



EB 2018/105

Resolución 132/2018, de 5 de octubre 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 UTE TRAECO MEDIOAMBIENTAL, S.L. y OBRAS PÚBLICAS ONAINDIA, S.A. contra su exclusión de la licitación del contrato de “Servicios de recogida y transporte de residuos domésticos y asimilables de la Cuadrilla de Ayala/Aiarako Kuadrilla”.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 3 de agosto de 2018, la UTE TRAECO MEDIOAMBIENTAL, S.L. y OBRAS PÚBLICAS ONAINDIA, S.A. interpuso un recurso especial en materia de contratación pública 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) contra su exclusión en la licitación del contrato en el encabezamiento referenciado.

SEGUNDO: Remitido el recurso al poder adjudicador el mismo día 3 de agosto de 2018 y reiterada la solicitud del expediente con fecha 6 de agosto, este OARC/KEAO ha recibido la copia del expediente de contratación junto con 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 (en adelante, LCSP), los días 7, 10 y 13 del mismo mes.



TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 10 de agosto no se ha recibido alegación alguna.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legislación aplicable

Por lo que se refiere a la normativa aplicable, se observa lo siguiente:

a) De acuerdo con el apartado 1 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP, “Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato.” La LCSP, publicada en el Boletín Oficial del Estado del día 9 de noviembre de 2017, entró en vigor el día 9 de marzo de 2018, de acuerdo con su Disposición Final Decimosexta, y en el procedimiento de adjudicación analizado, el anuncio de licitación se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el día 4 de diciembre de 2017, por lo que es aplicable al acto impugnado el derecho sustantivo contenido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

b) No obstante lo anterior, el segundo párrafo del apartado 4 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP establece que “En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrá interponerse el recurso previsto en el artículo 44 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor.” El acto impugnado se dictó el día 13 de julio de 2018, por lo que la normativa aplicable al procedimiento de recurso es la prevista en los artículos 44 a 60 de la LCSP.



SEGUNDO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la UTE recurrente, así como la representación de D. I.E.U. y D. J.L.A.E. para actuar en su nombre.

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

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

CUARTO: Impugnabilidad del acto

Conforme al art. 44.2.b) de la LCSP son actos impugnables los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar en el procedimiento, concretamente, en este caso el acuerdo de exclusión de la licitación de la recurrente.

QUINTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

SEXTO: Régimen jurídico

En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Cuadrilla de Ayala/Aiarako Kuadrilla tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículo 3 LCSP).

SÉPTIMO: Argumento del recurso

Tres son, en síntesis, los motivos impugnatorios:

- a) El criterios de adjudicación cuantificable automáticamente no dependiente de un juicio de valor, referido a la mejora aumento en la amplitud del servicio de



recogida PaP del papel-cartón a otros municipios es una parte de la descripción del servicio que, a su vez, forma parte de la Memoria General del Servicio que es un documento que debe incluirse en el sobre nº 2. Por tanto, y como consecuencia de la confusión generada por los pliegos sobre la inclusión o no de dicha mejora en la descripción del servicio, la exclusión no se ajusta a derecho.

b) La puntuación derivada de esa mejora es de un 1 punto sobre 60, por lo que no tiene la suficiente relevancia como para causar la exclusión de la recurrente.

c) La adjudicación del contrato al igual que el resto de actuaciones realizadas en el procedimiento tras la exclusión de la recurrente es ilegal y nula, dado que aquella deberá practicarse una vez se haga la valoración de todas las ofertas, incluida la de la recurrente, una vez se estime el presente recurso.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador solicita la desestimación del recurso por estimar que la inclusión en el sobre nº 2 de información que debió ser incluida en el sobre nº 3 (mejoras) conlleva, irremediabilmente, la exclusión de la oferta, dado que otra consecuencia atentaría contra el principio de igualdad en el valoración de las ofertas por infracción del deber de secreto de las mismas. Por otro lado, no cabe suponer, como hace la recurrente, que la descripción de la mejora debía de hacerse no solo en el sobre nº 3 sino también en el sobre nº2, ya que los pliegos no son oscuros ni inducen a la confusión. Es más, existe una nota en el artículo 9 del PACP que, expresamente y resaltado en negrita, establece la consecuencia de la exclusión a aquella entidad licitadora que haga mención a las mejoras antes de la apertura del sobre nº 3. Por último, no pueden considerarse como irrelevantes ni la propia mejora ni la puntuación de la misma de un punto.



NOVENO: Apreciaciones del OARC/KEAO

Tres son las cuestiones planteadas en el recurso: (i) la imposibilidad de no incluir en el sobre nº2 la mejora de ampliación del servicio de recogida PaP del papel-cartón por formar parte de la descripción del servicio, (ii) la irrelevancia de la puntuación derivada de esta mejora y (iii) la nulidad de la adjudicación realizada.

a) Sobre la inclusión de documentación relativa a una mejora en el sobre nº 2 en vez de en el sobre nº 3

La recurrente considera que la inclusión de la mejora “aumento en la amplitud del servicio de recogida PaP del papel-cartón a otros municipios” es una parte de la descripción del servicio que, a su vez, forma parte de la Memoria General del Servicio que es un documento que debe incluirse en el sobre nº 2. Además, alega que si no era esa la interpretación adecuada, la misma ha venido motivada por la oscuridad de los pliegos que han provocado la confusión del recurrente.

La resolución de las cuestiones planteadas ha de partir del examen de las cláusulas contractuales que guardan conexión con aquéllas y de la oferta realizada por la recurrente. Así, el artículo 7.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) establece:

Servicio de Recogida Puerta a Puerta del papel-cartón:

En el caso concreto de los municipios de Laudio, Amurrio y Aiara, los anteriormente referidos servicios se verán reforzados por un servicio de recogida puerta a puerta (en adelante PaP) del papel-cartón.

Será objeto de este pliego la prestación de un servicio de recogida que suponga un refuerzo respecto al servicio prestado actualmente por la Diputación Foral de Álava. El licitador considerando como referencia, el contenido recogido en el Anexo V de este Pliego deberá hacer una propuesta de servicio que incluya entre otros a los colegios, comercios, oficinas municipales, oficinas del sector terciario y similares actividades ubicadas en los municipios referidos (incluidas zonas de polígonos) y que cumplan mínimamente con lo recogido en la tabla siguiente:



	Servicio prestado actualmente por DFA	Nuevo servicio de recogida PaP de refuerzo.	
	Alcance	Día de recogida	Frecuencia y días
Laudio	Ver relación de establecimientos adheridos en el Anexo V.	Miércoles (jornada completa)	Frecuencia: 2 días de recogida a la semana. Ámbito: Día 1: Ámbito no cubierto por el actual servicio de recogida, evitando duplicidades entre ambos servicios. Día 2: Todo el ámbito municipal. Día de la semana: Día 1: miércoles, a modo de refuerzo al actual servicio prestado en la zona centro de Laudio por parte de DFA. Día 2: Diferente al miércoles, a propuesta del licitador, distando al menos 2 días laborales respecto del miércoles,
Amurrio	Ver relación actualizada de establecimientos adheridos en el Anexo V.	Lunes (media jornada)	Frecuencia: 1 día de recogida a la semana. Ámbito: Todo el ámbito municipal. Día de la semana: Diferente al lunes, a propuesta del licitador, distando al menos 2 días laborales respecto del lunes
Aiara	No se presta	No aplica	Frecuencia: 1 día a la semana. Ámbito: Aplica únicamente al Supermercado Malato de Luiando. Día de la semana: A propuesta del licitador

Tabla 3: Alcance del Servicio de recogida PaP del papel-cartón actual y requerido

Por otro lado, el apartado 9 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) señala:

(...) El contenido del sobre N°2 contendrá el desarrollo de la Memoria general del Servicio, irá desgranando el servicio a servicio los siguientes aspectos:

1. Organización y supervisión de la prestación de todos los servicios,
2. Descripción de los servicios a prestar.
3. Medios materiales necesarios para la prestación del contrato.
4. Medios humanos adscritos a la ejecución del contrato.
5. Sistemas de información, control y seguimiento de los servicios.



6. Estudio de implantación del control de accesos a los contenedores.
7. Plan de caracterizaciones de las fracciones resto y orgánica.
8. Plan de comunicación

NOTA: No se realizará alusión alguna a la oferta económica ni a las mejoras concretas que aparecen previstas en el sobre nº 3, dado su necesidad de secreto hasta la apertura pública del sobre nº 3. Cualquier entidad licitadora que incluya estos datos resultará excluida. (...).

SOBRE NÚMERO 3: DOCUMENTACIÓN SOBRE CRITERIOS EVALUABLES MEDIANTE FORMULA (...)

Compromiso y exposición de las mejoras ofertadas:

- (...)
- Aumento en la amplitud del servicio de recogida PaP del papel-cartón a otros municipios."

Por su parte, el apartado 13 del PACP valora la concreta mejora objeto de debate, de la siguiente forma:

Aumento en la amplitud del servicio de recogida PaP del papel- cartón a otros municipios; incorporar en el servicio de recogida con frecuencia quincenal al menos en: 2 comercios de Artziniega y 2 de Okondo", en 1 punto.

Finalmente, la recurrente incluyó en el sobre nº 2, la siguiente información:

OKONDO-ARTZINIEGA

MIÉRCOLES 1,5 HORAS Recorrido completo por **todos** (la negrita y subrayado es de este Órgano) los establecimientos de estas dos localidades que se adherirán al servicio de recogida puerta a puerta.

DIMENSIONAMIENTO SEMANAL DE LAS ACCIONES DE RECOGIDA DE PAPEL Y CARTÓN A PUERTA CON HORAS DE TRABAJO ESTIMADAS						
MUNICIPIO	LUNES	MARTES	MIÉRCOLES	JUEVES	VIERNES	TOTAL HORAS SEMA
LAUDIO			3,5		7	10.5
AMURRIO			3			3
AIARA					1	1
ARTZINIEGA-OKONDO			1,5			1.5
TOTAL HORAS TRABAJO			8		8	16



Como es bien sabido, una reiteradísima doctrina establece que los pliegos, que son susceptibles de una impugnación autónoma, pasan a ser firmes y consentidos, una vez que no se ha interpuesto en plazo el correspondiente recurso, vinculando tanto a la Administración como a los licitadores. Además, los anuncios de licitación, los pliegos o los documentos de un procedimiento de adjudicación son ley del contrato (en el sentido de que rigen la licitación), de modo que hay que aplicarlos en su integridad (Resolución 137/2017 del OARC/KEAO) y, necesariamente, ha de estarse ahora al contenido de los mismos.

A juicio de este OARC / KEAO, la claridad de los pliegos es meridiana y la alegación relativa a la oscuridad de los mismos que han inducido al error de la recurrente no puede prosperar. Por un lado, el PPT en la tabla 3 del artículo 7.1 recoge el “Alcance del Servicio de recogida PaP del papel-cartón actual y requerido” reflejando el servicio que se presta actualmente y el que se requiere en el nuevo contrato que se está licitando. Como puede observarse en dicha tabla no se recogen los municipios de Artziniega y Okondo, porque es un servicio que no se presta actualmente en ellos, ni constituye un requisito mínimo de cumplimiento en el nuevo contrato. Por otro lado, el PCAP establece en su cláusula 9 la documentación que ha de incluirse en cada uno de los sobres. En este sentido, es de destacar la nota relativa al sobre nº 2 resaltada en negrita que advierte expresamente de que en dicho sobre no se podrá hacer alusión alguna a las mejoras que aparecen previstas en el sobre nº 3, y las consecuencias de este incumplimiento. Por último, la cláusula 13 del PACP establece la concreta valoración (1 punto) de la mejora “Aumento en la amplitud del servicio de recogida PaP del papel- cartón a otros municipios; incorporar en el servicio de recogida con frecuencia quincenal al menos en: 2 comercios de Artziniega y 2 de Okondo”. Todo ello conduce a que no se pueda alegar ambigüedad en cuanto a la intención del poder adjudicador al regular la forma de realizar la oferta del servicio del papel-cartón. Además, de los cuatro licitadores todos salvo la recurrente la han realizado conforme a lo exigido por las cláusulas relativas al repetido servicio.



Tampoco puede prosperar el argumento de que «La mejora “aumento en la amplitud del servicio de recogida PaP del papel-cartón a otros municipios” es una parte de la descripción del servicio que, a su vez, forma parte de la Memoria General del Servicio que es un documento que debe incluirse en el sobre nº 2.». Como se puede constatar de las cláusulas expuestas más arriba, todas las posibles mejoras ofertadas deben incluirse necesariamente en el sobre nº 3, que es precisamente lo que no ha hecho la recurrente, al incluir la concreta mejora relativa a la ampliación del servicio a los municipios de Artziniega y Okondo en el sobre nº 2. Es perfectamente posible, y así lo han hecho el resto de licitadores, describir en la Memoria General del Servicio los servicios a prestar sin necesidad alguna de mencionar las mejoras.

La consecuencia de revelar anticipadamente un aspecto de la oferta susceptible de ser evaluado de forma automática únicamente puede conllevar la exclusión de la propuesta contractual por dos razones: la primera, que así está dispuesto en la nota de la cláusula 9 del PCAP en la que se expresa de forma clara la regla de que **«No se realizará alusión alguna a la oferta económica ni a las mejoras concretas que aparecen previstas en el sobre nº 3, dado su necesidad de secreto hasta la apertura pública del sobre nº 3. Cualquier entidad licitadora que incluya estos datos resultará excluida»** y la segunda, que este OARC/KEAO ha manifestado en pronunciamientos anteriores (ver, en este sentido, la Resolución 137/2017) que **«La sanción al licitador que infringe materialmente esta regla de presentación, de modo que posibilita el conocimiento prematuro de un aspecto evaluable mediante fórmula en perjuicio de una aplicación objetiva y no discriminatoria de los criterios de adjudicación, es la exclusión de la oferta, sin que quepa que el órgano de contratación gradúe dicha consecuencia en atención a la buena fe del operador y sin que sea necesario probar la existencia de un daño efectivo sobre dicha objetividad (ver, por ejemplo, la Resolución 191/2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).»** Ello es la consecuencia de la aplicación del párrafo 3º del artículo 150.2 del TRLCSP que dispone que **«la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en los que no concurra esta circunstancia (...)»**, y el artículo 26 del Reglamento de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto 817/2009, el cual prevé que **«la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente de la proposición con objeto**



de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos.» (Ver también los párrafos 2 y 3 del artículo 30 del mismo reglamento).

b) Sobre la irrelevancia de la puntuación de la mejora

Tampoco puede prosperar el alegato de la recurrente relativo a la irrelevancia de la puntuación (1 punto sobre 100) de la mejora debatida, ya que, según ella, carece de influencia en la valoración de la contratación. Y ello porque la única sanción al licitador que infringe materialmente la regla de presentación, de modo que posibilita el conocimiento prematuro de un aspecto evaluable mediante fórmula en perjuicio de una aplicación objetiva y no discriminatoria de los criterios de adjudicación (como ocurre en el presente caso cuando la oferta alude expresamente al recorrido completo por todos los establecimientos de los municipios de Artziniega y Okondo) es la exclusión de la oferta, sin que quepa que el órgano de contratación gradúe dicha consecuencia en atención al peso relativo del criterio afectado (ver por todas, la resolución 67/2018 del OARC/KEAO).

c) Conclusión

La confirmación de la exclusión que conlleva la desestimación del recurso, hace innecesaria que este Órgano se pronuncie sobre el último motivo impugnatorio, esto es, sobre la ilegalidad de la adjudicación, dado que no procede la retroacción de actuaciones solicitada por la recurrente para la valoración de su oferta.

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:



RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la UTE TRAECO MEDIOAMBIENTAL, S.L. y OBRAS PÚBLICAS ONAINDIA, S.A. contra su exclusión de la licitación del contrato de “Servicios de recogida y transporte de residuos domésticos y asimilables de la Cuadrilla de Ayala/Aiarako Kuadrilla”.

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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 59.3 de la LCSP.

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 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2018ko urriaren 5a

Vitoria-Gasteiz, 5 de octubre de 2018