



EB 2016/105

Resolución 107/2016, de 6 de octubre de 2016, 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 la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE LIMPIEZA PÚBLICA (ASELIP) contra los pliegos del contrato de “Servicios de limpieza urbana, recogida y transporte de residuos municipales del término municipal de Barakaldo”, tramitado por el Ayuntamiento de Barakaldo.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 22 de julio de 2016 la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE LIMPIEZA PÚBLICA (ASELIP) interpuso un recurso especial en materia de contratación contra los pliegos del contrato de “Servicios de limpieza urbana, recogida y transporte de residuos municipales del término municipal de Barakaldo”, tramitado por el Ayuntamiento de Barakaldo.

SEGUNDO: Con fecha 4 de agosto de 2016 se recibió en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC / KEAO), el expediente y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

TERCERO: Con fecha 11 de agosto se dictó la Resolución B-BN 15/2016, por la que el OARC / KEAO accedió a la medida provisional solicitada por el recurrente y suspendió el procedimiento de adjudicación.



CUARTO: No figuran en el expediente interesados distintos del poder adjudicador y del propio recurrente.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta la legitimación del recurrente y la representación de don F. J.A. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Según el artículo 40.1 b) del TRLCSP, son susceptibles de recurso especial los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada.

TERCERO: Según el artículo 40.2 a) TRLCSP, el objeto del recurso es un acto impugnado, en concreto, se recurre el contenido de los pliegos.

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Barakaldo tiene la condición de poder adjudicador y en concreto, de Administración Pública, según el artículo 3 del TRLCSP.

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

a) Entre los criterios de adjudicación sujetos a fórmulas figura la “Mejora del canon mensual por el uso de instalaciones públicas de propiedad municipal”, con una ponderación de 10 puntos sobre 100 posibles. En este apartado se valora la mejora del canon a abonar, sin limitación alguna, por el uso de ciertas propiedades fijas municipales por encima del mínimo fijado en el artículo 13 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT). Aunque, en principio, el uso de las instalaciones es una opción libre de los licitadores, de hecho se les obliga a utilizarlas y a mejorar el canon mínimo que se paga en contraprestación para no obtener “0” puntos en este epígrafe; ello implica que se obliga a los



licitadores a efectuar una aportación, que puede llegar a ser desorbitada, para su ingreso en las arcas municipales en lo que exceda del precio de mercado consignado en los pliegos. Se cita el informe 44/1995 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, que rechaza la legalidad de las “primas de adjudicación”. Además, dado que el importe de este canon se deduce del precio abonado por el servicio, puede darse el caso de que dos empresas cuyo precio ofertado menos el canon mensual sea idéntico obtengan puntuaciones distintas, lo que llevaría prácticas contrarias a la objetividad de la adjudicación, como trasvasar reducciones de costes en detrimento de los servicios objeto del contrato para ofertar un mayor canon, pues ello supone una puntuación mayor.

b) El criterio de adjudicación “Incremento del número anual de jornadas de limpieza y desbroce de caminos rurales (2,5 puntos)” no define qué debe entenderse por una jornada, ni los medios materiales y humanos necesarios, lo que impide que pueda efectuarse una evaluación objetiva e incumple las normas sobre correcta determinación de las mejoras.

c) Aunque el contrato no contempla la revisión de precios, establece que los licitadores deben consignar en sus ofertas el precio para el periodo de prórroga, que no es objeto de valoración; este régimen infringe el artículo 23.2 del TRLCSP y los principios de transparencia, concurrencia, no discriminación e igualdad de trato, oferta económicamente más ventajosa, control del gasto y eficiente uso de los fondos públicos.

d) Finalmente, se solicita la anulación de la licitación.

SÉPTIMO: El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso argumentando, en síntesis, lo siguiente:

a) El Ayuntamiento estima que no es posible ceder gratuitamente (y menos sin un procedimiento previo con concurrencia) las instalaciones demaniales a las que se refiere el recurso, pero tampoco exigir obligatoriamente a los licitadores que incluyan su uso en las ofertas, ya que no lo requiere la correcta prestación



del servicio y podría suponer un coste injustificado. Por ello, se ha optado integrar en un único procedimiento la licitación del servicio y la cesión de los bienes. Se alega que no se trata de una aportación voluntaria, sino de la contraprestación por el uso privativo de los bienes municipales. Asimismo, el canon que en su caso se oferte incidirá en la oferta económica, y la redistribución de puntuación propuesta es razonable.

b) Por lo que se refiere a la definición de “jornada de trabajo” en el criterio de adjudicación impugnado, debe entenderse referida a la establecida en el convenio colectivo aplicable (artículo 16 y Anexo III). La composición mínima del equipo se deduce implícitamente del PPT y ya fue objeto de la respuesta a una consulta planteada por una empresa interesada, si bien no podrá ser inferior a una persona para el tractor y otra para la carga y transporte del material; en todo caso, la mejora se refiere al número de jornadas, no a la composición de los equipos.

c) La prórroga contractual no es automática, sino que requiere de un acuerdo de voluntades de las partes y del cumplimiento de ciertos requisitos; por ello, se estimó improcedente valorar una prestación contractual de incierta valoración; no obstante, el conocimiento previo de las cantidades propuestas por el licitador permitirá a la Administración decidir en cada momento si la prórroga se ajusta o no a sus intereses.

OCTAVO: El recurrente impugna, por entender que supone una “prima de adjudicación” ilegal y que desnaturaliza la valoración del precio contractual, el siguiente criterio de adjudicación:

<i>“2. MEJORA DEL CANON MENSUAL POR EL USO DE LAS INSTALACIONES FIJAS DE PROPIEDAD MUNICIPAL. Se valorará la mejora del importe e abonar por el adjudicatario al Ayuntamiento por el uso de las instalaciones fijas de propiedad municipal, en caso de que opte por la utilización de todas o alguna de las mismas, según el siguiente desglose:</i>	<i>10</i>
--	-----------



- Nave de titularidad municipal, ubicada en el Polígono de Beurko ...9,4 puntos - Local sito en la cubierta de los aparcamientos del parque comercial Megapark ." 0,6 puntos <i>Para cada una de las instalaciones, se asignara la máxima puntuación a la oferta que presente el mayor importe, por encima de las cantidades establecidas en el pliego de condiciones técnicas, y cero (0) puntos a las ofertas que no ofrezcan mejora de las citadas cantidades. El resto de puntuaciones se obtendrá proporcionalmente."</i>	
---	--

A juicio de este OARC / KEAO, el citado criterio incumple un requisito previo y fundamental para la validez de cualquier criterio de adjudicación, como es la directa vinculación al objeto del contrato (artículo 150.1 TRLCSP). Incluso con la amplia definición que de esta vinculación hace el artículo 67.3 de la Directiva 2014/24, de contratación pública, el cual permite valorar aspectos de la prestación referidos a cualquier momento de su ciclo de vida, aunque no se incorporen a su materialidad, nada tiene que ver con la limpieza urbana y la recogida y transporte de residuos municipales la cesión de uso de unas instalaciones de titularidad del poder adjudicador. La mejor prueba de ello es que el uso de las instalaciones es una simple opción de los licitadores, que perfectamente pueden proponer la ejecución del contrato contando con otros locales, propios o arrendados a terceros. De hecho, el propio informe del poder adjudicador abunda en esta tesis cuando reconoce la imposibilidad de imponer el uso de las citadas instalaciones como prescripción obligatoria y admite que el objetivo era rentabilizar su cesión sin tramitar independientemente un procedimiento para la correspondiente operación patrimonial, lo que confirma que el procedimiento de adjudicación da aquí cobertura a una necesidad ajena a las que funcionalmente satisface la compra pública de bienes y servicios.

También debe señalarse que se trata de un criterio que infringe, por su propia configuración, el principio de igualdad de trato que debe regir la actividad contractual pública y, especialmente el procedimiento de adjudicación (artículos 1 y 139 del TRLCSP), ya que únicamente pueden obtener alguna puntuación los licitadores que opten por alquilar los locales municipales y ofrecer por ellos



un canon superior al mínimo, lo que supone una doble desigualdad: por un lado, se da un trato discriminatorio injustificado a los operadores económicos que prefieren no alquilar los locales, a pesar de que pueden presentar una oferta tan ventajosa desde el punto de vista de los criterios vinculados con el objeto del contrato como la que proponen los que toman la decisión contraria; por otro, se otorga la misma puntuación a quien ofrece un canon igual al tipo que a quien no pretende el alquiler, lo que es también discriminatorio y absurdo desde el punto de vista de la lógica e intención con las que el poder adjudicador ha diseñado el criterio. Debe recordarse que la función básica de los criterios de adjudicación es permitir la comparación, en pie de igualdad, de las ofertas presentadas, por lo que no cabe un criterio que, como el impugnado, no puede aplicarse igualmente a todas las ofertas. Como concreción de este principio general, el artículo 45.2 de la Directiva 2014/24 establece que los poderes adjudicadores se asegurarán de que los criterios de adjudicación del contrato puedan aplicarse tanto a las variantes como a las ofertas conformes que no sean variantes, lo que no sucede en el supuesto analizado.

Consecuentemente, el motivo de impugnación debe aceptarse y el criterio debe anularse.

NOVENO: Se recurre también el siguiente criterio por entender que no todos sus elementos están suficientemente definidos:

<i>“3. INCREMENTO DEL NÚMERO ANUAL DE JORNADAS DE LIMPIEZA Y DESBROCE DE CAMINOS RURALES. Se asignará la máxima puntuación a la oferta que presente el mayor incremento del número anual de jornadas de limpieza y desbroce de caminos rurales y cero (0) puntos a las ofertas que no ofrezcan incremento. El resto de puntuaciones se obtendrá proporcionalmente.</i>	<i>2 , 5</i>
--	----------------------

Como primera consideración, interesa señalar que el criterio impugnado es uno de los que el Pliego considera que pueden «valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en



los pliegos» (artículo 150.2 TRLCSP) o, como dice el propio Pliego, «valorables en cifras o porcentajes». Este OARC / KEAO ha tenido ocasión de pronunciarse varias veces sobre la naturaleza de estos criterios, estableciendo que “su característica principal es la ausencia total en ellos de discrecionalidad o aplicación subjetiva, sin que quepa interpretación alguna sobre su alcance, sino solo la pura y simple aplicación de la fórmula expresada en los pliegos” (Resolución 138/2015); la puntuación atribuida a cada oferta «se deriva de la aplicación de una fórmula matemática» y «el resultado de una fórmula matemática no se interpreta, se calcula aplicando un algoritmo o conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema» (Resolución 65/2014). En consecuencia con todo ello, la introducción de un margen de apreciación (incluso el que únicamente permite elegir entre una u otra fórmula) en un criterio definido como no sujeto a juicio de valor conlleva su nulidad por infracción del principio de igualdad, ya que se abre la posibilidad de un trato discriminatorio (artículos 47.1 a) de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común y 32 a) del TRLCSP; ver la Resolución 70/2014). Si bien la descripción precisa de estos criterios se consigue con el uso del lenguaje matemático, el OARC / KEAO ha admitido también la descripción literaria, siempre que ello no implique una ambigüedad de sentido que obligue a realizar algún juicio de valor en un criterio que es precisamente de aplicación automática (ver las Resoluciones 69/2013 y 70/2014).

Con este punto de partida, debe analizarse el reproche del recurso a la indefinición de lo que debe entenderse por “jornada” y a la falta de mención de los medios humanos y materiales necesarios. Por lo que se refiere a la jornada, el poder adjudicador alega que ésta “no es ni puede ser otra que la establecida en el Convenio Colectivo de aplicación”, remitiéndose al artículo 16 y el Anexo III de dicho Convenio. Sin embargo, como el mismo informe del órgano de contratación señala, esta cuestión fue objeto de consulta por una empresa interesada (“¿Cómo se contabilizarán las jornadas a la hora de valorar las mejoras automáticas?”) y la respuesta de la Administración no menciona el Convenio Colectivo ni define qué es una “jornada”, lo que lleva a pensar que la



remisión al Convenio no es tan obvia como pretende el Ayuntamiento. La palabra “jornada”, además de significar el horario laborable máximo de un trabajador en un día (acepción a la que parece referirse el poder adjudicador), tiene otros sentidos y, sin concreción adicional, no es lo bastante unívoca como para insertarse sin más en un criterio de aplicación automática; así, puede significar también, por ejemplo, un periodo de 24 horas, o la suma de los tres turnos de trabajo diario en los que se divide el día según el Convenio (día, tarde y noche). Consecuentemente, el criterio carece del automatismo que el Pliego le asigna y su aplicación requiere de, al menos, una apreciación subjetiva (la elección de uno de los posibles sentidos de la palabra “jornada”), por lo que, de acuerdo con la doctrina mantenida por este OARC / KEAO expuesta anteriormente, debe anularse. Independientemente de lo anterior, debe indicarse que, a diferencia del concepto de “jornada”, el equipo de trabajo que debe asignarse a las tareas de limpieza y desbroce de caminos rurales no forma parte de la descripción del criterio de adjudicación, por lo que su supuesta falta de concreción no es relevante para aplicarlo.

DÉCIMO: El recurso estima que el régimen económico establecido en los pliegos vulnera los principios de la contratación pública. La cláusula a la que se refiere la impugnación es el apartado 11 de la carátula del Pliego, cuya literalidad es la siguiente:

«11. PRÓRROGA.

DOS (2) AÑOS:

En caso de que el contrato sea prorrogado, el precio del contrato para cada año será el fijado por La oferta adjudicataria.

El precio para cada uno de los dos años de prórroga prevista podrá ser igual o diferente, si bien no podrá superar el presupuesto base de licitación que establece el punto 6 de esta Carátula (8.555.687,54 euros anuales, más 855.568, 75 euros anuales en concepto de IVA-tipo 10% - total 9.411.256,29 euros anuales), bien entendido que los precios ofertados para el supuesto de prórroga no serán objeto de valoración para



la adjudicación del contrato, únicamente serán de aplicación si efectivamente se llegara a producir tal supuesto.”

A juicio de este OARC / KEAO, este motivo del recurso debe desestimarse. El artículo 23.2 TRLCSP establece que «el contrato podrá prever una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el período de duración de éstas», lo que impide que las partes, de mutuo acuerdo o por la sola voluntad de una de ellas, varíen, aprovechando el nuevo periodo de vigencia contractual, el clausulado inicial del contrato al margen de lo dispuesto con carácter general para las modificaciones contractuales. Ello no se opone a una estipulación como la recurrida, en la que se permite que las partes fijen desde la adjudicación, sin necesidad de nuevos consentimientos posteriores distintos del necesario para prolongar la vigencia contractual, las condiciones que, en su caso, regirán en el periodo de prórroga. La inserción de esta cláusula en los pliegos está amparada por la amplia discrecionalidad para la configuración del contrato de la que goza el poder adjudicador, sin que se observe que se haya traspasado ninguno de los límites que perfilan dicha discrecionalidad (ver, por ejemplo, la Resolución 76/2016 del OARC / KEAO). En particular, la pretensión de recurrente de que el precio ofertado en el periodo de prórroga deba ser contemplado como criterio de adjudicación carece de base legal, pues es una opción perfectamente posible pero en absoluto puede considerarse obligatoria, siendo razonable también la postura elegida por el órgano de contratación, que entiende que siempre puede librarse de pagar un precio excesivo por el nuevo periodo de vigencia por el simple método de no consentirla y acudir a una nueva licitación, lo que a su vez disuadirá a los licitadores de presentar ofertas demasiado altas, siempre limitadas, además, por el presupuesto máximo anual inicial.

Por todo ello, este motivo de recurso debe desestimarse.

UNDÉCIMO: La anulación de dos criterios de adjudicación implica la de todo el proceso de licitación (ver, por ejemplo, la resolución 133/2015, de este OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de



diciembre de 2003, asunto C-448/01 ECLI:EU:C:2003:651). Todo ello conlleva la necesidad, en su caso, de poner en marcha un nuevo procedimiento de licitación, donde se tenga en consideración lo expuesto en esta Resolución.

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 interpuesto por la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE LIMPIEZA PÚBLICA (ASELIP) contra los pliegos del contrato “Servicios de limpieza urbana, recogida y transporte de residuos municipales del término municipal de Barakaldo”, tramitado por el Ayuntamiento de Barakaldo en el siguiente sentido:

- a) Anular los apartados 16.B).2 y 16.B).3 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.
- b) Cancelar la licitación.
- c) Desestimar el recurso en todo lo demás.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación acordada en la Resolución B-BN 15/2016, de 11 de agosto de 2016.

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.