



EB 2018/153

Resolución 186/2018, de 27 de diciembre 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 Asociación Española de Empresas de Parques y Jardines (ASEJA) contra los pliegos del contrato de “Servicio de conservación y mantenimiento de los jardines y zonas verdes municipales de Elgoibar”, tramitado por municipio de Elgoibar.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 16 de octubre de 2018, la Asociación Española de Empresas de Parques y Jardines (ASEJA) interpuso en el registro de entrada del Órgano de contratación un recurso especial en materia de contratación pública contra los pliegos del contrato de “Servicios energéticos y mantenimiento con garantía total del alumbrado público en Villabona”, tramitado por el Ayuntamiento de Villabona.

SEGUNDO: El día 29 de octubre se remitió al Órgano Administrativo de Recurso Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso, el expediente 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: Mediante la Resolución B-BN 032/2018, de 9 de noviembre, este OARC/KEAO decidió adoptar la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: No constan en el expediente otros interesados al margen del poder adjudicador y la recurrente.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente por ser una asociación representativa de intereses colectivos de las empresas españolas dedicadas al sector de la jardinería, que es el objeto del contrato, y tener entre sus finalidades, entre otras, la gestión y defensa de los intereses económicos y profesionales de sus miembros. Asimismo, consta la representación de D. J.M.H.A., que actúa en su nombre.

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

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, 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

Conforme al art. 44.2.a) de la LCSP son actos impugnables los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Elgoibar tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Argumentos del recurso

Los argumentos del recurso, en síntesis, son los siguientes:

- a) Los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor así como los criterios secundarios enunciados en el apartado 2 “Memoria técnica”, de la Disposición 17 del Pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP), no quedan acotados ni en su ponderación ni en cuanto a la fórmula que se utilizará para obtener la puntuación, pues no se explica de forma razonada cómo se procederá a asignar la puntuación a cada uno de ellos, sólo se indica la puntuación máxima del criterio pero en modo alguno se explicita cómo se llegará a esa máxima puntuación ni tampoco a una inferior.
- b) En el criterio de adjudicación descrito en el apartado 3 “Mejoras”, de la Disposición 17 del PCAP; no está suficientemente definido en lo que concierne a la utilización de fertilizantes y de productos biocidas; no se indica qué se valora.
- c) En la Disposición 17 del PCAP, se describen los criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor y los que son evaluables de forma automática, sin que estén clasificados en modo alguno, lo que lleva a indefinición y a confusión a los licitadores.
- d) En el Apartado 3 del PCAP bajo el criterio de “Mejoras” se describe como criterio secundario el “Plan de igualdad entre mujeres y hombres”, sin que esté “suficientemente especificada”, pues nada se concreta sobre sus “requisitos, límites, modalidades, y características de las mismas, así como su necesaria

vinculación con el objeto del contrato”. A mayor abundamiento, el Plan de igualdad es un documento de obligada negociación y tenencia para empresas de más de 250 personas en plantilla, por lo que es un criterio que favorece a unas empresas respecto a otras.

e) Se establecen como criterios secundarios de adjudicación “Presentación de planos y estudios” y “Programa de actualización e inventario de la documentación compatible con los sistemas informáticos del Ayuntamiento y los métodos de actualización del inventario de áreas, estructuras lineales y elementos puntuales (árboles y jardineras)”, que favorecen a la empresa que actualmente presta el servicio ya que dispone de toda la información cierta y actualizada de los diferentes espacios y elementos a inventariar, además de no estar suficientemente definidos. Por otro lado, se introducen en el contrato prestaciones que supondrían la contratación de un servicio distinto.

f) La pretensión consiste en que se anulen y se dejen sin efecto los apartados denunciados y el PCAP que los recoge.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

Por su parte, el poder adjudicador resumidamente alega lo siguiente:

a) El criterio de adjudicación “Memoria técnica” y los criterios secundarios en los que se divide, obedecen a determinaciones establecidas en el PCAP, están vinculados con el objeto del contrato y se hallan suficientemente determinados como para que cualquier empresa pueda presentar oferta en la seguridad de que será evaluada en condiciones de competencia objetiva. Además, se trata de un criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor y, por ello, no ha lugar a su evaluación mediante fórmulas

b) Se valora la utilización de fertilizantes y productos biocidas siempre y cuando se justifiquen con sus fichas técnicas, estando la mejora suficientemente determinada por hallarse detalladas las características de los

productos a ofertar así como las modalidades de acreditación de su cumplimiento.

c) La diferencia entre los criterios sometidos a juicio de valor y los evaluables de forma automática queda claramente reflejada en la Disposición 17 del PCAP sin que lleve a confusión alguna a un licitador mínimamente diligente y menos aún que esta supuesta falta de clasificación pueda conllevar subjetividad o discriminación alguna. Es más, la cláusula 19 señala por cada uno de los sobres en los que se compone la oferta, la documentación que debe contener.

d) El criterio secundario de adjudicación “Plan de igualdad entre mujeres y hombres” otorga los puntos si se tiene el referido Plan; no se otorgan por tener un mejor o peor plan de igualdad, sino por la mera existencia de éste. Además, no se trata de un criterio discriminatorio, pues con independencia de que el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombre, obliga en su apartado 2º a que las empresas de más de 250 trabajadores cuenten con él, lo cierto es que en su apartado 5º dispone que la elaboración e implantación de planes de igualdad es potestativo para el resto de empresas.

e) Los criterios de adjudicación secundarios “Presentación de planes y estudios” y “Programa de actualización e inventario de la documentación (...)” no benefician de forma especial a la empresa que actualmente está realizando los trabajos ya que se trata sólo de conocer la realidad física de los jardines del municipio y cualquier licitador interesado puede tener los mismos datos que la empresa que actualmente presta el servicio. Además, los responsables municipales del contrato consideran muy difícil que las empresas puedan realizar unas buenas ofertas y prestar un correcto servicio si, previamente, no se ha inventariado, analizado, medido y estudiado in situ todas las zonas objeto del contrato. Finalmente, señala que se trata de una prestación vinculada al objeto del contrato porque una de las obligaciones solicitadas es la de mantener actualizado el inventario municipal.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

Las cláusulas del PCAP impugnadas son las siguientes:

17. PROCEDIMIENTO Y FORMA DE ADJUDICACION

(...)

2.- Memoria técnica: 38 puntos

.- Plan de realización de los trabajos: 21 puntos.

•Plan de trabajo de los diferentes equipos, distribución, zonas asignadas, frecuencias, rendimientos, tipo de trabajo a realizar, distribución horaria. 10 puntos.

•Informe sobre zonas y medidas colectivas a adoptar en el caso de taludes o caídas a distinto nivel: 3 puntos.

•Presentación de planos y estudios. 3 puntos.

•Sistemas de control, seguimiento e inspección del servicio, gestión de incidencias, partes de trabajo. 2 puntos.

•Programa de actualización e inventario de la documentación compatible con los sistemas informáticos del Ayuntamiento y los métodos de actualización del inventario de áreas, estructuras lineales y elementos puntuales (árboles y jardineras). 1 punto.

•Instalaciones. 1 punto.

•Plan integral de plagas. 1 punto.

.- Personal adscrito al servicio: 12 puntos

•Concreción de los cálculos justificativos de los recursos humanos. Incremento de personal en épocas de mayor necesidad: número de personas a incrementar y duración de sus contratos. 10 puntos.

•Plan de seguridad y salud de la empresa y adaptación del mismo al objeto del contrato. 1 punto.

•Plan de formación, nuevas contrataciones, suplencias y absentismo. 1 punto.

.- Maquinaria adscrita al servicio: 5 puntos

•Listado de maquinaria, vehículos y herramientas adscritas exclusivamente al servicio de Elgoibar, año de adquisición. 3 puntos.

•Plan de mantenimiento y su descripción: 1 punto.

•Disponibilidad para necesidades puntuales de otro tipo de maquinaria que la empresa podría tener a disposición del servicio de Elgoibar sin coste alguno para el Ayuntamiento, como tractores, mini-retroexcavadoras, camión grúa, etc. 1 punto.

3.- Mejoras: 22 puntos

.- Instalación y mantenimiento de líneas de seguridad anti-caída (línea de vida, anclajes, etc.) en zonas de taludes o zonas con riesgo de caída a distinto nivel que no dispongan de medios colectivos de seguridad: 8 puntos

Las líneas han de ser homologadas y así se deberá acreditar. Se indicará su ubicación y tipo.

Se concederá un punto por cada línea de seguridad que se instale y mantenga durante la vigencia del contrato sin coste para el Ayuntamiento.

.- Suministro y colocación anual de flor de temporada en jardines, jardineras y parterres de todo el municipio sin coste para el Ayuntamiento: Hasta 6 puntos.

* Propuesta temporada de invierno: 3 puntos.

*Propuesta temporada de verano: 3 puntos.

Se otorgará la máxima puntuación al mayor número de flor propuesta y cero puntos a la oferta que no proponga nada. Con las demás propuestas se utilizará una regla de tres.

.- Utilización de vehículos, maquinaria y productos respetuosos con el medio ambiente: Hasta 4 puntos.

1.- Por cada vehículo adscrito exclusivamente a la ejecución del contrato que nos ocupa que utilice un combustible alternativo (biodiesel, electricidad, gas natural, etanol, hidrógeno, propano...) 0,5 puntos hasta un máximo de 2 puntos.

2.- Por cada máquina (tractor, cortacésped, desbrozadora, etc.) que utilice un combustible alternativo (biodiesel, electricidad, gas natural, etanol, hidrógeno, propano...) 0,5 puntos hasta un máximo de 2 puntos.

Estas mejoras se justificarán aportando la documentación técnica del vehículo.

.- Plan de igualdad entre mujeres y hombres. La empresa que acredite tener en vigor un plan de igualdad con el contenido previsto en la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres obtendrá 2 puntos.

.- Utilización de fertilizantes que cumplan con la Etiqueta Ecológica de la Unión Europea o equivalente: 1 puntos. Se justificará con la ficha técnica del producto.

.- Utilización de productos biocidas que no estén clasificados como N, T, T+ o C ni como R45, R46, R60, R61, R62, R63 y R64: 1 punto. Se justificará con la ficha técnica del producto.

Por razones sistemáticas conviene abordar el estudio del recurso por la denuncia referida a la falta de diferenciación entre los criterios que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas de los que puedan valorarse mediante juicios de valor, pues se trata de una cuestión de índole general que afecta a la totalidad de la cláusula en la que se establecen los criterios de adjudicación del contrato.

a) Los tipos de criterios de adjudicación

El artículo 146.2 de la LCSP dispone que cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, en su determinación, siempre y cuando sea posible, se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes

obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos.

Por su parte, los apartados 1 y 2 del artículo 145.1 de la LCSP establecen que la adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio, que se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos.

Pues bien, en la cláusula 17 del PCAP se observa que los criterios de adjudicación (que a su vez se dividen en criterios secundarios) seleccionados por el órgano de contratación para adjudicar el contrato son (i) el mejor precio ofertado, ponderado con 40 puntos y cuya valoración se efectúa conforme a una fórmula que se explicita en la citada cláusula, (ii) Memoria técnica, ponderada con 38 puntos y (iii) Mejoras, ponderado con 22 puntos, que se divide en criterios secundarios, cada uno de ellos con su ponderación relativa y su sistema de asignación de puntuación que, básicamente, consiste en asignar una determinada puntuación a la realización de una determinada oferta en concreto, estableciendo los pliegos una regla de valoración automática y sin juicio de valor alguno.

En líneas generales, a salvo de lo que se indique en las consideraciones posteriores, se observa que el PCAP diseña un procedimiento de adjudicación en el que la evaluación de las propuestas contractuales se efectuará conforme a criterios económicos y cualitativos, diferenciándose los que se aplican mediante fórmulas (el mejor precio y las mejoras) de los que se sirven de juicios discrecionales. El argumento ha de ser igualmente desestimado si la pretensión del recurrente fuera denunciar que el procedimiento no garantiza el secreto en la valoración de los criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor (ver el artículo 146.2 de la LCSP), ya que la cláusula 18 del PCAP identifica la documentación que ha de obrar en cada uno de los sobres que componen la oferta contractual (el sobre B ha de contener el Plan de realización de los trabajos, el personal adscrito al servicio y la maquinaria adscrita al servicio y el sobre C ha de contener la oferta económica y las mejoras), y la cláusula 21 del PCAP dispone que previamente a la apertura del

sobre C se dará a conocer la valoración asignada a los criterios dependientes de un juicio de valor.

Consecuentemente, este motivo de impugnación ha de ser desestimado.

b) Sobre el criterio de adjudicación “Memoria técnica”

b).1 Falta de ponderación y de explicitación de la fórmula de valoración del criterio

La denuncia de falta de ponderación del criterio de adjudicación “Memoria técnica” y la de sus criterios secundarios de adjudicación no puede prosperar pues de una mera lectura se observa que consta en los pliegos, en ejecución del artículo 146.3 de la LCSP, la ponderación relativa atribuida al criterio de adjudicación y a cada uno de los criterios secundarios, entendiéndose que la banda de valores oscila entre el 0 y la puntuación máxima expresada junto a cada criterio secundario. Es cierto que no figura expresamente el valor inferior de la banda pero también lo es que no cabe otra posibilidad más que el 0, que es la puntuación que recibiría la proposición que no añadiera ventaja alguna al simple cumplimiento de los mínimos establecidos en los pliegos, ya que no alcanzar dichos mínimos supondría simplemente la exclusión de la oferta.

En lo que respecta a la omisión del método de valoración de este criterio de adjudicación, el análisis debe partir de que se trata de un criterio cuya valoración se efectuará mediante juicios de valor. A este respecto, cabe afirmar que ni de la jurisprudencia ni de la normativa de contratos del sector público se desprende la obligación de que el poder adjudicador comunique a los posibles licitadores, mediante publicación en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, el método de valoración que va a utilizar para evaluar y clasificar las ofertas según los criterios de adjudicación del contrato y su ponderación relativa establecidos previamente en sus pliegos rectores, por lo que no es exigible que la configuración del criterio deba incluir dicho método, cuestión que puede quedar dentro del margen de apreciación del órgano evaluador (ver, por ejemplo, la Resolución 36/2018 del OARC / KEAO y la sentencia del

Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de julio de 2016, asunto C-6/15 ECLI:EU:C:2016:555, apartados 26 y siguientes).

Consecuentemente, este motivo de impugnación debe desestimarse.

b).2 La inclusión en el contrato y en el criterio de adjudicación de prestaciones distintas de la prestación principal

Esta alegación debe ser desestimada. Como repetidamente ha manifestado este Órgano resolutorio, el Órgano de contratación goza de discrecionalidad en el momento de configurar el objeto del contrato (ver, entre otras, la Resolución 84/2017 de este OARC/KEAO), lo cual implica que puede definirlo en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que pretende satisfacer (artículo 99 de la LCSP) sin tener que ajustarse a un esquema determinado, tal y como pretende el recurrente. En el supuesto que nos ocupa, la obligación de mantener actualizado el inventario no es una estipulación ajena a la prestación principal; en este sentido, el artículo 126 de la LCSP, permite que las prescripciones técnicas se refieran al proceso o método específico de prestación de los servicios requeridos, o a un proceso específico de otra fase de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de la sustancia material del servicios siempre que estén vinculados al objeto del contrato y guarden proporción con el valor y los objetivos de este. Por otro lado, el recurrente no ha acreditado que la inclusión de esta prestación en el contrato limite indebidamente el acceso al procedimiento de adjudicación ni que sea una fusión arbitraria de servicios heterogéneos con la intención fraudulenta de perjudicar o favorecer a un cierto operador económico o grupo de operadores (ver, por analogía, el artículo 34.2 de la LCSP y la Resolución 175/2018 del OARC / KEAO).

b).3 Criterios de adjudicación secundarios indefinidos

Denuncia el recurrente que los criterios secundarios de adjudicación Presentación de planos y estudios y Programa de actualización e inventario de la documentación compatible con los sistemas informáticos del Ayuntamiento y los métodos de

actualización del inventario de áreas, estructuras lineales y elementos puntuales (árboles y jardineras) son indefinidos y benefician a la actual adjudicataria del contrato, por ser la que dispone de una información cierta y actualizada de todos los espacios.

Según la jurisprudencia europea (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de septiembre 2.002, asunto C-513/99), los criterios de adjudicación no pueden ser tan vagos en su descripción que no vinculen en absoluto al poder adjudicador

A juicio de este OARC / KEAO, el primero de los subcriterios denunciados Presentación de planos y estudios no cumple con el requisito de no permitir al órgano de contratación el ejercicio de una facultad arbitraria para adjudicar el contrato, ya que de su redacción se desprenden dos posibilidades, bien que únicamente se valorase la mera presentación de planos y estudios, con independencia de su contenido, lo cual es absurdo a todas luces, bien que el órgano de contratación valore el contenido de los planos y estudios aportados sin sujeción a ningún criterio previamente fijado. La definición del criterio omite el contenido han de tener para merecer una consideración positiva como criterio de valoración de una oferta. Debe matizarse que es perfectamente posible valorar Presentación de planos y estudios pero siempre que se establezcan, aunque sea brevemente, qué aspectos de los mismos se va a valorar (ver, por ejemplo, la Resolución 18/2015 del OARC / KEAO). Por otro lado, se observa que la cláusula 1 del Pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT) establece lo siguiente:

Los licitadores, basándose en la documentación gráfica de las zonas objeto del concurso que nos ocupa deberán aportar tres estudios. Uno de medición de superficies de las tres clases de jardines, A, B y C, otro del arbolado existente, y otro de jardineras y arbustos.

Esta cláusula, de contener tres documentos a exigir a los licitadores en el procedimiento de adjudicación por información evaluable conforme a criterios de adjudicación, debería estar ubicada en el PCAP; documento que según el artículo 122.2 de la LCSP es el que debe contener esta información, mientras que conforme al artículo 124 de la LCSP los PPT deben contener las

prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definir sus calidades y sus condiciones sociales y ambientales. No cabe exigir al licitador que para la elaboración de su oferta deba interpretar la voluntad del órgano de contratación integrando cláusulas obrantes en documentos que cumplen diferentes finalidades y que, además, no ofrecen información en el mismo sentido (ver, por ejemplo, la Resolución 68/2018 del OARC / KEAO); por ejemplo, el criterio de adjudicación, además de estudios en general, valora la presentación de planos y el PPT solicita tres estudios concretos pero no planos. Todo ello atenta al principio de transparencia (artículo 1 de la LCSP) que tiene por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora e implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones (ver, en este sentido, la Resolución 6/2016 de este OARC/KEAO y la jurisprudencia del TJUE en ella citada en especial la sentencia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, asunto C-496/99 P, apartados 109 a 111).

Además, este OARC/KEAO, considera que la presentación de tres estudios de las características exigidas, (i) de medición de superficies, (ii) del arbolado existente y (iii) de jardineras y arbustos, resulta desproporcionada respecto al objetivo de seleccionar la oferta más ventajosa y, por consiguiente, contraria al artículo 145.6 de la LCSP, ya que no se trata de estudios relacionados con la forma de prestar el servicio, sino que se obliga a todos los licitadores (y no solo al contratista) a efectuar una labor de verificación física de los espacios verdes previa a la ejecución del objeto del contrato.

Por el contrario, el segundo de los subcriterios denunciados, Programa de actualización e inventario de la documentación compatible con los sistemas informáticos del Ayuntamiento y los métodos de actualización del inventario de áreas, estructuras lineales y elementos puntuales (árboles y jardineras), se halla suficientemente reglado como para considerarlo válido como un criterio de adjudicación valorable conforme a juicios de valor, ya que al menos menciona la compatibilidad con los sistemas municipales y que se evaluarán concretamente los métodos de actualización

b.4) Sobre la ventaja de la actual adjudicataria.

Por lo que se refiere al reproche de que los subcriterios mencionados en el punto b3) anterior están diseñados en beneficio de la actual adjudicataria del contrato, dado que dicha empresa se halla en una situación de ventaja respecto del resto de los licitadores por ser la que dispone de toda la información cierta y actualizada de los diferentes espacios y elementos a inventariar, debe señalarse que en todos los contratos de tracto sucesivo en los que la entidad adjudicadora decide iniciar un procedimiento de licitación para la adjudicación de un contrato que ha sido ejecutado hasta ese momento por un único contratista, la ventaja de la que éste último goza es, en realidad, inevitable y constituye de alguna manera una «ventaja inherente de facto» . La citada ventaja solo se podría suprimir prohibiendo la participación de la empresa en el procedimiento, incluso como subcontratista, lo que de ningún modo cabe en la legislación sobre contratación pública. No obstante, dicha supuesta ventaja sería ilegítima si de los pliegos del contrato se observara una estructura de la obligación favorable al anterior adjudicatario o durante el procedimiento de adjudicación se reservara información útil para la elaboración de la oferta. Además, los principios de igualdad de trato y transparencia implican la obligación de que los licitadores se encuentren en igualdad de condiciones y dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus solicitudes de participación o de sus ofertas (véanse, en ese sentido, las sentencias de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau* y otros, C 470/99, Rec. p. I 11617, apartado 93, y de 16 de diciembre de 2008, *Michaniki*, C 213/07, apartados 44 y 45 y jurisprudencia citada), lo que conlleva que todos los información técnica pertinente para la buena comprensión del anuncio de licitación o del pliego de condiciones se debe poner, en cuanto sea posible, a disposición de todas las empresas que participan en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de forma que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, que la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios que rigen el contrato de que se trata, lo que podría compensar hipotéticas ventajas del

proveedor anterior de la prestación licitada (ver las resoluciones 58/2012 y 6/2016 del OARC / KEAO)..

Aplicando estos principios al caso analizado, no cabe duda que el actual adjudicatario del contrato sería el licitador que mejor conoce la realidad de los espacios verdes a mantener y sus necesidades, lo cual le concede una ventaja competitiva respecto al resto de potenciales licitadores que únicamente puede ser neutralizada por el poder adjudicador facilitando al resto de licitadores la información necesaria para que puedan efectuar una oferta en condiciones de igualdad. En este sentido, resulta contrario a los principios de igualdad de trato y transparencia, así como desproporcionado por justificar sin motivo suficiente al anterior prestador, imponer a los licitadores la labor de realizar un estudio exhaustivo de la realidad física del espacio a mantener, que, además, el propio órgano de contratación tiene el deber de conocer (el artículo 32 de la Ley de Patrimonio del estado exige que las entidades locales dispongan de un inventario de sus bienes de dominio público) y, por consiguiente, de facilitar a los licitadores.

Consecuentemente, se debe estimar el recurso en lo que toca a la impugnación del criterio secundario relativo al programa de actualización e inventario.

c) Sobre el criterio de adjudicación “Mejoras”

Este criterio de adjudicación se divide en cinco criterios secundarios o subcriterios de los cuales únicamente son dos los recurridos. De forma previa al análisis de los motivos esgrimidos para la impugnación de ellos, se debe aclarar una confusión en la que cae el recurrente y es que, a pesar de la denominación que el PCAP asigna a este criterio de “Mejoras”, no nos hallamos ante la figura regulada en el artículo 145.7 de la LCSP, ya que no se trata de la valoración de prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el PPT, sin que aquellas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni del objeto del contrato, sino principalmente ante la valoración de criterios medioambientales (utilización de vehículos respetuosos con el medio ambiente, utilización de fertilizantes que cumplan con la etiqueta

ecológica y utilización de productos biocidas) o criterios sociales (Plan de igualdad entre hombres y mujeres). Contextualizado el criterio de adjudicación y su calificación jurídica, los criterios secundarios impugnados merecen las siguientes consideraciones por este órgano de contratación.

c) 1. Utilización de fertilizantes y de productos biocidas

El recurrente reprocha que el criterio es indeterminado. Por el contrario, el poder adjudicador manifiesta que no cabe duda sobre la interpretación de los citados criterios, ya que se valora su utilización siempre y cuando se justifique con sus correspondientes fichas técnicas, y que es necesario ver lo ofertado por cada empresa antes de proceder al reparto de los puntos con que se pondera cada uno de los referidos subcriterios (1 punto por cada uno).

Debe darse la razón al poder adjudicador cuando opone que lo valorable es la oferta de uso de fertilizantes que cumplan con la Etiqueta Ecológica de la Unión Europea o equivalente, por un lado, y por otro, la utilización de productos biocidas que no estén clasificados como N, T, T+ o C ni como R45, R46, R61 y R64, debiendo ir acompañadas de la correspondiente ficha técnica al objeto de comprobar de manera efectiva la información facilitada, tal y como lo exige el artículo 145.5.c) de la LCSP y que se trata de la inclusión de criterios de adjudicación medioambientales en la adjudicación del contrato. Tal y como está descritos los subcriterios de adjudicación, y en contra de lo que señala el poder adjudicador, parece claro que se asigna la puntuación (toda la puntuación) por la mera oferta de un producto que cumpla con las especificaciones a valorar, obteniéndose “0” puntos en caso contrario. Esta interpretación es la única conforme con el automatismo propio de estos criterios, ya que no hay en su descripción posibilidad de ningún tipo de reparto proporcional. Consecuentemente, el motivo de recurso no puede aceptarse porque no existe la indefinición que se denuncia.

c) 2 Plan de igualdad de hombres y mujeres

Lo valorable en este criterio secundario de adjudicación es la mera tenencia en vigor de un plan de igualdad con el contenido previsto en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

El artículo 145.2.1º de la LCSP, dispone que los criterios cualitativos para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir, además de los medioambientales, aspectos sociales vinculados al objeto del contrato, que podrán ser las características sociales referidas entre otras a los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato.

Es claro que el criterio denunciado incumple el artículo mencionado en cuanto que el plan de igualdad que se va a valorar no está ligado a la ejecución del contrato, sino que se refiere a la organización en general; por otro lado, esta vinculación al objeto contractual tampoco está explicitada en el expediente (ver, por ejemplo, el artículo 116.4 c) de la LCSP). En este sentido, resulta procedente recordar el último párrafo del Considerando 97 de la Directiva 2014/24 que, en relación con la posibilidad de adoptar criterios de adjudicación o condiciones de ejecución de contratos basados en consideraciones sociales y medioambientales, manifiesta que No obstante, la condición de que exista un vínculo con el objeto del contrato excluye los criterios y condiciones relativos a la política general de responsabilidad corporativa, lo cual no puede considerarse como un factor que caracterice el proceso específico de producción o prestación de las obras, suministros o servicios adquiridos (ver, igualmente, la Resolución 660/2018 del TACRC)

Consecuente debe ser estimado este motivo de impugnación.

d) Conclusión

Consecuentemente, se deben declarar no conformes a derecho las siguientes cláusulas.

.- Del PCAP, los siguientes criterios de adjudicación:

- .- Presentación de planos y estudios.
- .- Plan de igualdad entre mujeres y hombres,

.- Programa de actualización e inventario.

.- Del PPT,

.- El segundo párrafo de la cláusula 1 Los licitadores, basándose en la documentación gráfica de las zonas objeto del concurso que nos ocupa deberán aportar tres estudios. Uno de medición de superficies de las tres clases de jardines, A, B y C, otro del arbolado existente, y otro de jardineras y arbustos.

Dado que las cláusulas anuladas afectan a criterios de adjudicación, debe cancelarse la licitación (ver, por ejemplo, la Resolución 152/2018 del OARC / KEAO y la jurisprudencia que en ella se cita).

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 parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la Asociación Española de Empresas de Parques y Jardines (ASEJA) contra los pliegos del contrato de “Servicio de conservación y mantenimiento de los jardines y zonas verdes municipales de Elgoibar”, tramitado por municipio de Elgoibar, en los términos establecidos en el fundamento jurídico octavo d) de esta resolución.

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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al órgano de contratación para que dé conocimiento al OARC / KEAO de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a 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 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2018ko abenduaren 27a

Vitoria-Gasteiz, 27 de diciembre de 2018