



EB 2018/010

Resolución 031/2018, de 6 de marzo 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 ANSAREO SANEAMIENTO Y SERVICIOS, S.A. contra la adjudicación del contrato “Recogida de residuos, limpieza viaria y desratización, desinfectación y desinsectación del municipio”, tramitado por el Ayuntamiento de Sestao.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 18 de enero de 2018, la empresa ANSAREO SANEAMIENTO Y SERVICIOS, S.A. (en adelante, ASASER) interpuso un recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato “Recogida de residuos, limpieza viaria y desratización, desinfectación y desinsectación del municipio”, tramitado por el Ayuntamiento de Sestao.

SEGUNDO: El mismo 18 de enero se solicitaron 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), documentación que se recibió en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC / KEAO) el día 22 de enero.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 22 de enero, se han recibido el día 29 de enero las alegaciones de UTE RSU SESTAO (FCC – GSM) y las de VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la representación de D. S.A.A., que actúa en nombre de la recurrente. Por lo que se refiere a la legitimación, la UTE RSU y el poder adjudicador consideran que la recurrente carece de ella porque su oferta quedó clasificada en cuarto lugar, lo que indica que no consta el interés tangible que caracteriza dicha legitimación, pues no puede obtener la adjudicación del contrato. A juicio de este OARC / KEAO, no puede negarse la legitimación de ASASER. Téngase en cuenta que, aunque es cierto que su oferta tiene por delante varias proposiciones mejor valoradas, la pretensión incluye la nulidad de toda la licitación o la exclusión de todos los licitadores (incluida la propia ASASER), lo que implicaría la declaración de desierta de la licitación. En ambos casos, se abriría la opción de que el recurrente pudiera presentar una nueva oferta en un más que probable nuevo procedimiento, ya que el objeto del contrato es la prestación de un servicio continuado imprescindible y habitualmente externalizado. Indudablemente, ello mejoraría claramente su actual situación de licitador no adjudicatario, lo que constituye un interés tangible suficiente para basar su legitimación activa (ver, por ejemplo, la Resolución 137/2017 del OARC / KEAO y la sentencia del TJUE de 4 de junio de 2013, asunto C-100/12, Fastweb, ECLI:EU:C:2013:448, en ella citada).

SEGUNDO: 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. En este sentido, se observa que, como admite el propio Ayuntamiento, la notificación del acto impugnado contenía un error al indicar la vía de recurso procedente, pues señalaba el recurso de reposición. De acuerdo con una reiterada doctrina (ver, por ejemplo, la Resolución 120/2017 del OARC / KEAO y las resoluciones y jurisprudencia que en ella se citan), en los supuestos de notificaciones que



contengan información procedimental errónea debe aplicarse el principio de que tales defectos no pueden perjudicar al particular, debiendo tenerse por interpuesta en plazo y procedente la actuación ante la instancia correcta cualquiera que sea el momento en el que se produzca.

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

SEXTO: Como la propia recurrente reconoce, los motivos de recurso y la pretensión solicitada coincide sustancialmente con los del recurso interpuesto por la empresa CESPAS sobre el mismo acto (EB 2018-001), resuelto mediante la Resolución 27/2018 de este OARC / KEAO; de hecho, el propio recurrente se remite, para basar su impugnación, a dicho recurso. En resumen, se alega que los criterios de adjudicación aplicados incluyen ponderaciones que no se corresponden con los fijados en los pliegos y que todas las ofertas incumplen las prescripciones técnicas, por lo que debieron excluirse.

SÉPTIMO: La UTE RSU alega, en síntesis, que la valoración de los criterios y subcriterios de adjudicación ha respetado los pliegos de la licitación, que son muy detallados, y que no hay incumplimientos expresos de las prescripciones técnicas que justifiquen las exclusiones que solicita la recurrente; de hecho, las “desviaciones” de las que habla el informe técnico se refieren a la mayor o menor calidad de las proposiciones, y no a incumplimientos de dichas prescripciones.

OCTAVO: Por su parte, VALORIZA se remite a las alegaciones que presentó en el procedimiento de resolución del recurso EB -2018-001, entendiendo que su oferta no debe ser excluida pero sí las de los demás licitadores mejor clasificados que ella.

NOVENO: En síntesis, el poder adjudicador entiende que la valoración de los criterios de adjudicación está amparada por la discrecionalidad técnica y respeta lo dispuesto en los pliegos y que las “desviaciones” de las que habla el



informe técnico no son incumplimientos sino aspectos de la proposición penalizados.

DÉCIMO: Por lo que se refiere al primero de los motivos de recurso, la incorrecta aplicación de los criterios de adjudicación, es aplicable la fundamentación que este OARC / KEAO empleó para desestimar el mismo reproche en el recurso de CESP (al cual se remite ASASER), y que se reproduce a continuación:

“Por lo que se refiere a la alegación de que el informe técnico que sustenta la motivación aplica indebidamente los criterios de adjudicación discrecionales, debe partirse de la doctrina de este Órgano sobre los llamados subcriterios, que son cada uno de los criterios de adjudicación secundarios en los que se divide un criterio de adjudicación conceptualmente más amplio. De dicha doctrina (ver, por ejemplo, la Resolución 18/2015 del OARC / KEAO) se deduce que, cuando el poder adjudicador ha decidido insertar en los pliegos un criterio de adjudicación dividido en varios subcriterios sin repartir entre ellos la puntuación global atribuida a dicho criterio, es posible que sea el órgano que valore las ofertas quien efectúe dicho reparto, siempre y cuando no se modifiquen los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego, no se introduzcan elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación y siempre que no se adopte la decisión teniendo en cuenta factores que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de noviembre de 2005, asunto C-331/04, ECLI:EU:C:2005:718).

En el caso analizado, se observa que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) contiene en su apartado 14 (página 26) una descripción del sistema de valoración de las ofertas, explicando de modo abstracto o genérico qué debe contener cada una de ellas para alcanzar las calificaciones preestablecidas (cuatro calificaciones, desde “Insuficiente” hasta “Muy bueno – excelente”) y los intervalos de puntuación que pueden obtenerse en cada una de ellas. Además, cada criterio de adjudicación se divide en varios subcriterios, a los cuales se les atribuye también una parte de la puntuación global; los citados subcriterios se dividen, a su vez, en “factores a tomar en consideración”, que están descritos con cierto detalle y que no tienen una atribución de puntuación.

El informe de valoración pormenoriza la tabla de baremación (por ejemplo, distinguiendo entre “Muy bueno” y “Excelente”) y los intervalos de puntuación correspondientes (dividiendo los tramos del pliego). En ambos casos, se respeta lo establecido en el PCAP, si bien descendiendo a un nivel de detalle más preciso. Además, se observa que, para la aplicación de los criterios de adjudicación, el citado informe hace referencia a aspectos concretos de las



ofertas, emite juicios de valor relacionados con dichos criterios y atribuye en consecuencia la puntuación correspondiente, siendo todo ello sustancialmente coherente (ver, por ejemplo, la Resolución 139/2017 del OARC / KEAO). Consecuentemente, este órgano entiende que la evaluación es correcta y que no se ha abusado de la discrecionalidad técnica, ya muy delimitada por el fondo parcialmente reglado que suponen unos pliegos muy minuciosos. Frente a esta actuación del poder adjudicador, el recurrente no acredita que éste haya querido discriminarle ni que se hayan desvirtuado los pliegos. Más allá de una declaración formal, tampoco prueba el recurso que la valoración haya transcurrido por una vía que, de haberse conocido por los licitadores, hubiera podido suponer que las proposiciones tuvieran otro contenido. La alegación de que, a falta de asignación en los pliegos de una puntuación concreta para cada subcriterio solo cabe entender que la puntuación global del criterio se reparte igualitariamente entre todos ellos no tiene ninguna base legal, pues significa condicionar la aplicación de un criterio sujeto a juicio de valor, en el que el órgano de contratación cuenta con un margen de discrecionalidad, con una regla que los pliegos, muy detallados, no han querido fijar; cuestión distinta sería si el reparto elegido en el informe técnico fuera cabalmente sorprendente para las empresas pero, como ya se ha dicho, tal cosa ni consta ni se ha probado. Por todo ello, el motivo de impugnación debe desestimarse.”

UNDÉCIMO: El otro motivo de impugnación se refiere a la exclusión de todas las ofertas participantes en el procedimiento (incluida la del recurrente) por incumplir alguna de las siguientes prescripciones del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT): (i) la no inclusión de la limpieza de determinados viales o zonas, (ii) destinar a la prestación del servicio un número de operarios inferior al mínimo establecido en el PPT, (iii) planificar servicios de limpieza en domingo y festivos.

En relación con la planificación de servicios de limpieza en domingos y festivos, la Resolución 27/2018 del OARC / KEAO señalaba lo siguiente:

La cláusula 10.1.7. bajo el epígrafe de “Zonificación, frecuencia, turnos y horarios del servicio de limpieza ordinaria”, dice así:

“(…)

En aplicación de la Ordenanza de Medio Ambiente de Sestao para la regulación de la Emisión de Ruidos y Vibraciones, aprobada por el Ayuntamiento Pleno, en sesión celebrada el 25 de noviembre de 2003, y en base a su artículo 13.- Trabajos en la vía pública y edificación, los horarios de prestación del servicio quedan restringidos al siguiente horario máximo, que se



deberá estar identificado en el correspondiente “Plan de Limpieza, ordinaria, especial y excepcional, de la vialidad y de otros espacios libres de edificación”:

- *Turno de noche: Como norma general, está prohibido, salvo casos excepcionales, de emergencias o determinadas fechas de festejos o eventos, y siempre previa autorización del Ayuntamiento. Está estipulado desde las 22:00 horas hasta las 8:00 horas, en días laborables y desde las 23:00 horas hasta las 9:00 horas los días vísperas de festivos y festivos.*
- *Turno de mañana: Desde las 8:00 horas hasta las 15: 00 horas en días laborables, y desde las 9:00 horas hasta las 16:00 horas los días víspera de festivos. En días festivos no está autorizado, salvo circunstancias excepcionales.*
- *Turno de tarde: Desde las 15:00 horas hasta las 22:00 horas en días laborables y desde las 16:00 horas hasta las 23:00 horas en días víspera de festivos. En días festivos no está autorizado, salvo circunstancias excepcionales. “*

Esta cláusula es clara en el sentido de establecer que la prohibición es, tanto en el turno de mañana como en el de tarde (...) *Salvo circunstancias excepcionales;* además, cuando se menciona la prohibición de los servicios en turno de noche, también se exceptúan (...) *determinadas fechas de festejos o eventos, y siempre previa autorización del Ayuntamiento.* Por ello, no se trata de una exclusión absoluta y no es tan taxativa como para justificar una consecuencia tan grave como la exclusión, sin perjuicio de que pueda fundamentar una minoración de la calificación de la oferta o la consideración de que no es una aportación puntuable.”

Por lo tanto, debe descartarse que el hecho de que las ofertas incluyan la planificación de servicios de limpieza en domingos y festivos pueda considerarse motivo de exclusión. De los otros dos motivos, se observa que a la oferta de la empresa VALORIZA, además de esta supuesta infracción cuya inexistencia ya se ha constatado, se le reprocha, en el recurso de CESP A al que el actual recurrente se remite, la siguiente:

▪ **Limpieza de parterres y zonas ajardinadas en los Niveles 1-4.**

La oferta de VALORIZA no cumple lo establecido en las cláusulas 2.16.1 y 10.1.6.2.4 del PPT a que nos hemos referido al tratar de los incumplimientos de UTE FCC – GSM, y así lo refleja el Informe (página 16).



“VALORIZA: No indica en N-1 y N-2, aunque amplía (5/7) en N-3 y N-4, pero existe DESVIACIÓN porque no incluye jardines y parterres”.

Y anteriormente el propio informe indica que para el Nivel 1:

“Existe DESVIACIÓN al no incluir la limpieza de parterres y zonas ajardinadas que son preceptivos”.

El PPT es el documento que contiene la descripción del objeto del contrato para que las empresas puedan decidir si están interesadas en el mismo, contiene los términos en los que la Administración desea obligarse con el adjudicatario, y refleja las necesidades que se pretenden satisfacer mediante la celebración del contrato (en este sentido, la Resolución 126/2017 del OARC/KEAO). En lo que al recurso que nos ocupa se refiere, cabe afirmar que el citado documento no contiene una cláusula suficientemente taxativa que permita tomar de forma proporcionada una decisión tan drástica como la exclusión de la proposición, pues en la misma cláusula 2.16.1 del PPT a la que alude el recurso, en el folio 965 del expediente, se excluye expresamente de la “limpieza de pavimentos” la limpieza de “papeleras, restante mobiliario urbano, caminos, sendas, y pavimentos ajardinados o parterres, correspondientes a los jardines y parterres de espacios libres de uso público del municipio, que se encuentren incluidos en la deficiencia de los objetos y ámbitos de prestación del “contrato del servicio de mantenimiento y limpieza de parques, jardines, zonas verdes y arbolado.” y en la cláusula 10.1.6.2.4., que contiene las prescripciones de la “Limpieza de zonas ajardinadas”, se excluyen de su ámbito las zonas que estuvieran incluidas en el contrato de mantenimiento de jardinería.

Además, a juicio de este OARC / KEAO, y como ya alegó VALORIZA en el procedimiento del recurso EB 2018-001, al que ahora se remiten sus alegaciones en el presente procedimiento, su oferta incluye (ver, por ejemplo, la página 5 del tomo 2 del Libro 1 y la página 5 del tomo 4 del Libro 3 de la oferta técnica) la limpieza de los parterres y zonas ajardinadas.

Dado que hay, al menos, una oferta calificada como más ventajosa que la del recurrente que no puede ser excluida y que, por consiguiente, ASASER en ningún caso podría ser la adjudicataria del contrato, el recurso debe



desestimarse, sin que sea necesario analizar los motivos de exclusión que afectan a los demás licitadores.

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: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa ANSAREO SANEAMIENTO Y SERVICIOS, S.A. contra la adjudicación del contrato “Recogida de residuos, limpieza viaria y desratización, desinfectación y desinsectación del municipio”, tramitado por el Ayuntamiento de Sestao.

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

TERCERO: 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.

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

QUINTO: 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 martxoaren 6a

Vitoria-Gasteiz, 6 de marzo de 2018