



EB 2021/027

Resolución 067/2021, de 21 de abril, 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 FCC MEDIO AMBIENTE, S.A.U. contra la adjudicación del contrato del “Servicio de limpieza viaria y jardinería (lote 2)”, tramitado por el Ayuntamiento de Güeñes.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 19 de febrero de 2021 se presentó 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 la empresa FCC MEDIO AMBIENTE, S.A.U. (en adelante, FCC) contra la adjudicación del contrato del “Servicio de limpieza viaria y jardinería (lote 2)”, tramitado por el Ayuntamiento de Güeñes.

SEGUNDO: Remitido el recurso al poder adjudicador el mismo día 19 de febrero, se recibió, entre los días 23 y 25 del citado mes, en este OARC / KEAO, una 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).

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados el día 26 de febrero, se recibieron las alegaciones de ELAI SERBITZUAK (en adelante, ELAI), adjudicataria impugnada, el día 5 de marzo.





II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de E.O.F. 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 servicios 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 Güeñes tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Alegaciones de la recurrente

Los argumentos que alega la recurrente son, en síntesis, los siguientes:



- a) No se ha hecho público el acuerdo de adjudicación del órgano de contratación, siendo una obligación legal recogida en el artículo 151 de la LCSP.
- b) El informe de valoración del aparejador incurre en notorios errores en la valoración de la documentación de la oferta de la recurrente, lo que conlleva a que los juicios de valor emitidos en él puedan considerarse como arbitrarios.

Finalmente, solicita la declaración de nulidad del acto impugnado y la cancelación de la licitación.

SÉPTIMO: Alegaciones de ELAI

La adjudicataria impugnada se opone a la estimación del recurso porque respecto a los pretendidos errores cometidos en el informe de valoración del aparejador, la alegante se remite a la Resolución 131/2020 de este Órgano resolutivo, de forma que su doctrina es plenamente aplicable al caso.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

Por su parte, el poder adjudicador alega lo siguiente para solicitar la desestimación del recurso:

- a) En el perfil del contratante de la plataforma de contratación en Euskadi constan publicadas la fecha de adjudicación del contrato y resto de datos de la misma. Por otro lado, la resolución de adjudicación le fue notificada a la recurrente.
- b) El aparejador se ratifica en las apreciaciones efectuadas en su informe por lo que no existe error en el mismo, además de que a la hora de valorar la oferta hay que tener en cuenta la globalidad de la misma y no aspectos puntuales que representan una parte muy pequeña de aquélla.



c) No cabe la nulidad del procedimiento, ya la valoración se ha ajustado a los pliegos y a la legalidad, existiendo la suficiente motivación.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En resumen, el recurso considera que el informe de valoración llevado a cabo por el aparejador municipal es arbitrario pues emite juicios de valor basados en errores manifiestos. Además, ha incumplido la obligación legal contenida en el artículo 11.1 de la LCSP de publicar la adjudicación en el perfil de contratante. A continuación, se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre ello,

a) Sobre la falta de publicación de la adjudicación en el persil de contratante

Esta misma alegación consta en la impugnación que la recurrente realiza del Lote 1 de este mismo contrato (EB 2021/026), por lo que, habida cuenta que los hechos son los mismos, la argumentación efectuada por este OARC / KEAO en la resolución de dicho recurso en orden a su desestimación (Resolución 66/2021), debe ser, igualmente, la ahora utilizada.

El recurrente alega que se ha infringido el artículo 151 de la LCSP al no haberse publicado el acuerdo de adjudicación. Al respecto, consta en el expediente que se han publicado en el perfil del contratante los datos relativos a la adjudicación, la fecha de la misma y los informes de valoración de los criterios de adjudicación junto con sus actas. Por otro lado, aparece igualmente en el expediente que fue notificada a los licitadores la adjudicación del contrato. Ante este concreto reproche que efectúa la recurrente, debe indicarse que la mera falta o retraso de la publicación en el perfil del contratante no tiene encaje en ninguno de los supuestos de invalidez establecidos en los artículos 38 a 40 de la LCSP, y que ha sido voluntad del legislador reservar la sanción de nulidad de pleno derecho a los casos que afectan, según el artículo 39.2 c) de la LCSP, a la falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares de las Comunidades Autónomas, en el «Diario Oficial de la Unión Europea» o en el medio de publicidad en que sea



preceptivo, de conformidad con el artículo 135. Por ello, la infracción denunciada, en el peor de los casos, sería una irregularidad no invalidante (ver el artículo 48.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, en adelante LPAC). En cualquier caso, no se aprecia indefensión de la recurrente, pues consta en el expediente la práctica de la notificación de la adjudicación con fecha 5 de febrero de 2021 de la forma requerida en el artículo 151 de la LCSP, que ha permitido que haya podido interponer un recurso debidamente fundado.

b) Sobre la aplicación de los criterios sujetos a juicio de valor

La recurrente plantea un indebido uso por el poder adjudicador de la potestad discrecional que le asiste en la valoración de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor; a este efecto, el contenido relevante de los pliegos es el siguiente:

Carátula

Criterios de adjudicación evaluables mediante juicios de valor (hasta 45 puntos) 10

Memoria descriptiva de la forma de prestación del servicio (hasta 45 puntos)::

PLAN GENERAL DEL SERVICIO	25 puntos
MEDIOS HUMANOS	9 puntos
MEDIOS MATERIALES E INSTALACIONES	5 puntos
SISTEMA DE CONTROL Y CALIDAD	3 puntos
CRITERIOS MEDIO AMBIENTALES	3 puntos

Como reiteradamente ha manifestado este Órgano (ver, por todas, su Resolución 024/2020) en virtud de la discrecionalidad técnica, el poder adjudicador goza de un cierto margen en la aplicación de los criterios de adjudicación de apreciación subjetiva, de manera que no es revisable por este Órgano todo lo referido a los



juicios técnicos emitidos al respecto. En cambio, sí debe verificarse el respeto a los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración, que se refieren a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho. Los citados límites impiden la fiscalización del llamado “núcleo material de la decisión” (el estricto juicio o dictamen técnico), pero no el de sus “aledaños”, que comprenden, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades, como el respeto al principio de igualdad de trato y no discriminación y la interdicción de la arbitrariedad (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010, recurso 950/2008, ECLI:ES:TS:2010:4043 y la Resolución 209/2019 del OARC / KEAO).

Sobre el contenido mínimo que debe satisfacer la motivación de la adjudicación para cumplir las funciones que la LCSP le encomienda, como posibilitar a los interesados la interposición de un recurso debidamente fundado (artículo 151.2 de la LCSP) y facilitar a este Órgano el control del ejercicio de la discrecionalidad técnica que ampara al poder adjudicador, se ha pronunciado el OARC / KEAO en reiteradas ocasiones (ver, por todas, su Resolución 209/2019). En síntesis, la motivación debe expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico, consignar los criterios de valoración que se utilizarán para emitir dicho juicio técnico y expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un licitador frente a los demás; una vez satisfechos estos requisitos, no hay obligación de que la motivación se ajuste a un esquema formal concreto.

Una vez delimitado así el alcance del control que este Órgano puede ejercer, y contrastados los citados principios con el caso analizado, se observa que el recurso debe estimarse por lo siguiente:

- 1) Por lo que se refiere al subcriterio “Plan General”, se observa que una de las apreciaciones del informante técnico en lo referente a la organización de



los servicios es textualmente la siguiente: “No presenta. O al menos no presenta la pretendida por este técnico”. A juicio de este Órgano, dicha motivación supone un uso indebido de la discrecionalidad técnica, pues implica una valoración arbitraria que no especifica (i) si la documentación se ha presentado o no y (ii) qué apartado de los pliegos exige una forma determinada de presentación de la organización de los servicios, más allá de las preferencias personales del técnico que, por cierto, tampoco se expresan. Todo ello supone una quiebra los principios de igualdad de trato y no discriminación y de la interdicción de la arbitrariedad.

- 2) A juicio de este OARC/KEAO, en el subcriterio “Plan General” y en el subcriterio “Medios humanos”, el informante técnico incurre en error al señalar que “no queda claro quien se hace cargo del coste en la reposición de la flor de temporada” respecto del primero y que la recurrente “Realmente no presenta distribución de medios humanos” respecto del segundo. Y ello, porque consta en la memoria técnica de la recurrente (página 26) que la reposición de la flor de temporada será sin coste adicional para el Ayuntamiento, y la tabla 3.2.2 (página 87) “Tabla resumen personal directo con horario”, constituye una descripción de la distribución de los medios humanos por tareas y jornadas/año. Así, el juicio técnico se ha asentado sobre una base fáctica errónea (la falta de claridad de quien debe hacerse cargo del coste de reposición de la flor de temporada y la no existencia de una distribución de medios humanos), lo cual forzosamente ha de tener un reflejo en la ponderación de la oferta pues, si este dato hubiera sido irrelevante, no hubiera formado parte de la motivación.
- 3) El resto de las alegaciones sobre la aplicación de los criterios deben desestimarse por entender que el poder adjudicador ha respetado los límites de la discrecionalidad técnica expuestos más arriba y el recurrente pretende, en realidad, sustituir las apreciaciones del aparejador por las suyas propias, necesariamente sesgadas. En particular, se observa que:



- En relación con los medios materiales, no queda claro qué segadora propuesta tenga el kit mulching que exige el PPT. Asimismo, no consta que se hayan aportado los cálculos justificativos de los rendimientos de los medios humanos.
- En general, constan los aspectos de las ofertas que han determinado la opinión favorable o desfavorable sobre ellas y las puntuaciones correspondientes.

c) Conclusión

A la vista de las irregularidades detectadas en la letra b) anterior, el recurso debe estimarse, lo que conlleva la anulación del acto impugnado. La consecuencia de la anulación sería, en principio, la retroacción de actuaciones para efectuar una evaluación correcta de los criterios de adjudicación. No obstante, tal opción no es posible porque ya no cabe la valoración separada de los criterios sujetos a juicio de valor y de los aplicados mediante una fórmula, por lo que debe cancelarse la licitación.

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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa FCC MEDIO AMBIENTE, S.A.U. contra la adjudicación del contrato del “Servicio de limpieza viaria y jardinería (lote 2)”, tramitado por el Ayuntamiento de Güeñes y cancelar la licitación respecto de este lote 2.



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

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

CUARTO: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que dé cuenta a este Órgano de las medidas adoptadas para cumplir la presente Resolución.

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

Vitoria-Gasteiz, 2021eko apirilaren 21a

Vitoria-Gasteiz, 21 de abril de 2021