



EB 2017/144

Resolución 139/2017, de 20 de diciembre de 2017, 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 CONTENEDORES ESCOR VITORIA, S.L. contra la adjudicación del contrato “Recogida selectiva de papel y cartón municipal y recepción del total del papel y cartón retirado”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 14 de noviembre de 2017, la empresa CONTENEDORES ESCOR VITORIA, S.L. (en adelante, ESCOR) interpuso 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) un recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato “Recogida selectiva de papel y cartón municipal y recepción del total del papel y cartón retirado”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz.

SEGUNDO: 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) se recibieron en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC / KEAO) el día 18 de noviembre de 2017.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 5 de diciembre se han recibido las alegaciones de SAICA NATUR NORTE, S.L.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de D. J.D.E.V., que actúa en su nombre.

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.

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

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

- a) Los criterios de valoración no sujetos a fórmula matemática relacionados en el punto 5.1 del Pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP), son nulos al amparo de lo dispuesto en el art. 32.a) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) y art. 47 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LPAC), por infringir el principio de igualdad del art. 14 de la Constitución Española (en adelante, CE), el artículo 150, apartados 4 y 5 y artículos 18 y 67.4 de la Directiva 2004/24. En el citado punto 5.1 del PCAP se describe qué deben proponer los licitadores y qué información deben facilitar pero faltan las reglas de ponderación de las ofertas, lo cual otorga a la Administración una libertad total para su valoración. La nulidad del criterio permite impugnar el PCAP.



- b) El acto de adjudicación no está suficientemente motivado, lo cual vulnera los artículos 139 y 147 del TRLCSP, art. 14 de la CE, artículo 18 de la Directiva 2014/24 y art. 35.2 de la LPAC. El Informe técnico realiza un laborioso trabajo de resumen de las dos ofertas contractuales pero no contiene ninguna explicación de cómo valora las ofertas y llega a la asignación de puntuaciones.
- c) Además de lo anterior, las valoraciones del informe no son correctas, destacándose las siguientes discrepancias con el mismo:
- “Plan de Organización”: ESCOR debería obtener 3 puntos y SAICA 0 por no aportar información.
 - “Instalaciones”: ofertando prácticamente las mismas instalaciones y las de ESCOR superiores en superficie, no se entiende que la reciba 1,5 puntos frente a los 2 de SAICA.
 - “Modelos de compactador Mercado Mayorista”: Parece que se prima el volumen del compactador, cuando el PPT nada dice al respecto.
 - “Memoria de trazabilidad”: Ofertando un plan que es perfectamente correcto no se entiende que no obtenga la máxima puntuación (7) y no la misma que SAICA (5) que oferta un plan inferior en concreción y en viabilidad técnica.
- d) El criterio de «Precio mínimo del servicio» se ha calculado de una forma incorrecta ya que se ha utilizado la fórmula «Puntuación oferta = Puntuación máxima x (Incremento sobre precio mínimo/Incremento Máximo)», en vez de utilizar el establecido en los pliegos «Puntuación oferta = Puntuación Máxima X (Alta oferta/Alta máxima)», donde «Alta oferta» no es el porcentaje de incremento sobre el precio mínimo, tal y como lo interpreta la Administración, sino el mayor porcentaje de alta de las ofertas presentadas.
- e) La pretensión del recurso consiste en la declarar como nulo el criterio 5.1 de «Criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación y ponderación» del PCAP y como consecuencia de ello se acuerde la anulación de todas las actuaciones seguidas en el procedimiento de



adjudicación y se reordene la retroacción de las mismas al momento de redacción del PCAP. Subsidiariamente, se solicita la declaración como contraria a derecho la adjudicación

SÉPTIMO: El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso por las siguientes razones:

- a) El recurrente no solicitó aclaración de los criterios de adjudicación ni impugnó en su momento los pliegos que rigen el procedimiento de contratación.
- b) Tanto la carátula como el PPT dejan claros los criterios que se van a tener en cuenta para valorar las ofertas y se establece una relación directa entre los aspectos a valorar y los puntos máximos a percibir en cada uno de ellos.
- c) El informe técnico justifica y explica los motivos por los cuales cada licitador recibe una determinada puntuación en los criterios valorables por un juicio de valor. Se ha de tener en cuenta que en evaluación la administración goza de discrecionalidad técnica. ESCOR, en su recurso solicita un mayor número de puntos porque únicamente tiene en cuenta los aspectos positivos de su oferta.
- d) La fórmula utilizada en el informe técnico para la valoración de los criterios de adjudicación evaluables mediante una fórmula, es la correcta acorde a los pliegos que rigen el contrato y no confunde conceptos.

OCTAVO: SAICA, adjudicataria impugnada, realiza las siguientes alegaciones:

- a) A pesar de que la pretensión principal del recurso es la nulidad del PCAP lo que en realidad se pretende es una valoración distinta de la oferta. La subsidiariedad que se le ha dado al recurso directo contra el acto de adjudicación implica la ausencia de habilitación para recurrir indirectamente el PCAP lo que supone que lo que realmente se está



planteando con carácter principal es un recurso directo contra el PCAP lo cual resulta extemporáneo y debe ser inadmitido.

- b) Una petición de nulidad (la cual no ha existido) para que prospere requiere que se examine el clausulado supuestamente nulo atendiendo a si con su aplicación ha existido o no un trato discriminatorio para algún licitador; supuesto que no se acredita.
- c) No se cumplen los requisitos exigidos por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), asunto eVigilo, para que pueda prosperar la petición de nulidad del PCAP ya que no se acredita la existencia de un trato discriminatorio.
- d) El verdadero interés de la recurrente pasa por conseguir una nueva valoración técnica de su oferta, sustituyendo el criterio del evaluador por el suyo propio.

NOVENO: Si bien el acto recurrido es el de la adjudicación, la pretensión principal del recurso es la anulación del procedimiento de adjudicación sustentada en la ilegalidad de la cláusula 5.1 del PCAP, lo cual supone la formulación de lo que viene a denominarse un “recurso indirecto” contra un documento contractual.

Los criterios establecidos por el OARC/KEAO sobre la figura del recurso indirecto (ver, por todas, las Resoluciones 50/2017 y 80/2017) se resumen de la siguiente forma:

- a) la regla general es que los pliegos, que son susceptibles de una impugnación autónoma, pasan a ser firmes e inatacables por la vía del recurso especial (es decir, sin perjuicio, en su caso, de otros medios de impugnación, como el previsto en el artículo 106.1 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común) una vez que éste no se ha interpuesto en plazo, de modo que sus prescripciones pasan a regir la licitación vinculando a los participantes en ella y al poder adjudicador, que no pueden desconocerlos. Esta doctrina ha sido confirmada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), (ver el apartado 51 de la sentencia «eVigilo», asunto C-538/13, EU:C:2015:166, de 12 de marzo de 2015, y todas las



anteriores que en él se citan), que considera necesario, para garantizar la seguridad jurídica y el efecto útil de la Directiva 89/665 de recursos en materia de contratos públicos, la existencia de plazos de interposición preclusivos que impidan que los interesados puedan entorpecer o dilatar indebidamente los procedimientos de adjudicación alegando en cualquier momento vicios de legalidad de actuaciones anteriores, obligando así al poder adjudicador a iniciar de nuevo todo el procedimiento para corregir dichas infracciones.

b) lo anterior ha sido matizado por el propio TJUE con base en la idea de que la eficacia de los recursos previstos en la Directiva 89/665 solo puede alcanzarse si los plazos para interponerlos se inician desde la fecha en que el demandante tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la infracción. Es por ello que las irregularidades de las bases de la licitación cuyo alcance perjudicial para el interesado únicamente se manifiesta con posterioridad, cuando el órgano de contratación explica los motivos de la adjudicación o la exclusión, pueden recurrirse en el plazo previsto para recurrir dicha adjudicación; ese es, por ejemplo, el caso de los criterios de adjudicación de un contrato que sean incomprensibles o faltos de claridad para un licitador razonablemente diligente e informado (ver la citada sentencia «eVigilo», en especial los apartados 27 y 48 a 58), o los supuestos en los que la aplicación de una cláusula afectada de un vicio de nulidad de pleno derecho permite al órgano de contratación adjudicar el contrato o excluir a un licitador de modo arbitrario (ver, por ejemplo, la Resolución 129/2015 del OARC/KEAO).

A ello cabe añadir que, apreciada la concurrencia de los requisitos exigidos para la estimación de un “recurso indirecto”, esto es, si se aprecia que las condiciones de la licitación eran efectivamente incomprensibles para el recurrente y que se vio en la imposibilidad de interponer un recurso contra los pliegos en el plazo previsto al efecto, estará legitimado para su interposición hasta que finalice el plazo previsto para recurrir la decisión de adjudicación del contrato (sentencia «eVigilo», apartado 57).

Delimitado el marco del “recurso indirecto” procede analizar si la alegación del recurrente puede prosperar y para ello se ha de partir de cómo se han formulado en los documentos contractuales los criterios denunciados. En concreto, la cláusula 5.1 del PCAP establece lo siguiente:

5.1. CRITERIOS DE VALORACIÓN NO SUJETOS A FORMULA MATEMÁTICA: HASTA 25 PUNTOS (SOBRE C)

5.1.1. MEMORIA TÉCNICA SERVICIOS DE RECOGIDA (HASTA 18 PUNTOS)



Los Servicios Técnicos Municipales, otorgarán hasta 18 puntos a la mejor Memoria Técnica propuesta.

De conformidad con lo establecido en el punto 4 del PCT, a la hora de otorgar las puntuaciones, se tendrán en cuenta los siguientes aspectos:

- **El Plan de organización (hasta 3 puntos):** De conformidad con lo dispuesto en el punto 4.3 del PCT los licitadores propondrán un calendario y unos horarios de recogidas, adaptados a las necesidades de los diferentes servicios municipales de recogida de papel y cartón.
- **Descripción de las instalaciones (hasta 2 puntos):** De conformidad con lo dispuesto en el punto 4.3 del PCT los licitadores adjuntarán, una descripción de sus instalaciones en la que se incluirán:
 - Plano de ubicación del punto de recepción y pesaje, dirección, accesos y distancia desde el centro de Vitoria-Gasteiz (pk 0, calle Dato), superficie útil de la playa de descarga.
 - Sistema de pesaje propuesto.
 - Toda aquella información que el licitador estime oportuna y que no aporte datos que sean objeto de valoración económica
- **Los itinerarios y las frecuencias de recogida de cada Servicio (hasta 3 puntos):** De conformidad con lo dispuesto en el punto 4.2 del PCT los licitadores propondrán los itinerarios y las frecuencias de recogida de cada Servicio:

En el Anexo V del PCT y en el punto 4.2 del PCT, se especifican las frecuencias mínimas de recogida, según los diferentes puntos de recogida.
- **Los modelos de compactador o prensa propuestos (hasta 6 puntos).**

De conformidad con lo dispuesto en el punto 4 del PCT, se valorarán con hasta 2 puntos, el sistema de recogida propuesto para el Mercado Mayorista de Frutas y Verduras y, con hasta 4 puntos, el propuesto para la Plaza de Abastos.
- **Modelo de contenedores y demás depósitos de recogida que van a emplear durante el contrato (hasta 4 puntos).**

De conformidad con lo dispuesto en los puntos 3.1.4 y 4.4, los licitadores aportarán una ficha técnica del modelo de contenedor ofertado para el servicio de recogida por contenedor y unos contenedores o jaulas, para atender posibles eventos.

En ambos casos se valorará la robustez de los mismos y en el caso de los contenedores de carga vertical, su diseño y la boca de vertido (comodidad para el usuario y dimensiones de la misma).

Contenedores: Deberán estar ecodiseñados bajo la norma ISO 14006 o equivalente.

5.1.2. Memoria de trazabilidad (HASTA 7 PUNTOS)

De conformidad con lo dispuesto en el punto 4.1 del PCT los licitadores establecerán en esta memoria de trazabilidad:



- El sistema que consideren más eficaz para que los responsables del contrato acrediten la trazabilidad del residuo desde su recogida y posterior almacenamiento, hasta su traslado a la planta o plantas autorizadas para la gestión del mismo.
- Una breve descripción de la planta o plantas de destino de todo el residuo objeto del contrato, así como del rechazo generado y de los impropios recibidos.
- El que a su modo de ver, resulte el sistema más eficaz para que el Responsable de este contrato, compruebe la veracidad de los datos de pesaje suministrados.

El recurrente no acredita que los criterios impugnados adolezcan de falta de claridad, de modo que su sentido perjudicial para sus intereses solo se haya podido percibir en el momento de la adjudicación del contrato. Debe tenerse en cuenta el hecho de que el recurrente, antes de presentar su oferta, no solicitó aclaraciones al poder adjudicador (sobre la necesidad de tener en cuenta este extremo en un contexto como el que nos ocupa, ver la sentencia «eVigilo», apartado 56). Por el contrario, los criterios de adjudicación interpretados de forma conjunta con otros apartados de la documentación contractual (ver el Fundamento jurídico noveno, letra b), de la Resolución 18/2015 del OARC / KEAO), como el PPT, son comprensibles de tal manera que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes pueden interpretarlos de la misma forma (STJUE, asunto C-19/00, SIAC Construction, EU:C:2001:553). De hecho, de la descripción de las ofertas que realiza el evaluador en su informe técnico se desprende que ambos licitadores han interpretado los criterios de la misma forma, pues las propuestas contractuales se ajustan a un esquema similar y no se observa que se efectúen ofertas que obedezcan a interpretaciones dispares de los diversos criterios secundarios de adjudicación. Asimismo, de la circunstancia de que la oferta de la recurrente ha obtenido en estos criterios mayor puntuación que la de la adjudicataria impugnada, 20 puntos frente a 17,5, se concluye que ha interpretado de forma correcta los criterios denunciados, los cuales no le han perjudicado en absoluto. Por todas estas razones este motivo de impugnación ha de ser desestimado.

DÉCIMO: El recurrente alega que el poder adjudicador (en concreto, el informe técnico que sustenta el acto impugnado) no ha valorado correctamente su oferta, excediéndose del margen que le concede la discrecionalidad técnica.



Sobre esta cuestión, el OARC / KEAO se ha manifestado en numerosas ocasiones (ver, por todas, la Resolución 99/2017) señalando que «(...) en todo informe valorativo de propuestas contractuales 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.»

Teniendo en cuenta el alcance del análisis que puede realizar este Órgano, debe señalarse que para considerar que la valoración está suficientemente motivada (de modo que sobre ella puede ejercerse el control de legalidad que es propio del recurso especial) deben constar los aspectos concretos de la oferta relevantes para la evaluación, el juicio crítico que merecen tales aspectos y la puntuación que corresponde, debiendo todo ello ser coherente (ver, por ejemplo, la citada Resolución 99/2017).

A la vista de estos parámetros, se considera que el recurso no acredita la existencia de infracción legal alguna en la propuesta de adjudicación formulada por la Mesa de Contratación, la cual se basa en el informe técnico suscrito por la Unidad administrativa municipal correspondiente y contiene una información suficiente para concluir cuál es la relación entre los aspectos de las ofertas destacados y su correlativa ponderación. Por esta razón, se puede considerar que la motivación es adecuada a la finalidad que la misma persigue; la de interponer un recurso especial fundado en derecho. Asimismo, se observa que la motivación respeta el fondo parcialmente reglado de los criterios de



adjudicación establecidos en el PCAP y los principios aplicables, en especial los de igualdad de trato y oferta económicamente más ventajosa, y no incurre en errores fácticos. De hecho, el recurso se limita a dar relevancia a aspectos de la oferta distintos de los utilizados en la valoración y que considera le son más favorables o a alterar las puntuaciones que tales aspectos merecen, pero no acredita que se hayan desbordado los límites de la discrecionalidad técnica. A partir de esa base, no cabe, como solicita la pretensión subsidiaria, que este OARC / KEAO revise, de acuerdo con los argumentos del recurso, las puntuaciones otorgadas en aplicación de los criterios de adjudicación. Aceptar tal solicitud equivaldría a elaborar una evaluación alternativa a la del poder adjudicador, función que excede de las competencias de este Órgano, y supondría además colocar en paridad el juicio emitido por personal de la Administración, experto en la materia y cuya objetividad se presupone, y el criterio del recurrente, necesariamente parcial.

UNDÉCIMO: El recurrente considera que el criterio de adjudicación especificado en la cláusula 4.1.8.2. “Precio Mínimo del contrato” ha sido incorrectamente aplicado pues, a su juicio, el evaluador ha aplicado la fórmula sobre la diferencia entre el precio ofertado y el precio mínimo. Este criterio está redactado en los siguientes términos:

4.1.8.2. Precio Mínimo del contrato (hasta 10 puntos)

El **precio mínimo**, será el precio a percibir por cada tonelada recepcionada, siempre y cuando el Importe mensual (IM del punto 12 de esta carátula) sea menor, que este precio mínimo. Dentro de su oferta (Sobre “A”), las empresas licitadoras realizarán su oferta económica indicando su **precio mínimo** por la gestión del servicio propuesto IVA no incluido. Dicha oferta económica deberá tener implícitos todos los costes relativos al del transporte, la manipulación, y carga del residuo, hasta su lugar de destino, así como la clasificación y el tratamiento del mismo. No se aceptarán cargos adicionales de ningún tipo al precio ofertado.

B.- Valoración cuando el número de ofertas sea igual o inferior a cinco:

Cuando el número de ofertas a valorar en este apartado SEA INFERIOR A CINCO la valoración se realizará de la siguiente forma:

2.1 AL PRECIO MÍNIMO DE REFERENCIA se le asignarán cero puntos.

2.2 El resto de ofertas se valorarán con la aplicación de la siguiente fórmula:

Puntuación oferta = Puntuación máxima x (Alta oferta/Alta máxima)



Siendo:

Puntuación oferta = Puntuación de la oferta

Puntuación máxima = Puntuación máxima posible a obtener, 10 puntos

Alta oferta= Porcentaje de Alta de la oferta a valorar

Alta máxima = Mayor porcentaje de Alta de las ofertas presentadas

Según consta en el informe remitido en contestación al recurso especial, el evaluador ha ponderado las ofertas de precio mínimo calculando primeramente la diferencia entre el precio de la oferta a evaluar y el precio mínimo (25 €) para, a continuación, calcular el porcentaje de variación que dicha cantidad supone respecto al precio mínimo. Finalmente, tras calcular el porcentaje de lo que el PCAP denomina “Alta” de cada una de las ofertas, se aplica la fórmula. Consecuentemente, se puede afirmar que el poder adjudicador ha aplicado correctamente la fórmula consignada en la cláusula 4.1.8.2 del PCAP y que el motivo de impugnación ha de desestimarse.

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 CONTENEDORES ESCOR VITORIA, S.L. contra la adjudicación del contrato “Recogida selectiva de papel y cartón municipal y recepción del total del papel y cartón retirado”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47.4 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, 2017ko abenduaren 20a

Vitoria-Gasteiz, 20 de diciembre de 2017