



EB 2020/054

**Resolución 091/2020, de 9 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 GERTEK SOCIEDAD DE GESTIÓN Y SERVICIOS, S.A. contra la adjudicación del contrato “Servicio de control del establecimiento regulado de vehículos en el municipio de Beasain”, tramitado por el Ayuntamiento de Beasain.**

## **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Con fecha 19 de mayo de 2020 se ha presentado 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) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por GERTEK SOCIEDAD DE GESTIÓN Y SERVICIOS, S.A. (en adelante, GERTEK) contra la adjudicación del contrato “Servicio de control del establecimiento regulado de vehículos en el municipio de Beasain”, tramitado por el Ayuntamiento de Beasain.

**SEGUNDO:** El 1 de junio este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, 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 3 de junio.



**TERCERO:** Con fecha 4 de junio se trasladó el recurso a los interesados en el procedimiento, recibándose el 11 de junio las alegaciones de ESTACIONAMIENTOS Y SERVICIOS, S.A.U (en adelante, EYSA).

**CUARTO:** La tramitación del procedimiento de resolución del recurso estuvo suspendida en virtud de la Disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Habida cuenta que el procedimiento de contratación que nos ocupa no es de tramitación electrónica ni consta que se haya acordado su continuación por hallarse en alguno de los supuestos del apartado 4 de la Disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, la citada suspensión se levantó el día 1 de junio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el citado Real Decreto 463/2020.

## **II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO: Legitimación y representación**

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

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

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

### **TERCERO: Impugnabilidad del acto**

El artículo 44.2 c) de la LCSP señala que podrán 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, el Ayuntamiento de Beasain tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según el artículo 3 de la LCSP.

#### **SEXTO: Argumentos del recurso**

Las alegaciones del recurso son, en síntesis, las siguientes:

- a) La oferta de Eysa incurre en un incumplimiento grave de lo previsto en los pliegos al no contemplar en su oferta todos los sectores en los que se debe prestar el servicio OTA. Siendo evidente que la oferta no comprende ninguna actuación en el sector rojo (tal y como se expresa en el informe de valoración), debió ser directamente excluida. Esta omisión no puede ser subsanada porque supondría una alteración sustancial de la oferta inicial.
- b) Con carácter subsidiario se alega la necesaria exclusión de la oferta de Eysa por no haber alcanzado el umbral mínimo de puntuación exigido en la carátula dado que, a la luz del informe técnico de evaluación de la oferta, no parece razonable ni justo conceder en el criterio “Plan de explotación del servicio de control” una valoración de 1,5 puntos cuando la oferta no comprende todo el ámbito territorial del contrato. Si se le hubieran concedido 0 puntos en este apartado la suma total en los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor hubiera sido de 18,97 puntos, no alcanzando la puntuación mínima para continuar en el procedimiento de adjudicación.
- c) Finalmente, solicita la anulación del acuerdo de adjudicación, la exclusión de la oferta de Eysa por incumplir los requisitos del pliego, o con carácter

subsidiario, por no alcanzar el umbral mínimo de puntuación exigida para continuar en el procedimiento y, en consecuencia, al ser GERTEK la única licitadora, declararla adjudicataria del contrato.

**SÉPTIMO: Alegaciones de EYSA**

a) De la lectura de la Memoria Técnica de Eysa se desprende que no se excluye ninguno de los distintos sectores que comprenden el ámbito territorial del contrato y no se puede concluir de un mero error en la propuesta de las rutas de los controladores que se vulnere el PPT, más teniendo en cuenta que la oferta fue severamente sancionada por este error. Además, la presentación de una proposición supone la aceptación incondicionada de las cláusulas o condiciones contractuales.

b) Aún en el improbable supuesto de que pudiera considerarse un incumplimiento del PPT, nunca podría constituir motivo de exclusión de la oferta, ya que al tratarse de un criterio de adjudicación su incumplimiento sólo podría conllevar la asignación de una menor puntuación.

c) Sobre la no subsanabilidad del error no cabe alegar nada porque la Mesa de contratación no solicitó subsanación alguna.

d) En lo referente al cuestionamiento de la puntuación otorgada a Eysa en la valoración de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor, se considera que la recurrente pretende asumir la competencia de la Mesa de contratación y postular una evaluación alternativa

**OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador**

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso argumentando que la diferencia fundamental en la oferta de ambas empresas no radica en los costes de personal sino en los costes materiales (una excede y otra merma en exceso los estimados en el pliego), en los costes de amortización (una los contempla y la otra no) y en los gastos generales y el beneficio industrial, pero ninguna

vulnera las obligaciones en materia laboral, que es lo que facultaría al órgano de contratación para considerar que las ofertas son anormalmente bajas.

## **NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO**

Dos son las principales cuestiones planteadas por el recurso: (i) el incumplimiento por parte de la adjudicataria de los pliegos y (ii) la incorrecta aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor. Las apreciaciones de este Órgano deben partir del contenido de los pliegos que vinculan al poder adjudicador y a los participantes en el procedimiento de adjudicación por no haber sido impugnados en tiempo y forma:

### **PPT**

#### **1.- OBJETO DEL CONTRATO**

El presente Pliego de Prescripciones Técnicas rige la realización del contrato de servicios cuyo objeto constituye la siguiente prestación: servicio de control del estacionamiento regulado de vehículos en los sectores rojo, azul, marrón y verde que figuran en la “Ordenanza de tráfico y aparcamiento” de Beasain. (BOG nº 134 de 12/07/2018)

(...)

#### **4.- ÁMBITO DE APLICACIÓN, HORARIOS DE CONTROL DE ESTACIONAMIENTOS Y MEDIDAS DE REGULACIÓN**

Los horarios, tipología de las plazas y otras particularidades están regulados en la “Ordenanza de tráfico y aparcamiento” de Beasain. (BOG nº 134 de 12/07/2018), esto es:

- Sector Marrón (1 hora máximo)
- Sector Azul (4 horas máximo)
- Sector Verde (sin límite de horario)
- Sector Rojo (de 23:00 a 10:00)

En caso de que se produzcan modificaciones en esa Ordenanza, el servicio se adaptará a la nueva regulación.

### **PCAP**

(...)

#### **9.- CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN (PLURALIDAD DE CRITERIOS ART. 145) Y DE DESEMPATE:**

CRITERIOS CUANTIFICABLES MEDIANTE JUICIO DE VALOR. PUNTUACIONES DE CADA CRITERIO

(...)

| Plan de explotación del servicio de control                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |    | 15 |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|----|
| Programa que indique, funciones de control a realizar por zonas y horarios, nº de rondas, turnos de los/las vigilantes<br>Se valorará:<br>* La concreción (programa detallado y no genérico).<br>* Coherencia con el Plan de Gestión de Personal (jornada y calendario).<br>* Rondas de control: frecuencia y coherencia de los recorridos.<br>* Idoneidad: suficiencia de las distintos tipos de tareas a realizar por los controladores. | 15 |    |

| Plan de gestión de personal                                                                                                                                                                                                                                                                                  |   | 10 |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---|----|
| Plan de gestión de personal para adecuarse a las necesidades de servicio.                                                                                                                                                                                                                                    |   |    |
| Se presentará <u>jornada de trabajo y calendario</u> anual de los servicios objeto de licitación, desglosado por cada trabajador. Se valorará que el plan sea coherente con las necesidades del servicio, de manera que no quede sobredimensionado y se cubra el calendario previsto para el servicio de OTA | 5 |    |
| <u>Protocolo para la cobertura</u> de las ausencias, incluidas las bajas y/o vacaciones.<br>Se valorará la suficiencia, concreción de los medios humanos previstos y el plan de acogida del personal sustituto para darle a conocer el modo de prestar el servicio.                                          | 5 |    |

Las apreciaciones del OARC/KEAO sobre las cuestiones planteadas son las que a continuación se exponen.

a) Sobre el incumplimiento de las prescripciones técnicas

Según reiterada doctrina de este Órgano, el PPT realiza una descripción del objeto del contrato para que las empresas puedan decidir si están interesadas en el mismo, contiene los términos en los que el poder adjudicador desea obligarse con el adjudicatario, refleja las necesidades que se pretenden satisfacer mediante la celebración del contrato y representa el nivel mínimo de rendimiento de las prestaciones contractuales que, de acuerdo con el interés público, desea obtener el poder adjudicador (ver, por todas, la Resolución 89/2018 de este OARC / KEAO). En este sentido, debe recordarse que las características técnicas correspondientes al servicio objeto del contrato corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo

establecido en el artículo 28.1 de la LCSP, y no cabe relativizarlas, ni obviarlas, ni adjudicar el contrato a una oferta que las incumple o que no garantiza su respeto (ver, en este sentido, la Resolución 144/2019 del OARC / KEAO). Ahora bien, una decisión tan grave como la exclusión de un licitador solo debe tomarse cuando la oposición entre su oferta y la documentación contractual sea frontal y clara, de forma que el hipotético contrato formalizado en esos términos no cumpliría con los requisitos mínimos establecidos en los pliegos como imprescindibles para la satisfacción del interés general perseguido (ver, en este sentido, la Resolución 016/2020 del OARC / KEAO).

b) Sobre el incumplimiento alegado

La recurrente alega que la oferta de la adjudicataria no comprende la prestación del servicio en todo el ámbito del contrato por omitir toda referencia al sector rojo. A juicio de este Órgano, este motivo impugnatorio no puede aceptarse por las siguientes razones:

1) El reproche que efectúa la recurrente se basa en la siguiente motivación que obra en el informe técnico de valoración:

.- en el criterio de adjudicación secundario “Plan de gestión de personal” se asignan 0 puntos a la oferta porque “A pesar de presentar un calendario adecuado, no es coherente con las necesidades del servicio, puesto que toda la zona roja se queda sin cubrir”.

.- en el criterio secundario “Plan de explotación del servicio de control” el evaluador ha valorado la oferta de Eysa con un total de 1,5 puntos conforme al siguiente desglose y motivación:

(i) en el apartado “Concreción” se motiva que “no se ha tenido en cuenta todo el ámbito de aplicación del servicio. No hay referencia alguna al control de la zona ROJA, ezkiaga Auzoa, por lo que no se cubren las necesidades del servicio propuesto”, mereciendo su oferta 1,5 puntos,

- (ii) en el apartado “Coherencia” el evaluador justifica la asignación de 0 puntos en que “la propuesta para el personal controlador/vigilante no es coherente con el horario de la zona ROJA de Ezkiaga Auzoa”,
- (iii) en el apartado “Rondas” se asignan a la oferta 0 puntos sobre la base de que “No se señala el número de rondas, y además no se cubre la zona roja”,
- (iv) finalmente, en el apartado “Idoneidad” la oferta obtiene 0 puntos porque “No se cubre la zona roja, por lo que una zona queda sin vigilante.”

A pesar de los términos tan contundentes en los que se expresa el evaluador, examinada por este Órgano la Memoria técnica incorporada por Eysa en el Sobre “B” de su oferta, se aprecia que la oferta es muy genérica y, con la salvedad de la representación gráfica de las rondas de control (página 19 de la Memoria técnica), donde no figura la oferta de la ronda del sector rojo, y del cronograma donde se muestra la planificación temporal del mantenimiento preventivo de los expendedores de tickets y la señalización (Página 12 de la Memoria técnica obrante en el sobre B. 1), donde si figura expresamente el sector rojo, el resto de la oferta en ningún momento contiene alusión alguna a las diferentes zonas o sectores en los que se ha de prestar el servicio. A todo ello se debe añadir que del estudio económico aportado por Eysa y Gertek en el sobre “C” y de las posteriores justificaciones aportadas en el trámite incidental instruido en orden a la apreciación de una eventual anomalía en sus ofertas, se concluye que ambas proposiciones son similares en cuanto al personal destinado a cubrir las necesidades del servicio y a la estimación de su coste.

2) Este Órgano considera que no es acertado concluir que la oferta de la adjudicataria incumple las prescripciones del pliego porque no haya representado un ámbito de actuación objeto del contrato, cuando en otro apartado de la oferta si lo comprende expresamente y el resto de la oferta técnica describe el servicio a prestar en términos genéricos, sin concretar por zonas o sectores cómo se ejecutará la prestación. Además, esta conclusión es coherente con los medios personales a destinar al servicio según el calendario que figura en la Memoria técnica (controlador 1, controlador 2 y “cubre horas”), los costes salariales que se aportan en la oferta, que son ligeramente superiores a los de la recurrente, por lo que la viabilidad de la ejecución de la oferta respecto a la

totalidad del objeto del contrato está debidamente justificada. En este sentido, este OARC/KEAO ha señalado que no cabe excluir una oferta por no indicar específicamente el cumplimiento de características técnicas porque la simple presentación de la proposición ya supone el acatamiento de los pliegos y el compromiso de cumplirlos si se obtiene la adjudicación, salvo que la oferta incluya contenidos frontalmente contradictorios con las obligaciones señaladas en los pliegos (ver, por todas, la Resolución 021/2019), o que los pliegos exijan una justificación expresa de la solución técnica propuesta para materializar el citado cumplimiento.

3) El “Plan de explotación del servicio de control” y el “Plan de gestión de personal” se configuran como meros criterios de adjudicación de los que se evalúan en cada uno de ellos unos aspectos concretos que sirven para comparar las ofertas entre sí, pero los pliegos no exigen que tengan un contenido mínimo que sea necesario ofertar para completar la voluntad contractual. Además, la oferta de la adjudicataria ha sido penalizada con una puntuación global de 1,5 puntos sobre 15 en el criterio secundario “Plan de explotación del servicio de control” y con 0 puntos sobre un total de 10 en el “Plan de gestión de personal”.

4) No nos encontramos ante un error que impide conocer la verdadera voluntad del licitador, la cual se deduce del conjunto de su oferta y, aunque así fuera, este Órgano ha manifestado con anterioridad (ver, por ejemplo, su Resolución 024/2020) que la exclusión de un licitador no será correcta, y procederá la subsanación o aclaración, cuando dicha verdadera voluntad del licitador pueda deducirse del contexto de toda la proposición, de forma indirecta e interpretando toda ella en su conjunto, de modo que pueda reconocerse de modo indubitado la intención cierta, aunque haya sido ocultada por un error en su plasmación (ver también la Resolución 115/2016 del OARC / KEAO). En este caso, se estima que lo razonable es entender que la voluntad de la oferta de la adjudicataria, si bien con un error puntual en su exteriorización consistente en no incorporar la zona roja en las “rondas de control”, pero clara en la globalidad de la documentación aportada, es la de prestar el servicio objeto del contrato en todo el ámbito objeto del contrato (artículo 139 de la LCSP).

c) Sobre la aplicación de los criterios sujetos a juicio de valor

Considera la recurrente que la valoración de la oferta de Eysa en el criterio secundario “Plan de explotación del servicio de control” debiera haber sido de 0 puntos habida cuenta de que no ha ofertado la ejecución del servicio en el sector rojo, todo lo cual supondría su exclusión del procedimiento de adjudicación por no superar el umbral mínimo establecido en los pliegos. En suma, la recurrente plantea una indebida aplicación por el poder adjudicador de la potestad discrecional que le asiste en la valoración de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor.

A este respecto, debe recordarse que, como reiteradamente ha manifestado este Órgano (ver, por todas, la Resolución 024/2020) en virtud de la discrecionalidad técnica, el poder adjudicador goza de un cierto margen en la aplicación de los criterios de adjudicación de apreciación subjetiva, de manera que no es revisable por este Órgano todo lo referido a los juicios técnicos emitidos al respecto. En cambio, sí debe 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 y la Resolución 209/2019 del OARC / KEAO). Sobre el contenido mínimo que debe satisfacer la motivación de la adjudicación para cumplir las funciones 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 209/2019).

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.

Trasladados estos parámetros de control a la decisión ahora analizada, se observa que se ha efectuado un uso razonable y correcto de la discrecionalidad técnica ya que, partiendo de la conclusión a la que se llega en el apartado b) de esta resolución de que la oferta abarca la totalidad del objeto del contrato, el evaluador ha plasmado sus conclusiones sobre una oferta válida y este Órgano no puede sustituir en un apartado en el que la oferta ha sido seriamente penalizada en su puntuación, su parecer por el del recurrente. Por lo demás, no se ha probado que la valoración se haya producido en perjuicio de la igualdad de trato ni que no haya respetado el contenido de los criterios de adjudicación previamente fijados,

#### d) Conclusión

A la vista de lo expuesto, el recurso debe ser desestimado.

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 empresa GERTEK SOCIEDAD DE GESTIÓN Y SERVICIOS, S.A. contra la adjudicación del contrato “Servicio de control del establecimiento

regulado de vehículos en el municipio de Beasain”, tramitado por el Ayuntamiento de Beasain.

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

**TERCERO:** Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

**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, 2020ko uztailaren 9a**

Vitoria-Gasteiz, 9 de julio de 2020