



EB 2019/076

Resolución 113/2019, de 4 de julio, 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 UTE POLIGONOAK contra la adjudicación del contrato “Servicio de recogida selectiva de residuos en polígonos industriales, parques tecnológicos y empresariales en el ámbito de la Mancomunidad de San Marcos”, tramitado por la Mancomunidad de San Marcos.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 9 de mayo de 2019, la UTE POLIGONOAK (en adelante, la UTE) 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 “Servicio de recogida selectiva de residuos en polígonos industriales, parques tecnológicos y empresariales en el ámbito de la Mancomunidad de San Marcos”, tramitado por la Mancomunidad de San Marcos.

SEGUNDO: Con fecha 9 de mayo se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron el 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); dicha documentación se recibió en el OARC / KEAO los días 15 y 20 de mayo, respectivamente.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 17 de mayo, se han recibido, el día 24 de mayo, las alegaciones de FCC MEDIO AMBIENTE, S.A. (en adelante, FCC), adjudicatario impugnado.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de D.F.C.A.M., que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 c) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma. FCC alega que el recurso es extemporáneo porque se ha computado incorrectamente como día inhábil el 29 de abril, fecha en la que este año se celebraba en Álava la festividad de San Prudencio, dado que los calendarios determinantes para el cómputo del plazo de quince días hábiles establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP son únicamente los aplicables al domicilio de las recurrentes (Ortuella y Donostia) o a la sede del órgano de contratación (Donostia). Esta alegación no es



aceptable; el recurso se ha presentado en el registro electrónico del OARC / KEAO por lo que, de conformidad con el artículo 31.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo, el calendario de días inhábiles que se aplicará a efectos del cómputo de plazos debe ser el publicado en la sede electrónica de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi, donde se ubica dicho registro electrónico, en el que el día 29 de abril figura como inhábil.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Mancomunidad de San Marcos tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Argumentos del recurso

Los argumentos del recurso son los que a continuación se resumen:

a) El apartado 8 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) establece que las ofertas indicarán el material móvil que se usará en los diferentes servicios, expresando claramente lo que se entiende por material necesario y material de reserva (el que no está ordinariamente en servicio y suplirá al de servicio en caso de avería o refuerzo ocasional); asimismo, se especifica que el poder adjudicador cederá la totalidad de los vehículos actualmente empleados en el servicio, enumerados y descritos en el Anexo 1 y que los licitadores podrán inspeccionar los vehículos antes de presentar sus proposiciones. En dicho Anexo se enumeran 10 vehículos; sin embargo, existen otros tres vehículos adscritos al servicio (por lo tanto, 13 en total), de los que los pliegos nada dicen. El informe técnico que sustenta la evaluación de las ofertas reconoce la discrepancia y la atribuye a un error.

b) FCC, adjudicataria en el procedimiento impugnado, es también el actual adjudicatario del servicio y conocía perfectamente que los vehículos adscritos



son 13 y no 10; por ello, no incluyó en su oferta ningún vehículo adicional a los recogidos en el Anexo, como se reconoce en el propio informe técnico; en cambio, el recurrente y otra licitadora sí incluyeron tres vehículos adicionales, reconociendo que dichos tres vehículos se corresponden con los omitidos por el Anexo.

c) La Mancomunidad no ha valorado la aportación de los vehículos adicionales y, en cambio, ha penalizado la inasistencia de la recurrente a la visita de inspección, que no era obligatoria y cuya convocatoria se refería a los vehículos enumerados en el Anexo I del PPT; el recurrente alega que la citada visita no puede subsanar la omisión de datos en el PPT; de hecho, la otra licitadora (CESPA) sí acudió a la visita e incluyó los 3 vehículos en su oferta, lo que prueba que en la visita no se dijo nada sobre la omisión.

d) Tal y como se deduce del informe técnico, las funciones de los vehículos omitidos son imprescindibles para la prestación del servicio objeto del contrato (inspección, movimiento y reposición de contenedores), y el recurrente apreció que los 10 vehículos mencionados en el Anexo no cumplían dichas funciones, por lo que incluyó en su proposición los vehículos necesarios.

e) En respuesta a una consulta de un licitador, que alegaba falta de legibilidad del Anexo, el poder adjudicador adjuntó un listado con los 10 mencionados vehículos, reiterando la omisión de tres vehículos.

f) A juicio de la UTE, FCC ha manejado información privilegiada no contenida en los pliegos y que los demás licitadores desconocían, y el poder adjudicador ha valorado las ofertas conforme a dicho privilegio, lo que es contrario al principio de igualdad.

g) Finalmente, se solicita la revocación de la adjudicación a FCC y la adjudicación del contrato a la recurrente; subsidiariamente, se solicita la cancelación de la licitación.



SÉPTIMO: Alegaciones de FCC

Por su parte, FCC alega lo siguiente:

- a) Aunque en el Anexo I del PPT se omitió la referencia a los tres vehículos, tal referencia sí consta en el resto de la documentación puesta a disposición de los licitadores. En respuesta a una consulta de un licitador, el poder adjudicador incluyó en el perfil del contratante documentos que ya mencionan los 3 vehículos. Por lo tanto, la omisión denunciada fue salvada en tiempo y forma por el órgano de contratación.
- b) La información de que disponía FCC fue puesta a disposición mediante un correo de fecha 10/7/2018; se alega que FCC no tuvo información privilegiada.
- c) La deficiente confección de la oferta de la recurrente solo es imputable a ella misma, que no realizó la visita de inspección que los pliegos ofrecían, y en la que sí se pudieron ver los vehículos omitidos.
- d) Se alega que la recurrente obtuvo mejor puntuación que FCC en el criterio de adjudicación adecuación de los medios técnicos, humanos y materiales (por lo que el error le ha favorecido) y que la repercusión en el precio de los vehículos adicionales es pequeña y no decisiva para la adjudicación.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

La Mancomunidad de San Marcos se opone a la estimación del recurso con los siguientes argumentos:

- a) Se alega que el Anexo I del PPT incluye la totalidad de los vehículos que se emplean para prestar el servicio, en referencia a los vehículos recogedores de residuos, esenciales para prestar el servicio, por lo que no se incluyeron en él tres vehículos auxiliares, con funciones secundarias e importancia



económica mínima, de los que sí se dio noticia en el perfil del contratante y en la visita de inspección.

b) El poder adjudicador sí ha valorado la aportación de vehículos nuevos por la recurrente.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El recurso se sustenta en la omisión en los pliegos de información relevante para la adecuada elaboración y evaluación de las ofertas que, sin embargo, el anterior contratista del mismo servicio sí conocía. En concreto, el recurrente alega que el Anexo I del PPT, que es el documento en el que, según el apartado 8 del PPT, deben constar los vehículos actualmente empleados para la prestación del servicio y que la Mancomunidad cederá al nuevo contratista, figuran 10 vehículos en lugar de los 13 que efectivamente debieran aparecer. La discrepancia, que el informe técnico que fundamenta la aplicación de los criterios sujetos a juicio de valor reconoce expresamente, no es discutida por ninguno de los interesados que, sin embargo, le restan relevancia o la consideran subsanada posteriormente.

A continuación, se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre la cuestión.

a) Sobre la omisión de información en los pliegos que rigen la licitación

Es claro que la omisión denunciada en el recurso efectivamente se produjo. La literalidad del apartado 8 del PPT es taxativa e inequívoca cuando establece que La Mancomunidad de San Marcos cederá la totalidad de los vehículos que actualmente se emplean para la prestación del servicio, enumerados y descritos en el ANEXO I. No es aceptable la alegación del poder adjudicador, que defiende que el apartado 8 se refiere solo a los vehículos recogedores de residuos por ser estos los esenciales para dicha prestación, y no a los vehículos auxiliares (como los tres



mencionados), que no hay que citar porque no presentan ninguna característica de especial atención para los licitadores; tal distinción no aparece ni se deduce del PPT. Además, este argumento es contrario al informe técnico (asumido por el órgano de contratación) que, al igual que la alegación de FCC, reconoce expresamente que los citados vehículos debieron figurar en el Anexo, y contradictorio con otra afirmación de la propia contestación de la Mancomunidad al recurso, que la existencia de estos vehículos y su disponibilidad no podía haberse pasado por alto para un licitador mínimamente diligente habida cuenta de la inclusión en la Plataforma de Contratación de documentación gráfica y de texto a ellos referida (es decir, se reconoce que los vehículos omitidos también son objeto de cesión y estarán disponibles para el adjudicatario).

b) Sobre la relevancia de la omisión

Una vez determinado que el Anexo I del PPT no contiene información veraz, por incompleta, sobre el número de vehículos que cederá el poder adjudicador, debe analizarse el alcance de esta incidencia. Hay al respecto dos cuestiones especialmente significativas. La primera de ellas es que el dato omitido no es solo una información que se ofrece para que los licitadores puedan elaborar sus proposiciones con mayor conocimiento (consumos anteriores de la misma prestación, por ejemplo) sino que, además y especialmente, disminuye ilícitamente el alcance de una obligación asumida por el poder adjudicador (la cesión de todos los vehículos adscritos al servicio) y oculta a los licitadores un dato relevante sobre el conjunto de obligaciones y derechos derivados del contrato. En segundo lugar, consta en la documentación aportada que el verdadero alcance de la obligación sí era conocido, como no podía ser de otra manera, por el anterior prestador del servicio licitado y ahora adjudicatario impugnado, lo que pone en desventaja a todos los demás operadores económicos y es contrario al principio de igualdad de trato, que exige que el procedimiento de adjudicación facilite que todos los licitadores puedan presentar sus ofertas en las mismas condiciones (artículos 1.1 y 132.1 de la LCSP; vere también la Resolución 66/2019 del OARC / KEAO).



Debe descartarse que nos encontremos ante un mero error material de los que pueden corregirse en cualquier momento de oficio o a instancia del interesado (artículos 109.2 de la LPAC y 124 de la LCSP), especialmente porque esta figura no comprende los supuestos en los que la apreciación del presunto error depende de datos que no figuran ni pueden deducirse del contexto del acto, sino que deben ser extraídos de una fuente ajena a él, como es, en este caso, la adscripción efectiva de los vehículos al servicio (ver, por ejemplo, las Resoluciones 180 y 183/2018 del OARC / KEAO), ni aquellos cuya rectificación da lugar a un acto con un contenido distinto.

Consecuentemente, en cuanto advirtió la incidencia, el poder adjudicador debió aplicar el artículo 124 de la LCSP y modificar el PPT, retrotrayendo actuaciones. Para llegar a esta conclusión no es necesario que este OARC / KEAO determine si la infracción fue o no determinante de la adjudicación impugnada, pues lo relevante es que los pliegos que han regido la licitación no contenían, como pide el artículo 122.2 de la LCSP, el verdadero alcance de los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato, el cual solo era conocido por uno de los licitadores, lo que vicia todo el procedimiento de adjudicación.

c) Sobre la subsanación de la omisión por información posterior o por la verificación física de los vehículos.

FCC y el poder adjudicador alegan que el recurrente pudo tener conocimiento de la existencia de los tres vehículos omitidos en el Anexo I del PPT y de su condición de disponibles para la ejecución del contrato mediante la información posterior publicada en la Plataforma de Contratación o en la visita de inspección ofrecida a los licitadores en el apartado 8 del PPT y a la que la UTE no asistió. Estas alegaciones no son aceptables. Por mucha relevancia jurídica que pueda tener la información publicada en la Plataforma para aclarar diversos aspectos de la documentación contractual o del procedimiento de adjudicación, no puede sustituir a la modificación de los pliegos y la retroacción



de actuaciones, único remedio de la omisión impugnada, como ya se ha señalado en la letra b) anterior; mucho menos puede reprochársele al recurrente que no haya sabido entender que dicha información debía integrarse con los pliegos originales modificando su alcance, lo que además supera con mucho lo que puede hacer una mera aclaración. En este sentido, la Resolución 66/2019 del OARC / KEAO señalaba que modificar los pliegos mediante una simple interpretación o aclaración supone una infracción del principio de transparencia que implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones (sentencia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, asunto C-496/99 P, apartados 109 a 111, ECLI:EU:C:2004:236). En el presente caso, condiciones esenciales de la licitación (referidas a las obligaciones asumidas por la Mancomunidad) no han tenido la debida publicidad, conculcándose los principios de publicidad, transparencia, libre concurrencia a las licitaciones y de igualdad de trato, además del ya citado artículo 124 de la LCSP, por lo que no cabe oponer al recurrente las citadas aclaraciones; por el contrario, este debe confiar en que cualquier alteración de las reglas de la adjudicación del contrato se va a sujetar al procedimiento legalmente establecido y al mismo grado de publicidad que se le ha dado al documento inicial (especialmente, la publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea). Además, debe tenerse en cuenta que una situación como la descrita, en la que se obvia la publicidad adecuada, es susceptible de crear desigualdad entre los licitadores a la hora de preparar sus ofertas y desigualdad de trato durante el proceso de valoración de las mismas.

Análoga respuesta merece el argumento de que la simple visita de inspección ofrecida por los pliegos y que la UTE no realizó hubiera servido para aclarar la omisión; además de que tampoco ese trámite podría sustituir el previsto en el artículo 124 de la LCSP, la citada visita no era obligatoria, por lo que de la inasistencia a la misma no se puede derivar más perjuicio que el que supone para la confección de una proposición competitiva la pérdida de información que no se puede obtener de otro modo.



d) Conclusión

Apreciada la infracción y su relevancia, debe valorarse la pretensión del recurrente. En primer lugar, se solicita la exclusión de la oferta de FCC y la adjudicación del contrato a la UTE. A juicio de este Órgano, no cabe acceder a esta pretensión. Aunque consta que la infracción ocasionó una desigualdad favorable a FCC, dicha diferencia viene dada solo por la propia infracción y por la condición de FCC de anterior prestador del servicio, circunstancia esta última que en absoluto supone o implica la existencia de un conflicto de intereses del que la empresa haya sido causante, lo que no consta en el expediente ni se acredita en el recurso. Por ello, penalizarle con la exclusión sería del todo punto desproporcionado. En cambio, debe estimarse la petición de que se cancele el procedimiento de adjudicación pues, como se ha explicado, todo él está afectado por unos pliegos inválidos por incompletos en cuanto a las obligaciones asumidas por una de las partes y por la elusión del preceptivo procedimiento de modificación y retroacción previsto en el artículo 124 de la LCSP.

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:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la UTE POLIGONOAK contra la adjudicación del contrato “Servicio de recogida selectiva de residuos en polígonos industriales, parques tecnológicos y empresariales en el ámbito de la Mancomunidad de San Marcos”, tramitado por la Mancomunidad de San Marcos, cancelando la licitación.



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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2019ko uztailaren 4a

Vitoria-Gasteiz, 4 de julio de 2019