



EB 2021/121

Resolución 167/2021, de 21 de octubre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las empresas GSM MEDIOAMBIENTE, S.A., FCC MEDIO AMBIENTE S.A.U. y VALORIZACIÓN Y TRATAMIENTO DE RESIDUOS A.A. contra el acuerdo de adjudicación del contrato “Servicio de limpieza viaria de Urduliz”, tramitado por el Ayuntamiento de Urduliz.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 1 de julio de 2021 tuvo entrada 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), el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las empresas GSM MEDIOAMBIENTE, S.A., FCC MEDIO AMBIENTE S.A.U. y VALORIZACIÓN Y TRATAMIENTO DE RESIDUOS A.A. (en adelante, “la UTE”) contra el acuerdo de adjudicación del contrato “Servicio de limpieza viaria de Urduliz”, tramitado por el Ayuntamiento de Urduliz.

SEGUNDO: El día 6 de julio se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron la copia del 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 el mismo día 6 de julio.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 7 de julio, se ha recibido alegaciones el día 14 de julio de la empresa ENVISER SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES S.A.U. (en adelante, ENVISER).

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de A.G.U. que actúa en su nombre.

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

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicio cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

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

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

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



SEXTO: Motivos del recurso

El recurso se basa, en síntesis, en los siguientes argumentos:

- a) ENVISER ha facilitado información referente a un criterio de adjudicación a evaluar mediante fórmula (a incluir en el sobre “B”), concretamente el referido a “Vehículos no obligatorios con unas emisiones de gases media superior a EURO.5” en el sobre de los criterios de adjudicación a valorar mediante un juicio de valor (sobre “C”), lo que tiene que dar lugar a la exclusión de su oferta.
- b) Si bien el PCAP prevé la decisión adoptada por el poder adjudicador de no valorar dicha información, también prevé hasta por dos veces (cláusulas 10 y 12 del PCAP) que si se produce dicho error se procederá a la exclusión de la oferta.
- c) Además de estar previsto en el PCAP, la exclusión es la única consecuencia válida y acorde con la LCSP, además de que la ponderación relativa al criterio de adjudicación que valora la información desvelada anticipadamente tiene la entidad suficiente como para alterar la puntuación total. A este respecto, el Informe Técnico pone de manifiesto la existencia del error por lo que podría ser un condicionante relevante a la hora de puntuar la memoria técnica.
- d) Finalmente, solicita que se anule y deje sin efecto la adjudicación recurrida, acordando la exclusión de la adjudicataria y la adjudicación del contrato a la UTE recurrente por ser los candidatos que han formulado la segunda oferta económicamente más ventajosa en su conjunto.

SÉPTIMO: Alegaciones de ENVISER

ENVISER se opone al recurso sobre la base de los siguientes argumentos:

- a) La cláusula 15 del PCAP establece expresamente que no se valorará ninguna información sujeta a criterios automáticos que se hubieran incluido en la



Memoria técnica (criterio objetivo), sin hacer ninguna referencia a la exclusión de los licitadores.

b) La recurrente, con su interesada interpretación de los pliegos pretende una impugnación indirecta de éstos.

b) Aplicar una sanción distinta a la prevista en la cláusula 15 del PCAP llevaría a una interpretación del pliego en contra de su contenido natural y no cabe trasladar a los licitadores la carga de acertar e integrar la voluntad del poder adjudicador mediante la interpretación de cláusulas oscuras o contradictorias.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con las siguientes alegaciones:

a) En las cláusulas 12 y 15 de los pliegos que rigen la licitación se indican los criterios a seguir por parte del órgano de contratación en relación con la inclusión por parte del licitador de información o documentación a valorar en el sobre que contiene los criterios evaluables a través de fórmulas. Atendiendo al contenido de dichas cláusulas, la Mesa de contratación considera que el licitador no incurre en error al incorporar documentación, sino que aporta información puntual referente a un criterio a evaluar mediante fórmula, por lo que resulta de aplicación la cláusula 15, no valorándose esta información en el sobre siguiente.

b) No queda demostrado que ENVISER albergara la voluntad o intencionalidad de romper el equilibrio de igualdad de trato e imparcialidad en el proceso al facilitar información puntual y dicho error no impide que el órgano de contratación haya podido evaluar las ofertas de forma objetiva e imparcial.



NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis del recurso debe partir de lo establecido en los pliegos que rigen la licitación, que por no haber sido impugnados en tiempo y forma vinculan al poder adjudicador y a los participantes en el procedimiento de adjudicación:

CLÁUSULA 10ª. PRESENTACIÓN, FORMA Y CONTENIDO DE LAS PROPOSICIONES

(...)

- SOBRE ELECTRÓNICO “C” (DOCUMENTOS A VALORAR CONFORME A UN JUICIO DE VALOR): contendrá documentación exigida y relativa a los criterios de adjudicación apreciables mediante juicio de valor que deban ser objeto de evaluación previa. En ningún caso deberán incluirse en este sobre documentos propios del sobre “B”.

(...)

CLÁUSULA 12ª. CALIFICACIÓN DE LA DOCUMENTACIÓN, APERTURA DE PROPOSICIONES Y REQUERIMIENTO DE DOCUMENTACIÓN

(...)

2.- Apertura y examen del sobre “C”

(...)

Se excluirá del procedimiento de licitación a aquellas licitadoras que no cumplan las condiciones técnicas exigidas y las que incorporen documentación que deba ser objeto de evaluación mediante la aplicación de fórmulas (sobre “B”).

(...)

CLÁUSULA 15ª. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

(...)

3. CONDICIONES MEDIOAMBIENTALES: Hasta 14 puntos

A.1) Se valorará las siguientes certificaciones: Hasta 6 puntos

(...)

A.1.3) Vehículos no obligatorios con unas emisiones de gases media superior a EURO 5. 1 punto por cada vehículo hasta un máximo de 2 puntos (2 puntos)

(...)

B) CRITERIOS EVALUABLES MEDIANTE JUICIOS DE VALOR: Hasta 33 puntos

De los citados criterios, los dependientes de un juicio de valor y que se valorarán previamente a los de apreciación automática, son los siguientes:

1. MEMORIA TÉCNICA. Hasta 33 puntos

La empresa licitadora deberá presentar una memoria técnica que contendrá los siguientes apartados y que serán valorados. La empresa licitadora tendrá que tener en cuenta que toda aquella documentación o información que haga referencia a los criterios evaluables



objetivamente (sobre B) no podrán ser incluidos en la memoria técnica (sobre C), en caso de hacerlo, no se les valorará en el sobre B los aspectos que hayan incluido información en la memoria:

El motivo de recurso se basa en que la recurrente ha incluido en el Sobre nº C información que anticipa un contenido relativo a un criterio de adjudicación evaluable mediante la aplicación de una fórmula. A la vista de las cláusulas reproducidas y de la información obrante en la oferta de la adjudicataria las valoraciones de este OARC / KEAO sobre la cuestión suscitada son las siguientes:

a) Sobre la valoración separada de los criterios de adjudicación

Sobre esta cuestión se expondrá en primer lugar la doctrina general de este Órgano para después contrastarla con el caso concreto.

a 1) Doctrina general sobre la finalidad de la valoración separada y el alcance de su infracción

El OARC / KEAO sostiene (ver, por todas, su Resolución 14/2021) que la finalidad de la evaluación separada y sucesiva de ambos tipos de criterio es evitar que el conocimiento de los aspectos de la oferta evaluables mediante fórmulas condicione los juicios de valor que necesariamente habrán de emitirse para aplicar los criterios de adjudicación no sujetos a la aplicación de fórmulas. Es decir, se busca la objetividad en el juicio de valor, que podría verse comprometida si quien tiene que configurarlo conoce total o parcialmente el resultado de la evaluación de los criterios automáticos, pues en ese caso podría darse una valoración que, conscientemente o no, compensara las puntuaciones resultantes de dicha evaluación en favor o perjuicio de alguna empresa. El sistema anula también el denominado «efecto halo» en la atribución de puntuaciones al separar radicalmente la valoración de cada tipo de criterio, impidiendo, por ejemplo, que quien efectúa el informe técnico tienda a sobrevalorar la calidad de una oferta que objetivamente no merece una alta puntuación en este apartado porque sabe que también es la más barata. La sanción al licitador que infringe esta regla de presentación, de modo que posibilita el conocimiento prematuro de un aspecto evaluable mediante fórmula en perjuicio de una aplicación objetiva y no discriminatoria de los criterios de adjudicación, es la exclusión de la oferta, sin



que quepa que el órgano de contratación gradúe dicha consecuencia en atención a la buena fe del operador y sin que sea necesario probar la existencia de un daño efectivo a dicha objetividad (ver, en este sentido la Resolución 43/2019 del OARC/KEAO). No obstante, la infracción no puede ser meramente formal, sino material, de modo que sea apta o suficiente para comprometer la objetividad de la evaluación de las ofertas por dar a conocer datos que anticipan el resultado de la aplicación de los criterios sujetos a fórmula (ver, por ejemplo, la Resolución 157/2018 del OARC / KEAO). Siguiendo este criterio, este OARC/KEAO ha considerado que no infringía el secreto de la oferta la información que era de conocimiento directo por el órgano de contratación (ver, en este sentido la Resolución 68/2018) o que tiene una conexión lejana con el criterio de adjudicación de evaluación automática (ver, en este sentido las Resoluciones 100/2013 y 32/2018) o la información que es dispersa, parcial y genérica (ver la Resolución 125/2019) o cuando la información aportada es irrelevante (ver la Resolución 157/2018) o si ha sido provocada o inducida por una redacción oscura de la documentación contractual contraria al principio de transparencia (ver la Resolución 124/2019 y 14/2021).

a 2) Sobre la inclusión de un dato relativo a un criterio de adjudicación evaluable mediante fórmula en el Sobre C correspondiente a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor.

El núcleo del debate suscitado por el recurso es si la oferta de ENVISER ha de ser excluida por incluir en el sobre referido a los criterios discrecionales una información propia de los criterios evaluables mediante fórmulas. Ni ENVISER, ni el poder adjudicador niegan que la información referida a los vehículos no obligatorios con emisiones se halla incluido en el Sobre "C". Ello significa que quien ha valorado los criterios discrecionales ya conocía un dato que anticipaba el contenido de la propuesta relativa a los criterios automáticos, quedando así comprometida la objetividad de la valoración que el sistema de evaluación separada pretende preservar. Esta infracción es, por su propia naturaleza, insubsanable, pues no se refiere a un extremo dudoso de la proposición



precisado de aclaración, sino al conocimiento de su contenido en un momento procesal anterior al legalmente establecido.

b) Sobre la contradicción de las cláusulas del pliego y la infracción

Una vez concluido que ha existido una infracción de la valoración separada de la proposición, debe analizarse si la consecuencia de dicha infracción es en cualquier caso la exclusión de la oferta, que es lo solicitado por la recurrente, o, por el contrario, si debe prevalecer la cláusula que sanciona dicha infracción con la no valoración de la información desvelada de forma anticipada (cláusula 15 del PCAP). El análisis de esta cuestión debe partir del alcance del principio de transparencia.

b1) Sobre el alcance del principio de transparencia

De acuerdo con la doctrina mantenida por este Órgano (ver, por ejemplo, las Resoluciones 68 y 163/2018), el principio de transparencia impone una obligación de 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 con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes, puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2004, *Succhi di Frutta*, apartado 111, asunto C496/99P, ECLI:EU:C:2004:236). Esta obligación de transparencia (i) recae sobre el poder adjudicador, (ii) es un instrumento para que éste asegure el respeto a los principios de igualdad de trato y de no discriminación para conseguir la apertura a la competencia y el control de la imparcialidad del procedimiento de adjudicación y (iii) garantiza una publicidad adecuada a los potenciales licitadores, que son sus beneficiarios (véase en este sentido las sentencias del



TJUE de 7 de diciembre de 2000, asunto C-324/98, ECLI ECLI:EU:C:2000:669, apartados 61 y 62, y de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, ECLI: ECLI:EU:C:2005:605, apartado 49, así como la Resolución 44/2018 del OARC / KEAO). Consecuentemente, no cabe trasladar a los licitadores la carga de acertar a integrar la voluntad del poder adjudicador mediante la interpretación de cláusulas oscuras o contradictorias, con la grave consecuencia de la exclusión de su proposición si, a juicio del poder adjudicador que ha incumplido su obligación de transparencia, no tienen éxito en dicha tarea. En este sentido, es oportuno recordar el principio jurídico que impide que la oscuridad de una estipulación pueda perjudicar a quien no es responsable de ella (ver, por todas, la Resolución 120/2017 del OARC / KEAO y el artículo 1288 del Código Civil), especialmente si se tiene en cuenta que ni siquiera se trata de una cláusula insertada en un contrato bilateral ya perfeccionado, sino de las bases de un procedimiento elaboradas únicamente por el órgano de contratación y cuya finalidad es precisamente la selección de la contraparte del negocio jurídico. Consecuentemente, una vez acreditado que el poder adjudicador ha incumplido la obligación de transparencia que le atañe, no es necesario ni adecuado que este Órgano, por vía interpretativa, fije cuál es el significado que debe darse a la documentación contractual, pues tal determinación en ningún caso podría concluir en reprochar al adjudicatario impugnado su impericia en la misma tarea y mucho menos con un corolario tan drástico como la exclusión del procedimiento. Sin embargo, no es menos cierto que el esfuerzo de transparencia debe dirigirse a operadores razonablemente informados y normalmente diligentes, los cuales pueden, por ejemplo, llegar a compensar las imprecisiones de los pliegos con una lectura atenta de los mismos o mediante consultas dirigidas al poder adjudicador (ver, por todas, la Resolución 140/2017 del OARC / KEAO y la jurisprudencia europea que en ella se cita).

b 2) la contradicción en el PCAP sobre el alcance de la infracción

Ninguna de las partes niega la contradicción existente entre la cláusula 12 del PCAP, que manifiesta que en la valoración y examen del sobre “C” se excluirá



del procedimiento de licitación a aquellas licitadoras que incorporen documentación que deba ser objeto de evaluación mediante la aplicación de fórmulas (sobre “B”), y la cláusula 15 del PCAP que, en el epígrafe correspondiente al contenido de la “Memoria técnica” a incluir en el sobre “C”, manifiesta que si se incluye en este último sobre documentación o información que haga referencia a los criterios evaluables objetivamente (sobre “B”) no se valorará dicha información en la evaluación del sobre “B”.

Contrastada la doctrina expuesta en el apartado b.1) anterior con la literalidad de las cláusulas cuya contradicción no niega ninguna de las partes, este Órgano considera lo siguiente:

- 1) Este OARC/KEAO ha manifestado en pronunciamientos anteriores que una determinación del procedimiento de adjudicación cuya infracción puede suponer una consecuencia tan relevante como la exclusión de la proposición, debe estar claramente consignada en los pliegos de la licitación y, en virtud del principio de transparencia, ser suficientemente clara como para ser interpretada de la misma forma por todos los licitadores mínimamente diligentes, lo que aquí no sucede (ver las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18/10/2001, asunto C-19/00, de 24/11/2005, asunto C-331/04, y de 12/11/2009, asunto C-199/07 y las Resoluciones 067/2014 y 14/2021 del OARC / KEAO).
- 2) En el supuesto que nos ocupa, la contradicción es clara y evidente y la sanción que impone el PCAP a la oferta que incorpore en el sobre con información a evaluar mediante criterios de adjudicación sujetos a juicios de valor información a evaluar mediante fórmula no es ni clara, ni transparente, en contra de lo dispuesto en el artículo 1 de la LCSP.
- 3) La consecuencia de esta contradicción no puede ser la exclusión de la propuesta, que es la sanción más grave de las previstas en el PCAP, sino aquella más favorable a quien ha incurrido en el error que se denuncia.



Téngase en cuenta que la revelación de la información sujeta a evaluación mediante una fórmula se ha efectuado en la “Memoria técnica” y que en la cláusula 15 del PCAP en la que se especifica el contenido de dicho documento, no figura la sanción de exclusión para el supuesto de que se produzca dicha incidencia, sino que expresamente prevé la no valoración de dicha información en la siguiente fase de evaluación de la oferta.

c) Conclusión

La consecuencia de lo expuesto en los apartados anteriores debe ser la de la desestimación del recurso.

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:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las empresas GSM MEDIOAMBIENTE, S.A., FCC MEDIO AMBIENTE S.A.U. y VALORIZACIÓN Y TRATAMIENTO DE RESIDUOS A.A. contra el acuerdo de adjudicación del contrato “Servicio de limpieza viaria de Urduliz”, tramitado por el Ayuntamiento de Urduliz.

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

TERCERO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP, levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.



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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2021eko urriaren 21a

Vitoria-Gasteiz, 21 de octubre de 2021