



EB 2020/052

Resolución 88/2020, de 3 de julio, 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 VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A. contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del “Servicio de prerrecogida, recogida y transporte de los residuos urbanos de Sopela: fracción orgánica (5º contenedor) y fracción resto”, tramitado por el Ayuntamiento de Sopela.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 6 de mayo de 2020 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 VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A. (en adelante, VALORIZA) contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del “Servicio de prerrecogida, recogida y transporte de los residuos urbanos de Sopela: fracción orgánica (5º contenedor) y fracción resto”, tramitado por el Ayuntamiento de Sopela.

SEGUNDO: El día 1 de junio se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, 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). La citada documentación se recibió el día 5 de junio.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 15 de junio, no se han recibido alegaciones.

CUARTO: La tramitación del procedimiento de resolución del recurso estuvo suspendida en virtud de la Disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19; la citada suspensión se levantó el día 1 de junio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el citado Real Decreto 463/2020.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de D. J.M.A., que actúa en su nombre.

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

Se trata de un contrato de servicios sujeto a recurso especial (artículo 44.1 a) de la LCSP).

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 b) de la LCSP establece que son impugnables, entre otros, los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos y, en todo caso, los actos



de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la exclusión de ofertas.

CUARTO: Interposición en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Sopela 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 los argumentos que a continuación se resumen:

- a) La oferta del recurrente ha sido excluida del procedimiento de adjudicación por incluir en el archivo correspondiente a los datos relativos a los criterios de adjudicación evaluables mediante un juicio de valor (criterios discrecionales) información que debiera figurar en el archivo destinado a la documentación sobre criterios de adjudicación evaluables mediante una fórmula (criterios automáticos).
- b) Según establecen los pliegos de la licitación, los licitadores podían ofertar más unidades y capacidades de los contenedores en su plan de contenerización, cuyo detalle es parte del contenido de la memoria técnica que debía incluirse en el sobre "C" (documentación relativa a criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor); además, el licitador debía ofertar un margen mínimo de seis contenedores nuevos de stock para cada año. En consecuencia, VALORIZA ofertó, además de 122 contenedores para la fracción resto, un stock anual de



seis contenedores en cumplimiento explícito del artículo 8.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT).

c) La Administración cometió un error al entender que el stock propuesto por VALORIZA al que se refiere la letra b) anterior se compone de los contenedores “adicionales” a los que se alude en uno de los criterios de adjudicación sujetos a evaluación mediante fórmula; ello no tendría sentido, pues en dicha fórmula solo se obtienen puntos a partir de los diez contenedores; además, la exclusión se produjo sin informe previo y sin solicitar una aclaración a la recurrente.

d) Se alega que no se ha producido una contaminación de la objetividad de la evaluación y que las dos empresas cuyas ofertas han sido valoradas también han propuesto un número superior a 100 unidades de contenedores en la calle; el recurrente invoca el principio de igualdad de trato y el de transparencia, que impide que la oscuridad de los pliegos pueda perjudicarle, así como los de prosecución del interés general, libre acceso, oferta económicamente más ventajosa, interdicción de la arbitrariedad, confianza legítima, buena fe; también denuncia la infracción de los límites de la discrecionalidad técnica.

e) Finalmente, se solicita:

- declarar la actuación de la Mesa nula o, subsidiariamente, anulable.
- que se ordene retrotraer actuaciones hasta el momento en el que se produjo la exclusión de la oferta de VALORIZA.
- ordenar una nueva valoración de la memoria técnica de VALORIZA y, subsidiariamente,
- si el OARC / KEAO entendiera que no cabe la retroacción de las actuaciones, la declaración de nulidad de todo el procedimiento de licitación.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador



El Ayuntamiento de Sopela alega lo siguiente para oponerse a la estimación del recurso:

a) En respuesta a una solicitud de aclaración, se indicó que el número de contenedores de resto adicionales valorable como criterio automático serán los empleados para futuras ampliaciones, y no los implantados desde un inicio.

b) La oferta de la recurrente proponía 122 contenedores de carga lateral de 3.000 litros para la fracción resto más un stock anual de 6 contenedores adicionales; al tratarse de un stock anual, se sobreentiende que no se refiere al plan de contenerización inicial, lo que concuerda con su propuesta de contenerización final de 122 unidades, además de que, literalmente, se habla de “número de contenedores de resto adicionales”, como en el criterio sujeto a fórmula.

c) El número mínimo de contendores anuales del stock previsto en el artículo 8.1 del PPT era de 6, y VALORIZA no indica que proponga 6 contenedores como mínimo, sino 6 exactos, sin utilizar el término “mínimo”; ello haría un total de 24 contenedores para los cuatro años de vigencia del contrato, sin que quepa entender que la oferta del sobre destinado a la documentación relativa a los criterios sujetos a fórmula sea distinta, siendo indiferente que dicha oferta suponga la atribución de “0” puntos, pues lo relevante es que se ha desvelado prematuramente información que debió permanecer secreta hasta su apertura y ello ha comprometido la objetividad de la valoración.

d) Debe señalarse que todas las empresas señalaron un número de contenedores superior al mínimo del pliego (100 unidades) y ninguna ha sido excluida, pero es porque el número de contenedores de calle propuestos no es un criterio automático, sino una de los aspectos del plan de contenerización (criterio sujeto a juicio de valor), mientras que el stock de contenedores adicionales de resto sí es un criterio sujeto a fórmula, lo que fue objeto de la aclaración mencionada en la letra a) anterior.



OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis del recurso debe partir de lo establecido en los pliegos que rigen la licitación; en concreto, el contenido relevante para el caso es el siguiente:

CARÁTULA DEL PLIEGO DE CLAÚSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES

(...)

H. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

(...)

4.- Número de contenedores de resto adicionales ofrecidos (1 punto por cada 10 contenedores nuevos sobre la base de 100) Hasta 5 puntos

(...)

La memoria contendrá única y exclusivamente los siguientes apartados:

1. Plan de contenerización (nivel de detalle, ratios contenedor por habitantes, distancias...) Hasta 6 puntos

Se valorará el nivel de detalle, ratios contenedor por habitantes, distancias....

(...)

M. DOCUMENTACIÓN A INCLUIR EN EL SOBRE “B” y DOCUMENTACIÓN A INCLUIR EN EL SOBRE “C” (CRITERIOS QUE DEPENDEN DE JUICIO DE VALOR)

(...)

...y que desarrollarán el contenido señalado en la prescripción 8 del pliego de prescripciones técnicas.

ANEXO I PROPOSICIÓN ECONÓMICA Y OTROS CRITERIOS AUTOMÁTICOS

(...)

4.- Que..... (SI/NO) me comprometo a aumentar el número de contenedores de resto adicionales ofreciendo.....(indicar número que deberá ser superior a 100 y múltiplo de 10)-

ACLARACIONES A LOS PLIEGOS EN RESPUESTA A CUESTIONES PLANTEADAS POR INTERESADOS

(...)

Pregunta: El número de contenedores de resto adicionales valorable como criterio automático ¿serán los empleados para futuras ampliaciones o serán implantados desde un inicio?



Respuesta: Serán los empleados para futuras ampliaciones.

La exclusión impugnada se basa en que la introducción de este texto anticipa un contenido relativo a un criterio de adjudicación sujeto a evaluación mediante fórmula, infringiendo los artículos 146.2 de la LCSP y 26 y siguientes del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, así como los pliegos de la licitación.

A continuación, se exponen las apreciaciones de este Órgano sobre todo ello.

a) Sobre la exclusión de la recurrente por infringir 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 197/2019) 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).

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

El núcleo del debate suscitado por el recurso es si la oferta de VALORIZA fue correctamente excluida por incluir en el sobre referido a los criterios discrecionales información propia de los criterios evaluables mediante fórmulas. La recurrente alega, en síntesis, que el dato discutido no se refiere a un elemento de la fórmula con la que se evalúa un criterio de adjudicación de apreciación automática. La alegación debe aceptarse por las razones que se exponen a continuación:

- 1) La frase de la oferta técnica que incluye el dato debatido se refiere a "...un stock anual de 6 contenedores adicionales", mención que el poder adjudicador



identifica con los “contenedores de resto adicionales” a los que se refiere uno de los criterios de adjudicación de apreciación mediante fórmula y el recurrente afirma relacionado con el “margen mínimo de repuesto de 6 contenedores nuevos de en stock para cada año” recogido en el artículo 8.1 del PPT, que es la cláusula de los pliegos que guía el contenido de la oferta técnica incluida en el sobre de criterios discrecionales y que no es parte de ningún criterio automático.

- 2) Como bien indica la aclaración del poder adjudicador a una consulta formulada por un interesado, el criterio automático se refiere al compromiso de aportación de contenedores de resto adicionales para futuras ampliaciones; dicho de otro modo, la obligación contraída es la de entregar un número (adicional al número 100) de contenedores nuevos, una obligación cierta en el sentido de que el adjudicatario del contrato solo se libera de ella con la entrega efectiva. En cambio, la obligación a la que se refiere el artículo 8.1 del PPT es de disponibilidad, y consiste en que el contratista deberá contar con un stock con margen suficiente para asumir la sustitución de hasta 6 contenedores al año; expresado en otros términos, es una obligación aleatoria, dado que, en un principio, se desconoce su alcance efectivo, pudiendo resultar que al finalizar el año no haya sido necesaria ninguna sustitución o que haya habido que realizar las seis previstas como máximo. Desde ese punto de partida, el uso en la frase discutida de la palabra “stock”, que aparece expresamente en el artículo 8.1 del PPT y no en la fórmula, y que evoca, según la definición del diccionario de Real Academia Española de la Lengua y la acepción más común, las existencias o “mercancías guardadas en un almacén”, es decisivo para entender que VALORIZA solo podía referirse a la obligación recogida en dicho artículo 8.1, y que no pretendía indicar la entrega cierta y futura de contenedores en la que se fundamenta el criterio automático. No obsta a esta lectura el mero hecho de que también se use la palabra “adicional”, que también figura en la fórmula, pues los contenedores del stock también son adicionales a los inicialmente ofrecidos.



3) La argumentación del poder adjudicador se basa en que el recurrente, al no señalar que los 6 contenedores adicionales son un “mínimo”, lo que habría mantenido la incertidumbre sobre el número que habría de incluirse en la fórmula y su resultado, ya ha adelantado un número cierto a incluir en la citada fórmula, lo que anticipa la puntuación correspondiente y daña la objetividad de la evaluación. A juicio de este Órgano, esta alegación da por sentado que, en cualquier caso, el licitador se refiere a los contenedores recogidos en la fórmula, obviando la importancia que se debe atribuir a la literalidad de la oferta, que claramente lleva a entender lo contrario, tal y como se ha expuesto. Finalmente, y en términos más generales, parece excesiva la relevancia que se atribuye a la omisión de la palabra “mínimo”, hasta el punto de que su mención habría supuesto, según el propio poder adjudicador, la aceptación de la oferta; teniendo en cuenta que el principio de libre acceso pide, en casos dudosos, primar la mayor concurrencia en el procedimiento, que la exclusión se base en buena parte en la constancia o no de dicha palabra y no en la relación efectiva con la objetividad de la evaluación hace que la medida parezca del todo desproporcionada.

b) Conclusión

Por todo lo anteriormente manifestado, procede estimar el recurso. La estimación supone la cancelación de la licitación porque no es ya posible la evaluación separada de los criterios discrecionales y automáticos, como pide el artículo 146.2 de la LCSP.

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: Estimar el recurso especial interpuesto por VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A. contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del “Servicio de prerrecogida, recogida y transporte de los residuos urbanos de Sopela: fracción orgánica (5º contenedor) y fracción resto”, tramitado por el Ayuntamiento de Sopela, anulando el acto impugnado y cancelando la licitación.

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

TERCERO: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que dé cuenta a este Órgano de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

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 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2020ko uztailaren 3a

Vitoria-Gasteiz, 3 de julio de 2020