



EB 2013/102

Resolución 129/2013, de 19 de diciembre de 2013, del sustituto del 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 interpuesto por la empresa SEGI HIRU, S.L. contra la adjudicación del contrato de “Servicio de recepción y atención a los usuarios de los garbigunes de la Mancomunidad de San Marcos y el transporte de residuos”, tramitado por la Mancomunidad de Residuos de San Marcos

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 7 de noviembre de 2013, la empresa SEGI HIRU, S.L. interpuso recurso especial ante el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC/KEAO) contra la adjudicación del contrato de “Servicio de recepción y atención a los usuarios de los garbigunes de la Mancomunidad de San Marcos y el transporte de residuos”, tramitado por la Mancomunidad de Residuos de San Marcos.

SEGUNDO: El recurso fue remitido al poder adjudicador el mismo día 7 de noviembre de 2013 solicitándosele, además, la remisión de copia del expediente de contratación y del informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), los cuales fueron recibidos en las dependencias del OARC/KEAO el 14 de noviembre de 2013.

TERCERO: Con fecha 20 de noviembre de 2013 se solicitaron alegaciones a los interesados, recibándose las de la UTE a constituir KOOPERSERBI, adjudicataria impugnada.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Queda acreditada en el expediente la legitimación de la empresa recurrente como licitadora interesada en la adjudicación del contrato, de conformidad con lo previsto en el los artículos 42 y 44. 4. a) del TRLCSP.



SEGUNDO: El artículo 40.1 del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación:

b) Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 200.000 euros.

Los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen la licitación califican el contrato como de servicios, incluido en la categoría número 27 del Anexo II del TRLCSP, siendo su valor estimado de 1.363.636 € (cláusula 4 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares), por lo que nos hallamos ante un tipo de contrato cuyos actos serán objeto de revisión a través del recurso especial regulado en los artículos 40 y siguientes del TRLCSP.

TERCERO: El artículo 40.2.c) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso «los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.» De la documentación que consta en el expediente se deduce claramente que el acto recurrido es precisamente el Acuerdo de adjudicación del contrato, adoptado por la Junta de la Mancomunidad en su sesión ordinaria de 16 de octubre de 2013, a pesar de que el recurrente señala que el recurso se interpone «sobre el informe técnico de adjudicación», confusión originada probablemente por el hecho de que la impugnación se basa en discutir el contenido de dicho informe, que fundamenta la adjudicación.

CUARTO: Conforme a lo señalado en el artículo 2 de sus Estatutos, la Mancomunidad de San Marcos goza de personalidad y capacidad jurídica como Entidad Local para el cumplimiento de sus fines específicos y comprende los términos jurisdiccionales de los municipios asociados. Tiene la condición de poder adjudicador, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en los artículos 3.2 e) y 3.3 b) del TRLCSP y este órgano resolutorio resulta competente para la revisión de sus actos en virtud de lo dispuesto en el punto 2 de la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los presupuestos de la Comunidad Autónoma de Euskadi para 2011, donde se crea el Órgano Administrativo de Resolución de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi y dispone que este órgano resolutorio ejercerá sus funciones en la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi y las administraciones locales integradas en el territorio de la Comunidad.

QUINTO: El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 TRLCSP.

SEXTO: Las alegaciones del recurrente son, en síntesis, las siguientes:



- a) a juicio del recurrente, la valoración técnica no ha sido ecuaníme, y si los sobres valorados hubieran sido anónimos, el resultado hubiera sido distinto.
- b) En el epígrafe «Organización y planificación del servicio de recogida» se señala que la oferta del recurrente no habla de posibles campañas de desratización, previstas en principio en los pliegos; la razón es precisamente que no es necesario hablar de lo que ya figura en los pliegos como de obligado cumplimiento. Para la UTE KOOPERSERBI se dice que cuentan con personal técnico para dicha actividad dentro del grupo, si bien no definen metodología ni frecuencias; el recurrente alega que sólo las empresas autorizadas pueden realizar estas operaciones y que deben referirse a empresas ajenas a la UTE. Para la UTE GARBI 5 GUNE no se hace mención alguna al programa de desratización.
- c) En el apartado «Organigrama del personal» no es entendible la valoración de 9,5 puntos a UTE GARBI 5 GUNE a pesar de que se argumenta que la aplicación de distintos convenios con diferencias entre ellos podría ser causa de conflicto laboral y no se realiza un cálculo de necesidades de personal para cada garbigune. Llama la atención que apenas reste puntuación la posibilidad de conflictividad y que no sea problemática la falta de estructura especializada o de experiencia en el campo de las personas con discapacidad o en riesgo de exclusión social; sin embargo, emplear un convenio estatal mejorado para todos los trabajadores, lo que iguala las condiciones de otras propuestas, no resulta interesante, lo que es una valoración sesgada y partidista; asimismo, no se valora la conciliación de la vida social y laboral ni la exposición de sueldos a percibir.
- d) En el apartado «Medidas de mejora de los niveles de recogida», los criterios empleados son equivocados y dispares, otorgando una valoración preferente a opciones sin desarrollar en UTE KOOPERSERBI y penalizando el mismo tipo de opción si la formula la recurrente, cuyas propuestas son obviadas y admiten que son imaginativas pero sin suficiente desarrollo para poder evaluar sus resultados (las soluciones sólo se pueden evaluar si se desarrollan); análogo reproche se formula a la valoración del criterio «Control y seguimientos del servicio. Sistemas informáticos.»
- e) En el apartado «Transporte de residuos» se señala que la oferta de la recurrente parece asegurar un correcto servicio de transporte, considerando que los medios presentados son suficientes, planteando la duda de que la subcontratación del servicio pueda plantear en el futuro problemas añadidos; sin embargo, ser UTE no garantiza la eliminación de problemas y, en cualquier caso, no es proporcionado que la citada duda reste un 20% de la puntuación, en especial si se compara con el 5% de resta que supuso la posible conflictividad laboral derivada de la aplicación de convenios laborales diferentes en el epígrafe «Organigrama del personal». Por el contrario, a la UTE KOOPERSERBI se le admite que no garantizan un tiempo máximo desde la notificación de la necesidad del transporte hasta su realización porque no es una cuestión crítica por tratarse de medios propios; este trato



desigual es además contrario a la directriz del enunciado del epígrafe «Transporte de residuos», que establece que la prestación se podrá realizar con sus propios medios o subcontratándola a un tercero.

- f) En el epígrafe «Mejoras» los demás licitadores mencionan posibles o supuestos, pero es el recurrente quien compromete una cantidad superior mensurable.
- g) Se plantea la duda sobre la imparcialidad o neutralidad del Presidente de la Mancomunidad, concejal del Ayuntamiento de Donostia y presidente de la Mesa de Contratación, dado que dicho Ayuntamiento es socio del Grupo Gureak, del que forma parte GURESERBI, siendo por lo tanto parte interesada en el procedimiento.
- h) Finalmente, solicita la revisión de las ofertas técnicas presentadas y del concurso.

SÉPTIMO: La adjudicataria impugnada se opone al recurso con los siguientes argumentos:

- a) La propuesta técnica del recurrente adolece de importantes deficiencias, lo que motiva su baja puntuación, y sus alegaciones no desmienten la valoración efectuada.
- b) El recurrente trata de hacer recaer sobre las ofertas de sus competidores las consecuencias de la falta de mención al programa de desratización.
- c) No es cierto que la opción por la subcontratación haya sido determinante de una menor puntuación en el apartado «Transporte de residuos», lo ha sido la mejor estructura ofrecida por sus competidores.
- d) Finalmente, solicita la confirmación de la adjudicación.

OCTAVO: El órgano de contratación se opone al recurso por los siguientes motivos:

- a) La recurrente no conoce el detalle de las proposiciones del resto de los licitadores en los puntos que menciona en su recurso, a pesar de que se le informó de su derecho a hacerlo previa solicitud escrita.
- b) El informe técnico es correcto y adecuado, reflejando la mejor opinión posible sobre el contenido técnico de las diferentes ofertas; las valoraciones de la recurrente son parciales, no se basan en un análisis exhaustivo de las ofertas y en ocasiones son claramente erróneas.



NOVENO: El recurso impugna el informe técnico que sostiene la adjudicación, considerando que la motivación no es ecuaníme e imparcial y que es inadecuada en varios aspectos. En primer lugar, hay que señalar que del expediente no se deduce, ni el recurrente ha probado, que en el poder adjudicador en general o en los autores del informe técnico en particular haya ninguna animadversión o preferencia hacia ninguna empresa, por lo que debe desestimarse este argumento. Respecto a la motivación de la valoración de los criterios de adjudicación, debe exponerse el criterio de este órgano resolutorio sobre el uso de la discrecionalidad técnica en la elaboración de informes. Así, en diversas resoluciones del OARC/KEAO se ha manifestado que «(...) en todo informe valorativo de propuestas contractuales concurren elementos reglados y discrecionales, admitiéndose que la Administración goza de un margen de discrecionalidad en el momento de valorar la proposición más ventajosa (STS de 24 de enero de 2.006 - recurso de casación 7645/00, RJ 2006, 2726 -), con cita de otras anteriores como las de 25 de Julio de 1989 - RJ 1989, 9811 -, 1 de junio de 1999 - RJ 1999, 2745 - y 7 de octubre de 1999 - RJ 1999, 8840 -). Asimismo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 23 de noviembre de 2009 (recurso nº 740/2009 8JUR 2010/140325) con cita, entre otras, de STC 353/1993 (LA LEY JURIS 2406-TC/1993). El control de este órgano únicamente se puede centrar sobre los aspectos que, conforme a la jurisprudencia sobre los procedimientos de concurrencia competitiva, son objeto de control a efectos de cumplir el mandato constitucional del artículo 9.3 CE, de interdicción de la arbitrariedad, pues acerca de lo que la jurisprudencia denomina “*núcleo material de la decisión*”, esto es, sobre los juicios de valor técnico emitidos por el órgano técnico competente, el OARC/KEAO no puede pronunciarse, siempre que se hayan respetado las reglas del procedimiento, se haya dado cumplimiento a las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico y se haya verificado la igualdad de condiciones de los candidatos.» En particular, y por lo que al caso interesa, este Órgano sí puede controlar que los criterios valorados sean precisamente los establecidos previamente en el PCAP, de modo que no se hayan introducido elementos no deducibles de los Pliegos o factores que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24/11/2005, C-331/04). En este sentido, se observa que la motivación del informe técnico se aparta en varios supuestos de dichos criterios, preestablecidos en los Pliegos y no impugnados y que, según una reiteradísima doctrina, pasan por ello a ser norma que rige la licitación. En concreto, dichos supuestos son los siguientes:

- a) En la valoración del criterio «Organigrama de personal adscrito a la ejecución del contrato, plan de sustituciones de personal, funciones a desarrollar y categoría profesional de cada uno: Hasta 10 puntos», se han introducido cuestiones como los convenios aplicables (por ejemplo, valorando negativamente la pluralidad de convenios en una misma organización por facilitar una potencial conflictividad o la no justificación de la inaplicación del convenio provincial), la conciliación de la vida familiar y laboral, la capacidad para subrogar a todo el personal que presta actualmente el servicio o la contratación de una mujer si es necesario nuevo personal durante la ejecución del contrato. Todas las referencias a estas cuestiones en la valoración son inadmisibles por varias razones. La primera es que se apartan del contenido del criterio de adjudicación, dado que ni siquiera con la más amplia interpretación de la discrecionalidad técnica puede entenderse que en la descripción de dicho criterio estén comprendidas materias propias de la relación laboral



o la negociación colectiva, o medidas destinadas exclusivamente a que la prestación contractual se ejecute cumpliendo ciertas condiciones sociales. Esta razón sería suficiente para considerar viciada la motivación, pero es que, además, también hay que decir que se trata de cuestiones que en ningún caso podrían servir como criterios de adjudicación, pues no tienen relación alguna con la identificación de la oferta económicamente más ventajosa, que es la finalidad propia de los criterios de adjudicación (artículo 150.1 TRLCSP). Finalmente, la presunción de que la disparidad de convenios puede provocar conflictividad laboral es arbitraria, pues ésta puede tener múltiples causas y es, además, un derecho de trabajadores y empresarios (artículo 37.2 de la Constitución).

- b) En el criterio «Transporte de residuos: Hasta 5 puntos» se especifica que «la subcontratación del servicio por parte de Segi Hiru y con ello la inclusión de terceras empresas puede plantear en el futuro problemas añadidos»; esta observación no es aceptable porque no se puede penalizar a un licitador por utilizar una posibilidad de complementar sus propios medios con otros ajenos legalmente prevista (artículo 227 TRLCSP) y no prohibida o limitada por los Pliegos, además de que se basa en una presunción arbitraria (los servicios subcontratados no tienen por qué ser más o menos problemáticos que otros) y es un tema más propio del ámbito de la solvencia técnica [letras b) e i) del artículo 78 TRLCSP].

Además, en el epígrafe «Mejoras» la puntuación global atribuida al criterio (hasta 5 puntos) no se desglosa en los dos subcriterios que establece el PCAP, («Mejoras para potenciar la participación en el reciclaje» y «Propuesta de horarios»), lo que supone incumplir un elemento reglado de la valoración.

Las infracciones señaladas invalidan la motivación recurrida, lo que determina la anulación de la adjudicación y la retroacción de actuaciones para que el poder adjudicador emita una nueva motivación y valoración que se sujete a los criterios que rigen el procedimiento.

DÉCIMO: Con independencia de lo anterior, el recurrente plantea la cuestión de la imparcialidad o neutralidad del Presidente de la Mancomunidad por darse la circunstancia de ser también concejal de un Ayuntamiento que participa en el grupo al que pertenece una de las empresas incluidas en la UTE adjudicataria. Además de por la razón de que el recurso se limita a enunciar el hecho pero no acredita en modo alguno la falta de neutralidad que insinúa (el mismo escrito habla literalmente de «plantear nuestra duda»), este motivo debe ser rechazado porque no consta que exista ninguna causa de incompatibilidad para contratar (artículo 60.1 f) TRLCSP) ni tampoco supuesto alguno de abstención (artículo 28.2 de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común en relación con el artículo 319 TRLCSP). Debe recordarse que, en todo caso, la presencia de los alcaldes y concejales en las sociedades de capital municipal y otras entidades vinculadas no



obedece a la defensa de un interés personal, sino a la representación del interés del correspondiente Ayuntamiento (ver, por ejemplo, los informes 16/92 y 20/96 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado).

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el sustituto del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi,

RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial interpuesto por la empresa SEGI HIRU, S.L. contra la adjudicación del contrato de “Servicio de recepción y atención a los usuarios de los garbigunes de la Mancomunidad de San Marcos y el transporte de residuos”, tramitado por la Mancomunidad de Residuos de San Marcos

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.4 de la propia Ley.

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 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2013ko abenduaren 19a
Vitoria-Gasteiz, 19 de diciembre de 2013