibilidad de una atribución de puntuaciones discriminatoria (ver, por ejemplo, la resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, TACRC, 129/2013), posibilidad de arbitrariedad que se



extendería a todo el procedimiento si se permitiera que la estipulación inválida ganara firmeza por beneficiarse del principio de acto consentido al no haber sido recurrida en su momento. Por ello, este Órgano debe declarar la nulidad de pleno derecho del Pliego en lo relativo al criterio “Propuesta de mejoras que no supongan un coste adicional para el Ayuntamiento”.

DÉCIMO: La declaración de nulidad conlleva la de todo el proceso de licitación (ver, por ejemplo, la citada resolución 129/2013 del TACRC). 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.» Todo ello conlleva la necesidad, en su caso, de poner en marcha un nuevo procedimiento de licitación, donde se tengan en consideración los fundamentos expuestos en el criterio declarado nulo.

La declaración de nulidad de toda la licitación y la previsible tramitación de una nueva con el mismo objeto hacen superfluo el análisis del resto de los motivos de impugnación, cuya aceptación sólo podría llevar, en todo caso, a la retroacción de actuaciones.

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: Estimar parcialmente el recurso especial interpuesto por Sabino Ibargarai Leguina contra la adjudicación del contrato “Servicio de conservación y mantenimiento de las zonas verdes del Ayuntamiento de Urduliz”, declarar nula la estipulación citada en el fundamento jurídico octavo y anular el procedimiento de adjudicación.

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: 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, 2014ko maiatzaren 23a
Vitoria-Gasteiz, 23 de mayo de 2014