



EB 2018/048

Resolución 071/2018, de 6 de junio 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 unión temporal de empresas integrada por CESPA COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PÚBLICOS AUXILIARES, S.A., GARBIALDI, S.A. y S.A. DE MANTENIMIENTO, OBRAS Y SERVICIOS contra la adjudicación del contrato “Limpieza urbana, recogida y transporte de residuos municipales en el término municipal de Barakaldo”, tramitado por el Ayuntamiento de Barakaldo.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 27 de abril de 2018, la unión temporal de empresas integrada por CESPA COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PÚBLICOS AUXILIARES, S.A., GARBIALDI, S.A. y S.A. DE MANTENIMIENTO, OBRAS Y SERVICIOS presentaron en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC / KEAO) un recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato “Limpieza urbana, recogida y transporte de residuos municipales en el término municipal de Barakaldo”, tramitado por el Ayuntamiento de Barakaldo.

SEGUNDO: El mismo día 27 de abril se solicitaron al poder adjudicador el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, 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), los cuales entraron en el registro del OARC / KEAO el día 4 de mayo.



TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 4 de mayo, se han recibido, el día 11 de mayo, las alegaciones de la UTE adjudicataria formada por ENVISER SERVICIOS MEDIO AMBIENTALES, S.A.U., CAMPEZO OBRAS Y SERVICIOS, S.A. y SERKOM GESTIÓN Y SERVICIOS GRUPO MOYUA, S.A. (en adelante, UTE adjudicataria) y las de VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A.

CUARTO: Con fecha 10 de mayo de 2018, en el trámite previsto en el art. 56.3 de la LCSP, se ha dado acceso a la empresa ENVISER a la parte de la oferta técnica no declarada confidencial de la UTE CESPAGARBI/ALDI/SAMOS y de VALORIZA.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: 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 1 de abril 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 28 de marzo, por lo que la normativa aplicable al procedimiento de recurso es la prevista en los artículos 44 a 60 de la LCSP.

SEGUNDO: Consta en el expediente la legitimación de la UTE recurrente, así como la representación de doña M.J.C.G. para actuar en su nombre.

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

CUARTO: El acto recurrido es el acuerdo de 28 de marzo de 2018 de adjudicación del contrato adoptado por el Ayuntamiento Pleno.

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

SEXTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Barakaldo tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3.3.a) de la LCSP.

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

a) La UTE adjudicataria incumple los siguientes extremos del Pliego de condiciones técnicas (en adelante, PCT):

- En contra de lo dispuesto en el artículo 8.4 del PCT incumple la frecuencia mínima al no prestar el servicio todos los días del año en triple jornada de mañana, tarde y noche al pasar el turno de noche del domingo a la tarde.



- Se incumple el artículo 9 del PCT que prohíbe el rebusco, selección o cualquier manipulación de las basuras, al ofertar efectuar en la vía pública una suerte de triaje o selección manual de los residuos.
- No hace ninguna mención a los trabajos de baldeo que exige el artículo 5.4 del PCT por lo que no acredita el cumplimiento de la frecuencia mínima exigida.
- No diferencia los medios humanos destinados a labores de corte y las de carga y transporte que exige el artículo 5.13 del PCT relativa a la limpieza y desbroce de bordes de caminos rurales.

b) En el caso de VALORIZA, segunda empresa en el orden de clasificación, su oferta incumple lo dispuesto en el artículo 8.2 del PCT ya que oferta un equipo para el servicio de recogida de papel y cartón durante 208 días, mientras que el mínimo exigido es de 365 días (todos los días del año).

c) La pretensión del recurso es la nulidad del acuerdo de adjudicación, que se excluyan las ofertas de la UTE adjudicataria y de VALORIZA y se ordene la retroacción de actuaciones para la valoración de las ofertas sin tener en cuenta a los licitadores excluidos.

OCTAVO: Por su parte, la UTE adjudicataria impugnada alega, en síntesis, lo siguiente:

a) Improcedencia de los alegatos formulados por el recurrente, pues no toda inobservancia de las prescripciones técnicas debe suponer automáticamente la exclusión. Para que ello sea así se precisa (i) que el incumplimiento sea expreso y claro de modo que no quede duda de que la oferta es improcedente (ii) que el incumplimiento sea relevante y (iii) que se demuestre, sin ningún género de duda, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos por los pliegos.



b) Con respecto a los concretos incumplimientos denunciados:

- Del Convenio colectivo a aplicar se deriva que no está previsto que se desarrolle la jornada laboral el domingo por la noche, cuestión que justifica que a la hora de planificar y organizar el servicio no se haya previsto el turno del domingo por la noche y se refuerza el turno diurno, adecuándose los turnos y jornadas establecidos en los pliegos a los del convenio. Existe una discrepancia en el PCT exigiendo que el servicio se preste todos los días del año en tres turnos, incluido el domingo en turno de noche, con lo regulado en el Convenio colectivo que debe resolverse en favor de quien no la ha creado.
- La descarga de contenedores a pie de calle no puede ser interpretada como una suerte de triaje o selección de residuos, utilizando una interpretación extensiva e interesada de los términos “rebusco” y “selección”. La oferta consiste en recoger y transportar dos fracciones de basura al mismo tiempo, en tolvas separadas, en un camión recolector bicompartimentado. El recurrente incurre igualmente en la misma infracción por lo que con esta denuncia va en contra de sus propios actos.
- En caso de omisiones debe interpretarse que la oferta se ajusta al PCT. Además, la omisión del baldeo exigido en el artículo 5.4 del PCT apenas supone un 1% de toda la proposición.
- La obligación de diferenciar los medios humanos destinados a las labores de corte y a las de carga y transporte se circunscribe a la fase de ejecución del contrato.

NOVENO: VALORIZA, en síntesis, alega lo siguiente:

a) Apoya lo referenciado por la recurrente en cuanto a la oferta de la UTE adjudicataria cuyas aseveraciones comparte.



b) No es cierto que la oferta de VALORIZA incumpla el contenido de el artículo 18.2 del PCT. Ésta exige que se vacíen los contenedores antes de llegar al 90% de su capacidad y, como mínimo, dos veces por semana, con independencia de que el equipo pueda operar todos los días de la semana. De la literalidad del pliego no se colige que el equipo deba operar los 365 días al año.

DÉCIMO: El poder adjudicador se opone al recurso alegando de forma resumida que:

a) De la simple lectura del informe técnico de fecha 22 de diciembre de 2017, en concreto de las páginas 41 a 47, queda claro que ninguno de los cinco licitadores realizó una oferta que en su integridad no contuviese ninguna contradicción

b) Las ofertas que contienen omisiones de frecuencias mínimas no han sido excluidas, porque en nada contravienen a los pliegos que han sido aceptados de manera incondicionada, y en el apartado correspondiente han recibido menor o nula puntuación.

c) En los casos de incoherencias y contradicciones, que el Informe de valoración ha considerado que son de poca entidad en términos de importancia relativa, de conformidad con el art. 151.3 del TRLCSP y art. 84 del Real Decreto 1098/2001, se ha realizado una valoración interpretativa de la entidad/relevancia de los defectos y de su posibilidad de subsanar, teniendo en cuenta que la exclusión de licitadores y la declaración de desierto de un procedimiento de adjudicación son medidas de carácter excepcional.

d) La recurrente no puede irrogarse una competencia de la que carece al pretender interpretar el contenido de los pliegos y mucho menos de una valoración técnica razonable y razonada.



e) Si se accediese a la pretensión de los recurrentes sin un análisis de la relevancia de las contradicciones en el seno de la propuesta, la exclusión de todos los licitadores hubiera sido la única resolución a adoptar por el órgano de contratación.

UNDÉCIMO: La pretensión del recurso es la exclusión de las dos ofertas que en el orden de clasificación se hallan mejor puntuadas que la de la recurrente por incumplir alguna de las prescripciones del PCT. Comenzaremos por el análisis del incumplimiento achacado a la oferta de VALORIZA, segunda empresa en el citado orden de clasificación, por exigir su examen el contraste de su oferta con una única cláusula del PCT (la 8.2), a diferencia del examen de los numerosos reproches de incumplimiento efectuados a la oferta de la UTE adjudicataria, que exigen el examen y análisis de varios epígrafes de su oferta y su correspondiente contraste con diversas cláusulas del PCT.

El artículo 8.2 del PCT, bajo el epígrafe de “Recogida y transporte de residuos depositados en los contenedores de la fracción papel y cartón ubicados en la vía pública”, tiene el siguiente contenido:

Se establecerá un servicio diferenciado para la recogida selectiva de papel y cartón de carácter domiciliario, y su transporte a gestor autorizado, pudiendo el adjudicatario suscribir con éste los acuerdos que considere convenientes para la entrega de este material, si bien las compensaciones económicas por la recogida selectiva de papel y cartón, en base al Convenio de Colaboración con Ecoembre y la Comunidad Autónoma del País Vasco, o el que le sustituya, corresponden al Ayuntamiento.

Se tendrán en cuenta todas las condiciones indicadas en el anterior artículo, para la fracción resto, excepto lo que se refiere a la frecuencia y horario de recogida. En cuanto al primer aspecto, se dispondrá como mínimo de un equipo de recogida, que operará todos los días del año, de lunes a domingo, de manera que los contenedores se vacíen antes de que su nivel de llenado alcance el 90% de su capacidad y, en todo caso, dos veces por semana como mínimo. En lo que respecta al horario, éste será diurno.

(...)



El recurrente interpreta que el artículo 8.2 del PCT exige la oferta de un equipo para el servicio de recogida de papel y cartón durante 365 días (todos los días del año) y considera que VALORIZA incumple dicha prescripción al ofertar un equipo durante un número de días inferior al mínimo exigido, en concreto, 208 días.

Se ha de partir de la base de que la citada cláusula contiene una obligación formulada de forma clara y sobre la que las partes no discuten; que los contenedores se deben vaciar antes de llegar al 90% de su capacidad. En cuanto a la frecuencia, el discurso se divide en dos partes; en la primera se indica que el equipo de recogida operará todos los días del año, de lunes a domingo, y en la segunda, unido a través del marcador “en todo caso”, se especifica que la recogida se efectuará como mínimo dos veces por semana. Este OARC/KEAO considera que el uso del marcador discursivo “en todo caso” en el contexto de la frase es el de especificar la parte inicial del discurso, de tal manera que el nuevo enunciado (dos veces por semana como mínimo) acota el primero. Así, lo relevante es que los contenedores no superen su capacidad del 90% y para cumplir dicho objetivo se establece la obligación de que, como mínimo, dos veces a la semana se vacíen y para ello deberá estar operativo (disponible) un equipo todos los días del año.

La oferta realizada por VALORIZA al respecto en el apartado 2.2.2. de su memoria técnica (Libro A1), es la siguiente

2.2.2.4. Frecuencias y horarios de trabajo

El servicio de recogida de Papel-Cartón, se llevará a cabo 208 días del año, en turno de mañana con un **horario de 6:00h a 12:00h**, de acuerdo al horario establecido en el capítulo VII “Anexos”, del convenio colectivo en vigor.

Dado que para la recogida de papel se han realizado dos rutas, éstas tendrán una frecuencia de **dos días por semana cada una** de ellas lo que asegurara que estos contenedores nunca lleguen al 90% de su capacidad en ningún momento.

(...)

2.2.2.5. Justificación técnica. Rendimientos

(...)



FRACCIÓN	SIST. RECOGIDA	POBLACIÓN	RES. (KG/AÑO)	RES. (KG/DÍA)	Nº CONT.	Kg RES/ CONT.	FREC. (d/s)	HAB/CONT	% LLENADO
PAPEL-CARTÓN	CL	100.025	2.007.67	5.500,47	253	86,96	2	395	40,3%

Contrastada esta oferta con la citada cláusula 8.2 del PCT se observa que cumple con las prescripciones mínimas solicitadas. En concreto, respeta el mínimo de dos días por semana e incluye una estimación de que el porcentaje de capacidad de los contenedores con su propuesta de recogida será de un 40,3 %.

A la oferta de la empresa VALORIZA en el recurso únicamente se le achaca este incumplimiento que este OARC/KEAO considera que no lo es. Dado que hay, al menos, una oferta clasificada como más ventajosa que la del recurrente que no puede ser excluida y que, por consiguiente, quien recurre en ningún caso podría ser la adjudicataria del contrato, el recurso debe desestimarse, sin que sea necesario analizar los posibles motivos de exclusión que afectan a la UTE adjudicataria.

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: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa por CESPA COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PÚBLICOS AUXILIARES, S.A., GARBIALDI, S.A. y S.A. DE MANTENIMIENTO, OBRAS Y SERVICIOS contra la adjudicación del contrato



“Limpieza urbana, recogida y transporte de residuos municipales en el término municipal de Barakaldo”, tramitado por el Ayuntamiento de Barakaldo.

SEGUNDO: La suspensión automática del procedimiento debe continuar habida cuenta de que está pendiente de resolución el recurso EB 2018/49, dirigido también contra la adjudicación del contrato..

TERCERO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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

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 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2018ko ekainaren 6a

Vitoria-Gasteiz, 6 de junio de 2018