



EB 2018/002

Resolución 028/2018, de 28 de febrero de 2018, 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 la empresa FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. contra la adjudicación del contrato “Servicio de recogida de fracción resto y envases de residuos municipales y transporte a centro de tratamiento”, tramitado por la Cuadrilla de Laguardia-Rioja Alavesa.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 26 de diciembre de 2017, la empresa FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. (en adelante, FCC) interpuso en el registro del Órgano de contratación un recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato “Servicio de recogida de fracción resto y envases de residuos municipales y transporte a centro de tratamiento”, tramitado por la Cuadrilla de Laguardia-Rioja Alavesa. El recurso causó asiento de presentación en el libro registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC / KEAO), el 3 de enero de 2018.

SEGUNDO: Con fecha 10 de enero se solicitó al poder adjudicador que remitiera el expediente, que se recibió en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC / KEAO) el día 11 de enero. No se ha remitido el informe al recurso emitido por el órgano de contratación al que se refiere el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del sector Público (en adelante, TRLCSP).



TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 11 de enero, se han recibido las alegaciones de VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A. en adelante (en adelante, VALORIZA) el día 18 de enero.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación de la empresa recurrente, así como la representación de D. A. M. P. para actuar en su nombre.

SEGUNDO: El artículo 40.2 c) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

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

CUARTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Cuadrilla de Laguardia-Rioja Alavesa tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 del TRLCSP.

QUINTO: La empresa alegante considera que este OARC/KEAO no es competente para la tramitación y resolución del recurso y, en consecuencia, debe inadmitirlo, pues el contrato es calificado de gestión de servicio público por sus pliegos rectores, los cuales han sido admitidos por la recurrente, que ha participado en el procedimiento de adjudicación sin haberlos impugnado, y el valor estimado del contrato es inferior al umbral de 5.225.000 €, establecido en el art. 8.1 de la Directiva 2014/23, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; cuantía a partir de la cual se sujetan al recurso especial las decisiones adoptadas en estos tipos contractuales.

Este OARC/KEAO, no comparte esta apreciación. Es doctrina reiterada (expuesta, por ejemplo, en sus Resoluciones 16/2014, 21/2015, 47/2015 y 75/2016) que el OARC / KEAO, a la hora de comprobar si un contrato está incluido en el ámbito del recurso especial –es decir, a hora de verificar su propia competencia–no está vinculado por la denominación que le haya dado



el órgano de contratación al aprobar los pliegos, sino que debe atender a la naturaleza del contrato y contrastarla con la legislación contractual y, en su caso, con las directivas europeas de contratación pública, cuyas definiciones de cada tipo contractual el TRLCSP incorpora en sus artículos 6 y siguientes.

En este mismo sentido se pronuncia el TSJPV en su sentencia nº 352/2015, de 20 de julio de 2015, (ECLI: ES:TSJPV:2015:2401) al afirmar que

(...) lo primero que va a destacar esta Sala es que no cabe compartir el enfoque del municipio recurrente en torno al primero de esos puntos, entendiendo que el OARC, por el hecho de admitir el recurso, esté revisando y dejando sin efecto la cláusula primera del PCAP y los propios pliegos que concebían el contrato como de naturaleza administrativa especial, fuera ya de toda posibilidad de impugnarlos.

Antes bien, lo que debe apreciarse es que, -más allá de toda iniciativa de oficio que altere las pretensiones ejercitadas, como luego se abundará-, cualquier órgano de justicia administrativa y, en todo caso, aquellos a los que se asignan cometidos revisores especiales delegados con estatuto de autoridad independiente, puede y debe fijar su propia competencia al margen de nominalismos utilizados por las actuaciones recurridas y atenerse a la verdadera índole y objeto de la pretensión sin quedar vinculado por la actuación de los propios poderes y organismos sujetos a control y fiscalización, que pudiera vaciar de contenido el régimen de impugnación. Así lo ha hecho en este caso el referido OARC-KEAO, (luego se examinará si con acierto) al fin básico y primordial de fijar y definir la competencia que se afirmaba por la sociedad mercantil impugnante y de decidir sobre la viabilidad del objeto pretendido, sin que esa instrumental apreciación implique alcance inicial anulatorio de cláusula alguna.

En lo que respecta a la calificación del contrato como de concesión de servicios o de servicios, en la Resolución 007/2018 este OARC/KEAO afirmaba que Resulta sobradamente conocido que la diferencia entre un contrato público de servicios y un contrato de concesión de servicios, que pueden tener un objeto contractual idéntico, radica en la contrapartida de la prestación del servicio; en el primero es un precio, mientras que en el segundo, la contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago (art. 5.1.b) de la Directiva 2014/23 relativa a la adjudicación de contratos de concesión). La característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o los servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico (el riesgo de demanda, el de suministro o ambos) que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en



condiciones normales de funcionamiento, si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador (considerando 18 de la Directiva 2014/23).

Consecuentemente, para apreciar si existe transferencia de un riesgo operacional de carácter económico, hace falta analizar las cláusulas contractuales que contienen el régimen de remuneración al contratista, en concreto, la cláusula vigesimoséptima del PCAP, que dice lo siguiente:

El abono del canon se realizará mensualmente, prorrateando entre 12 meses el importe anual ofertado, previa certificación de los trabajos, contra presentación de factura, en los plazos resultantes del régimen establecido en la normativa vigente. Esta fecha deberá ser posterior al último día del mes al que se refiera la prestación facturada.

En dicha certificación se incluirán igualmente los servicios extraordinarios prestados valorados conforme a lo establecido en este Pliego.

En este caso concreto, el poder adjudicador garantiza al adjudicatario el abono de las cantidades ofertadas por la prestación del servicio y no costa ninguna estipulación que permita concluir que el contratista asuma el “riesgo operacional” del negocio, pues no le afectan los riesgos de demanda o de suministro; ver por ejemplo, las Resoluciones 76/2014 y 47/2015 del OARC / KEAO, el Acuerdo 52/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, el informe 23/2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10/9/2009, asunto C-206/08, ECLI:EU:C:2009:540, de 10/3/2011, asunto C-274/09, ECLI:EU:C:2011:130 y de 10/11/2011, asunto C-348/10, ECLI:EU:C:2011:721).

En definitiva, las características citadas permiten descartar que el contrato impugnado sea un contrato de concesión de servicios y lo sitúan en la modalidad prevista en el artículo 10 TRLCSP, lo que, habida cuenta de su valor estimado, lo incluye en el ámbito objetivo del recurso especial.

Por todo ello, el recurso debe admitirse a trámite



SEXTO: El recurso se basa en los argumentos que a continuación se resumen:

- a) Utilización de criterios secundarios de adjudicación no reflejados ni ponderados en el PCAP.
- b) Valoración de las mejoras en función de su valoración económica, lo cual no estaba previsto en el PCAP.
- c) Arbitrariedad del informe técnico.
- d) VALORIZA (adjudicatario impugnado) ha aportado en fase de aclaraciones la cuantificación económica de sus mejoras, lo cual supone una alteración de los términos de su oferta.
- e) La pretensión del recurso es el de la anulación de la adjudicación, ordenando que se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a la redacción de los pliegos que rigen la licitación.

SÉPTIMO: Las alegaciones de VALORIZA (adjudicataria impugnada) son las siguientes:

- a) El informe de valoración emite un juicio de valor. La recurrente no expone qué subcriterios no previstos se han utilizado.
- b) No se aprecia arbitrariedad en el informe de valoración. Lo que pretende la recurrente es que se le valoren unas mejoras de su oferta que no son tal, porque son de obligado cumplimiento.
- c) Con la cuantificación de las mejoras se ha tratado de proveer al órgano de contratación de argumentos que le permitan llegar a la convicción de que la oferta presentada se podía llevar a cabo. Los pliegos del contrato en ninguno de sus apartados exigen la valoración de las mejoras.

OCTAVO: El motivo impugnatorio referido a la valoración de las mejoras en función de su importe económico y el de la improcedencia de aportar en fase



de aclaraciones de la oferta de documentos que supongan modificar el contenido de la misma se hallan íntimamente ligados, razón por la que comenzaremos el análisis del recurso por ellos.

La cláusula décima del PCAP, en relación con el criterio de adjudicación valorable mediante un juicio de valor “mejoras” dispone lo siguiente:

II. Cuantificables mediante juicios de valor:

- **Programa de gestión:**

(...)

Se puntuará hasta un máximo de 19 puntos. Las mejoras ofertadas por las empresas licitantes referentes a aspectos como el mantenimiento y limpieza de contenedores, campañas de concienciación dirigidas a la población, servicios extraordinarios, renovación anual del parque de contenedores que mejore la obligación contractual en este aspecto, etc.

Por su parte, la cláusula decimosegunda del PCAP, referida a la documentación a aportar en el (SOBRE 2) denominado Documentación para la evaluación de los criterios cuantificables mediante juicios de valor, dispone lo siguiente:

- (SOBRE 2) denominado Documentación para la evaluación de los criterios cuantificables mediante juicios de valor, y que contendrá el Proyecto de Gestión del Servicio, documento en el que se detallen y justifiquen los siguientes aspectos para cada una de las soluciones presentadas:

(...)

- Mejoras propuestas al Servicio, referidas al mantenimiento y limpieza de contenedores, campañas de concienciación a la población, servicios extraordinarios, etc.

Del examen de las citadas cláusulas se desprende que el PCAP establece el criterio de adjudicación de “Mejoras” como evaluable por la aplicación de criterios de juicios de valor, sin establecer ningún método específico de ponderación.



Es de señalar que VALORIZA, siguiendo las instrucciones del PCAP, que no lo exigían, no presentó junto con su oferta una valoración económica de las mejoras ofertadas, la cual fue aportada al expediente, por requerimiento del poder adjudicador, con posterioridad a la apertura del sobre que contiene la parte de la oferta evaluable conforme a criterios sujetos a juicio de valor. Concretamente, la sucesión temporal de los diversos actos del procedimiento de adjudicación relevantes para la cuestión planteada, son los siguientes:

.- Con fecha 2 de marzo de 2017 se efectúa la apertura pública del Sobre 2, que contiene el Plan de gestión y las mejoras ofertadas por las empresas licitadoras.

.- Con fecha 16 de mayo de 2017 el poder adjudicador solicita a VALORIZA la cuantificación económica de las mejora, comunicándole expresamente que (...) En la aclaración debe quedar reflejada una partida económica a cada actuación de mejora, para así poder valorarla adecuadamente, además de detallar lo máximo posible cada actuación. Si no se detallaran las actuaciones no se podrá valorar la mejora y puede entenderse como desproporcionada la partida económica vinculada a la misma.

.- La valoración de las mejoras es entregada por VALORIZA al poder adjudicador el 23 de mayo de 2017.

.- El Informe de valoración de los criterios cuantificables mediante juicios de valor es emitido el 26 de junio de 2017 (páginas 125 y 126 del expediente remitido) y en el consta que la valoración de las mejoras se ha efectuado conforme a la valoración económica de las mismas efectuada por las licitadoras y corregida por el poder adjudicador. En concreto, señala lo siguiente:

El cálculo de la puntuación se ha realizado a través de la aplicación de la siguiente fórmula:

$$\text{Puntos de las mejoras a calcular} = \text{Puntuación máxima} \times \frac{\text{Total de la valoración económica ANUAL realizada por la cuadrilla}}{\text{Total de la valoración económica ANUAL MÁS ALTA realizada por la Cuadrilla}}$$



En relación con la solicitud de aclaraciones de ofertas imprecisas o que no se ajustan a las prescripciones técnicas solicitadas el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha manifestado que, excepcionalmente, los datos relativos a la oferta pueden corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta. En el ejercicio de la facultad de apreciación de que dispone así el poder adjudicador, este último está obligado a tratar a los diferentes candidatos del mismo modo y con lealtad, de manera que, al término del procedimiento de selección de las ofertas y en vista de los resultados de éste, no pueda concluirse que la petición de aclaraciones benefició o perjudicó indebidamente al candidato o candidatos que la recibieron. (STJUE de 29/3/2012, asunto C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191, apartados 40 y 41).

Por ello, siguiendo esta jurisprudencia, este OARC/KEAO ha manifestado que el principio general es el de la imposibilidad de subsanar las imprecisiones o los errores de la documentación de la oferta técnica o económica (ver, en este sentido la Resolución 23/2018) y únicamente de forma excepcional ha admitido tal posibilidad siempre que se respeten los principios de proporcionalidad e igualdad de trato entre los licitadores y con el límite de que ello no conlleve la modificación o negociación de la oferta (ver, en este sentido las Resoluciones 6/2011, 10/2011, 57/2012, 106/2015, 22/2017).

Partiendo de estos parámetros se observa que el poder adjudicador, una vez realizada la apertura de los sobres que contienen los criterios evaluables mediante juicio de valor, procedió a solicitar una información a la adjudicataria impugnada, cuya presentación no se requería en los pliegos de la licitación, advirtiéndole que la partida económica era necesaria para una adecuada valoración de la oferta; información que al final del procedimiento ha sido relevante para determinar la oferta económicamente más ventajosa. Téngase en cuenta que el licitador aporta una información nueva, que no figura ni siquiera de forma indirecta en su oferta, y que, si bien con las correcciones del poder adjudicador, es la que será tomada como base para la ponderación de



uno de los criterios de adjudicación. A juicio de este OARC/KEAO, facilitar información nueva sobre un aspecto de la oferta y que esta información constituya la base sobre la que se pondera el criterio de “mejoras”, equivale a conceder a uno de los licitadores la oportunidad de recomponer los datos de su oferta, lo cual constituye una negociación de los términos de la oferta contractual, y esta posibilidad se halla terminantemente prohibida en el procedimiento de adjudicación abierto (art. 157 TRLCSP).

No altera esta apreciación el que el poder adjudicador corrija esta valoración económica porque, en todo caso, esta corrección se basa en la valoración aportada por el licitador con posterioridad a la apertura de los sobres que contiene la oferta evaluable mediante juicios de carácter subjetivo y, en el peor de los casos, equivale a afirmar que nos hallamos ante una conducta arbitraria del poder adjudicador que se arroga la potestad de modificar la valoración económica conforme a su propio criterio. En todo caso, este actuar no puede ampararse en la discrecionalidad técnica pues, como repetidamente ha indicado este OARC/KEAO, esta potestad tiene el límite de la interdicción de la arbitrariedad (ver, en este sentido, entre otros, Resolución 99/2017 y 141/2017).

La estimación del recurso en lo que a este motivo de impugnación se refiere hace innecesario el análisis del resto de los motivos.

NOVENO: Tras conocerse y haberse valorado la oferta conforme a los criterios sujetos a fórmula no se puede volver a realizar una nueva evaluación de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor, pues no podría ya garantizarse la objetividad en la valoración y el tratamiento igualitario entre los licitadores, que es lo que se pretende preservar el artículo 150.2 TRLCSP mediante la evaluación separada de ambos tipos de criterios de adjudicación.

La pretensión de la recurrente consiste en la anulación del acuerdo de adjudicación y la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la redacción de los pliegos que rigen la licitación. No obstante, este OARC/KEAO considera que el momento al que se deben retrotraer las actuaciones no ha de



ser forzosamente el de la redacción de los pliegos, pues ningún reproche a ellos ha efectuado el recurrente, pudiendo optar el órgano de contratación por redactar unos nuevos o por reiniciar un nuevo procedimiento de adjudicación con base en los mismos pliegos.

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, la 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 la empresa FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. contra la adjudicación del contrato “Servicio de recogida de fracción resto y envases de residuos municipales y transporte a centro de tratamiento”, tramitado por la Cuadrilla de Laguardia-Rioja Alavesa, anulando el acuerdo de adjudicación del contrato y cancelando la licitación en los términos señalados en el fundamento jurídico noveno de esta resolución.

SEGUNDO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del 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, 2018ko otsailaren 28a

Vitoria-Gasteiz, 28 de febrero de 2018