



EB 2017/108

Resolución 105/2017, de 21 de septiembre de 2017, 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 empresa SISTEMAS PARA LA HIGIENE Y CONTROL DE PLAGAS, S.L.U. contra la adjudicación del contrato de “Servicios de desinfección, desinsectación y desratización en Vitoria – Gasteiz”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 16 de agosto de 2017, la empresa SISTEMAS PARA LA HIGIENE Y CONTROL DE PLAGAS, S.L.U. (en adelante, HCP) 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 en materia de contratación contra la adjudicación del contrato de “Servicios de desinfección, desinsectación y desratización en Vitoria – Gasteiz”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz.

SEGUNDO: El mismo día de la recepción del recurso se solicitó 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), los cuales se recibieron los días 21 y 24 del mismo mes.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 23 de agosto, no se han recibido alegaciones.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de Don P.J. P. de los B.M, que actúa en su nombre.

SEGUNDA: 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 Vitoria – Gasteiz tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 del TRLCSP.

SEXTO: Los argumentos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) El recurrente obtuvo 1 punto en la valoración del criterio de valoración no sujeto a fórmula denominado “Criterios medioambientales en los envases de biocidas”, ponderado en 5 puntos, desglosado en tres subcriterios muy concretos y con asignación de puntos tasada (que no sean de plástico halogenado, que tengan un porcentaje de plástico reciclado y que sean de gran capacidad y para productos concentrados); el recurso alega que la página 40 de su oferta y en relación a este criterio deja claro que no va a emplear envases de productos biocidas que sean de plástico halogenado, que los envases cuentan con un porcentaje de plástico reciclado y que serán de gran capacidad; por ello, se entiende que debió obtener 5 puntos (o al menos, 3), pues cumple con el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) en



aspectos en los que no cabe margen discrecional alguno ni modulación de la puntuación, lo que supondría la adjudicación del contrato a su favor.

b) Finalmente, se solicita que se reconozca su derecho a la adjudicación con 5 puntos (o, al menos, 3 puntos) más de valoración y, subsidiariamente, para el caso de que el contrato ya haya sido ejecutado, se le indemnicen los daños y perjuicios en un lucro cesante llamado “beneficio industrial” y valorado en el 6% del presupuesto de licitación.

SÉPTIMO: El poder adjudicador en su informe se opone a la estimación alegando que la oferta de HCP no detalla las características de los envases, por lo que no hay garantía de que los productos cuya utilización se propone estén disponibles en envases que cumplen los criterios medioambientales que establece el PCAP; es por ello que basándose en el informe técnico del Comité de Expertos de fecha 13 de julio de 2017, se adjudicó en cada uno de los subcriterios únicamente el 20% de la puntuación máxima en lugar del 100%, decisión que está amparada por la discrecionalidad técnica porque se trata de un criterio evaluado mediante apreciación subjetiva, sin que quepa que este OARC / KEAO pueda entrar a juzgarla.

OCTAVO: Para la resolución del recurso es preciso partir del punto 4 B 8º del PCAP que, según una reiterada doctrina, rige el procedimiento de adjudicación vinculando al poder adjudicador y los licitadores al no haber sido impugnado en tiempo y forma, y que establece como criterio de adjudicación no sujeto a su apreciación mediante fórmulas, entre otros, el siguiente:

«8º.- Criterios medioambientales en los envases de biocidas hasta 5 puntos, valorándose que:

1. No sean de plástico halogenado: 1 punto
2. Tengan un porcentaje de plástico reciclado: 1 punto
3. Sean de gran capacidad y para productos concertados: 3 puntos»



El informe técnico del Comité de expertos, que sustenta la adjudicación impugnada, señala lo siguiente cuando se refiere a la evaluación de las ofertas en relación con el citado criterio:

«8. ENVASES DE BIOCIDAS

EZSA SANIDAD.AMBIENTAL

No especifica las características de los envases de biocidas.

HCP

Se compromete a la utilización de envases de biocidas que no sean de plástico halogenado, que cuenten con un porcentaje de plástico reciclado y que sean de gran capacidad, así como a evitar en mayor medida el uso de estos envases mediante el empleo de productos concentrados.

UNIDOS SERVICIOS INTEGRALES

No especifica las características de los envases de biocidas.

PUNTUACIÓN APARTADO 8

8. Envases de biocidas

Criterio	Puntos	EZSA	HCP	UNI2
8.1	1,0	0,00	0,20	0,00
8.2	1,0	0,00	0,20	0,00
8.3	3,0	0,00	0,60	0,00
8	5,0	0,00	1,00	0,00

Por su parte, la oferta técnica del recurrente señala lo siguiente:

«CRITERIOS MEDIOAMBIENTALES EN LOS ENVASES UTILIZADOS:

Es imprescindible para HCP reducir en la medida de lo posible el eventual impacto negativo en el medio ambiente.

Es por ello que se emplearán envases que no sean de plástico halogenado, que cuenten con un porcentaje de plástico reciclado y de gran capacidad, evitándose en mayor medida el uso de estos envases, tendiendo siempre al empleo de productos concentrados. Estas medidas pretenden ser más respetuosas con los impactos ambientales que se pueden producir en cada una de las fases de su ciclo de vida, con el fin de intentar reducirlos al mínimo, sin deterioro alguno de su calidad final y aplicaciones posibles. Este mecanismo, conduce hacia una producción sostenible y un consumo más racional de los recursos que disponemos.»



Con fecha 13 de julio de 2017, y en respuesta a un escrito de alegaciones de HCP, un informe del Comité de expertos especificaba el informe técnico de evaluación en los siguientes términos:

«Con fecha 29 de junio de 2017 D. Pedro Javier Pérez de los Bueis Martín, en representación de la empresa SISTEMAS PARA LA HIGIENE Y CONTROL DE PLAGAS S.L. U (HCP), presentó una alegación solicitando la anulación de la propuesta de adjudicación del SERVICIO DE DESINFECCIÓN, DESINFECTACIÓN Y DESRATIZACIÓN (DDD) EN EL TÉRMINO MUNICIPAL DE VITORIA-GASTEIZ por considerar que no se había valorado correctamente la oferta de HCP. La alegación se refiere en concreto a un error en la valoración del criterio 8 de los no cuantificables mediante la aplicación de una fórmula matemática. En relación con este criterio el Pliego de Condiciones Administrativas establece lo siguiente:

8. Criterios medioambientales en los envases de biocidas hasta 5 puntos, valorándose que:

- a. No sean de plástico halogenado: 1 punto
- b. Tengan un porcentaje de plástico reciclado: 1 punto
- c. Sean de gran capacidad y para productos concertados: 3 puntos

A este respecto, la oferta de HCP se compromete a la utilización de envases de biocidas que no sean de plástico halogenado, que cuenten con un porcentaje de plástico reciclado y que sean de gran capacidad, así como a evitar en mayor medida el uso de estos envases mediante el empleo de productos concentrados.

En el informe de valoración se asigna en este apartado a dicha oferta la siguiente puntuación:

Criterio	HCP
8.1	0,20
8.2	0,20
8.3	0,60
8	1,00

La memoria presentada por HCP incluye una tabla de identificación de los biocidas propuestos, con indicación de los distintos productos, número de registro, principio activo, fabricante y cantidad a emplear, pero no detalla las características de los envases. No hay garantía, por lo tanto, de que los productos cuya utilización se propone estén disponibles en el mercado en envases que cumplan los criterios medioambientales que establece el Pliego de Condiciones Administrativas. Por esta razón se adjudicó en cada uno de los subapartados únicamente el 20% de la puntuación máxima en lugar del 100%.»



Finalmente, debe tenerse en cuenta que, según consta en el expediente (antecedentes del acto impugnado, por ejemplo), la diferencia de puntuación tras la evaluación de los criterios de adjudicación entre el adjudicatario impugnado y el recurrente fue de 0,78 puntos.

Sobre la discrecionalidad técnica en la emisión de informes, este Órgano Resolutorio ha manifestado en numerosas ocasiones (por ejemplo, en la Resolución 033/2016) que el control que ejerce en virtud del procedimiento de recurso especial «(...) únicamente se puede centrar sobre los aspectos que, conforme a la jurisprudencia sobre los procedimientos de concurrencia competitiva, son objeto de control a efectos de cumplir el mandato constitucional del artículo 9.3 CE, de interdicción de la arbitrariedad, pues acerca de lo que la jurisprudencia denomina “núcleo material de la decisión”, esto es, sobre los juicios de valor técnico emitidos por el órgano técnico competente, el OARC/KEAO no puede pronunciarse, siempre que se hayan respetado las reglas del procedimiento, se haya dado cumplimiento a las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico y se haya verificado la igualdad de condiciones de los candidatos.» Una de los límites que constriñen el ejercicio de las potestades discrecionales es la existencia en ellas de un fondo parcialmente reglado (062 y 113/2016); así, en la evaluación de criterios no sujetos a fórmulas el poder adjudicador puede determinar con baremos técnicos cuál es la puntuación que merece cada oferta, pero en ningún caso puede hacerlo ignorando los aspectos que ya han sido predeterminados en la descripción del criterio. Esta predeterminación puede ser más o menos estricta, siempre y cuando no sea tan amplia que conceda, de hecho, libertad absoluta para adjudicar arbitrariamente el contrato (ver, por ejemplo, la Resolución 018/2015 del OARC / KEAO).

Partiendo de dicha doctrina, se observa que en el caso del subcriterio “No sean de plástico halogenado: 1 punto”, el poder adjudicador la ha infringido en dos aspectos:

a) Se trata de un criterio en el que el fondo reglado es total (hasta el punto de que, en realidad, estaría más correctamente calificado como criterio sujeto a



evaluación mediante fórmula), pues no cabe apreciación alguna que el Comité de expertos pueda hacer distinta de la de determinar si la proposición cumple o no con el requisito, que está expresado en términos unívocos y con una vinculación clara a la puntuación que no admite graduación alguna (es decir, o el envase es de plástico halogenado o no lo es, si lo es la oferta recibe un punto y en caso contrario, no recibe puntuación). Consecuentemente, no cabe, como ha hecho el poder adjudicador, atribuir 0,20 puntos en este epígrafe.

b) Por otro lado, la justificación de la atribución de la puntuación se ampara en que no se detallan en la proposición del recurrente las características de los envases, por lo que no hay garantía de que los productos cuya utilización se propone estén disponibles en envases que cumplan el criterio. Este argumento no es aceptable; por muy escueta que sea la descripción aportada, la oferta establece literal e inequívocamente que “(...) se emplearán envases que no sean de plástico halogenado (...)”, lo que es un claro compromiso contractual acreedor de un punto, según se ha señalado en la letra anterior, igual que sería merecedor de un reproche de incumplimiento contractual si llega a ser contratista y no lo satisface. Si la Administración deseaba que el cumplimiento del criterio se acreditara de alguna forma concreta (ficha técnica o muestras, por ejemplo) debió exigirlo así como parte del procedimiento de evaluación, como pide el artículo 67.4 de la Directiva 2014/24, que establece que los criterios de adjudicación «irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación», precepto que goza de efecto directo (ver, por ejemplo, el documento “Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos”, elaborado por los tribunales administrativos de recursos contractuales)¹. Al no constar en el PCAP prescripción alguna al respecto, el poder adjudicador no puede considerar

¹ Disponible en el siguiente enlace:

http://www.contratacion.euskadi.eus/contenidos/informacion/memoria_y_doctrina_oarc/es_def/adjuntos/Efectos_juridicos_de_Directivas.pdf



insuficiente el claro compromiso aportado, sin perjuicio de que, en su caso, se vigile su cumplimiento en el periodo de ejecución del contrato. Por otro lado, parece inconsecuente que un producto cuya existencia en el mercado se considera no probada obtenga sin embargo alguna puntuación.

Por todo ello, este OARC / KEAO entiende que la proposición del recurrente debió obtener un punto en el subcriterio debatido en lugar de los 0,20 puntos otorgados (es decir, 0,80 puntos más que la puntuación total); dado que la diferencia con el adjudicatario impugnado es de 0,78 puntos, se altera el orden de la clasificación del artículo 151 del TRLCSP y el acto impugnado debe anularse, sin que sea necesario analizar los motivos de recurso relativos a los demás subcriterios cuya aplicación se impugna, en los que el propio Ayuntamiento reconoce que HCP ha obtenido un total de 0,80 puntos.

NOVENO: Respecto a la pretensión subsidiaria de indemnización de daños y perjuicios, debe desestimarse porque se basa en un hecho hipotético (el caso de que el contrato ya haya sido ejecutado) y cuya existencia no se ha alegado ni probado por el recurrente.

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 en materia de contratación interpuesto por la empresa SISTEMAS PARA LA HIGIENE Y CONTROL DE PLAGAS, S.L.U. contra la adjudicación del contrato de “Servicios de desinfección, desinsectación y desratización en Vitoria – Gasteiz”, tramitado



por el Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz, anulando el acto impugnado y ordenando la retroacción de actuaciones para que la oferta del recurrente se incluya en el listado del artículo 151.1 del TRLCSP en los términos establecidos en el Fundamento jurídico octavo de la presente resolución.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento, de acuerdo con el artículo 47.4 TRLCSP.

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, 2017ko irailaren 21a

Vitoria-Gasteiz, 21 de septiembre de 2017