



EB 2019/078

Resolución 117/2019, de 5 de julio, 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 ANSAREO SANEAMIENTOS Y SERVICIOS, S.A. contra el acuerdo de adjudicación del contrato de “Servicio de recogida y transporte a instalación de tratamiento de la fracción orgánica de los residuos objeto del proyecto de implantación del 5º contenedor marrón personalizado en los municipios de Portugalete, Santurtzi, Valle de Trápaga-Trapagaran y Ortuella”, tramitado por la Mancomunidad de la Margen Izquierda y Zona Minera.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 13 de mayo de 2019, la empresa ANSAREO SANEAMIENTOS Y SERVICIOS, S.A. (en adelante, ANSAREO) interpuso un recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación del contrato de “Servicio de recogida y transporte a instalación de tratamiento de la fracción orgánica de los residuos objeto del proyecto de implantación del 5º contenedor marrón personalizado en los municipios de Portugalete, Santurtzi, Valle de Trápaga-Trapagaran y Ortuella”, tramitado por la Mancomunidad de la Margen Izquierda y Zona Minera.

SEGUNDO: El día 14 de mayo se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron 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). Dicha documentación se recibió el día 20 de mayo.



Nahi izanez gero, J0D0Z-T1PW3-XC8F bilagailua erabiltza, dokumentu hau egiazkoa den ala ez jakin liteke egoitza elektroniko honetan: <http://euskadi.eus/lokalizatzailea>

La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador J0D0Z-T1PW3-XC8F en la sede electrónica <http://euskadi.eus/localizador>



TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 20 de mayo, se han recibido, el día 27 del mismo mes, las alegaciones de CESPAS, COMPAÑIA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PÚBLICOS AUXILIARES, S.A. (en adelante, CESPAS), adjudicataria impugnada.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

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

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

El contrato está incluido en el ámbito objetivo del recurso especial, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 17 y 44.1 a) de la LCSP.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Conforme al art. 44.2.c) de la LCSP pueden ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación.

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, la Mancomunidad de la Margen Izquierda y Zona Minera 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 son, en síntesis, los siguientes:

a) El informe de valoración de los criterios evaluables mediante juicio de valor no realiza una verdadera ponderación y valoración de los mismos, y se limita a señalar que las ofertas de los licitadores son idóneas a efectos de cumplimiento del contrato, se califican de muy buenas y reciben la misma puntuación. Esta forma de llegar a dicha puntuación derivada de una mera descripción de las proposiciones y su correspondiente calificación, supone la infracción del apartado 17 del anexo I del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) relativa al análisis detallado de cada uno de los elementos que componen los planes recogidos en las ofertas. En concreto, la recurrente señala los siguientes elementos diferenciadores entre las dos ofertas presentadas: (i) Camión, (ii) horas destinadas para la prestación del servicio, (iii) servicio de atención telefónica) y (iv) sistema de pesaje.

b) La infracción descrita en la letra anterior implica que la adjudicación del contrato se obtenga *de facto* mediante la puntuación obtenida en la aplicación de los criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas, lo que contraviene el sistema de adjudicación basado en dos tipos de criterios (subjetivos y objetivos). Ello supone, en opinión de la recurrente, un trato de favor en beneficio de la adjudicataria.

c) Finalmente, solicita la nulidad o anulabilidad del acuerdo de adjudicación y se disponga una nueva valoración de los criterios sujetos a juicio de valor.

SÉPTIMO: Alegaciones de CESPA

CESPA, adjudicatario impugnado, se opone a la estimación del recurso con los siguientes argumentos:

a) La posibilidad de que en las licitaciones públicas los licitadores obtengan la misma puntuación no es en absoluto algo extraño, pues la propia LCSP



establece criterios propios de desempate en su artículo 147, así como los pliegos rectores del presente contrato en la cláusula 10.6 del PCAP.

b) El informe técnico considera que las ofertas de los dos licitadores deben obtener la misma puntuación (y máxima) según su leal saber y entender y al amparo de la discrecionalidad técnica de la administración. Además, en el presente supuesto dicho empate no debería causar extrañeza, dado que es un servicio de muy simple ejecución con una frecuencia de recogida fijada en el pliego de prescripciones técnicas (PPT), un importe máximo de 219.650 € y un plazo de duración de 1 año sin posibilidad de prórroga.

c) La única pretensión de la recurrente es sustituir el criterio técnico del órgano de contratación por el suyo propio, ya que la afirmación de que la existencia de diferencias en las ofertas debe conducir necesariamente a diferencias en la puntuación carece de fundamento porque a lo que hay que estar es al contenido de los criterios de valoración establecidos en los pliegos.

d) El motivo impugnatorio relativo a que la dación de la misma puntuación en los criterios subjetivos está orientada a favorecer a CESPA carece del más mínimo fundamento, pues la valoración de las ofertas conforme a los criterios objetivos ha de hacerse tras la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor, tal y como se hizo.

e) Finalmente, solicita la desestimación del recurso.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

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

a) En el presente contrato el órgano de contratación ha tratado de limitar la subjetividad al máximo, otorgando 80 puntos de 100 mediante métodos objetivos de valoración y los restantes 20 a través de los criterios subjetivos; y ello, porque



atendiendo al objeto del contrato, plazo de duración y presupuesto se consideró que las empresas del ramo no deberían tener ninguna dificultad para ejecutar la prestación. Así, los pliegos especificaron con suficiente detalle el alcance de los servicios a prestar, limitando consecuentemente y conscientemente las posibles diferencias en relación con los servicios del contrato.

b) El empate en la calificación asignada a los licitadores una vez efectuada la ponderación de los criterios sometidos a juicio de valor es perfectamente posible y jurídicamente válida al venir recogida dicha posibilidad en la LCSP.

c) Las afirmaciones de un posible trato de favor hacia la adjudicataria no solo son rechazables desde la legalidad vigente, sino que son inaceptables, pues en la presente licitación se ha seguido la valoración separada de las ofertas según establece la LCSP. Ello ha supuesto que en ningún momento la Mesa haya podido favorecer a cualquiera de los licitadores, ya que la mejor puntuación en la ponderación de los criterios sometidos a fórmulas únicamente ha dependido de lo que los propios licitadores introdujeran en los sobres, de tal forma que solo en el momento de abrirlos y no antes, la Mesa ha podido conocer, al igual que el resto de los asistentes, dichas ofertas.

d) En lo que respecta a las concretas diferencias observadas por la recurrente en las ofertas técnicas y referidas al camión, horas de prestación del servicio, servicio de atención telefónica al ciudadano y sistema de pesaje, el poder adjudicador considera que no hay razones para discriminar positiva o negativamente a ninguno de los planes o sistema de pesaje, y lo que pretende el recurrente es sustituir el criterio de la mesa por el suyo subjetivo propio.

e) El informe técnico contiene una descripción suficiente de los aspectos de cada una de las ofertas y la igualdad en la puntuación obtenida queda amparada por la discrecionalidad técnica propia de la administración.



NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El recurrente centra su reproche en la falta de motivación de las puntuaciones atribuidas en aplicación de los criterios sujetos a evaluación mediante juicio de valor, dado que todas las ofertas obtienen la misma puntuación, lo que supone, de hecho, privar a estos criterios de su virtualidad para diferenciar unas proposiciones de otras y convertir en decisivos los criterios de apreciación automática. Las apreciaciones del OARC / KEAO sobre ello deben partir del siguiente contenido de los pliegos, en concreto, de lo dispuesto en el punto 17º de las características del contrato recogidas en el Anexo I del PCAP, que no ha sido impugnado en tiempo y forma y que por lo tanto vincula al poder adjudicador y a los licitadores:

(...)

17. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN Y PONDERACIÓN

Pluralidad de criterios de adjudicación

Ponderación total: **hasta 100 puntos**

1. Criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor: hasta 20 puntos

1.1. - Descripción del criterio: Plan de prestación de los servicios encomendados.

Ponderación: hasta 5 puntos.

1.2. - Descripción del criterio: Plan de mantenimiento y limpieza de los contenedores y de las máquinas expendedoras de bolsas compostables.

Ponderación: hasta 5 puntos.

1.3. Descripción del criterio: Plan de gestión de la información generada por las operaciones de recogida y transporte de los residuos y por el sistema de cerradura electrónica-máquinas expendedoras de bolsas compostables.

Ponderación: hasta 5 puntos.

1.4. Descripción del criterio: Implementación de un sistema de prestación del servicio de recogida de los residuos que permita conocer su pesaje para poder asignar el coste de recogida por municipio.

Ponderación: hasta 5 puntos.

2. -Los anteriores planes serán valorados de acuerdo con la calidad y el nivel de detalle. El informe de valoración analizará detalladamente cada uno de los elementos que integran los planes y los valorará atribuyendo alguna de las siguientes calificaciones:



- MUY BUENO (MB): Cuando el Plan realice un planteamiento completo y detallado y proponga medidas de actuación bien definidas, adecuadas, precisas, justificadas y en su caso innovadoras.
 - BUENO (B): Cuando la propuesta contenida en el Plan sea adecuada, pero menos precisa y/o innovadora.
 - REGULAR (R): Cuando el Plan se limite a un somero planteamiento de la prestación del servicio carente de la precisión adecuada.
 - INSUFICIENTE (I): Cuando el Plan sea incompleto, contenga datos contradictorios o no se adapte a las necesidades del servicio.
3. -En función de la calificación recibida la puntuación que se asignará a cada uno de los Planes objeto de valoración será el siguiente:
- MUY BUENO (MB): Puntuación: >70%-100%
 - BUENO (B): Puntuación: >50%-70%
 - REGULAR (R): Puntuación: >25%-50%
 - INSUFICIENTE (I): Puntuación 0-25%

a) Sobre la ausencia de motivación del acto impugnado

Sobre el contenido mínimo que debe satisfacer la motivación para cumplir con las funcionalidades 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 107/2019). En síntesis, la motivación debe expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico, consignar los criterios de valoración que se utilizarán para emitir dicho juicio técnico y expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un licitador frente a los demás; una vez satisfechos estos requisitos, no hay obligación de que la motivación se ajuste a un esquema formal concreto. Por lo que se refiere a la discrecionalidad técnica, debe señalarse que supone que el poder adjudicador goza de un cierto margen en la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, de manera que no es revisable por este Órgano todo lo referido a los juicios técnicos emitidos al respecto, debiendo en



cambio 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 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).

Contrastado lo anterior con el informe técnico que sustenta la adjudicación impugnada, este OARC / KEAO estima que no se han respetado los límites señalados, observándose lo siguiente:

- 1) El informe técnico utiliza en los tres primeros criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor la siguiente expresión: las dos ofertas presentan un plan [*nombre del plan*] con la suficiente calidad y detalle, estimándose idóneos a efectos del cumplimiento del objeto del presente Contrato. Por lo tanto, ambos planes se califican de Muy Bueno y reciben la misma máxima puntuación. Por su parte, respecto del cuarto criterio se indica textualmente: Las dos ofertas describen un sistema de prestación del servicio de recogida de los residuos que permite conocer su pesaje y así poder asignar el coste de recogida por municipio. Los dos sistemas, aunque distintos, se considera cumplen con la finalidad que ese pretende. Por lo tanto, ambos sistemas se califican de Muy Bueno y reciben la máxima puntuación. De esta forma, ambas proposiciones han sido valoradas con la máxima puntuación, lo que es tanto como decir que los criterios no han marcado ninguna diferencia y que la adjudicación se ha decidido, de hecho, por las puntuaciones atribuidas en los criterios sujetos a aplicación mediante fórmula, especialmente el precio, ponderado con un 70% de la puntuación total máxima. Tal y como señalan tanto el poder adjudicador como la adjudicataria impugnada, no hay impedimento legal alguno a que el



resultado de la valoración de las dos ofertas concluya en un empate siempre que se haga una efectiva comparación entre ellas utilizando precisamente los criterios de adjudicación previstos en los pliegos.

- 2) En el informe técnico de valoración, concretamente en el anexo del mismo, constan los aspectos concretos de las ofertas relevantes para la evaluación y la puntuación otorgada a cada oferta por cada criterio, pero no el juicio crítico que merecen dichos aspectos relevantes (más allá de la genérica expresión con la suficiente calidad y detalle, estimándose idóneos (...)). Es decir, no se argumentan coherentemente las puntuaciones obtenidas, de tal modo que no se justifica por qué a pesar de constar aspectos evaluados diferentes en cada oferta (equipos, rutas de recogida, dedicación del responsable, instalación o no de fijaciones de contenedores, etc.) estas obtienen la misma (y máxima) puntuación.
- 3) Debe tenerse en cuenta que la función de los criterios de adjudicación es comparar objetivamente unas ofertas con otras para determinar cuál de ellas es la más ventajosa, lo que los diferencia de los criterios de solvencia, que sirven para establecer si el licitador cumple o no los requisitos mínimos de capacidad económica, financiera y técnica que le permitirían ejecutar adecuadamente el contrato, o de la determinación de cumplimiento de las prescripciones técnicas, que se produce igualmente tras una evaluación de la oferta en relación con el PPT sin que haya comparación con las demás proposiciones (ver, por ejemplo, la Resolución 68/2013 del OARC / KEAO y los Considerandos 90, 92 y 104 de la Directiva 2014/24/UE). Así, es significativo el párrafo final del citado informe técnico (resumen), en el que se expresa que: En resumen, se puede considerar que las dos propuestas son muy similares, cumplen con las especificaciones exigidas por el Pliego de Prescripciones Técnicas y reciben por tanto la misma puntuación. Es decir, de los anterior parece desprenderse que, al margen de la similitud de las ofertas, el hecho de cumplir con las especificaciones del PPT influye decisivamente en la obtención de la misma puntuación, lo que supone confundir la apreciación del cumplimiento de las



prescripciones técnicas con la aplicación de los criterios de adjudicación, de tal forma que el poder adjudicador ha vaciado de contenido estos últimos y les ha privado de virtualidad alguna, convirtiendo el procedimiento, de hecho, en un sistema de adjudicación en el que solo los criterios automáticos son decisivos.

- 4) Consecuentemente, debe anularse el acto impugnado, ya que se basa en una evaluación de los criterios que no se ajusta a los pliegos y a la legalidad y no existe la motivación necesaria que explique el proceso lógico que ha dado lugar al acuerdo de adjudicación adoptado y, posteriormente, impugnado.

b) Consecuencia de la anulación del acto impugnado

Por lo que se refiere a la consecuencia de la anulación, ésta debiera conllevar, en principio, la retroacción de actuaciones para que se efectúe una nueva evaluación del criterio debatido; sin embargo, tal solución no es posible porque la valoración de las ofertas ya no podría realizarse con la separación de la evaluación de los criterios sujetos a juicio de valor y los sujetos a aplicación mediante fórmulas que exige el artículo 146.2 de la LCSP, por lo que debe cancelarse la licitación. Este efecto de la disposición no empeora la situación del recurrente, que mejora su situación al pasar de ser un licitador no adjudicatario a poder presentar una proposición en una previsible nueva licitación; tampoco infringe el principio de congruencia (artículo 57.2 de la LCSP) porque, a pesar de no haber sido solicitado por el recurrente, viene impuesto por la citada imposibilidad legal de retroacción. Por último, cabe señalar que el momento al que se deben retrotraer las actuaciones no ha de ser forzosamente el de la redacción de unos nuevos pliegos, pues ningún reproche a ellos ha efectuado el recurrente, pudiendo optar el órgano de contratación por redactar unos nuevos pliegos o por reiniciar un nuevo procedimiento de adjudicación con base en los mismos (ver, por ejemplo, la Resolución 28/2018 del OARC / KEAO).



c) Conclusión

A consecuencia de todo lo antedicho, el recurso debe estimarse.

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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil ANSAREO SANEAMIENTOS Y SERVICIOS, S.A. contra el acuerdo de adjudicación del contrato de “Servicio de recogida y transporte a instalación de tratamiento de la fracción orgánica de los residuos objeto del proyecto de implantación del 5º contenedor marrón personalizado en los municipios de Portugalete, Santurtzi, Valle de Trápaga-Trapagaran y Ortuella”, tramitado por la Mancomunidad de la Margen Izquierda y Zona Minera, anulando la adjudicación y cancelando la licitación conforme a lo señalado en la letra b) del fundamento jurídico noveno.

SEGUNDO: Levantar la suspensión de la ejecución del acto impugnado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

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



CUARTO: De acuerdo con lo previsto en el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que dé conocimiento a este 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, 2019ko uztailaren 5a

Vitoria-Gasteiz, 5 de julio de 2019