



**EB 2014/066**

**Resolución 76/2014, de 31 de julio de 2014, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi/Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa, que resuelve el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa INBISA, S.A. frente al acuerdo de adjudicación del contrato de “Servicios generales de limpieza viaria, recogida y transporte de residuos sólidos urbanos, renovación y explotación del complejo medioambiental municipal y otros servicios afines”, tramitado por el Ayuntamiento de Getxo, y la Resolución del recurso de alzada contra su exclusión del citado procedimiento.**

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

**PRIMERO:** Con fecha 24 de junio de 2014, la empresa INBISA, S.A. presentó recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación del contrato de “Servicios generales de limpieza viaria, recogida y transporte de residuos sólidos urbanos, renovación y explotación del complejo medioambiental municipal y otros servicios afines”, tramitado por el Ayuntamiento de Getxo, así como la Resolución del recurso de alzada frente a su exclusión del citado procedimiento.

**SEGUNDO:** Trasladado el recurso a los interesados, se recibió dentro del plazo otorgado un escrito de alegaciones de las empresas Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares, S.A. (CESPA) y Ansareo Saneamientos y Servicios, S.A. (ASASER), que concurren al procedimiento de adjudicación como UTE (en adelante, “UTE CESPA-ASASER-Asaser”), la cual resultó ser la adjudicataria ahora impugnada. Consta asimismo el informe del órgano de contratación al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).



## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** La primera cuestión previa que debe resolverse antes de entrar o no en el análisis del fondo del recurso es si nos encontramos ante un acto impugnado mediante la vía del recurso especial previsto en los artículos 40 y siguientes del TRLCSP. La adjudicataria sostiene que el recurso no puede ser admitido porque, según el artículo 40.1 TRLCSP, no cabe recurso especial en el caso de los contratos administrativos especiales, que es la calificación jurídica que figura en los Pliegos y que se justifica porque el objeto supone la asunción de una competencia propia de la Administración contratante sin que medie transferencia del riesgo de explotación al adjudicatario. La misma solicitud de inadmisión formula el poder adjudicador, que entiende que la calificación de contrato administrativo especial es la correcta porque se impone la obligación al contratista de fuertes inversiones imposibles de amortizar en el plazo máximo previsto para los contratos de servicios. Además, ambos reprochan al recurrente inconsecuencia con sus propios actos, habida cuenta de que, en su día, ya recurrió mediante el recurso ordinario de alzada su exclusión de la licitación, lo que presupone aceptación de la naturaleza jurídica de contrato administrativo especial. Por su parte, el recurrente estima que se trata de un contrato de servicios y por lo tanto incluido en el ámbito objetivo del recurso especial, ya que no se asume el riesgo derivado de la explotación del servicio.

Es doctrina reiterada (expuesta, por ejemplo, en sus resoluciones 49/2013, 74/2013 y 16/2014) que el OARC/KEAO, a la hora de comprobar si un contrato está incluido en el ámbito del recurso especial (es decir, a la hora de verificar su propia competencia) no está vinculado por la denominación que haya dado el órgano de contratación al aprobar los pliegos, sino que debe atender a la naturaleza del contrato y contrastar el contenido del mismo con la legislación contractual y, en su caso, con las directivas europeas de contratación pública, cuyas definiciones de cada tipo contractual el TRLCSP incorpora en sus artículos 6 y siguientes (ver también las Resoluciones 203 y 220 de 2011 del



Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC). Descartado por los comparecientes que se trate de un contrato de gestión de servicios públicos por la falta de transferencia del riesgo y porque la remuneración procede íntegramente de la Administración, apreciación que este Órgano comparte, se observa que de la documentación contractual se deduce que la calificación de contrato administrativo especial (cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, PCAP) no es correcta, ya que concurren las notas propias del contrato de servicios. Este contrato se define en términos amplísimos en el artículo 10 del TRLCSP como aquél que consiste en «prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro». Como puede verse, en esta definición caben sin ningún problema conceptual los contratos en los que la Administración solicita a un tercero prestaciones de hacer para gestionar directamente (es decir, sin transferencia del riesgo de explotación) un servicio de su propia competencia. Asimismo, no es obstáculo para esta consideración el hecho de que existan inversiones a realizar por el adjudicatario cuya amortización requiere un plazo superior a la duración máxima de este tipo contractual. Este razonamiento ignora que la regulación aplicable a un contrato es la que se deriva de la definición legal, que a su vez se corresponde con la naturaleza de su objeto, y que dicha regulación es la que limita el contenido jurídicamente aceptable del contrato; forzar la naturaleza del contrato para obviar una limitación legal y ampararse así en otra norma más permisiva (los contratos administrativos especiales no tienen un límite expreso de duración) es tanto como intentar eludir el empleo de la regla jurídica aplicable, lo que no es aceptable. Habida cuenta de que el valor estimado del contrato asciende a 123.552.000 euros, no cabe duda, a la vista del artículo 40.1 del TRLCSP, que se trata de un contrato incluido en el ámbito objetivo del recurso especial.

**SEGUNDO:** Respecto al plazo de interposición, UTE CESPAS-ASASER entiende que el recurso debe ser inadmitido por extemporáneo, ya que el acuerdo de adjudicación fue remitido el 4 de junio de 2014, y el recurso se interpuso el 24 de junio de 2014, superándose el plazo de quince días hábiles



contados desde la remisión del acto impugnado que establece el artículo 44.2 TRLCSP. La veracidad de esta extemporaneidad está confirmada por la documentación aportada por UTE CESPASASER; sin embargo, analizada la notificación practicada, se observa que contiene una indicación de que la vía de recurso procedente es el recurso contencioso-administrativo o, con carácter potestativo y previo a dicho recurso, el recurso administrativo de reposición. Dicha indicación es errónea, ya que, como se ha expresado en el fundamento jurídico anterior, la vía de impugnación es el recurso contencioso-administrativo o, potestativamente y previamente a dicho recurso, el recurso especial en materia de contratación previsto en los artículos 40 y siguientes del TRLCSP. La notificación infringe el artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, norma aplicable al procedimiento de recurso especial (artículo 46.1 TRLCSP), que establece que toda notificación deberá contener «el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente.» Como señala la Resolución 97/2012 de este Órgano, en los supuestos de notificaciones que contengan información de carácter procedimental o procesal errónea es de aplicación la doctrina que sostiene que los defectos de notificación no pueden perjudicar al particular, debiéndose tener por temporánea y procedente la actuación ante la instancia correcta cualquiera que sea el tiempo en que se produzca (ver las sentencias del Tribunal Supremo de 12-3-75 y de 5-12-89).

**TERCERO:** El acuerdo de adjudicación es un acto impugnabile según el artículo 40.2 c) del TRLCSP. No obstante, la UTE CESPASASER y el poder adjudicador plantean que el recurso no debe ser aceptado en lo que se refiere a la exclusión de la empresa recurrente del procedimiento de licitación porque frente a ella ya interpuso el recurso de alzada previsto en los artículos 107 y 114 de la Ley 30/1992, que fue desestimado por la Administración mediante el Acuerdo de 27 de mayo de 2014, acto que sólo puede ser ahora recurrido ante el orden jurisdiccional contencioso – administrativo. Así, INBISA está actuando



contra sus propios actos duplicando las vías de recurso, lo que no es posible: recurrió en alzada un acto que, según él, era susceptible de recurso especial, que es la vía que utiliza ahora. El poder adjudicador señala también que admitir el recurso especial es crear desigualdad entre los licitadores, ya que se da la oportunidad a uno de ellos de impugnar dos veces el mismo acto.

Como ya se ha expuesto en el fundamento jurídico primero, el contrato está incluido en el ámbito objetivo del recurso especial, lo que supone que el ofrecimiento de recurso de alzada frente a la exclusión de INBISA no fue correcto. El TRLCSP establece un régimen de impugnación de los contratos establecidos en su ámbito de aplicación que, como trasposición de la normativa comunitaria, atribuye la competencia para conocer de los recursos administrativos que puedan plantearse en ciertos procedimientos de adjudicación a un órgano independiente, que para el Ayuntamiento de Getxo es este OARC/KEAO, según la Disposición Adicional Disposición Adicional Octava del a 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 acto recurrido infringe radicalmente esta normativa, pues el poder adjudicador, al decidir sobre el recurso planteado por INBISA, ha asumido las funciones que competen al OARC/KEAO y ha alterado totalmente el cauce legal para las impugnaciones de las infracciones de la normativa previsto en el TRLCSP; precisamente, remediar la falta de independencia de quien resolvía anteriormente el recurso respecto de la entidad adjudicadora fue precisamente uno de los pilares de la reforma del sistema operada por la Ley 34/2010 (ver la resolución 46/2014 de este Órgano). Por todo ello, se trata de un acto dictado por un órgano manifiestamente incompetente con omisión del procedimiento establecido, pues se ha sustituido el previsto en los artículos 40 y siguientes del TRLCSP para el recurso especial por el establecido para el recurso ordinario de alzada (artículos 114 y concordantes de la Ley 30/1992), lo que supone la nulidad de pleno derecho del acuerdo de desestimación del recurso de alzada (letras b) y e) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992).



Siendo improcedente la vía de recurso ofrecida en su día y estando afectado el acto de 27 de mayo de vicios de legalidad que impiden su convalidación por el paso del tiempo, este Órgano entiende que, en aplicación de la doctrina expresada en el fundamento jurídico anterior, el recurrente tiene abierta la posibilidad de plantear un recurso especial contra su exclusión. No es aceptable el argumento en contra de que ya interpuso en su día un recurso de alzada contra el mismo acto y que no cabe un doble recurso, pues la empresa no hizo sino seguir el itinerario de impugnación marcado precisamente por quien ahora le formula el reproche, conducta que no puede generarle perjuicio alguno, pues ello sería tanto como premiar a la Administración que ha incumplido su deber de emitir una notificación con todos los requisitos legales. Tampoco se observa que la aceptación del recurso produzca desigualdad alguna con los demás licitadores, ya que no consta que haya otras empresas que hayan presentado oferta, que estén en la misma situación jurídica que el recurrente y a las que este Órgano les haya inadmitido un recurso similar al que ahora se admite. En cualquier caso, la supuesta desigualdad o la posible incoherencia de la aceptación de un doble recurso legalmente no previsto procederían únicamente de la actuación del poder adjudicador, que no pueden alegarlas en su favor. Finalmente, debe señalarse que la inadmisión del recurso especial contra la exclusión supondría privar injustificadamente al recurrente de una vía administrativa de impugnación ante un órgano independiente para sustituirla por otra que no ofrece esa garantía, finalidad última del sistema de recursos contractuales. Consecuentemente, el recurso debe considerarse interpuesto en tiempo y forma también en lo que se refiere a la impugnación de la exclusión, acto recurrible de acuerdo con el artículo 40.2 b) del TRLCSP.

**CUARTO:** El recurso ha sido interpuesto por persona que ha acreditado la representación de la empresa INBISA. Por lo que se refiere a la legitimación para recurrir, UTE CESPAS-ASASER plantea que INBISA carece de ella, dado que, al haber sido excluida de la licitación, no tiene ningún interés directo en la adjudicación impugnada más allá del que pudiera tener en la restauración de la



legalidad supuestamente infringida, la cual es insuficiente pues nuestro ordenamiento no reconoce la acción popular en materia de contratación pública. Previamente al análisis de esta cuestión, conviene dejar claro que se refiere únicamente a la impugnación del acuerdo de adjudicación, pues la legitimación para recurrir la exclusión es evidente y las partes no la han puesto en duda.

La legitimación está vinculada con un interés directo que el recurrente vería satisfecho en el caso de que su recurso fuera estimado (ver, por todas, la Resolución 91/2013 de este Órgano). Dicho de otro modo, la legitimación se acredita probando el beneficio concreto, distinto de la mera satisfacción moral que proporcionan el restablecimiento de la legalidad o la comprobación de que la resolución coincide con su opinión, y que se obtendría de la aceptación por este Órgano de la pretensión del recurso. En este caso, la pretensión es dejar sin efecto los actos impugnados y:

- a) la retroacción de actuaciones hasta el momento en el que se acordó la exclusión, resolviéndose la exclusión del resto de los licitadores.
- b) subsidiariamente, la nulidad de pleno derecho del artículo 111 del Pliego de Condiciones Técnicas y la correlativa declaración de nulidad de todo el procedimiento de adjudicación.

Planteado el recurso en esos términos, este órgano entiende que sí consta el interés directo que fundamenta la legitimación necesaria para impugnar la adjudicación, tanto si se anula la exclusión como si se confirma. Si el recurso se estimase en su pretensión principal, el acuerdo de adjudicación sería anulado y el procedimiento se retrotraería hasta el momento anterior a la exclusión de INBISA, con la conclusión de que la empresa sería admitida al procedimiento y podría resultar finalmente adjudicataria, beneficio tangible que representa claramente un interés directo. En el caso de que se resolviera que la exclusión fue correcta, la impugnación del acuerdo de adjudicación sería



igualmente admisible; téngase en cuenta que la pretensión subsidiaria es la declaración de nulidad de pleno derecho del Pliego y la consiguiente nulidad de todo lo actuado, lo que podría suponer la tramitación de un nuevo procedimiento con el mismo objeto, al que podrían presentar nuevas ofertas las empresas excluidas, lo que es una clara mejoría de su situación jurídica que constituye también un interés directo y por lo tanto, una legitimación suficiente.

**QUINTO:** El Ayuntamiento de Getxo tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 TRLCSP.

**SEXTO:** En síntesis, el recurso alega lo siguiente:

a) No existen motivos para la exclusión de INBISA del procedimiento de adjudicación:

- el primer motivo es haber presentado varias ofertas alternativas, lo que implica la exclusión por ofertar variantes no autorizadas (artículo 147 TRLCSP), en concreto en cuanto a la ubicación de la base de operaciones, los cantones y los modelos de equipos, vehículos y contenedores. El recurrente alega que se trata de consensuar con el Ayuntamiento decisiones importantes para el servicio, sin que ello suponga alterar la propuesta económica; la facultada de elección entre varias opciones contemplada a favor del Ayuntamiento trata de dar cumplimiento, a modo de mejora técnica, a lo señalado en los artículos 50, 62 y 67 del Pliego de Condiciones Técnicas (en adelante, "PCT"). En concreto, se establece en ellos que «previamente al inicio de los trabajos, y de acuerdo con la empresa adjudicataria, el Ayuntamiento de Getxo realizará los ajustes de los aspectos relativos a la organización y prestación de los servicios propuestos en el GRUPO 1/2/3 del PBG que se estimen necesarios de cara a su optimización y adecuación a las necesidades del municipio. Estos ajustes en ningún caso tendrán la consideración de modificaciones contractuales.» En términos similares se expresan los artículos 84 (características de los materiales) y 83 (requisitos de los materiales). Por ello, el recurrente entiende que las alternativas propuestas no constituyen variantes, dado que se





enmarcan en el Pliego sin alterar el objeto contractual ni ser proposiciones simultáneas; nótese que no hay valoraciones económicas diferenciadas y que no merecieron puntuaciones distintas. Los Pliegos no permiten variantes pero sí mejoras (artículo 111 PCT); estas últimas son aportaciones extras sobre la prestación, y no propuestas opcionales basadas en una solución técnica distinta. En última instancia, incluso aunque se hubiera considerado la existencia de variantes no autorizadas, ello no hubiera debido suponer la exclusión de la oferta, sino sólo la no consideración de dichas variantes, las cuales en ningún caso afectarían a elementos esenciales del contrato.

- el segundo motivo de exclusión es haber incumplido el artículo 83 del PCT en cuanto a que la empresa no concreta en su oferta equipos, modelos de contenedores y camiones; ello contradice el informe técnico de aclaraciones a la Mesa de contratación, que considera que la oferta es suficientemente minuciosa acerca de los equipos propuestos.

- el tercer y último motivo de exclusión es incumplir el objetivo del 50% en la recogida y/o separación selectiva para su posterior tratamiento, objetivo a alcanzar de forma paulatina durante la duración del contrato (8 años), dado que la oferta de INBISA señala un porcentaje del 27,50 %. El recurrente entiende que se interpreta erróneamente el porcentaje mínimo de «recogida y separación selectiva» de residuos que ha de contemplar el Plan incorporado a la oferta, que ha de referirse exclusivamente a la recogida de residuos en origen, y no a las posteriores actuaciones de tratamiento de residuos que demandan las normas estatales, europeas y autonómicas de aplicación. Por ejemplo, el artículo 2 del PCT habla de «el porcentaje del 50% de recogida y/o separación selectiva para su posterior tratamiento para el conjunto de residuos producidos en el municipio y gestionados por el Ayuntamiento.» El Pliego se remite al Plan Integral de Gestión de Residuos Urbanos y a las Directivas europeas, estableciendo su carácter obligatorio, por lo que el clausulado contractual debe interpretarse en consecuencia con él. En conclusión, el porcentaje de «recogida y separación selectiva» no se limita a la recogida selectiva y en masa realizadas en la primera fase del proceso, y el objetivo del 50% se refiere a los ratios de reciclaje exigidos por la normativa aplicable; así, el Plan Integral de Residuos Urbanos de Bizkaia 2005-2016 incluye en el concepto «recogida y separación selectiva» el producto obtenido en la



Planta de Tratamiento Mecánico–Biológico, así como el Compost y el Reciclaje. En definitiva, la oferta supera el límite del 50% en el octavo año de vigencia del contrato, deduciendo del balance de masas los rechazos no reciclables y añadiendo la fracción orgánica destinada a compostaje como residuo reciclable, el combustible sólido recuperado y las escorias valorizables. Se observa además que otros Planes de recogida propuestos se han calificado como poco creíbles o muy optimistas, sin que ello haya implicado la exclusión de la oferta.

b) Existen motivos de exclusión que afectan a la empresa que ha resultado adjudicataria y a otras empresas que han sido indebidamente admitidas al procedimiento. No debe olvidarse que, habida cuenta de que la fórmula de valoración del precio emplea como parámetro la media aritmética de las ofertas, el resultado puede variar con unas u otras empresas admitidas o excluidas. En concreto, los citados motivos de exclusión son los siguientes:

- las empresas UTE URBASER-CYCASA, ASCAN y UTE GSM MEDIO AMBIENTE-FCC-VTR. incluyen en el sobre segundo datos referentes a los criterios evaluables de forma automática, como se desprende del propio informe técnico de valoración (en concreto, el número de contenedores soterrados propuestos por la licitadora). La consecuencia de exclusión de la oferta que incumpla con la presentación separada de la documentación es independiente del peso relativo que el criterio afectado tenga en la valoración.
- las empresas citadas en el apartado anterior y la UTE CESPASER no acreditan el requisito de contar con una base de operaciones que cuente con aparcamiento de vehículos cubierta para la flota destinada al servicio, y para otros usos directamente relacionados con la misma (artículo 87 del PCT).
- la adjudicataria UTE CESPASER y la empresa ASCAN infringen el artículo 68 del PCT, que indica que la oferta económica se incluirá en el sobre de los criterios cuantificables por fórmula, y se incluirá el desglose de las mediciones de las unidades sin precio en el sobre de los criterios sujetos a



juicio de valor; análoga infracción se produce respecto de los artículos 74, 75 y 76, que incluyen el mismo requisito para otros apartados.

c) El recurrente alega que el acuerdo de adjudicación carece de motivación suficiente, habida cuenta del contenido del informe de congruencia entre las propuestas técnica y económica de la adjudicataria, el cual contiene multitud de incidencias, muchas no cuantificadas por falta de información suficiente. Las citadas incidencias suponen una desviación económica de 401.857,20 euros, incluyendo gastos generales (3%), beneficio industrial (2%) e IVA. Concedido trámite de audiencia a la adjudicataria, ésta manifestó que asumía la desviación económica de la oferta, diciendo que los conceptos a los que se refiere se han considerado sin coste para el Ayuntamiento, que se ofertan como mejora o que las consecuencias de posibles errores materiales deben ser asumidas por el licitador en aplicación del principio de riesgo y ventura. Tal principio no puede entrar en juego a la hora de examinar la congruencia de la oferta. Se trata de un supuesto de exclusión por oferta contradictoria (artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, RGLCAP), ya que las ofertas no pueden subsanarse alterando su sentido.

d) La oferta de la adjudicataria también debió ser excluida por la discordancia entre el valor en cifra y el asignado en letra al coste unitario total de la fracción de Residuo Sólido Urbano.

e) La desviación económica de la oferta de la adjudicataria representa un importe superior al beneficio industrial declarado; es decir, el servicio a prestar por la empresa incurriría en pérdidas desde el primer momento, lo que solo puede explicarse por la pretensión de ocupar una posición estratégica en los servicios objeto de licitación, lo que supone una competencia desleal entre empresas, según el artículo 17 de la Ley 3/1991, de competencia desleal, y las letras a) y d) del artículo 2 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia,



además de implicar que la oferta es anormalmente baja o desproporcionada, a pesar de lo cual ha sido aceptada sin motivación suficiente.

f) Subsidiariamente, se solicita la declaración de nulidad del proceso de licitación por nulidad de pleno derecho de la cláusula 111 del PCT, referida a las mejoras. La razón de la nulidad radica en que no se especifican los aspectos valorados como mejoras ni qué criterios se usarán para la ponderación de la valoración.

g) Finalmente, se solicita la estimación del recurso, la retroacción de actuaciones hasta el momento de la exclusión de la oferta del recurrente y la exclusión del resto de licitadores; subsidiariamente, se solicita la nulidad de pleno derecho del artículo 111 del PCT y la correlativa nulidad de todo el procedimiento tramitado.

**OCTAVO:** Por su parte, el adjudicatario alega, en síntesis, los siguientes argumentos para oponerse a la estimación del recurso y solicitar la imposición de una sanción por temeridad o mala fe en la interposición del recurso:

a) Por lo que se refiere a la inexistencia de motivo alguno de inadmisión de INBISA, UTE CESPAS-ASASER se remite al escrito de alegaciones formulado en relación con el recurso de alzada interpuesto por la recurrente. En este escrito, se señala, en síntesis, los siguientes argumentos:

- no existe desviación de poder en la exclusión.
- la presentación de variantes, alternativas o mejoras es una excepción que debe estar previamente autorizada; INBISA es excluida por presentar alternativas o variantes no previstas en los Pliegos o en el anuncio de licitación, que afectan a varios extremos de su oferta y cuya definición se deja para un momento posterior a la adjudicación del contrato. Se alega también la imposibilidad de introducir un trámite de negociación en el procedimiento abierto (artículo 157 TRLCSP).



- se oferta material móvil usado, cuando el artículo 83 del PCT establece que debe ser de nueva adquisición, quebrando la necesaria certeza de la oferta.
- el objetivo marcado por los Pliegos es la consecución en el plazo de duración del contrato de un 50% de recogida y / o separación selectiva para su posterior tratamiento para el conjunto de residuos producidos en el municipio y gestionados por el Ayuntamiento; de ahí se deduce que el 50% es para su tratamiento posterior, luego hay que efectuarla en origen antes de su tratamiento donde proceda; el citado 50% es el cociente entre los residuos recogidos selectivamente y el conjunto de residuos producidos en el municipio, y los residuos son los gestionados por el Ayuntamiento, lo que excluye los generados por terceros, por lo que no pueden computarse para el objetivo los residuos procedentes de otros municipios, que son los que se tratan a posteriori en instalaciones de terceros. Esta interpretación es la que han seguido todos los licitadores, excepto INBISA, cuya oferta incumple los Pliegos en este punto. El objetivo marcado por el poder adjudicador es respetuoso con los fijados por la normativa aplicable, que tienen el carácter de mínimos. La oferta de UTE CESPAS-ASASER en este punto es perfectamente realista, tal y como se demuestra por comparación, por ejemplo, con municipios catalanes que tienen efectividad en este campo similar o superior a la prevista para Getxo.

b) Las alegaciones al informe de congruencia formuladas por UTE CESPAS-ASASER no modifican la oferta, sino que se remiten a documentos que la integran.

c) No existe vulneración de las normas de competencia en relación con un procedimiento de licitación al que han concurrido individual o colectivamente once empresas. En cuanto a la alegación de temeridad, se recuerda que no es motivo suficiente para apreciar la anormalidad o desproporción de una baja la consideración de que la ejecución de la oferta arrojaría pérdidas, porque los motivos para ofrecer un precio deben ser examinados a la luz de la estrategia global de la empresa y no únicamente en relación al contrato; asimismo, debe



tenerse en consideración la solvencia de la empresa y su posicionamiento en el mercado.

d) Por lo que se refiere al error material en la oferta por la discrepancia entre la cifra expresada en letras y la expresada en números, no implica que no pueda conocerse de forma indubitada el precio realmente ofertado; en este caso, no hay duda de que el precio correcto es el ofertado en cifra, como se deduce del análisis del cuadro de precios unitarios.

**NOVENO:** El informe del poder adjudicador alega, en síntesis, los siguientes argumentos para oponerse al recurso y solicitar la imposición de una sanción por mala fe en su interposición.

a) Se remite al acuerdo que rechazó el recurso de alzada, el cual señala, resumidamente, lo siguiente:

- se rechaza que la actuación de la Mesa o el informe jurídico estén dirigidos para perjudicar al recurrente.
- el recurrente alega que no son lo mismo las alternativas que las variantes, pero tal argumento no se desarrolla y lo cierto es que INBISA incluyó variantes no permitidas (y no mejoras), siendo el Pliego claro en el sentido de que pide una única solución, no varias (no se discute si las variantes ofrecidas son o no adecuadas, el problema es que son varias y eso no está permitido), siendo la consecuencia la exclusión de la oferta (artículos 147 y 148 TRLCSP). No es cierto que el artículo 88 del PCT ni ningún otro apartado del PCT otorguen al poder adjudicador margen alguno de elección una vez adjudicado el contrato (se refieren a “ajustes”).
- el objetivo del 50% de recogida y / o separación selectiva se refiere a las fracciones que se recogen y/o separan de manera selectiva previamente a su posterior tratamiento o tratamiento en otras instalaciones externas al contrato, que es lo que han interpretado correctamente los demás licitadores. El citado



objetivo es más ambicioso que el de las normas aplicables, que tienen el carácter de mínimo.

- respecto a los motivos de exclusión de otros licitadores, se consideran improcedentes, pues nada tienen que ver con el objeto de la impugnación, que es la exclusión de INBISA.

b) El informe de congruencia cuestionado fue asumido plenamente por el Responsable de Infraestructuras y Servicios y después también por la Mesa de Contratación.

c) Debe rechazarse de plano la petición subsidiaria de nulidad de la licitación por referirse a una cuestión contenida en los Pliegos, no recurridos en tiempo y forma.

**DÉCIMO:** La primera cuestión que debe analizarse es la procedencia de la exclusión del recurrente, cuyo primer motivo es la «infracción del art. 147 TRLCSP por inclusión de variantes no previstas en los pliegos que rigen la licitación, respecto a los apartados siguientes: Base de operaciones y cantones, nuevos equipos, contenedores y camiones.»

El artículo 147 TRLCSP establece, por lo que interesa al objeto de esta resolución, que «cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad», añadiendo que «la posibilidad de que los licitadores ofrezcan variantes o mejoras se indicará en el anuncio de licitación del contrato precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación.» Los Pliegos no han previsto en los términos legales señalados la posibilidad de que se ofrezcan variantes, y los anuncios de licitación publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) y en el Boletín Oficial del Estado (BOE) son claros en el sentido de excluir expresamente dicha posibilidad (apartados II, 1, 9 y 8 e), respectivamente). Por lo tanto, no cabe duda de que no se cumplen los requisitos legalmente exigidos para considerar admisible la presentación de



variantes. Dado que la aceptación de variantes es una excepción a la prohibición general de presentación de proposiciones simultáneas, la consecuencia de todo ello sólo puede ser la exclusión del licitador que las incluya en su oferta sin que el contrato lo permita (artículo 154.3 TRLCSP). Es evidente que la oferta del recurrente contiene variantes, las cuales no pueden ampararse en ninguna otra figura jurídica o denominación (como “mejoras” o “alternativas”) que le permita eludir la exclusión. La variante se caracteriza por proporcionar al poder adjudicador diferentes soluciones técnicas en modo alternativo, de modo que puede elegir una cualquiera de entre ellas. Precisamente eso y no otra cosa es lo que hace el recurrente en su oferta, como lo demuestra el uso de expresiones como «siendo las dos (alternativas) presentadas válidas y garantes para la correcta ejecución de los servicios ofertados, dejamos la última decisión a consenso con nuestro cliente», O «se ha optado por presentar varios modelos de cada uno de los equipos, materiales y maquinaria ofertada, para que una vez se adjudique la oferta se consensue la adquisición de maquinaria con el Ayuntamiento de Getxo.»

Llegados a este punto, la exclusión impugnada sería correcta si no fuera porque, como bien señala el recurrente, esta peculiar forma de elaborar la oferta ha sido inducida y promovida por la propia Administración. El artículo 6 del PCT establece que «el Ayuntamiento podrá introducir sobre la oferta de adjudicación, de mutuo acuerdo con la empresa adjudicataria, los ajustes que considere oportunas al objeto de optimizar la calidad del servicio prestado.» En sentido análogo, los artículos 50 (puesta en marcha de los trabajos vinculados al grupo 1, limpieza urbana), 62 (puesta en marcha de los trabajos vinculados al grupo 2, recogida y transporte de los residuos sólidos urbanos a planta de transferencia o planta de tratamiento final), 67 (puesta en marcha de los trabajos vinculados al grupo 3, explotaciones y conservaciones), 83 (requisitos de los materiales) y 84 (características de los materiales) del PCT posibilitan, para concretos aspectos de la prestación, que la Administración altere el contenido de la oferta del adjudicatario de acuerdo con él para «optimizarla» y adecuarla a las necesidades municipales, señalándose expresamente que «estos ajustes en ningún caso tendrán la consideración de modificaciones contractuales.» Dado que los Pliegos han reservado a la Administración la posibilidad de alterar la oferta del adjudicatario mediante





un procedimiento “consensuado”, el poder adjudicador difícilmente puede considerar ilegítimo que los licitadores se anticipen a esa “renegociación” de la proposición incluyendo en sus ofertas varias opciones que luego podrán ser finalmente incorporadas al contrato si la empresa es designada adjudicataria y hay acuerdo para ello. Es más, la posibilidad de modificar la oferta del adjudicatario convierte en irrelevante el contenido de las proposiciones y todo el procedimiento de licitación. Debe recordarse que dicho procedimiento finaliza con la identificación de la proposición más ventajosa, y el hecho de que tal oferta pueda ser modificada inmediatamente después de la adjudicación supone que la selección es puramente formal, pues la oferta que verdaderamente va a regir la ejecución de la prestación es la que acuerden las partes prácticamente sin sujetarse a limitación alguna, más allá de una vaga alusión a la calidad del servicio. Por otro lado, las estipulaciones analizadas infringen el principio de correcta determinación del objeto del contrato (artículo 86.1 TRLCSP) porque dejan su contenido al arbitrio de indicaciones posteriores (artículo 2.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

Procede ahora determinar analizar si el alcance de la resolución debe limitarse a anular la exclusión o debe también incluir la nulidad las cláusulas cuya ilegalidad se expuesto en el párrafo anterior. Como es bien sabido, una abundante y constante jurisprudencia considera que los Pliegos que, como los analizados, no han sido recurridos en tiempo y forma son la ley del contrato, de modo que hay que aplicarlos en su integridad. Sin embargo, esta doctrina tiene como excepción los vicios que suponen nulidad de pleno derecho (artículo 32 del TRLCSP y 62.1 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común). La letra a) del citado artículo 62.1 establece que dicha nulidad radical afecta a los actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, y ése precisamente es el caso, puesto que se infringe el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución. Las cláusulas debatidas otorgan a la Administración la posibilidad de modificar arbitrariamente, sin más requisito



que el acuerdo del adjudicatario, la oferta de este último, lo que de hecho desvirtúa todo el procedimiento, basado en el trato igualitario y no discriminatorio a todos los licitadores (artículo 139 TRLCSP). Aunque la modificación se produciría después de la adjudicación y afectaría solo a la oferta del adjudicatario, la mera posibilidad de que se produzca en un momento posterior pervierte el procedimiento porque convierte en provisionales todas las proposiciones, pues, en principio, cualquiera de ellas puede resultar la seleccionada y ser luego modificada. De este modo, se posibilita que, por ejemplo, como en el caso que es objeto de esta resolución, un licitador ofrezca múltiples alternativas sin límite que luego sean libremente elegidas o cambiadas por las partes, o que cualquier oferta sea luego desfigurada hasta suprimir o hacer irreconocibles las características técnicas que la hicieron más ventajosa para que el contrato sea menos gravoso para la adjudicataria, interés que sin duda perseguiría la empresa cuyo consentimiento es necesario para el cambio de condiciones. La mera posibilidad de que tales arbitrariedades se puedan cometer es jurídicamente inaceptable, por lo que hay que concluir que la simple retroacción de actuaciones para que se reinicie el procedimiento en el momento anterior a la exclusión no sería suficiente: cualquier nueva adjudicación estaría viciada porque cualquiera podría ser arbitrariamente cambiada o, dicho de otra forma, de ninguna se podría decir que se ajusta a las reglas del procedimiento porque el artículo 6 y concordantes del PCT hacen que, en la práctica, estas reglas no existan. Por lo tanto, debe declararse la nulidad de pleno derecho de las citadas cláusulas, lo que conlleva la nulidad de todo lo actuado a su amparo y, en su caso, la tramitación de una nueva licitación bajo unos nuevos Pliegos.

La declaración de nulidad de lo actuado convierte en innecesario el análisis de los demás motivos del recurso cuya estimación conduciría, en el mejor de los casos, a la retroacción de actuaciones.

**UNDÉCIMO:** El recurrente solicita la nulidad del procedimiento de adjudicación sobre la base de la nulidad de la cláusula 11 del PCT por lo que procede



analizar si cabe que este órgano resolutorio puede apreciar la nulidad de pleno derecho de unas cláusulas contractuales que no han sido expresamente impugnadas por la propia recurrente.

De conformidad con el art. 47.2 del TRLCSP las resoluciones de este órgano han de ser congruentes con la petición. Ello significa que se ha de dar respuesta a las distintas pretensiones formuladas, evitando que se produzca un desajuste entre la parte dispositiva de la resolución y los términos en los que las partes han formulado sus pretensiones, debiéndose evitar, por tanto, el conceder más o menos o cosa distinta a la pedida. Ahora bien, se está vinculado por la esencia y sustancia de lo pedido y discutido, no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas ni por las argumentaciones jurídicas concretas en las que se fundamenta (por todas STS 43/2012, de 12 de enero de 2012).

Los límites vendrían marcados por la pretensión de la recurrente, que en este caso solicita de forma expresa la nulidad de todo el procedimiento de adjudicación, y por el debate del motivo impugnatorio que, en este supuesto no se ha sustraído, pues la controversia sobre la admisibilidad o no de la oferta de la recurrente se ha basado en la aplicación y alcance de estas cláusulas.

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 Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

### **III.- RESUELVE**

**PRIMERO:** Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa INBISA, S.A. frente al acuerdo de adjudicación del



contrato de “Servicios generales de limpieza viaria, recogida y transporte de residuos sólidos urbanos, renovación y explotación del complejo medioambiental municipal y otros servicios afines”, tramitado por el Ayuntamiento de Getxo, y la Resolución del recurso de alzada contra su exclusión del citado procedimiento, en el sentido de:

- 1) Declarar la nulidad de pleno derecho de los artículos 6, 50, 62, 67, 83 y 84 del PCT.
- 2) Declarar la nulidad de todo lo actuado.

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

**TERCERO:** 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, 2014ko uztailaren 31**

Vitoria-Gasteiz, 31 de julio de 2014