



EB 2021/026

Resolución 066/2021, de 21 de abril, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa FCC MEDIO AMBIENTE, S.A.U. contra la adjudicación del contrato del “Servicio de limpieza viaria y jardinería (lote 1)”, tramitado por el Ayuntamiento de Güeñes.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 19 de febrero de 2021 se presentó en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa FCC MEDIO AMBIENTE, S.A.U. (en adelante, FCC) contra la adjudicación del contrato del “Servicio de limpieza viaria y jardinería (lote 1)”, tramitado por el Ayuntamiento de Güeñes.

SEGUNDO: Remitido el recurso al poder adjudicador el mismo día 19 de febrero, se recibió, entre los días 23 y 25 del citado mes, en este OARC / KEAO, una copia del expediente de contratación y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados el día 26 de febrero, se recibieron las alegaciones de la UTE ANSAREO/SERKOM (en adelante, la UTE), adjudicataria impugnada, el día 5 de marzo.





II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de E.O.F. que actúa en su nombre.

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

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 c) de la LCSP señala que los acuerdos de adjudicación podrán ser objeto de recurso.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

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

SEXTO: Alegaciones de la recurrente

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



a) FCC estima que existen varios vicios en la tramitación del procedimiento que determinan su nulidad de pleno derecho:

- No se ha hecho público el acuerdo de adjudicación del órgano de contratación, siendo una obligación legal recogida en el artículo 151 de la LCSP.
- La Mesa de Contratación dispuso de dos informes de valoración de los criterios subjetivos que atribuían diferentes puntuaciones a las ofertas, sin que consten en el acta las razones por la que considera que el informe del aparejador debe primar sobre el de la interventora.
- Carácter apodíctico de las puntuaciones finales acordadas por la Mesa de contratación.
- Existe arbitrariedad en el cómputo de la puntuación, lo que supone una extralimitación por parte del órgano de contratación en el ejercicio de la discrecionalidad técnica.

b) El informe de valoración del aparejador incurre en notorias irregularidades: introduce subcriterios no previstos en los pliegos y registra errores en la valoración de la documentación de la oferta de la recurrente.

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

SÉPTIMO: Alegaciones de la UTE

La adjudicataria impugnada se opone a la estimación del recurso por las razones que se exponen a continuación:

a) Respecto a la pretendida duplicidad de los informes relativos a los juicios de valor, debe señalarse que la Mesa realizó un único encargo de informe, concretamente, al aparejador municipal, de tal forma que la valoración efectuada por la interventora fue exclusivamente a iniciativa suya. En consecuencia, el



único informe a tener en cuenta es el del aparejador municipal, precisamente al que se adhirieron el resto de los miembros de la Mesa (Secretaría y Alcalde).

b) El informe de valoración realizado por el aparejador no introduce nuevos subcriterios sino aspectos incluidos dentro del propio criterio de adjudicación que limitan la discrecionalidad del valorador y beneficia la transparencia. Además, dichos puntos respetan los requisitos establecidos en la STJUE de 24 de noviembre de 2005.

c) Con relación a los pretendidos errores cometidos en el informe de valoración del aparejador, la alegante se remite a la doctrina de este Órgano resolutivo, de forma que su doctrina es plenamente aplicable al caso.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

Por su parte, el poder adjudicador alega lo siguiente:

a) En el perfil del contratante de la plataforma de contratación en Euskadi constan publicadas todas las actas de la Mesa de Contratación, así como la fecha de adjudicación del contrato y resto de datos de la adjudicación. Por otro lado, la resolución de adjudicación le fue notificada a la recurrente.

b) No han existido dos informes de valoración, pues el único es el del aparejador municipal que es al que se le dio traslado de las ofertas para su evaluación. Lo que la recurrente denomina informe de la interventora no es más que una opinión personal como miembro de la Mesa.

c) Se considera que los puntos tenidos en cuenta por el informante técnico son propios del criterio de adjudicación Plan General del Servicio sin que puedan considerarse nuevos subcriterios.

d) Son numerosos los ejemplos que ilustran la disparidad y la falta de claridad de la oferta de la recurrente.



NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En resumen, el recurso aprecia, por un lado, que el procedimiento adolece de vicios que determinan la nulidad del acto impugnado porque la adjudicación no está suficientemente motivada y excede del margen que la discrecionalidad técnica concede al poder adjudicador y, por otro, que el informe de valoración llevado a cabo por el aparejador municipal utiliza subcriterios no descritos en los pliegos y contiene errores manifiestos. A continuación, se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre todo ello.

a) Sobre la nulidad del procedimiento de adjudicación

El recurrente considera que existe una falta de motivación de la puntuación resultante de la evaluación de las ofertas conforme a los criterios sujetos a juicio de valor junto a varias irregularidades que, a su juicio, vician de nulidad el acto impugnado.

a 1) Sobre la falta de publicación del acuerdo de adjudicación

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



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

a 2) Sobre la duplicidad de los informes de valoración y las puntuaciones finales acordadas por la Mesa

El recurso señala que la Mesa dispuso de dos informes de valoración de los criterios subjetivos sin que consten las razones o motivos por los que optó por adherirse al del aparejador y no al de la interventora, ni porqué se modificaron las puntuaciones del informe del aparejador. Por su parte, tanto el poder adjudicador como la UTE impugnada niegan la existencia de dos informes concediendo tal carácter únicamente al elaborado por el aparejador y afirman que el cambio en las puntuaciones fue el resultado de las deliberaciones propias de la mesa. A este respecto, se debe recordar que la mesa de contratación (artículo 326.2 b) de la LCSP) es el órgano de asistencia técnica especializada del órgano de contratación compuesto por personas que reúnen las garantías de objetividad, imparcialidad y posesión de determinados conocimientos técnicos que, en su tarea de evaluación de las proposiciones, puede solicitar cuantos informes precise (ver, por ejemplo, el artículo 146.2 b), el segundo párrafo del artículo 150.1 y el último párrafo del artículo 325.5, todos de la LCSP). Estos informes consisten en documentos auxiliares, de carácter no preceptivo y no vinculante, que ayudan a la Mesa de contratación en su tarea de valoración (ver, por ejemplo, el informe 9/2020 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado). Ello implica que la Mesa de contratación no está vinculada por las consideraciones contenidas en dichos informes y que no tiene por qué asumirlos de una forma acrítica. En este sentido, del análisis de las actas incorporadas al expediente de contratación se concluye que la actuación de la mesa de contratación fue correcta. En concreto, se produjo una deliberación entre sus



miembros sobre las puntuaciones finales que las ofertas debían obtener en los criterios subjetivos, llegando a un acuerdo final que se reflejó en la propuesta que se elevó al órgano de contratación. Consecuentemente, este motivo de impugnación debe ser desestimado.

b) Sobre las irregularidades del informe de valoración del aparejador

FCC alega que el informe valorativo utiliza subcriterios no previstos y contiene errores manifiestos en la valoración de su oferta.

b.1) Sobre los criterios secundarios de valoración no previstos en los pliegos

El poder adjudicador puede determinar, tras la expiración del plazo de presentación de las ofertas coeficientes de ponderación no previstos en el pliego de condiciones y que no han sido comunicados previamente a los licitadores bajo tres condiciones: (i) que esa determinación ex post no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, (ii), no contenga elementos que, de haberse conocido en el momento de la preparación de las ofertas, hubiesen podido influir en esa preparación y (iii) no se haya adoptado teniendo en cuenta elementos que puedan tener un efecto discriminatorio en relación con uno de los licitadores (ver, en este sentido, STJUE de 14 de julio de 2016, asunto C - 6/15 ECLI:EU:C:2016:555, apartado 26 y las Resoluciones de este OARC/KEAO 63/2017 y 101/2018).

El informe técnico a la hora de valorar el criterio Plan General. 25 puntos ha utilizado los siguientes aspectos:

a. Plan General. 25 pts. Para lo cual se han considerado como puntos más relevantes.

• Plan de trabajo.

En definitiva y en general análisis de la documentación, estudio de los condicionantes y casuística del servicio. Ejecución de las labores.

• Organización de los mismos por semanas o meses.



En definitiva y en general la coherencia de los recursos previstos en suficiencia e idoneidad con el cumplimiento del servicio. Análisis de mediciones, equipos, rendimientos, secuencias y holguras.

- Resto de actividades o servicios a presentar por la adjudicataria.

A juicio de este OARC/KEAO la pretensión de anulación de la adjudicación basada en este motivo debe ser desestimada, ya que en ninguno de los casos (plan de trabajo, organización de los mismos y resto de actividades o servicios a presentar por la adjudicataria) nos hallamos ante verdaderos nuevos criterios secundarios de adjudicación, sino que estructura de forma diferente el análisis del contenido de la oferta solicitado en la cláusula 9, apartado 1) del PPT. Así, se aprecia que se están valorando aspectos de la oferta relacionados con el criterio de adjudicación especificado, de tal forma que incluso en el tercero de los aspectos valorados la recurrente obtiene la mejor puntuación. En definitiva, lo que el recurrente denuncia como nuevos subcriterios, no previstos en los pliegos, no constituyen más que el uso de la libertad formal que asiste al poder adjudicador para plasmar su motivación, eligiendo dividir su exposición en varios epígrafes que afectan, todos ellos, a aspectos del criterio de adjudicación descrito en los pliegos, sin que se traspasen los límites de la discrecionalidad técnica que le asiste para aplicarlo.

b.2) Sobre los errores del informe

Como reiteradamente ha manifestado este Órgano (ver, por todas, su Resolución 024/2020) en virtud de la discrecionalidad técnica, el poder adjudicador goza de un cierto margen en la aplicación de los criterios de adjudicación de apreciación subjetiva, de manera que no es revisable por este Órgano todo lo referido a los juicios técnicos emitidos al respecto. En cambio, sí debe verificarse el respeto a los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración, que se refieren a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho. Los citados límites impiden la fiscalización del llamado “núcleo material de la decisión” (el estricto juicio o dictamen técnico), pero



no el de sus "aledaños", que comprenden, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades, como el respeto al principio de igualdad de trato y no discriminación y la interdicción de la arbitrariedad (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010, recurso 950/2008, ECLI:ES:TS:2010:4043 y la Resolución 209/2019 del OARC / KEAO).

Por otro lado, sobre el contenido mínimo que debe satisfacer la motivación de la adjudicación para cumplir las funciones que la LCSP le encomienda, como posibilitar a los interesados la interposición de un recurso debidamente fundado (artículo 151.2 de la LCSP) y facilitar a este Órgano el control del ejercicio de la discrecionalidad técnica que ampara al poder adjudicador, se ha pronunciado el OARC / KEAO en reiteradas ocasiones (ver, por todas, su Resolución 61/2021). En síntesis, la motivación debe señalar (i) el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico, (ii) consignar los criterios de valoración que se utilizarán para emitir dicho juicio técnico y (iii) expresa por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un licitador frente a los demás.

Una vez delimitado así el alcance del control que este Órgano puede ejercer, y contrastados los citados principios con el caso analizado, se considera que, en términos globales, el poder adjudicador ha hecho un uso correcto de la discrecionalidad, con un informe técnico conocido por el recurrente que sustenta adecuadamente la motivación del acto impugnado, lo que lleva a la desestimación del presente motivo impugnatorio. En especial, se observa lo siguiente:

- 1) El recurrente pretende sustituir la discrecionalidad del poder adjudicador por la suya propia, necesariamente parcial e interesada. Sin embargo, no ha probado que el Ayuntamiento haya actuado de forma arbitraria o contraria al principio de igualdad de trato; en este sentido, sus argumentos son, o bien genéricos, o bien referidos a afirmaciones literales del informe técnico



ignorando la globalidad del mismo y otros de sus contenidos contrarios a sus tesis.

- 2) Este Órgano ha constatado tras el análisis de la oferta de la recurrente que la misma incurre en errores o contradicciones en las frecuencias y solapes (limpieza de excrementos de animales, limpieza de sumideros y canaletas o la falta de concreción a la hora de determinar los medios materiales adscritos al contrato) así como en la falta de claridad visual de algunos planos, comparándolos con los de otro licitador, tal y como se señala en el informe valorativo. Estas circunstancias se consideran determinantes a la hora de justificar las diferencias de puntuación (que al final son las que deciden la licitación), sin que pueda entenderse que haya extralimitación alguna en el ejercicio de la discrecionalidad, la cual sólo podría deducirse del contenido global de la motivación y no de algún error de apreciación puntual, como pretende FCC.

c) Conclusión

A la vista de los apartados anteriores, el recurso debe desestimarse.

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 / Euskara Autonomía Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa FCC MEDIO AMBIENTE, S.A.U. contra la



adjudicación del contrato del “Servicio de limpieza viaria y jardinería (lote 1)”, tramitado por el Ayuntamiento de Güeñes.

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

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

CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2021eko apirilaren 21a

Vitoria-Gasteiz, 21 de abril de 2021