



EB 2017/066

Resolución 073/2017, de 21 de junio de 2017, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, que resuelve el recurso especial interpuesto por ZAUNK, S.A. contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) del contrato de “Servicio de recogida y custodia de animales en el municipio de Getxo”, tramitado por el Ayuntamiento de Getxo.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 6 de abril de 2017 ZAUNK, S.A. presentó en el registro del Órgano de contratación un recurso especial en materia de contratación contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato de “Servicio de recogida y custodia de animales en el municipio de Getxo”, tramitado por el Ayuntamiento de Getxo.

El día 3 de mayo de 2017 tuvieron entrada en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en lo sucesivo, OARC / KEAO) el recurso, el expediente de contratación y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del sector Público (en adelante, TRLCSP).

SEGUNDO: No constan en el expediente interesados distintos de los propios recurrentes y del poder adjudicador.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Constan la legitimación del recurrente y la representación de don G. F.G. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Según el artículo 40.1 a) del TRLCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada y, en todo caso, los de valor estimado igual o superior a 209.000 euros. El servicio objeto de recurso tiene un valor estimado de 357.024,00 €.

TERCERO: El acto recurrido son los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) del contrato (artículo 40.2 a) TRLCSP).

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

QUINTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

SEXTO: La argumentación del recurso es, en síntesis, la siguiente:

a) Distancia del albergue al municipio de Getxo. Se establece como criterio de adjudicación la distancia del albergue al municipio de Getxo, que otorga 10 puntos a una empresa radicada en Getxo y 0 puntos a otra que está a 32 kilómetros. Entiende el recurrente que se vulneran tres principios de la contratación pública:

- No existe motivo alguno para puntuar a una empresa por la distancia del albergue.
- No existe proporcionalidad en la valoración del criterio.
- Es discriminatorio porque no se da un igual trato a los licitadores que pueden prestar el servicio con las mismas o incluso mejores garantías por estar a más de 32 kilómetros de distancia.



b) Solicita la anulación del criterio de adjudicación de la distancia del albergue al municipio de Getxo por ser discriminatoria hacia las empresas que están a una distancia del municipio de Getxo y pueden realizar el servicio.

SÉPTIMO: Por su parte, el poder adjudicador se opone al recurso por las razones que a continuación se resumen:

a) El servicio contratado está pensado para la ciudadanía del municipio de Getxo y lo que se busca es que sea lo más cómodo para sus usuarios. La proximidad de las instalaciones donde se encuentre albergados los animales es de vital importancia, no sólo cuando los animales no pueden ser devueltos al domicilio de sus dueños sino también cuando se desean ver posibles mascotas a adoptar. La anterior adjudicación del contrato a ZAUNK originó muchas quejas porque acudir a su instalación de Iurreta suponía tiempo y gastos para los ciudadanos que, además, desincentivaba las posibles adopciones. Por tanto, el criterio de adjudicación de la distancia del albergue guarda vinculación directa con el objeto del contrato y ahorra molestias y tiempos de desplazamiento para el ciudadano de Getxo al que está dirigido el servicio.

No existe implantación territorial discriminatoria. El criterio está relacionado con el objeto del contrato y justificado en razones imperiosas de interés general, aplicado de forma proporcionada sin ir más allá de lo estrictamente necesario para alcanzar dicho objetivo.

Con respecto a la fórmula empleada para la valoración de la distancia del albergue al municipio de Getxo, se remite al informe elaborado por el técnico de medio ambiente, que indica que en los pliegos figura el coeficiente 0,32 cuando realmente debiera figurar el coeficiente 0,19. Añade que actualmente el expediente se encuentra suspendido en su tramitación hasta que se resuelva el recurso interpuesto, momento en el cual, si procede, se tramitará la modificación indicada.

A continuación reproduce el informe emitido por el Departamento de Medio Ambiente del Ayuntamiento, redactor de los pliegos técnicos, que relaciona



algunos aspectos del Pliego de Condiciones Técnicas (en adelante, PCT) relacionados con el apartado de distancia entre el centro y el municipio:

- Artículo 4.3 del PCT. Tiempo de respuesta de la empresa en servicio de recogida de animales: no podrá transcurrir un tiempo superior a 40 minutos si el aviso se recibe entre las 8 y las 20 horas de lunes a viernes.
- Artículos 6.5 y 7.1 del PCT. Acudir la ciudadanía al albergue: deberá permanecer abierto de lunes a viernes entre las 10 y las 13:30 horas por la mañana y entre las 16 y 18 horas por la tarde, los sábados entre las 10 y las 13:30 horas.
- Artículo 7.5 del PCT. Jornadas educativas: Es posible realizar estos cursos en algún lugar del municipio pero la norma general es que se realicen en las instalaciones del adjudicatario por lo que la cercanía sería positiva para la mayor asistencia a los cursos.
- Artículo 7.9 del PCT. Inspecciones municipales. La cercanía del centro a las oficinas municipales permite a los servicios municipales llevar un mayor control de las condiciones de tenencia de los animales incluidos en el servicio.
- Artículo 5.1. Cesión de perros de particulares al Ayuntamiento. Se aceptan los animales de vecinos que quieran desprenderse, previo pago de la correspondiente tasa y sin coste para el Ayuntamiento, servicio que resulta más cómodo cuando la empresa adjudicataria tenga el centro más cercano.

Señala que el servicio municipal de animales estuvo instalado en Durango durante los años 2009-2012, y que durante este tiempo tuvieron quejas de los vecinos derivadas de la excesiva distancia el centro en comparación con otros más cercanos.

Finalmente, el coeficiente de 0,19 viene dado por considerar que para cumplir el tiempo de respuesta de cuarenta minutos se tiene que conseguir una velocidad media de 80 km/h en el trayecto, que es una velocidad de las más altas posibles que se pueden aceptar. El coeficiente de 0.32 que figura en los pliegos es equivocado y su subsanación fue remitida al departamento de contratación para la correspondiente tramitación.



b) Solicita la desestimación íntegra del recurso.

OCTAVO: El recurrente denuncia que no hay motivo alguno para puntuar a los licitadores por la distancia en la que se encuentra el albergue de acogida y pone en tela de juicio la vinculación directa del criterio con el objeto del contrato, como exige el artículo 150.1 del TRLCSP.

Para la resolución de este motivo interesa señalar que, de acuerdo con el artículo 1 del PCT, la adjudicación del Servicio Municipal de Animales en el municipio de Getxo tiene por objeto « (...) la prestación de un servicio integral de recogida, custodia, alojamiento, control, destino y gestión de perros y gatos que se encuentren sueltos, vagabundos, perdidos, abandonados o aquellos que se encuentren en la vía pública sin el control de sus propietarios. Así como de aquellos perros y gatos que determinen los servicios técnicos y policiales del municipio.» Y que según el artículo 2 del PCT, el ámbito y actuaciones se extienden a (i) la recogida de animales, gestión y destino; (ii) alojamiento, cuidado y manutención de los animales recogidos; (iii) gestiones administrativas y atención al público; (iv) asesoramiento técnico, emisión de informes y participación en campañas municipales de concienciación; (v) otras incidencias que puedan presentarse de competencia municipal.

Son igualmente reseñables las siguientes obligaciones del adjudicatario del contrato contenidas en el PCT:

- Artículo 5.3: El adjudicatario en su labor de recogida de animales se compromete a personarse en el lugar requerido en un tiempo no superior a 40 minutos desde la recepción del aviso, si el aviso se recibe entre las 8 y 20 horas de lunes a viernes.
- Artículo 6.1: La empresa adjudicataria se hará cargo del alojamiento, cuidado y mantenimiento de los animales recogidos de acuerdo con los requisitos específicos en el decreto 81/2006 de núcleos zoológicos para albergar animales de las especies caninas y felinas. Las instalaciones ofertadas para albergar a los animales deberán estar reconocidas legalmente



como núcleo zoológico, ajustándose a lo establecido en la legislación vigente. (...). Todos los animales deberán estar alojados en un único albergue no cabiendo la posibilidad de presentar varios albergues para la realización del servicio.

- Artículo 6.3: La empresa adjudicataria entregará, siempre que sea posible, el animal a su propietario una vez recogido en el municipio y sin necesidad de llevarlo al albergue, (...).
- Artículo 6.7: La entidad prestadora del servicio comprobará la identificación del animal que ingresa en el albergue, poniéndose en contacto inmediato con su propietario (...).
- Artículo 6.10: La entidad adjudicataria llevará un control exhaustivo de las entradas y salida del albergue (...).
- Artículo 6.11: Aquellos animales que en función de la legislación vigente, o por criterio municipal, deban estar identificados saldrán del albergue con la identificación incorporada debiendo el propietario o persona que lo retire abonar el coste que ese proceso pueda suponer. (...).
- Artículo 6.12: Finalizado el plazo legalmente establecido para que el animal fuera reclamado por su propietario, se procurará su adopción. El único coste al que deberá hacer frente la persona adoptante, consistirá en proceder al abono de la tasa correspondiente de adopción.
- Artículo 6.14: Todo animal recuperado que tras comprobar su identidad se haya de devolver a su propietario, solo podrá ser entregado al mismo propietario o a la persona por él asignada previa autorización por escrito en tal sentido.
- Artículo 7.1: La prestación del Servicio Municipal para Animales ha de realizarse bajo el principio de “orientación al cliente”. De tal manera que todas las actividades que se realicen han de velar por satisfacer las necesidades y expectativas de la ciudadanía que pueda requerir el servicio.

De los artículos del PCT reproducidos se colige que la distancia del albergue de acogida al Ayuntamiento tiene relevancia, al menos, en tres momentos diferentes: (i) en el traslado de los animales al albergue; (ii) en el traslado de los dueños de los animales perdidos que deseen recuperarlos y deben acudir al



albergue; (iii) en el traslado de quienes deseen adoptar una animal, puesto que dicho trámite se efectúa en el propio albergue.

De lo expuesto se deduce que la ubicación del albergue de acogida sí está relacionada con las prescripciones del contrato; sin embargo, se debe examinar también si el criterio de adjudicación debatido persigue obtener un beneficio en la ejecución del contrato y, sobre todo, si es proporcionado.

NOVENO: El recurrente impugna la falta de proporcionalidad del criterio de adjudicación de la letra A.2.- “DISTANCIA DEL ALBERGUE: se valorará hasta con un máximo de 10 puntos”, de la cláusula 20 del PCAP, cuyo contenido es el siguiente:

«La máxima puntuación, 10 puntos, se dará a la oferta cuyo albergue esté ubicado en el municipio de Getxo. Para el resto de ubicaciones se aplicará la siguiente fórmula:

$$P = 10 - 0.32d$$

Siendo:

P= Puntuación obtenida.

D= Distancia del albergue al Ayuntamiento de Getxo (edificio consistorial) en kilómetros.»

Además, el artículo 13 del PCT “Criterios de valoración”, en su punto 2 “Distancia del albergue” completa el criterio al señalar que «En este servicio se recogen los animales de la vía pública (perros gatos) siendo la mayor parte de ellos propiedad de los vecinos del municipio. Los vecinos deben ir a recoger los citados animales al albergue en muchos de los casos. Al objeto de dar un servicio de máxima calidad se considera oportuno el marcar como criterio valorable la distancia del albergue a Getxo, ya que esto simplificaría los transportes de los vecinos del municipio al centro a recoger sus mascotas. Por otra parte también facilitaría la posibilidad de visitas de los vecinos al centro al objeto de poder adoptar algún animal.»

El recurrente considera que la fórmula propuesta es desproporcional porque otorga los 10 puntos del criterio a los licitadores que estén radicados en Getxo



y 0 puntos a lo que tengan sus instalaciones en una distancia superior a 32 kilómetros.

Aunque el recurrente no lo dice de forma directa –si lo hace el poder adjudicador en el informe al recurso cuando afirma no existir un criterio de implantación territorial– se está impugnando un criterio que podría beneficiar a determinados licitadores por arraigo territorial ya que el mero hecho de contar con un albergue radicado en el municipio de Getxo les otorgaría sin más la totalidad de los 10 puntos en que se pondera el criterio; en cambio, perjudica a quienes tienen un albergue en otras localidades y, sobre todo, a quienes están a más de 32 kilómetros que obtienen 0 puntos.

En su Resolución 120/2013 este OARC / KEAO afirmó que la normativa sobre contratación pública «prohíbe que el origen, el domicilio social, o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa pueda ser considerado como criterio de aptitud o de adjudicación (...)». Y en su Resolución 060/2015 se mencionaba la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de octubre de 2005 (Asunto C-234/03, “Contse”, ECLI:EU:C:2005:644), que analiza el arraigo territorial como criterio de adjudicación, conforme a la cual, excepcionalmente puede ser admitido cuando (i) se aplique de manera no discriminatoria; (ii) esté justificado por razones imperiosas de interés general; (iii) sea adecuado para garantizar la realización del objetivo que persiguen y (iv) no vaya más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

En cuanto al primero de los requisitos, el criterio debatido se aplica indistintamente a cualquier empresa que presente una oferta, sea cual sea su origen territorial, por lo que no es, en ese sentido, discriminatorio (ver el apartado 51 de la sentencia citada). No obstante, además de cumplir este requisito formal, se debe también verificar si, en la práctica, los licitadores radicados en el municipio de Getxo pueden cumplir este requisito con más facilidad que las demás (apartado 56 de la misma sentencia). En este sentido, habida cuenta de las características del mercado al que se refiere la prestación, en el que las empresas tienden a radicar sus instalaciones en sus territorios de



origen o cerca de ellos, parece claro que las empresas ya radicadas en Getxo cumplen este requisito, en la práctica, con más facilidad que las demás, siendo poco probable que otros operadores se instalen en el municipio.

Por lo que se refiere al segundo de los requisitos, la justificación que obra en el expediente consistente en facilitar a los usuarios del servicio el desplazamiento hasta el albergue y fomentar las adopciones, no es bastante para sustentar la existencia de razones imperiosas de interés general, pues de la misma no se desprende su carácter de necesario para satisfacer el objeto principal del contrato, que no consiste en el citado fomento.

En cuanto a la adecuación de la medida, este OARC / KEAO considera que la necesidad que el contrato pretende satisfacer se cumple con la disponibilidad de un albergue en las condiciones y con los servicios que se prescriben en el PCT, sin que sea además necesario premiar la ubicación del albergue en Getxo; téngase en cuenta que los requisitos de tiempo de respuesta desde la recepción del aviso se pueden cumplir también utilizando el contratista una logística adecuada. En este sentido, el beneficio obtenido por las empresas que disponen de un albergue en el municipio es desproporcionado con respecto a la finalidad de recogida, custodia, alojamiento, control, destino y gestión de animales; la incentivación de las adopciones es una prestación accesoria a la actividad principal demandada y no justifica la restricción. Abundando en la desproporcionalidad de la medida, debe señalarse que el sistema de reparto de puntuación del criterio atribuye una gran ventaja a quien lo cumple respecto a quien ofrece un albergue situado a más de 32 kilómetros, que no obtiene ningún punto.

Se debe concluir, por tanto, que el criterio de adjudicación debatido beneficia de forma injustificada y desproporcionada a los licitadores que disponen de un albergue para animales en Getxo y perjudica a quienes disponen de albergues en otras localidades y sin embargo pueden cumplir las prescripciones de los pliegos, por lo que procede la anulación del criterio.



Adicionalmente, hay que reseñar que el criterio permite conocer de antemano la puntuación que se otorgará a los posibles licitadores, puesto que el poder adjudicador puede conocer “a priori” quienes están ubicados en Getxo y quienes en otras localidades, de forma que puede modular de antemano y de forma arbitraria la puntuación que otorgará a los licitadores capacitados para ejecutar el contrato (ver, en este sentido, la Resolución del TACRC 191/2017).

DÉCIMO: La declaración de nulidad del criterio de adjudicación conlleva la de todo el proceso de licitación (ver, por ejemplo, la resolución 070/2014, de este OARC / KEAO). Según la jurisprudencia comunitaria (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003 (C-448/01, asunto EVN AG, ECLI:EU:C:2003:651), «los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (...). De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión.» Y concluye que «la normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso (...) se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo, dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso.» Todo ello conlleva la necesidad, en su caso, de poner en marcha un nuevo procedimiento de licitación, donde se tengan en consideración lo expuesto en esta Resolución.

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 del a Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de



Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen
Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial interpuesto por ZAUNK, S.A. contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) del contrato de “Servicio de recogida y custodia de animales en el municipio de Getxo”, tramitado por el Ayuntamiento de Getxo, anulando la letra A.2 “Distancia del albergue: se valorará hasta un máximo de 10 puntos” de la cláusula 20 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, y el artículo 13.2 “Distancia del albergue” del Pliego de Condiciones Técnicas, cancelando el procedimiento de adjudicación.

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

TERCERO: 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 ekainaren 21a

Vitoria-Gasteiz, 21 de junio 2017