



EB 2017/078

Resolución 082/2017, de 18 de julio de 2017, del 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 EMAÚS GIPUZKOA, S.L.U. contra la adjudicación del contrato de “Servicio de recogida, preparación para la reutilización y el reciclado y valorización de los residuos voluminosos y RAEEs a domicilio en el barrio de Intxaurreondo”, tramitado por el Ayuntamiento de Donostia – San Sebastián.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 5 de junio de 2017, la empresa EMAÚS GIPUZKOA, S.L.U. interpuso en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC / KEAO) un recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato de “Servicio de recogida, preparación para la reutilización y el reciclado y valorización de los residuos voluminosos y RAEEs a domicilio en el barrio de Intxaurreondo”, tramitado por el Ayuntamiento de Donostia – San Sebastián.

SEGUNDO: Solicitados al poder adjudicador el expediente y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), la citada documentación se recibió en el OARC / KEAO el día 9 de junio de 2017.



TERCERO: Solicitadas alegaciones a los interesados con fecha 9 de junio, se han recibido el día 16 de junio las de la empresa EMAUS SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.L.E.I., adjudicataria impugnada.

CUARTA: Con fecha 13 de junio, el adjudicatario solicitó acceso a las propuestas técnicas y la valoración de las empresas EMAÚS GIPUZKOA S.L.U. y EMAÚS SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.L.U.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En el expediente consta la legitimación del recurrente y la representación de don R. G.E., que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Según el artículo 40.1 a) del TRLCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada.

TERCERO: El artículo 40.2 c) del TRLCSP establece que son susceptibles de recurso especial los acuerdos de adjudicación del contrato.

CUARTO: El recurso está interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Donostia – San Sebastián tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículo 3 del TRLCSP).

SEXTO: Las alegaciones del recurso son, en síntesis, las siguientes:

a) Según los pliegos que rigen la licitación, el contrato está reservado en exclusiva a “los Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción reguladas en la ley 44/2007, de 13 de diciembre, debidamente acreditados conforme establece la disposición adicional 5ª del Real Decreto Legislativo



3/2011.” A juicio del recurrente, el hecho de que el adjudicatario impugnado tenga la intención de subcontratar con otra empresa que no reúne estos requisitos un 50% del total del precio es un fraude de ley que desvirtúa la reserva subjetiva efectuada y supone incumplir la condición principal exigida a los licitadores. Consecuentemente, la oferta debió ser excluida.

b) Para acreditar el cumplimiento de la obligación de aportar un seguro de responsabilidad civil, la adjudicataria adjunta un recibo y un documento contractual en los que aparece como tomador del seguro EMAUS BILBAO S. COOP. en lugar de EMAUS SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.L.E.I., que no consta como entidad asegurada, lo que también es un motivo de exclusión de la proposición por falta de solvencia.

c) El recurrente impugna la valoración de su oferta en comparación con la del adjudicatario en lo relativo al proceso de recepción de llamadas y gestión de avisos, proceso de recogida de objetos y materiales, proceso de tratamiento (jerarquía de residuos), medios humanos, medios mecánicos e instalaciones; en síntesis, señala que el adjudicatario no menciona expresamente algunos aspectos que los pliegos consideran requisitos mínimos y el informe técnico interpreta que los cumplen y que su oferta merecía mayor puntuación en virtud de su contenido.

d) Finalmente, solicita declarar no ajustada a derecho la adjudicación a favor de EMAUS SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.L.E.I., procediendo a anularla, tener por excluida la oferta del adjudicatario impugnado y adjudicar el contrato a la recurrente; subsidiariamente, acordar la retroacción de actuaciones a la fase de selección de la oferta más ventajosa.

SÉPTIMO: Las alegaciones de EMAUS SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.L.E.I son, en resumen, las siguientes:



a) La subcontratación está expresamente prevista permitida en los pliegos y la empresa subcontratista es una sociedad de economía social calificada de “iniciativa social” y “utilidad pública”, englobada dentro del “tercer sector” de Euskadi, por lo que no es una empresa ordinaria; además, la subcontratación no alcanza el límite del 60% previsto como máximo. Por todo ello, es descabellada la alusión a un fraude de ley.

b) La adjudicataria impugnada consta expresamente en la póliza aportada como entidad asegurada por un importe de 1.5000.000 euros.

c) Por lo que se refiere a la valoración de la oferta técnica, considera que ha sido correcta y que su oferta sí recoge las condiciones mínimas exigidas por los pliegos.

OCTAVO: Por su parte, el poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los siguientes argumentos:

a) Los pliegos no establecen ningún límite a la subcontratación y no es aceptable la alegación de que el adjudicatario ha concurrido en una Unión Temporal de Empresas encubierta, ya que la única responsable frente a la Administración es la adjudicataria impugnada y no hay vínculos de responsabilidad solidaria con la subcontratista.

b) La adjudicataria tiene la solvencia financiera necesaria porque ostenta la clasificación que lo acredita; la obligación de contar con un seguro de responsabilidad civil se exige solo al adjudicatario, y la póliza presentada sí cubre las actividades de EMAUS SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.L.U.

c) Por lo que se refiere a la impugnación de la valoración de los criterios de adjudicación técnicos, el poder adjudicador se acoge a la doctrina de la discrecionalidad técnica.



NOVENO: El primer motivo del recurso se basa en que la proposición del adjudicatario debió rechazarse porque, tratándose de un contrato reservado a “Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción reguladas en la ley 44/2007, de 13 de diciembre, debidamente acreditados conforme se establece la disposición adicional 5ª del Real Decreto Legislativo 3/2011”, incluye la subcontratación del 50% del precio contractual con una entidad que no tiene esta condición, lo que supone un fraude de ley. El análisis de esta alegación debe partir del contenido de los pliegos, que rigen la licitación por no haber sido impugnados en tiempo y forma y vinculan por lo tanto al poder adjudicador y a los licitadores. En este sentido, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) no señala límite a la subcontratación, por lo que debe entenderse que rige el principio de que es posible la subcontratación libre e ilimitada, tal y como expresa la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de julio de 2017, asunto C-406/14, ECLI:EU:C:2016:562 (ver también el artículo 63.3 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE). Esta jurisprudencia supone una interpretación de la legislación europea sobre contratación pública que desplaza la aplicación del artículo 227.2 e) del TRLCSP, que establece que rige el límite del 60% a falta de otro porcentaje previsto en el PCAP; en cualquier caso, ni siquiera este límite se ha superado, ya que la oferta señala una subcontratación del 50% del precio contractual. Consecuentemente, este motivo de impugnación debe descartarse.

El segundo motivo de recurso es el incumplimiento por la oferta del adjudicatario del requisito de solvencia relativo al aseguramiento de responsabilidad civil. En concreto, el apartado T).- SEGUROS del Cuadro Resumen del PCAP establece lo siguiente:

«La empresa contratista responderá de los daños tanto personales como materiales causados a terceros con motivo de la ejecución del contrato. A estos efectos, el Ayuntamiento también tendrá la consideración de tercera parte.



La empresa adjudicataria quedará obligada a suscribir una póliza de daños por responsabilidad civil por un importe mínimo de 300.000 euros.»

En primer lugar, en contra de lo que señala el recurrente y como se deduce claramente de la literalidad de la cláusula, no se trata de un requisito de solvencia que deban acreditar todos los licitadores, sino de una condición que debe cumplir únicamente el adjudicatario (ver, por ejemplo, la Resolución 18/2014 del OARC / KEAO), es decir, en nada afecta este extremo a la adjudicación del contrato. En segundo lugar, la documentación presentada es suficiente para acreditar el cumplimiento de la estipulación; así, como bien señalan el poder adjudicador y el adjudicatario impugnado, consta en el expediente (página 376) un documento de póliza que en su artículo 15, apartado 13, bajo el epígrafe “Asegurados y actividades aseguradas” incluye el siguiente contenido literal: “Emaús servicios medioambientales: Recogida, reciclaje y recuperación.”

Por otra parte, la finalidad perseguida por la referida cláusula, la de la cobertura de los riesgos derivados de la ejecución del objeto del contrato, se cumple con la póliza aportada, con independencia de que el contrato de seguro haya sido suscrito por un tercero (figura contemplada en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro)

Por lo tanto, este motivo de impugnación debe también desestimarse.

El último motivo del recurso es la incorrecta aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor. Sobre esta cuestión, debe partirse de la doctrina generalmente seguida por este Órgano (ver, por todas, la Resolución 48/2017) que, en referencia a los requisitos de la adecuada motivación de la aplicación de estos criterios, una de cuyas funciones es precisamente facilitar el control de legalidad de la adjudicación a otros operadores jurídicos, como es el caso del OARC / KEAO, ha señalado que la motivación debe dar plena razón del proceso lógico que ha llevado a la adopción del acto. Los elementos



básicos de dicha motivación son la descripción de los aspectos de las ofertas sobre los que se emite la valoración, el juicio valorativo que éstos merecen y la puntuación que, en consecuencia con todo ello, corresponde a cada proposición, de acuerdo con los criterios de adjudicación previamente establecidos en los Pliegos. Una vez satisfechos estos requisitos mínimos, no hay obligación de que la motivación se sujete a un esquema formal concreto. Además, en numerosas Resoluciones (por ejemplo, la 6/2017) este Órgano ha señalado que en todo informe valorativo de aplicación de criterios sujetos a juicios de valor concurren elementos reglados y discrecionales, admitiéndose que la Administración goza de un margen de discrecionalidad en el momento de valorar la proposición más ventajosa (STS de 24 de enero de 2.006 - recurso de casación 7645/00, RJ 2006, 2726 -), con cita de otras anteriores como las de 25 de Julio de 1989 – RJ 1989, 9811 -, 1 de junio de 1999 - RJ 1999, 2745 - y 7 de octubre de 1999 - RJ 1999, 8840). Asimismo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 23 de noviembre de 2009 (recurso nº 740/2009 8JUR 2010/140325) con cita, entre otras, de STC 353/1993 (LA LEY JURIS 2406-TC/1993); el control de este Órgano únicamente se puede centrar sobre los aspectos que, conforme a la jurisprudencia sobre los procedimientos de concurrencia competitiva, son objeto de control a efectos de cumplir el mandato constitucional del artículo 9.3 CE, de interdicción de la arbitrariedad, pues acerca de lo que la jurisprudencia denomina “núcleo material de la decisión”, esto es, sobre los juicios de valor técnico emitidos por el órgano técnico competente, el OARC/KEAO no puede pronunciarse, siempre que se hayan respetado las reglas del procedimiento, se haya dado cumplimiento a las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico y se haya verificado la igualdad de condiciones de los candidatos.

Trasladada esta doctrina al contrato que nos ocupa se observa que el informe técnico que fundamenta la adjudicación es, en general, adecuado para motivar el acto impugnado y respeta los límites de la discrecionalidad técnica. En particular, contiene una suficiente descripción de los aspectos de la proposición



que se han tomado como material de valoración e incluye juicios valorativos suficientes como para apoyar las puntuaciones otorgadas y desvirtuar las alegaciones del recurso, siendo especialmente significativo lo siguiente:

- El hecho de que no haya mención expresa en la oferta a determinados aspectos que los pliegos consideran condiciones indispensables no es relevante, pues el informe técnico se ha limitado a entender que estas ofertas cumplen dichas condiciones, lo que es coherente con el hecho de que la presentación de la proposición supone la aceptación de las bases de la licitación (artículo 145.1 del TRLCSP), sin que conste que se les haya atribuido puntuación por aspectos que no constan en la documentación aportada.
- Las diferencias de puntuación para cada oferta en cada uno de los epígrafes debatidos son coherentes con las explicaciones contenidas en el informe técnico que sustenta la adjudicación.
- En buena medida, el recurrente intenta suplantar la discrecionalidad que asiste a la Administración por la suya propia, pretendiendo simplemente que su proposición merecía mejor puntuación o que la del adjudicataria la merecía peor, pero sin acreditar que se han superado los límites de dicha discrecionalidad expuestos anteriormente; así, por ejemplo, se pretende que sus instalaciones se valoren más que las del adjudicatario por ser de mayor superficie, pero lo cierto es que la descripción del criterio en los pliegos (“Instalaciones, equipamientos, funcionalidad, organización, etc.”) no da pie a entender que dicho factor sea relevante o que la diferencia de superficie aporte ninguna ventaja significativa.
- En términos generales, el poder adjudicador ha valorado con mayor puntuación la propuesta técnica de la recurrente (25,40 puntos) que la de la adjudicataria impugnada (24,30 puntos).



DÉCIMO: A la vista de que los aspectos sobre los que versaba son irrelevantes para el análisis de la pretensión y la resolución del recurso, debe rechazarse la solicitud de acceso al expediente mencionada en el Antecedente de Hecho Cuarto.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41.3 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, el 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 EMAÚS GIPUZKOA, S.L.U. contra la adjudicación del contrato de “Servicio de recogida, preparación para la reutilización y el reciclado y valorización de los residuos voluminosos y RAEEs a domicilio en el barrio de Intxaurren”, tramitado por el Ayuntamiento de Donostia – San Sebastián.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

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, 2017ko uztailaren 18a

Vitoria-Gasteiz, 18 de julio de 2017