



EB 2018/001

Resolución 027/2018, de 22 de febrero de 2018, 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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PÚBLICOS AUXILIARES, S.A. contra la adjudicación del contrato “Recogida de residuos, limpieza viaria y desratización, desinfectación y desinsectación del municipio”, tramitado por el Ayuntamiento de Sestao.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 2 de enero de 2018, la empresa COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PÚBLICOS AUXILIARES, S.A. (en adelante, CESPA) interpuso un recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato “Recogida de residuos, limpieza viaria y desratización, desinfectación y desinsectación del municipio”, tramitado por el Ayuntamiento de Sestao.

SEGUNDO: Con fecha 2 de enero se solicitaron al poder adjudicador el expediente y el informe al que se refiere el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del sector Público (en adelante, TRLCSP), documentación que se recibió en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC / KEAO) entre los días 4 y 15 de enero.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 9 de enero, se han recibido las alegaciones de UTE RSU SESTAO (FCC – GSM), en adelante UTE RSU, el día 16 de enero y las de VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A. (en adelante, VALORIZA) el día 17 de enero.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la representación de D. M.J.C.G., que actúa en nombre de la empresa recurrente. Por lo que se refiere a la legitimación, la empresa UTE RSU, adjudicataria impugnada, estima que CESPA carece de ella por haber quedado clasificada en quinto lugar en el listado al que se refiere el artículo 151.1 TRLCSP y no derivarse ningún interés tangible de la hipotética estimación de su pretensión. Sin embargo, a juicio de este OARC / KEAO, no puede negarse la legitimación del recurrente. Téngase en cuenta que, aunque es cierto que su oferta tiene por delante cuatro proposiciones mejor valoradas, la pretensión incluye la nulidad de toda la licitación o la exclusión de todos los licitadores (incluida la propia CESPA), lo que implicaría la declaración de desierta de la licitación. En ambos casos, se abriría la opción de que el recurrente pudiera presentar una nueva oferta en un más que probable nuevo procedimiento, ya que el objeto del contrato es la prestación de un servicio continuado imprescindible y habitualmente externalizado. Indudablemente, ello mejoraría claramente su actual situación de licitador no adjudicatario, lo que constituye un interés tangible suficiente para basar su legitimación activa (ver, por ejemplo, la Resolución 137/2017 del OARC / KEAO y la sentencia del TJUE de 4 de junio de 2013, asunto C-100/12, Fastweb, ECLI:EU:C:2013:448, en ella citada).

SEGUNDO: El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada.

TERCERO: El artículo 40.2 c) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

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 lo dispuesto en el artículo 3 del TRLCSP.



SEXTO: El recurso se basa en los argumentos que a continuación se resumen:

a) El acto impugnado está indebidamente motivado porque el informe técnico que sustenta la evaluación de los criterios sujetos a juicio de valor introduce una ponderación que no figura ni en los pliegos ni en el propio informe, y alega que solo cabía una ponderación igual de todos los subcriterios; afirma que, de haberse conocido la ponderación de cada criterio, el contenido de las ofertas podría haber sido diferente. El recurso considera que esta infracción vicia de nulidad el procedimiento.

b) El informe detecta incumplimientos (“desviaciones”) de los pliegos de la licitación en las ofertas de todos los licitadores, incluida la de CESP, lo que debió suponer la exclusión de todas ellas y la declaración de desierto del procedimiento.

c) Finalmente, solicita, la anulación de la adjudicación y que se acuerde, bien la nulidad de la licitación, bien la exclusión de todos los licitadores y la declaración de desierto de la licitación.

SÉPTIMO: Las alegaciones de UTE RSU (adjudicataria impugnada) son las siguientes:

a) El informe técnico de valoración , en contra de lo que señala el recurso, no altera los criterios de adjudicación descritos en los pliegos y se mueve dentro de los límites de la discrecionalidad técnica; en particular, no cabe exigir que dentro de los subcriterios previstos en los pliegos se tomarían siempre idénticos cuatro factores y que debería haberse asignado una puntuación a los mismos.

b) Las “desviaciones” detectadas en el informe de valoración y citadas en el recurso no tienen entidad suficiente como para aparejar la exclusión de las ofertas; en cualquier caso, la proposición de la UTE RSU cumple totalmente con los requisitos exigidos.



OCTAVO: Por su parte, VALORIZA alega que está de acuerdo en que las ofertas de los competidores del recurrente, excepto la suya, debieron ser excluidas.

NOVENO: El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso por las siguientes razones:

a) El informe técnico que sustenta la aplicación de los criterios de adjudicación se sujeta a los límites del correcto ejercicio de la discrecionalidad técnica; en particular, no se acredita por el recurrente que se hayan modificado los criterios de adjudicación, ni que se hayan introducido en la valoración nuevos elementos no contenidos en los pliegos, ni que se haya actuado en perjuicio de CESP. La impugnación tampoco concreta por qué considera desacertados los juicios técnicos que avalan la evaluación de los criterios de adjudicación.

b) Por lo que se refiere a la afirmación de que todas las ofertas presentadas deben ser excluidas por incumplir los pliegos de la licitación, se recuerda que la presentación de las proposiciones presume la aceptación incondicionada de los pliegos. Además, el propio informe técnico señala una aclaración sobre el alcance del término “desviación”, indicando que no quiere decir que el licitador vaya a dejar de satisfacer requisitos mínimos exigidos por los pliegos, sin perjuicio de la correspondiente penalización en la baremación técnicas; en caso de ser adjudicatario, ningún licitador podría dejar de prestar el servicio en la forma estipulada en el PPT aprobado y cuya voluntad de cumplir ha manifestado al presentar su oferta. La UTE RSU señala como ejemplo que el recurso pretende la exclusión por algunos aspectos técnicos que el propio informe no considera prescripciones obligatorias.

DÉCIMO: El recurrente formula dos consecuencias alternativas para su pretensión, que es la anulación de la adjudicación: por un lado la nulidad de la licitación (aparejada a la consideración de que los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor han sido incorrectamente aplicados), y por otro, la de declarar desierto el procedimiento (en razón de la exclusión de todas las



ofertas por infringir los pliegos). A continuación se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre la citada pretensión y sus consecuencias.

Por lo que se refiere a la alegación de que el informe técnico que sustenta la motivación aplica indebidamente los criterios de adjudicación discrecionales, debe partirse de la doctrina de este Órgano sobre los llamados subcriterios, que son cada uno de los criterios de adjudicación secundarios en los que se divide un criterio de adjudicación conceptualmente más amplio. De dicha doctrina (ver, por ejemplo, la Resolución 18/2015 del OARC / KEAO) se deduce que, cuando el poder adjudicador ha decidido insertar en los pliegos un criterio de adjudicación dividido en varios subcriterios sin repartir entre ellos la puntuación global atribuida a dicho criterio, es posible que sea el órgano que valore las ofertas quien efectúe dicho reparto, siempre y cuando no se modifiquen los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego, no se introduzcan elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación y siempre que no se adopte la decisión teniendo en cuenta factores que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de noviembre de 2005, asunto C-331/04, ECLI:EU:C:2005:718).

En el caso analizado, se observa que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) contiene en su apartado 14 (página 26) una descripción del sistema de valoración de las ofertas, explicando de modo abstracto o genérico qué debe contener cada una de ellas para alcanzar las calificaciones preestablecidas (cuatro calificaciones, desde “Insuficiente” hasta “Muy bueno – excelente”) y los intervalos de puntuación que pueden obtenerse en cada una de ellas. Además, cada criterio de adjudicación se divide en varios subcriterios, a los cuales se les atribuye también una parte de la puntuación global; los citados subcriterios se dividen, a su vez, en “factores a tomar en consideración”, que están descritos con cierto detalle y que no tienen una atribución de puntuación.



El informe de valoración pormenoriza la tabla de baremación (por ejemplo, distinguiendo entre “Muy bueno” y “Excelente”) y los intervalos de puntuación correspondientes (dividiendo los tramos del pliego). En ambos casos, se respeta lo establecido en el PCAP, si bien descendiendo a un nivel de detalle más preciso. Además, se observa que, para la aplicación de los criterios de adjudicación, el citado informe hace referencia a aspectos concretos de las ofertas, emite juicios de valor relacionados con dichos criterios y atribuye en consecuencia la puntuación correspondiente, siendo todo ello sustancialmente coherente (ver, por ejemplo, la Resolución 139/2017 del OARC / KEAO). Consecuentemente, este órgano entiende que la evaluación es correcta y que no se ha abusado de la discrecionalidad técnica, ya muy delimitada por el fondo parcialmente reglado que suponen unos pliegos muy minuciosos. Frente a esta actuación del poder adjudicador, el recurrente no acredita que éste haya querido discriminarle ni que se hayan desvirtuado los pliegos. Más allá de una declaración formal, tampoco prueba el recurso que la valoración haya transcurrido por una vía que, de haberse conocido por los licitadores, hubiera podido suponer que las proposiciones tuvieran otro contenido. La alegación de que, a falta de asignación en los pliegos de una puntuación concreta para cada subcriterio solo cabe entender que la puntuación global del criterio se reparte igualitariamente entre todos ellos no tiene ninguna base legal, pues significa condicionar la aplicación de un criterio sujeto a juicio de valor, en el que el órgano de contratación cuenta con un margen de discrecionalidad, con una regla que los pliegos, muy detallados, no han querido fijar; cuestión distinta sería si el reparto elegido en el informe técnico fuera cabalmente sorprendente para las empresas pero, como ya se ha dicho, tal cosa ni consta ni se ha probado. Por todo ello, el motivo de impugnación debe desestimarse.

UNDÉCIMO: El otro motivo de impugnación se refiere a la exclusión de todas las ofertas participantes en el procedimiento (incluida la del recurrente) por incumplir alguna de las siguientes prescripciones del PPT: (i) la no inclusión de la limpieza de determinados viales o zonas, (ii) destinar a la prestación del servicio un número de operarios inferior al mínimo establecido en el PPT, (iii) planificar servicios de limpieza en domingo y festivos.



Comenzaremos por el análisis de la última de las infracciones achacadas a las diversas ofertas contractuales, la de la exclusión de la oferta por planificar servicios de limpieza los domingos y festivos pues, a diferencia de las otras dos, que exigen un contraste de las ofertas con el PPT, ésta requiere primeramente del examen de la cláusula 10.1.7 del PPT para concluir si nos hallamos ante una prescripción que prohíbe realizar servicios de limpieza los referidos días.

La cláusula 10.1.7. bajo el epígrafe de “Zonificación, frecuencia, turnos y horarios del servicio de limpieza ordinaria”, dice así:

(...)

En aplicación de la Ordenanza de Medio Ambiente de Sestao para la regulación de la Emisión de Ruidos y Vibraciones, aprobada por el Ayuntamiento Pleno, en sesión celebrada el 25 de noviembre de 2003, y en base a su artículo 13.- Trabajos en la vía pública y edificación, los horarios de prestación del servicio quedan restringidos al siguiente horario máximo, que se deberá estar identificado en el correspondiente “Plan de Limpieza, ordinaria, especial y excepcional, de la vialidad y de otros espacios libres de edificación”:

- Turno de noche: Como norma general, está prohibido, salvo casos excepcionales, de emergencias o determinadas fechas de festejos o eventos, y siempre previa autorización del Ayuntamiento. Está estipulado desde las 22:00 horas hasta las 8:00 horas, en días laborables y desde las 23:00 horas hasta las 9:00 horas los días vísperas de festivos y festivos.
- Turno de mañana: Desde las 8:00 horas hasta las 15:00 horas en días laborables, y desde las 9:00 horas hasta las 16:00 horas los días víspera de festivos. En días festivos no está autorizado, salvo circunstancias excepcionales.
- Turno de tarde: Desde las 15:00 horas hasta las 22:00 horas en días laborables y desde las 16:00 horas hasta las 23:00 horas en días víspera de festivos. En días festivos no está autorizado, salvo circunstancias excepcionales.

Esta cláusula es clara en el sentido de establecer que la prohibición es, tanto en el turno de mañana como en el de tarde (...) Salvo circunstancias excepcionales; además, cuando se menciona la prohibición de los servicios en turno de noche, también se exceptúan (...) determinadas fechas de festejos o eventos, y siempre previa



autorización del Ayuntamiento. Por ello, no se trata de una exclusión absoluta y no es tan taxativa como para justificar una consecuencia tan grave como la exclusión, sin perjuicio de que pueda fundamentar una minoración de la calificación de la oferta o la consideración de que no es una aportación puntuable.

A la oferta de la empresa ASASER en el recurso únicamente se le achaca este incumplimiento que este OARC/KEAO considera que no lo es. Dado que hay, al menos, una oferta calificada como más ventajosa que la del recurrente que no puede ser excluida y que, por consiguiente, la recurrente en ningún caso podría ser la adjudicataria del contrato, el motivo de recurso debe desestimarse, sin que sea necesario analizar los posibles motivos de exclusión que afectan a los demás licitadores, sobre todo teniendo en cuenta que la propia CESPRA reconoce que su oferta sí debió ser excluida.

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, 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: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PÚBLICOS AUXILIARES, S.A. contra la adjudicación del contrato “Recogida de residuos, limpieza viaria y desratización, desinfectación y desinsectación del municipio”, tramitado por el Ayuntamiento de Sestao.

SEGUNDO: La suspensión automática del procedimiento debe continuar habida cuenta de que está pendiente de resolución el recurso EB 2018/08, dirigido también contra la adjudicación del contrato.



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, 2018ko otsailaren 22a

Vitoria-Gasteiz, 22 de febrero de 2018