



EB 2020/125

Resolución 157/2020, de 19 de noviembre, de la 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 la reclamación en materia de contratación interpuesto por la empresa FLOTTWEG, S.E. contra la adjudicación del contrato de “Suministro, instalación y mantenimiento de los decantadores centrífugos de la EDAR de Loiola”, tramitado por Aguas del Añarbe-Añarbeko Urak, S. A.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 20 de agosto de 2020 se ha presentado en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) la reclamación en materia de contratación interpuesto por la empresa FLOTTWEG, S.E. (en adelante FLOTTWEG) contra la adjudicación del contrato de “Suministro, instalación y mantenimiento de los decantadores centrífugos de la EDAR de Loiola”, tramitado por Aguas del Añarbe-Añarbeko Urak, S. A.

SEGUNDO: Remitido la reclamación al poder adjudicador el mismo día 20 de agosto, se recibió, entre los días 20 de agosto y 4 de septiembre, en este OARC / KEAO, una copia del expediente de contratación y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de 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).

TERCERO: Trasladado la reclamación a los interesados el día 24 de agosto, no se ha recibido alegación alguna.





II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PREVIO. - Legislación aplicable.

Dada la actividad a la que se vincula la licitación y la naturaleza y el valor estimado del contrato recurrido, debe tramitarse la impugnación conforme a lo dispuesto en el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales.

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente, por ser una empresa licitadora y la representación de C.O., que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo de la reclamación

Nos hallamos ante un procedimiento de adjudicación de un contrato de suministro instado por una entidad adjudicadora que opera en el ámbito de la actividad de la evacuación o tratamiento de aguas residuales, conforme al artículo 8.1.b) del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero. En lo referente al valor estimado del contrato, se trata de un contrato de suministro con un valor estimado superior a 428.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 119.2. c) del Real Decreto-ley 3/2020 de 4 de febrero señala que podrán ser objeto de reclamación en materia de contratación: «Los acuerdos de adjudicación adoptados por las entidades contratantes.»

La parte recurrente impugna el acuerdo de adjudicación.



CUARTO: Interposición de la reclamación en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 121 del Real Decreto ley 3/2020 de 4 febrero en relación con el artículo 50.1 de la LCSP, la reclamación ha sido interpuesta en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, Aguas del Añarbe-Añarbeko Urak, S.A. es una entidad que no es administración pública a los efectos de la LCSP y que en el régimen de invalidez y reclamación del contrato impugnado se rige por lo dispuesto en el Real Decreto ley 3/2020 de 4 febrero.

SEXTO: Alegaciones de FLOTTWEG

Los argumentos que alega la recurrente son, en síntesis, los siguientes:

- a) La recurrente alega la existencia de error material, arbitrariedad o discriminación en el informe de valoración técnica, así como incongruencias y carencias de motivación en el mismo. Por ello, se impugnan las valoraciones y puntuaciones dadas a la recurrente y a la adjudicataria en tres de los cuatro apartados que conforman la propuesta técnica (1. Memoria técnica; 3. Procedimiento para el suministro, instalación y puesta en marcha de equipos; y 4. Análisis de recuperación de los equipos actuales)
- b) En su virtud, se solicita que se declare la nulidad del acto impugnado y se declare la adjudicación del contrato a la recurrente por ser la mejor oferta; subsidiariamente, que se declare la nulidad de las valoraciones y puntuaciones otorgadas por el informe técnico de tal forma que se retrotraigan las actuaciones para una nueva valoración de las ofertas.



SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación de la reclamación, ya que la valoración técnica efectuada se ha realizado con estricta observancia de lo previsto en los pliegos y cumpliendo con los principios de la contratación pública. No cabe, por tanto, alegar falta de transparencia, arbitrariedad o discriminación por el mero hecho de que la oferta de la recurrente haya obtenido una menor puntuación que la de la adjudicataria.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, el recurrente pretende la anulación de la adjudicación por nulidad de las valoraciones efectuadas en el informe técnico con retroacción de las actuaciones para nueva valoración.

Los apartados de los pliegos relevantes para la resolución de la pretensión principal de la reclamación son los siguientes:

PPT

1. Objeto del contrato

El objeto del contrato lo constituye el suministro y puesta en marcha de tres decantadores centrífugos para la deshidratación del lodo digerido de la EDAR de Loiola.

Se incluirá asimismo el mantenimiento predictivo y preventivo para el correcto funcionamiento de los equipos durante 10 años, incluyendo aceites y grasas.

La instalación incluye:

- Suministro de los equipos nuevos al punto indicado por AGASA.
- Puesta en marcha, comprobando que los equipos están funcionando dentro de los parámetros y condiciones exigidas en el presente pliego técnico.
- Desmontaje, retirada y recuperación de los equipos actuales, bien por venta a terceros o por reutilización de los mismos

Carátula del PCAP

Apartado 12.2

(...)

Las propuestas técnicas deberán describir los aspectos siguientes:



- Memoria técnica donde se describan los elementos, características técnicas del equipo y la calidad y acabado de los materiales que lo componen.
- Sistema de fabricación y sistema de control: descripción de los procesos y sistemas de control interno que se ejercerán durante el proceso de fabricación del equipo.
- Descripción exhaustiva del procedimiento para el suministro, instalación y puesta en marcha de los equipos a suministrar.
- Análisis de recuperación de los equipos actuales, bien por venta a terceros o por reutilización de los equipos de forma interna, valorando de forma favorable la opción más ventajosa para AGASA.

Apartado 13.1

La propuesta técnica será valorada con un máximo de 60 puntos, que se desglosarán del siguiente modo:

- Memoria técnica: Elementos y características técnicas del equipo: hasta 25 puntos.
- Sistemas de fabricación y sistema de control: hasta 10 puntos.
- Procedimiento para el suministro, instalación y puesta en marcha de los equipos: hasta 10 puntos.
- Análisis de recuperación de los equipos actuales, bien por venta a terceros o por reutilización de los equipos de forma interna: hasta 15 puntos.

a) Sobre la aplicación de los criterios sujetos a juicio de valor

La recurrente plantea una indebida aplicación por el poder adjudicador de la potestad discrecional que le asiste en la valoración de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor.

A este respecto, debe recordarse que, como reiteradamente ha manifestado este Órgano (ver, por todas, la Resolución 024/2020) en virtud de la discrecionalidad técnica, el poder adjudicador goza de un cierto margen en la aplicación de los criterios de adjudicación de apreciación subjetiva, de manera que no es revisable por este Órgano todo lo referido a los juicios técnicos emitidos al respecto. En cambio, sí debe verificarse el respeto a los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración, que se refieren a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho. Los citados límites impiden la fiscalización del llamado "núcleo material de la decisión" (el estricto juicio o dictamen técnico), pero no el de sus "aledaños", que



comprenden, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades, como el respeto al principio de igualdad de trato y la interdicción de la arbitrariedad (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010, recurso 950/2008, ECLI:ES:TS:2010:4043 y la Resolución 209/2019 del OARC / KEAO). Sobre el contenido mínimo que debe satisfacer la motivación de la adjudicación para cumplir las funciones que la LCSP le encomienda, como posibilitar a los interesados la interposición de un recurso debidamente fundado (artículo 151.2 de la LCSP) y facilitar a este Órgano el control del ejercicio de la discrecionalidad técnica que ampara al poder adjudicador, se ha pronunciado el OARC / KEAO en reiteradas ocasiones (ver, por todas, su Resolución 209/2019). En síntesis, la motivación debe expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico, consignar los criterios de valoración que se utilizarán para emitir dicho juicio técnico y expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un licitador frente a los demás; una vez satisfechos estos requisitos, no hay obligación de que la motivación se ajuste a un esquema formal concreto.

Partiendo de esta base, que marca el alcance y los límites que el control asignado a este OARC / KEAO ha de respetar, se considera lo siguiente:

- 1) En la valoración del primer criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor Memoria técnica: Elementos y características técnicas del equipo: hasta 25 puntos, se observa que la oferta de la recurrente es objeto de reproche, en lo que a los datos para el dimensionamiento y valores garantizados se refiere, por no justificar adecuadamente los datos exigidos en el pliego, mientras que de la de la adjudicataria se indica que justifica de manera adecuada todos los consumos tanto eléctricos como de materia prima a utilizar y el porcentaje de materia de lodo deshidratado y su recuperación. Analizadas por este Órgano las ofertas, tanto de la recurrente como la de la adjudicataria y contrastándolas con el Pliego de Prescripciones Técnicas, se observa que efectivamente la oferta de la recurrente en lo relativo a la materia volátil del lodo de entrada



establece la cantidad de Aprox. 50% cuando el PPT exige que sea mayor al 50%; sin embargo, también se observa que la oferta de la adjudicataria ha omitido completamente dicho dato, al igual que la referencia a la prescripción técnica relativa al polímero floculante con una concentración entre 0,2 y 0,3%, cuando en el informe de contestación a la reclamación se indica (para aclarar el contenido de la motivación del informe técnico) que el tipo de polielectrolito recomendado (que no propuesto) por la recurrente para justificar los parámetros ofertados es distinto al exigido por el PPT. A juicio de este Órgano, la valoración efectuada por el informe técnico vulnera el principio de igualdad de trato, el cual implica que las ofertas de los licitadores se sometan a las mismas condiciones de valoración, circunstancia que no concurre en el presente caso, pues si bien los reproches efectuados a la recurrente tiene su correspondiente traslación en la puntuación obtenida en este criterio (16 puntos), la oferta de la adjudicataria, a pesar de las fallas advertidas, ha obtenido la totalidad de puntuación posible (25 puntos de 25). En este sentido, no se desprende del informe técnico ni del informe de contestación a la reclamación que dicha puntuación máxima se derive por ser comparativamente la mejor oferta (lo cual encontraría amparo en el principio de la discrecionalidad técnica), a pesar de no ser perfecta, pues en otros criterios de adjudicación (2 y 3) la oferta mejor puntuada no ha obtenido la máxima puntuación posible, pudiéndose concluir de ello que el método de valoración utilizado, que no tiene por qué figurar en el PCAP (ver, en este sentido, la Resolución 7/2019 del OARC / KEAO), no ha sido el de otorgar el máximo de puntuación a la mejor oferta. Por otro lado, debe descartarse que los datos achacados a la recurrente y no a la adjudicataria sean irrelevantes, pues de ser así no hubieran formado parte de la motivación.

- 2) En este mismo criterio de adjudicación, y en lo que a las características técnicas se refiere, el informe técnico señala que la oferta de FLOTTWEG no justifica el nivel máximo de ruido permitido y tampoco el cumplimiento del nivel de vibraciones de las máquinas. El poder adjudicador en su informe de contestación al recurso manifiesta que en la oferta de Flottweg



SE se señala que el nivel de ruido de su equipo es menor de 80 dB pero que este nivel está ligado a la velocidad máxima del equipo (según gráfico presentado en su oferta) que es de 3.600 r.p.m. En lo que respecta al nivel de vibraciones, manifiesta, igualmente, que en la oferta de Flottweg SE se indica que el nivel de vibraciones de su equipo es menor de 7,1 mm/s pero ese nivel de vibraciones está ligado a la velocidad máxima del equipo que es de 3.600 r.p.m. A juicio de este OARC / KEAO estos argumentos no pueden ser aceptados, ya que esta prescripción técnica figura expresada en el PPT como “Velocidad máxima: 3800 r.p.m.” sin que pueda entenderse de la propia literalidad de la prescripción que una velocidad de 3.650 r.p.m. suponga el incumplimiento de lo exigido, pues el término “máximo” da a entender el señalamiento de un límite que no puede superarse pero que admite valores inferiores. Consecuentemente, caben estimar los motivos impugnatorios formulados contra este criterio de adjudicación.

- 3) Respecto de la valoración del tercer criterio de adjudicación procedimiento para el suministro, instalación y puesta en marcha de los equipos: hasta 10 puntos, este Órgano considera que se ajusta a los límites de la discrecionalidad técnica, pues el informe cumple sustancialmente con los requisitos exigibles citados anteriormente y, en especial, contiene una motivación suficiente que ha permitido formalizar una reclamación fundada, ya que se han expresado los elementos determinantes de las puntuaciones otorgadas y la opinión que merecen al poder adjudicador. Así, considera que la descripción de la adjudicataria es más exhaustiva que la de la recurrente (tal y como lo pide el apartado 12. 2 de la carátula), además de que se indican de mejor manera los medios humanos y materiales, así como la adaptación de los equipos ofertados a la instalación existente. Dichos argumentos, totalmente ajustados al fondo parcialmente reglado del criterio, son los suficientemente sólidos como para justificar la diferencia de puntuación otorgada a ambos licitadores, por lo que debe desestimarse la alegación.



4) Finalmente, y en lo que al cuarto criterio de adjudicación Análisis de recuperación de los equipos actuales, bien por venta a terceros o por reutilización de los equipos de forma interna: hasta 15 puntos, cuya errónea aplicación se impugna, este Órgano considera lo siguiente:

- a) En primer lugar, se observa que nos hallamos ante un criterio de adjudicación cualitativo (definido de esta forma en el informe justificativo de la contratación) cuyo objeto de valoración es el “Análisis de recuperación de los equipos actuales” por lo que a juicio de este OARC / KEAO se trata de un criterio que pretende favorecer una economía circular donde los bienes a sustituir, a ser posible, se reutilicen o se reiclen, de ahí que lo valorable sea el análisis aportado por la licitadora a estos efectos. Respecto de la posibilidad de que el licitador pueda recomprar los equipos posibilidad que la recurrente niega, debe indicarse que la adquisición de dichos equipos por compra de un licitador no contraviene el significado que debe atribuirse a la palabra “terceros” que aparecen en el texto del criterio. En este sentido, debe señalarse que en el contrato privado de compraventa que debe realizarse para la transmisión de la titularidad de los equipos reemplazados es igual de tercero respecto de la entidad vendedora un licitador que cualquier otra empresa que no haya participado en la licitación.
- b) No obstante, el informe técnico nada señala respecto del análisis de recuperación efectuado por la adjudicataria y únicamente ha valorado, con el máximo de la puntuación, la valoración económica de la oferta de recompra efectuada.
- c) Por otra parte, en lo que respecta a la valoración de la oferta de FLOTTWEG en este concreto apartado, se ha sobrepasado el límite de la discrecionalidad técnica, pues se asienta sobre una base fáctica errónea que consiste en interpretar que el análisis de recuperación efectuado por la recurrente tiene como única finalidad el que los



equipos a sustituir se incorporen a un proyecto de un tercero (que se adjunta a modo ejemplificativo de posible uso para equipos como los que van a ser retirados), cuando de la oferta de FLOTTWEG no se desprende lo anterior. Analizada la oferta de la recurrente, este Órgano entiende que (i) la oferta de la recurrente realiza el análisis de recuperación de los equipos que le exige el criterio de adjudicación al señalar que pondrá los mismos en manos de la mercantil Ecomat, S.L. para su revisión detallada y evaluar la viabilidad de implementarlos en instalaciones móviles, utilizarlos como equipos de segunda mano o, en su caso, su derivación a un gestor autorizado de residuos para su desguace; (ii) la oferta de la recurrente no dice en ningún apartado que los equipos retirados vayan a ser destinados al concreto proyecto aportado como ejemplo, sino que en dicho ámbito de actividad (refinerías) este tipo de equipos de centrifugación son especialmente necesarios y podría ser una salida para la recuperación de los equipos que es lo que exige el criterio de adjudicación; y (iii) no es razonable entender que los equipos a retirar vayan a ser los que se destinen al proyecto relativo a la refinería, porque, por un lado, se desconoce completamente el estado en el que se encuentran (cuentan con más de 15 años de uso continuado) y por ello la recurrente indica, en su análisis, que no puede descartarse que puedan acabar en el desguace mediante un gestor autorizado de residuos y, por otro, porque la oferta que presenta el tercero (no el licitador) para el proyecto en la refinería no puede estar subordinado a unos equipos cuyo estado se desconoce y han quedado obsoletos, según el propio pliego (página 22 del expediente). Por todo ello, se considera que la valoración de la oferta efectuada por el informe técnico se basa en una interpretación errónea de la misma, por lo que debe estimarse el motivo impugnatorio y anularse el acto impugnado.



b) Conclusión

Por lo que se refiere a la consecuencia de la anulación, este OARC / KEAO se encuentra con que, por un lado, se desconoce cuales hubieran sido los pesos relativos máximos de las características erróneamente apreciadas en el conjunto de la valoración, de tal forma que no puede proceder a su ponderación en el sentido de disminuir la puntuación de la oferta de la adjudicataria por esos concretos aspectos o aumentar la de la recurrente; por otro, aunque en un principio dicha anulación conllevaría a una retroacción de las actuaciones para una nueva valoración de los criterios debatidos, ya se ha efectuado la ponderación de los criterios de adjudicación valorables mediante la aplicación de fórmulas, de forma que ya no podría realizarse la valoración separada establecido en la cláusula 16 del PCAP Apertura de Propositiones, por lo que debe cancelarse la licitación.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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, la 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 la reclamación en materia de contratación interpuesto por la empresa FLOTTWEG, S.E. contra la adjudicación del contrato de “Suministro, instalación y mantenimiento de los decantadores centrífugos de la EDAR de Loiola”, tramitado por Aguas del Añarbe-Añarbeko Urak, S. A, acordando la anulación de la adjudicación con los efectos establecidos en el apartado b) del Fundamento Jurídico Octavo de esta Resolución.



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

TERCERO: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al órgano de contratación para que dé conocimiento al OARC / KEAO de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2020ko azaroaren 19a

Vitoria-Gasteiz, 19 de noviembre de 2020