



EB 2016/100

Resolución 103/2016, de 27 de septiembre de 2016, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskara Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial interpuesto por RAFRINOR, S.L., frente al acuerdo de adjudicación del contrato de “Servicio de recogida de aceite vegetal doméstico en los municipios de Arakaldo, Arrankudiaga-Zollo, Arrigorriaga, Etxebarri, Galdakao, Orduña, Orozko, Ugao-Miravalles, Zaratamo y Zeberio”, promovido por UDALTADE 21 NERBIOI-IBAIZABAL.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 27 de julio de 2016 RAFRINOR, S.L. interpuso 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) un recurso especial frente a la Resolución de 30 de junio de 2016 de adjudicación del contrato de “Servicio de recogida de aceite vegetal doméstico usado en los municipios de Arakaldo, Arrankudiaga-Zollo, Arrigorriaga, Etxebarri, Galdakao, Orduña, Orozko, Ugao-Miraballes, Zaratamo y Zeberio”, tramitado por la Sociedad Pública UDALTADE 21 NERBIOI-IBAIZABAL (en adelante, UDALTALDE).

SEGUNDO: Al día siguiente de su interposición se trasladó el recurso al poder adjudicador, que ha remitido a este OARC / KEAO el expediente del contrato recurrido y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) el día 29 de julio de 2016.



TERCERO: Mediante Resolución ES 05/2016, de 2 de agosto de 2016 este OARC/KEAO acordó conceder a RAFRINOR, S.L. el acceso al documento de justificación de viabilidad de la oferta de EKO GASTEIZ, S.L. y a la Memoria Técnica, a excepción de aquellos que contengan datos de carácter personal protegidos por la Ley Orgánica 15/1999.

CUARTO: El 3 de agosto de 2016 se verificó el acceso a dicha documentación y con fecha 9 de agosto de 2016 se presentó en el registro del OARC / KEAO el recurso complementario al que se refiere el art. 29.4 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

QUINTO: Con fecha 11 de agosto de 2016 se dio traslado del recurso complementario al Órgano de contratación a fin de que remitiera el informe al que se refiere el art. 42.6 TRLCSP, al igual que a los interesados en el procedimiento al efecto de que realizaran las alegaciones que consideraran oportunas, recibándose las de EKO GASTEIZ el 10 de agosto y el 23 de agosto de 2016 las referidas al recurso complementario.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación de la recurrente RAFRINOR, por haber participado en el procedimiento de adjudicación, y la representación de don M.A.G.O., 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 de la categoría 16 del Anexo II del TRLCSP cuyo valor estimado es superior a los 207.000 euros, siendo el del contrato que nos ocupa de 286.079,52 €.



TERCERO: Se impugna el acuerdo de adjudicación, que según el artículo 40.2 c) del TRLCSP es susceptible de recurso especial en materia de contratación.

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo fijado por el artículo 44.2 del TRLCSP.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, UDALTALDE tiene la condición de poder adjudicador, aunque no de Administración Pública (artículo 3 del TRLCSP).

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

a) Falta de motivación de la admisión de la justificación de la baja anormal presentada por EKO GASTEIZ, que genera indefensión a la recurrente.

b) Incongruencias de EKO GASTEIZ en la justificación de la baja debido al enorme porcentaje de baja y las grandes diferencias que se derivan de la comparativa con otros precios de la misma empresa para el mismo servicio así como deficiencias en las explicaciones del estudio económico pues, (i) en lo referente a la mano de obra, no se indica el convenio que ha tomado de referencia, ni los datos de salario, seguridad social y horas anuales ni se justifica por qué se imputa una jornada laboral por ruta ni se prevé el coste de mano de obra del tratamiento del residuo ni el de la comercialización del aceite después del tratamiento, (ii) en lo concerniente al kilometraje, el coeficiente del coste global por kilómetro aportado corresponde a un turismo, no a un vehículo como el ofertado por la adjudicataria y, además, no se incluyen los gastos de peaje por uso de autopista, (iii) en lo concerniente al concepto de reparaciones y mantenimiento de contenedores, no tiene en cuenta que éstos se encuentran en la calle y, por lo tanto, pueden ser objeto de accidentes, actos de violencia callejera, etc. (iv) en lo concerniente a los gastos generales, no quedan claros de donde salen los datos que aporta tanto la adjudicataria como el redactor del



informe y no se recogen los costes de gestión de residuos, ni los costes de dirección, soporte administrativo, amortización de los medios materiales existentes etc., (v) en el concepto de “varios” no se aportan facturas que justifiquen dicha cantidad, (vi) en el concepto de gastos generales es difícil creer que ante una previsión de incremento de las ventas el incremento de los costes estructurales se cuantifique en un 2 por ciento, (vii) la previsión de amortización de los contenedores en 10 años es desproporcionada y poco prudente, (viii) no justifica el valor real de los gastos financieros (viii) en el concepto de “publicidad” omite el gasto de distribución de los impresos, (ix) no se hace referencia al coste del funcionamiento del departamento de control de calidad, (x) el beneficio industrial se vería absorbido por los costes no contemplados (xi) los ingresos derivados de la venta de aceite recogido se basan en cálculos incorrectos pues no ha tenido en cuenta el 20 % de merma de los kilogramos a recoger.

c) La valoración de las ofertas a la luz de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor se ha producido una vez conocidas las propuestas económicas de las licitadoras.

SÉPTIMO: El poder adjudicador se opone al recurso con los siguientes argumentos:

a) El órgano de contratación ha seguido el procedimiento previsto en el art. 152 del TRLCSP. Con la información aportada por la adjudicataria, declarar como oferta anormal o desproporcionada hubiera sido incurrir en arbitrariedad.

b) La recurrente no asistió al acto de apertura del sobre “C”, y si lo hizo la otra licitadora. A ambas se les comunicó la valoración técnica. A la recurrente por teléfono. El informe lleva fecha posterior porque todo el procedimiento quedó paralizado hasta la decisión por sospecha de baja temeraria. La valoración de la oferta técnica en ese tiempo no se modificó. De hecho, la recurrente saca 15 puntos de ventaja a la otra licitadora.



OCTAVO: EKO GASTEIZ, adjudicatario impugnado, realiza las siguientes alegaciones:

a) En el año 2014 EKO GASTEIZ desistió de la adjudicación, a instancias de UDALTALDE, porque había irregularidades en el procedimiento.

b) El informe del Economista-Auditor-Censor de Cuentas, ratifica los datos de la oferta.

c) En cuanto a los hechos relevantes a tener en cuenta, (i) en la documentación justificativa aportada se especifica el convenio colectivo de los trabajadores, (ii) en lo referente al kilometraje, el coste es en realidad inferior al señalado en la documentación justificativa y no se incluyen peajes porque las rutas se realizan por carretera, (iii) la cantidad destinada al mantenimiento de los contenedores se debe a la robustez de los mismos y a que son nuevos, (iv) en la partida de “gastos generales” están incluidos los costes que no se han pormenorizado en otros apartados, (v) los contenedores ofertados por EKO GASTEIZ son más resistentes que los de la recurrente por lo que su amortización en 10 años, empleando un criterio fiscal, corresponde con la vida útil de la inversión pues su adquisición es una inversión no un gasto mientras que su instalación y retirada es un gasto, (vi) el gasto financiero se obtiene del interés aplicado al préstamo concedido para la inversión, (vii) la distribución de la publicidad está incluida en gastos generales, (viii) los gastos de control de calidad son estructurales y están incluidos en gastos generales, (ix) la valoración de los ingresos por aceite recogido se ajusta a los pliegos.

d) Por lo que respecta a las sucesivas bajadas en el contrato y su comparación con otras licitaciones, señala que la recogida y recuperación de aceite usado es una actividad relativamente nueva y, en la medida en que se van sucediendo las licitaciones, la competencia hace que los precios cada vez se vayan ajustando más. En este contrato, debido a que se repetía la licitación, ha



habido que apurar al máximo los costes, pero de ninguna manera incurriendo en pérdidas.

NOVENO: Para la resolución de los motivos que fundamentan la pretensión principal del recurso, consistente en declarar la disconformidad a derecho del acuerdo de adjudicación y la exclusión de la oferta de EKO GASTEIZ por incurrir su oferta en una baja anormal o desproporcionada, se debe partir de tres circunstancias: la primera, que la cláusula 16.1 del PCAP no establece un parámetro o un método de cálculo para apreciar si hay ofertas que incluyen valores que pueden ser declarados anormales o desproporcionados, pues señala como tal «Cuando el estudio económico financiero que justifique el precio ofertado no acredite con datos veraces la viabilidad de dicho precio de acuerdo a los gastos que suponen los servicios propuestos», la segunda, que se ha seguido el procedimiento contradictorio previsto en el art. 152 del TRLCSP para comprobar la viabilidad de la oferta y la tercera circunstancia, que no nos hallamos ante un contrato de servicios típico en el que el contratista no asume riesgo alguno por ser la prestación abonada en su totalidad por el poder adjudicador, sino ante un contrato en el que adjudicatario puede asumir un determinado riesgo siquiera parcialmente pues, conforme a la cláusula 4 del Pliego de condiciones técnicas (en adelante, PCT) «La totalidad del aceite doméstico usado depositado en los contenedores pasará a ser propiedad de la adjudicataria a partir de la recogida. (...)».

Analizado desde este prisma el procedimiento y entrando a examinar el primero de los motivos de impugnación, este OARC / KEAO debe desestimar la denuncia de falta de motivación de la adjudicación del contrato pues el recurrente, si bien en el seno del procedimiento de recurso especial, ha tenido acceso a las justificaciones presentadas por el adjudicatario respecto de la petición de aclaración de su oferta, lo cual le ha permitido completar y fundar convenientemente su recurso y, aunque escuetas, las razones de la admisión de dicha oferta (que no se encuentran incongruencias relevantes en la información y documentación aportada) figuran en el expediente. Precisamente, su recurso va dirigido a mostrar las incongruencias de los datos



aportados por la adjudicataria en su oferta y en la documentación justificativa de la misma.

A juicio de este OARC/KEAO la finalidad de la cláusula 16.1 del PCAP obedece a la de detectar ofertas con valores anormales o desproporcionados con el fin de habilitar el procedimiento para comprobar su viabilidad, por lo que el poder adjudicador únicamente estaría habilitado para excluir dicha oferta si existen fundadas razones de que no puede ser cumplida.

Considera el recurrente que se observan incongruencias y deficiencias en la justificación aportada por el adjudicatario impugnado y, con la finalidad de demostrarlo, contrasta la información facilitada por el adjudicatario impugnado con su propio análisis de costes, llegando a la conclusión de que se derivarían unas pérdidas anuales de, como mínimo, 7.955,80 € anuales. No obstante, a juicio de este OARC/KEAO los gastos en los que incurriría la adjudicataria en la ejecución del contrato se hallan convenientemente justificados y soportados en la documentación aportada, entre los que figura un informe de un profesional cualificado. A ello, se ha de sumar que, en el contrato que nos ocupa, la mejor o peor ventura del negocio no depende únicamente del ahorro en los costes en que se incurre para la prestación del servicio, sino de la capacidad de poder generar mayores ingresos a través de la comercialización del aceite vegetal doméstico pudiendo realizar la adjudicataria, a tal efecto, las acciones precisas para incrementar el número de kilogramos de aceite vegetal doméstico a recoger.

En el recurso analizado se efectúa un análisis interesado del desglose de los costes de la proposición que es convenientemente rebatido por la adjudicataria impugnada, en cuanto que, o bien las justificaciones obran en el expediente (convenio colectivo a aplicar a los trabajadores), o se trata de gastos en los que no incurre la empresa (gastos de peaje), son gastos incluidos en el concepto de “gastos generales”, como los de control de calidad o distribución de publicidad o existen diferentes criterios para la valoración de los costes (amortización de los contenedores, cálculo del kilometraje).



En suma, el adjudicatario impugnado ha dado razones suficientes de que la oferta se puede ejecutar en los términos en los que ha sido efectuada. No se debe olvidar que la exclusión de la oferta económicamente más ventajosa se debe basar en el convencimiento del órgano de contratación de que no es posible la ejecución del contrato en los términos en los que se ha efectuado, habiéndose pronunciado en este sentido este OARC/KEAO en la Resolución 97/2014 en la que se dice que «(...) hay que recordar que la finalidad última del procedimiento de apreciación de anormalidad o desproporción de una oferta es verificar si una oferta cuyo contenido es excepcionalmente ventajoso debe ser excluida por considerarse de imposible ejecución –el artículo 152.4 TRLCSP dice que “la oferta no puede ser cumplida”–. Esta imposibilidad de la ejecución no puede deducirse, sin más análisis, del desglose de los costes de la proposición o del valor del margen de beneficio.»

Lo anteriormente indicado no se ve refutado por la circunstancia de que el adjudicatario esté ejecutando servicios similares por precios superiores ni por la circunstancia de que el precio ofertado a una licitación anterior del mismo contrato fuera superior.

DÉCIMO: El recurrente denuncia que no se ha realizado la evaluación separada de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor respecto al resto de criterios. Con arreglo al artículo 190.1 del TRLCSP la adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada de los poderes adjudicadores que no son administración pública se regirá por lo establecido en el capítulo anterior, que es el que regula la «Adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas» (artículos 138 a 188 del TRLCSP), con las adaptaciones que se contemplan en sus apartados a) y b), que no son relevantes en lo que a este motivo de impugnación se refieren. Luego resulta aplicable el artículo 150.2 del TRLCSP, el cual dispone que:

«La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmula se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de



ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán de presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada.»

El PCAP que rige el procedimiento de adjudicación en su cláusula 21 diseña un procedimiento con una evaluación separada de los diversos criterios de adjudicación y expresamente prevé un acto público de la mesa de contratación de apertura del sobre “C”, que contiene la “proposición económica y criterios de valoración automática”, en el que se dará a conocer la valoración asignada a los criterios dependientes de un juicio de valor en cada oferta. No obstante, de la documentación que obra en el expediente remitido a este OARC/KEAO no se guarda constancia de esta circunstancia, pues en el acta de la sesión de la mesa de contratación celebrada con fecha 27 de octubre de 2015, con asistencia del Delegado del Órgano de contratación, una técnica y un coordinador de UDALTALDE, con el objeto de realizar la apertura pública de las proposiciones presentadas por los licitadores dentro del sobre “C”, únicamente consta el importe de las ofertas económicas de las dos empresas licitadoras. Por su parte, el informe en el que figura el análisis de las propuestas técnicas, suscrito por el mismo coordinador y misma técnica que forman parte de la mesa de contratación, es de fecha 18 de mayo de 2016. Es decir, no existe en el expediente constancia documental de que la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor se efectuara con anterioridad a la apertura del sobre que contiene la documentación a valorar conforme a los criterios de valoración automática ni se ha aportado prueba de ello junto con el informe de oposición al recurso. En este sentido, no se puede admitir la alegación del poder adjudicador de que el adjudicatario impugnado estuvo presente en la sesión de la Mesa de contratación de fecha 27 de octubre de 2015, pues ni el acta que deja constancia de lo acaecido en dicha sesión ni ningún otro documento dejan constancia de ello; como tampoco puede prosperar la afirmación de que el informe que analizaba las ofertas técnicas se hallaba redactado si bien no firmado con anterioridad a la apertura del sobre “C” pues lo relevante es la fecha de suscripción del documento, momento en el cual se asume el contenido del informe que hasta dicho momento puede ser



modificado o alterado, no sólo en lo referente a la puntuación sino en lo concerniente a su motivación. El argumento de que los firmantes estaban esperando al resultado del procedimiento contradictorio derivado de la apreciación de valores desproporcionados en la oferta económicamente más ventajosa tampoco puede prosperar, pues el PCAP diseña un procedimiento preciso, y al que el poder adjudicador se debe ceñir, que se inicia una vez valorados todos los criterios y, en el contrato que nos ocupa, las primeras aclaraciones fueron efectuadas el 11 de noviembre de 2015, según consta en un acta levantada por la mesa de contratación a tal efecto. Por último, la alegación de que la recurrente obtiene 15 puntos más que la adjudicataria en los criterios sujetos a juicio de valor en nada prueba que se efectuó una valoración separada.

El propio PCAP, en su cláusula 21.5, párrafo último, establece que «De todo lo actuado se dejará constancia en el expediente, en las correspondientes actas que necesariamente deberán extenderse.» y de la documentación obrante en el expediente y, en concreto, de las diversas actas de la Mesa de contratación, no existe constancia de que se efectuara esta valoración.

UNDÉCIMO: Cabe analizar las consecuencias derivadas de la falta de constancia de la evaluación separada de los criterios de adjudicación en el expediente remitido.

En relación con el art. 62.1.e) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) la jurisprudencia viene afirmando que para apreciar la nulidad por la omisión del procedimiento legalmente establecido han de concurrir los requisitos de que dicha infracción sea clara, manifiesta y ostensible, lo que supone que dentro del supuesto legal de nulidad se comprenden los casos de ausencia total del trámite o seguirse un procedimiento distinto (STS 3ª 15-3-2005 (RJ 2005,4918)).



Asimismo, la Comisión Jurídica Asesora del País Vasco en su Dictamen 86/2010 (párrafo 36) señala que la concurrencia de dicho vicio de nulidad requiere bien un acto cuyo dictado se ha producido con total desconocimiento del procedimiento previsto, bien una omisión o irregularidad grave que recaiga sobre alguno o algunos de los trámites esenciales en el procedimiento aplicable.

En este sentido, este órgano resolutorio considera que se ha vulnerado uno de los trámites esenciales del procedimiento de adjudicación del contrato, precisamente aquél que garantiza el principio de igualdad de los licitadores pues la infracción ha podido producir el efecto de que, durante el desarrollo del procedimiento de adjudicación, la entidad contratante actuara de modo arbitrario o diera un trato desigual a las ofertas y sólo la declaración de nulidad y la retroacción de actuaciones pueden garantizar que dicho procedimiento, y por lo tanto la selección de la oferta más ventajosa, se ajusten a los principios generales de la contratación pública (artículo 1 TRLCSP).

La tutela o fiscalización del proceso de adjudicación, por vía del recurso especial, hace que el no respetar el orden de evaluación de las ofertas con las cautelas debidas para impedir que sea seleccionada la oferta económicamente más ventajosa deba considerarse como un trámite esencial determinante de la nulidad del procedimiento, debido a la función decisiva o determinante que esta regla tiene en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos.

En la Resolución 100/2014 de este Órgano Resolutorio se examinaba la infracción de un trámite esencial del procedimiento y sus consecuencias, que pueden perfectamente aplicarse a la infracción que se produce por el desvelo del secreto de las ofertas. Así, en la citada Resolución se propugnaba que «La sanción legal de la omisión objeto de análisis es la nulidad de pleno derecho del acto impugnado por haberse obviado un trámite esencial del procedimiento administrativo – artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común en relación con el artículo 32 a) del TRLCSP–, establecido para garantizar de la mejor forma la imparcialidad de la



valoración y, en suma, la igualdad de trato entre los licitadores y la no discriminación de ninguno de ellos (artículo 1 TRLCSP). La citada nulidad conlleva la de todo el procedimiento de adjudicación, puesto que la mera retroacción de actuaciones no asegura la objetividad de la valoración, habida cuenta de que ya es imposible respetar el secreto de las ofertas hasta la apertura sucesiva de la documentación de los criterios discrecionales y matemáticos, como pide el artículo 150.2 TRLCSP.»

DUODÉCIMO: Este OARC /KEAO considera que no procede acordar práctica de prueba alguna, en concreto la solicitada por la recurrente consistente en solicitar del perito Economista-Auditor-Censor de Cuentas, suscriptor del informe pericial presentado por EKO GASTEIZ, si mantiene alguna relación de parentesco con el administrador de la citada mercantil EKO GASTEIZ, pues esta circunstancia ha sido irrelevante para la resolución de las cuestiones planteadas en el recurso.

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 RAFRINOR, S.L., frente al acuerdo de adjudicación del contrato de “Servicio de recogida de aceite vegetal doméstico en los municipios de Arakaldo, Arrankudiaga-Zollo, Arrigorriaga, Etxebarri, Galdakao, Orduña, Orozko, Ugao-Miravalles, Zaratamo y Zeberio”, promovido por UDALTADE 21 NERBIOI-IBAIZABAL, S.L., declarando nulo 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, 2016ko irailaren 27a

Vitoria-Gasteiz, 27 de septiembre de 2016