



EB 2020/167

Resolución 014/2021, de 26 de enero, 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 RAFRINOR, S.L. contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato de “Servicio de recogida selectiva, transporte y procesamiento por gestor autorizado de aceite de cocina usado”, tramitado por la Mancomunidad Comarcal de Debabarrena.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 18 de noviembre de 2020 se presentó 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 la empresa RAFRINOR, S.L. contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato de “Servicio de recogida selectiva, transporte y procesamiento por gestor autorizado de aceite de cocina usado”, tramitado por la Mancomunidad Comarcal de Debabarrena.

SEGUNDO: El mismo día 18 de noviembre se remitió el recurso al poder adjudicador y se 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 20 de noviembre.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 23 de noviembre se han recibido alegaciones de ECOGRAS RECUPERACIÓN Y RECICLADO, S.L. (en adelante, ECOGRAS) con fecha de 2 de diciembre.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de M.A.G.O., 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 servicio cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2. b) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso: «b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.»

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.



QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Mancomunidad de Debabarrena tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Motivos del recurso

El recurso se basa en los argumentos que a continuación se resumen:

- a) La oferta de la recurrente no incumple los pliegos rectores de la licitación, dado que las menciones a la frecuencia de limpieza ofertada no se refieren a la limpieza de los contenedores sino a los trabajos de mantenimiento que se efectúan sobre los mismos. De esta forma, no ha existido riesgo de infracción del principio de objetividad e igualdad en el procedimiento de contratación, por lo que la exclusión debe ser anulada por excesiva y desproporcionada. Por otro lado, debe tenerse en cuenta la escasa ponderación del criterio automático afectado (4 puntos sobre 100) lo cual no sería susceptible de afectar a la objetividad de los servicios técnicos de la Mancomunidad.

- b) RAFRINOR señala que la oscuridad o contradicción de los pliegos nunca puede ser interpretada en perjuicio de los licitadores. Vistas las diversas cláusulas tanto del PCAP como del PPT, se observa que los licitadores debían incluir el calendario de la limpieza de contenedores tanto en el sobre de los criterios sujetos a juicio de valor como en el sobre de valoración automática. Es decir, nos encontramos ante una contradicción insalvable que no puede ser resuelta con la exclusión de la oferta de la recurrente por incluir información relativa del sobre nº TRES en el sobre nº DOS.

- c) El acuerdo de exclusión debe ser anulado por falta de competencia, ya que en el presente caso la competencia para excluir corresponde al órgano de contratación y no a la Mesa de contratación como ha ocurrido. En



consecuencia, el acto es nulo de pleno derecho por haber sido adoptado por órgano manifiestamente incompetente para ello.

d) La recurrente considera improcedente la decisión de no valorar la oferta técnica del único licitador no excluido por entrañar un claro trato discriminatorio. En todo caso, dicho licitador debió ser excluido por no incluir un calendario de limpieza de los contenedores por incumplir la condición establecida en el PCAP y el PPT.

e) RAFRINOR plantea un recurso indirecto contra las cláusulas ambiguas por contradictorias, pues el vicio del que adolecen no ha podido ser previsto con anterioridad por resultar imprevisible la interpretación realizada por la Mesa de Contratación de dichas cláusulas.

f) Finalmente, solicita que se declare la disconformidad a derecho del acuerdo de exclusión con retroacción de actuaciones para la valoración de su oferta técnica; subsidiariamente, excluir a ECOGRAS por incumplir en la memoria técnica el requisito de indicar el calendario de limpieza de los contenedores; de forma subsidiaria a lo anterior, se solicita que se declare la nulidad de la licitación.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

La Mancomunidad de Debabarrena alega para oponerse a la estimación del recurso que el motivo por el que se excluye a la recurrente es el hecho de haber infringido el deber de secreto de las proposiciones; concretamente, se ha incluido en el Sobre nº DOS (Documentación a valorar conforme a un juicio de valor) información relativa a un criterio de valoración Frecuencia de limpieza de contenedores sujeto a fórmula y, por tanto, a incluir en el Sobre nº TRES, todo lo cual puede poner en cuestión la obligada objetividad de la valoración con juicios subjetivos. Además, se ha infringido el artículo 139 de la LCSP por no respetar la forma de presentar la oferta. Por otro lado, la Mesa se encuentra



habilitada por la LCSP para excluir las ofertas que incumplan los requisitos establecidos en los pliegos. Por último, el hecho de no haber valorado la oferta del único licitador no excluido no debe ser considerado improcedente, sino una medida vinculada al acuerdo de suspensión del procedimiento que la propia Mesa adoptó para el supuesto de que los recursos especiales interpuestos prosperaran.

OCTAVO: Alegaciones de ECOGRAS

La mercantil se opone a la estimación del recurso por los siguientes argumentos:

- a) Los pliegos deben ser interpretados de conformidad con las reglas de interpretación de los contratos establecidas en el Código Civil.
- b) La exclusión de la recurrente viene causada por una falta de diligencia a la hora de la preparación de la oferta, pues no ha reparado en que se han producido algunos cambios respecto a la licitación anterior y RAFRINOR ha copiado la oferta que presentó al procedimiento previo al presente.
- c) La anticipación de la información aportada por la recurrente supone menoscabo de la objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores, por lo que la oferta debe ser excluida.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis del recurso debe partir de lo establecido en los pliegos que rigen la licitación, que por no haber sido impugnados en tiempo y forma vinculan al poder adjudicador y a los participantes en el procedimiento de adjudicación:

PCAP

19. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

(...)



2) CRITERIOS A VALORAR MEDIANTE LA APLICACIÓN DE FÓRMULAS: 51,00 PUNTOS

Cláusula 13.1. del Pliego de Prescripciones Técnicas:

(...)

B) Frecuencia de limpieza de contenedores: se asignará por este concepto hasta un máximo de 4 puntos

- Frecuencia de limpieza de todos los contenedores cada 2 meses: 0 puntos
- Frecuencia de limpieza de todos los contenedores cada mes: 2 puntos
- Frecuencia de limpieza de todos los contenedores cada 15 días: 3 puntos
- Frecuencia de limpieza de todos los contenedores cada 7 días: 4 puntos

20.- Sobre o Archivo electrónico nº DOS: "DOCUMENTACIÓN A VALORAR CONFORME A UN JUICIO DE VALOR".

1.- Si en el apartado 19 del cuadro de características se han incluido criterios de adjudicación apreciables mediante juicio de valor que deban ser objeto de evaluación previa, la licitadora deberá aportar un sobre o archivo electrónico nº DOS con el título "DOCUMENTACIÓN A VALORAR CONFORME A UN JUICIO DE VALOR", en el que incluya la documentación allí exigida.

2.- En ningún caso deberán incluirse en este sobre o archivo electrónico documentos propios del sobre o archivo electrónico nº TRES.

25.2.- Apertura y examen de los sobres o archivos electrónicos nº dos

(...)

4.- Se excluirá del procedimiento de licitación a aquellas licitadoras que no cumplan las condiciones técnicas exigidas y las que incorporen en los sobres o archivos electrónicos nº DOS, documentación que deba ser objeto de evaluación mediante la aplicación de fórmulas (Sobre o archivo electrónico nº TRES).

PPT

6.7. Organización del servicio de limpieza:

Corresponde a las empresas licitadoras proponer el sistema más eficaz para llevar a cabo las operaciones de limpieza de contenedores de aceite y zona adyacente, con los medios humanos y materiales que estime más conveniente.

Los licitadores definirán en la MEMORIA TÉCNICA, con todo tipo de detalle, el proyecto de organización, medios materiales y personal, desarrollando como mínimo los siguientes puntos:

(...)

- d) Rutas de limpieza debidamente justificadas, especificando en cada una de ellas:
- El vehículo y personal que componen el equipo de limpieza.
 - Recorrido a efectuar.



Previsión de kilómetros a recorrer.

Tiempo estimado en limpiar cada contenedor y zona adyacente. Hora de comienzo y de finalización de cada ruta de limpieza. Número total de contenedores a limpiar en cada ruta de limpieza, especificando además a qué municipios corresponden.

e) Calendario y horario de limpieza propuestos.

Para cada municipio. Para cada día del calendario, los municipios atendidos en orden de prestación del servicio.

La exclusión impugnada se basa en que la recurrente ha incluido en el Sobre nº DOS información que anticipa un contenido relativo a un criterio de adjudicación sujeto a evaluación mediante fórmula, infringiendo los artículos 146.2 de la LCSP y 26 y siguientes del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, así como los pliegos de la licitación.

a) Sobre la exclusión de la recurrente por infringir la valoración separada de los criterios de adjudicación

Sobre esta cuestión se expondrá en primer lugar la doctrina general de este Órgano para después contrastarla con el caso concreto.

a 1) Doctrina general sobre la finalidad de la valoración separada y el alcance de su infracción

El OARC / KEAO sostiene (ver, por todas, su Resolución 197/2019) que la finalidad de la evaluación separada y sucesiva de ambos tipos de criterio es evitar que el conocimiento de los aspectos de la oferta evaluables mediante fórmulas condicione los juicios de valor que necesariamente habrán de emitirse para aplicar los criterios de adjudicación no sujetos a la aplicación de fórmulas. Es decir, se busca la objetividad en el juicio de valor, que podría verse comprometida si quien tiene que configurarlo conoce total o parcialmente el resultado de la evaluación de los criterios automáticos, pues en ese caso podría darse una valoración que, conscientemente o no, compensara las puntuaciones resultantes de dicha evaluación en favor o perjuicio de alguna empresa. El sistema anula también el denominado «efecto halo» en la atribución de puntuaciones al separar radicalmente la valoración de cada tipo de criterio, impidiendo, por ejemplo, que quien efectúa el informe técnico tienda a



sobrevalorar la calidad de una oferta que objetivamente no merece una alta puntuación en este apartado porque sabe que también es la más barata. La sanción al licitador que infringe 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 a dicha objetividad (ver, en este sentido la Resolución 43/2019 del OARC/KEAO). No obstante, la infracción no puede ser meramente formal, sino material, de modo que sea apta o suficiente para comprometer la objetividad de la evaluación de las ofertas por dar a conocer datos que anticipan el resultado de la aplicación de los criterios sujetos a fórmula (ver, por ejemplo, la Resolución 157/2018 del OARC / KEAO). Siguiendo este criterio, este OARC/KEAO ha considerado que no infringía el secreto de la oferta la información que era de conocimiento directo por el órgano de contratación (ver, en este sentido la Resolución 68/2018) o que tiene una conexión lejana con el criterio de adjudicación de evaluación automática (ver, en este sentido las Resoluciones 100/2013 y 32/2018) o la información que es dispersa, parcial y genérica (ver la Resolución 125/2019) o cuando la información aportada es irrelevante (ver la Resolución 157/2018) o si ha sido provocada o inducida por una redacción oscura de la documentación contractual contraria al principio de transparencia (ver la Resolución 124/2019).

a 2) Sobre la inclusión de un dato relativo a un criterio de adjudicación evaluable mediante fórmula en el Sobre nº DOS correspondiente a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor.

El núcleo del debate suscitado por el recurso es si la oferta de RAFRINOR fue correctamente excluida por incluir en el sobre referido a los criterios discrecionales información propia de los criterios evaluables mediante fórmulas. La recurrente niega la inserción errónea de documentación, pues no se refiere a la limpieza de los contenedores sino a los trabajos de mantenimiento que se efectúan sobre los mismos. En todo caso, la escasa ponderación del criterio



automático afectado (4 puntos sobre 100) convertiría el error en irrelevante, pues no afectaría a la objetividad de los servicios técnicos de la Mancomunidad. Esta alegación debe desestimarse, pues (i) consta en la oferta técnica de la recurrente, concretamente en la página 36, que la frecuencia del trabajo de limpieza y mantenimiento de la red de contenedores será mensual y en la página 45 que las limpiezas de los contenedores serán cada mes. Es decir, no cabe inferir del contenido de la oferta que dicha periodicidad se refiera exclusivamente a las tareas de mantenimiento como defiende la recurrente, pues la palabra “limpieza” en ambos contextos se refiere, sin duda, a los contenedores, y (ii) dicha información afecta a un criterio de adjudicación automático (la frecuencia de la limpieza de los contenedores). A partir de ahí, independientemente de la ponderación atribuida, lo cierto es que quien tenga que valorar los criterios discrecionales ya conoce un dato que anticipa el contenido de la propuesta relativa a los criterios automáticos, quedando así comprometida la objetividad de la valoración que el sistema de evaluación separada pretende preservar. La infracción es, por su propia naturaleza, insubsanable, pues no se refiere a un extremo dudoso de la proposición precisado de aclaración, sino al conocimiento de su contenido en un momento procesal anterior al legalmente establecido.

b) Sobre la ambigüedad u oscuridad de los pliegos y su relación con la infracción

Una vez concluido que ha existido una infracción de la valoración separada de la proposición, debe analizarse si dicha infracción es imputable a la falta de diligencia de la recurrente a la hora de elaborar su proposición o si, como alega RAFRINOR, ha sido provocada o inducida por una redacción oscura de la documentación contractual contraria al principio de transparencia (artículo 1.1 de la LCSP).



b1) Sobre el alcance del principio de transparencia

De acuerdo con la doctrina mantenida por este Órgano (ver, por ejemplo, las Resoluciones 68 y 163/2018), el principio de transparencia impone una obligación de que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes, puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2004, *Succhi di Frutta*, apartado 111, asunto C496/99P, ECLI:EU:C:2004:236). Esta obligación de transparencia (i) recae sobre el poder adjudicador, (ii) es un instrumento para que éste asegure el respeto a los principios de igualdad de trato y de no discriminación para conseguir la apertura a la competencia y el control de la imparcialidad del procedimiento de adjudicación y (iii) garantiza una publicidad adecuada a los potenciales licitadores, que son sus beneficiarios (véase en este sentido las sentencias del TJUE de 7 de diciembre de 2000, asunto C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669, apartados 61 y 62, y de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, ECLI: ECLI:EU:C:2005:605, apartado 49, así como la Resolución 44/2018 del OARC / KEAO). Consecuentemente, no cabe trasladar a los licitadores la carga de acertar a integrar la voluntad del poder adjudicador mediante la interpretación de cláusulas oscuras o contradictorias, con la grave consecuencia de la exclusión de su proposición si, a juicio del poder adjudicador que ha incumplido su obligación de transparencia, no tienen éxito en dicha tarea. En este sentido, es oportuno recordar el principio jurídico que impide que la oscuridad de una estipulación pueda perjudicar a quien no es responsable de ella (ver, por todas, la Resolución 120/2017 del OARC / KEAO y el artículo 1288 del Código Civil), especialmente si se tiene en cuenta que ni siquiera se trata de una cláusula insertada en un contrato bilateral ya



perfeccionado, sino de las bases de un procedimiento elaboradas únicamente por el órgano de contratación y cuya finalidad es precisamente la selección de la contraparte del negocio jurídico. Consecuentemente, una vez acreditado que el poder adjudicador ha incumplido la obligación de transparencia que le atañe, no es necesario ni adecuado que este Órgano, por vía interpretativa, fije cuál es el significado que debe darse a la documentación contractual, pues tal determinación en ningún caso podría concluir en reprochar al adjudicatario impugnado su impericia en la misma tarea y mucho menos con un corolario tan drástico como la exclusión del procedimiento. Sin embargo, no es menos cierto que el esfuerzo de transparencia debe dirigirse a operadores razonablemente informados y normalmente diligentes, los cuales pueden, por ejemplo, llegar a compensar las imprecisiones de los pliegos con una lectura atenta de los mismos o mediante consultas dirigidas al poder adjudicador (ver, por todas, la Resolución 140/2017 del OARC / KEAO y la jurisprudencia europea que en ella se cita).

b 2) Sobre la oscuridad en los pliegos del procedimiento de adjudicación

Contrastada la citada doctrina con la literalidad de las cláusulas a cuya oscuridad el recurrente imputa la infracción que impide la valoración separada de su proposición y que ha sido la causa de su exclusión, este Órgano considera lo siguiente:

- 1) Debe descartarse la alegación de que la redacción de los pliegos haya sido la causante de que se haya incluido el dato relativo a la frecuencia de limpieza tanto en el Sobre nº DOS como en el Sobre nº TRES. Es cierto que el pliego exige que en la Memoria Técnica se incluya el “calendario y horario de limpieza propuestos” como criterio sujeto a juicio de valor, por tanto, información a incluir en el Sobre nº DOS, pero el propio poder adjudicador, con el fin de evitar confusiones entre calendario y frecuencia, establece en el apartado 6.5 del PPT lo que debe considerarse como “Calendario y horario de limpieza”:



Las operaciones de limpieza de aquellos contenedores que se ubiquen en áreas urbanas residenciales se realizarán en horario diurno, no antes de las 8.00 a.m. ni más tarde de las 22.00 hu, para evitar así molestias a los ciudadanos. En el caso de los garbigunes, se efectuarán en los días y horario de servicio de los mismos.

Los licitadores propondrán en sus ofertas los días y horarios de limpieza que mejor se adapten a las peculiaridades propias de los municipios que integran la Mancomunidad y al sistema de limpieza propuesto, sin perjuicio de la potestad de los Servicios Técnicos de la Mancomunidad De Debarrena de modificarlos y la obligatoriedad del adjudicatario de aceptar tales modificaciones

A juicio de este Órgano, de la lectura integradora y atenta de la totalidad de los pliegos se desprende con claridad que una cosa es indicar de forma genérica en un calendario los días de la semana (los lunes o los miércoles, por ejemplo) en que se va a proceder a la limpieza de los contenedores en los municipios que integran la Mancomunidad, y otra distinta es señalar cada cuántos días (uno de cada dos lunes o todos los miércoles, por ejemplo) se van a limpiar los contenedores de cada municipio (frecuencia).

- 2) A partir de lo anterior, la correcta presentación de la proposición incumbe única y exclusivamente al licitador, del que se presupone que es un operador razonablemente informado y normalmente diligente al ser una empresa dotada de la suficiente solvencia técnica como para licitar al presente contrato, y que opera en el mercado de la compra pública presentando ofertas a contratos con un objeto similar al que nos ocupa. Téngase en cuenta que la propia recurrente presentó alegaciones al recurso especial interpuesto anteriormente por otro licitador (EB 2020/092) frente a los pliegos rectores de esta licitación, y en dichas alegaciones se mencionaba el criterio de la frecuencia de limpieza de los contenedores, por lo que cabe deducir que era perfectamente conocedora del contenido y significación del mismo.



- 3) Sentado todo lo anterior, y una vez abierto por el poder adjudicador el Sobre nº DOS, el conocimiento anticipado de la información que en el mismo se contiene es relevante (independientemente de su ponderación concreta, como se ha dicho anteriormente) porque se manifiesta como oferta contractual y contiene información concerniente a un criterio evaluable automáticamente que debió ser incorporada al Sobre de fórmulas, revelando así anticipadamente una parte de la proposición que el órgano de contratación no debía conocer en ese momento. Esta infracción, de carácter material y no puramente formal, expresamente sancionada por los pliegos con la exclusión de la oferta en la cláusula 25.2.4 del PCAP, pudo ser fácilmente evitada a través de una lectura detenida de los pliegos o mediante la oportuna consulta ante el poder adjudicador que la recurrente no efectuó y, por lo tanto, no puede obtenerse el amparo que el principio de transparencia concede al licitador diligente (ver, por ejemplo, la Resolución 123/2019 de este Órgano).
- c) Sobre la incompetencia manifiesta de la Mesa para acordar la exclusión de la oferta

La recurrente alega que el acuerdo de exclusión ha sido adoptado por órgano manifiestamente incompetente por lo que es nulo de pleno derecho, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 150, 157 y 326 de la LCSP con relación al artículo 47.1.b de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) y el artículo 24 de la Constitución. A juicio de este Órgano, esta alegación debe desestimarse. Con independencia de las consideraciones sobre si el artículo 326 de la LCSP y su legislación de desarrollo atribuyen o no de forma expresa o implícita a la Mesa la competencia de excluir las ofertas que incumplan la regla de valoración separada, consta en el expediente (folio 973) que el órgano de contratación (Comisión de Gobierno) acordó aceptar la propuesta de clasificación de ofertas de la Mesa (ver el artículo 150.2 de la LCSP). Consecuentemente, sería



contrario a la economía procesal que el OARC / KEAO declarara la invalidez de la exclusión teniendo en cuenta que una hipotética retroacción de actuaciones concluiría en un acto del órgano de contratación de idéntico contenido que el anulado (ver el artículo 51 de la LPAC). Por otro lado, tampoco puede entenderse que, de existir, el vicio de incompetencia sea de tal calibre que suponga nulidad de pleno derecho del acto (artículo 47.1 b) de la LPAC), sino, en todo caso, su anulabilidad, la cual es susceptible de convalidación (artículos 48.1 y 52 de la LPAC); téngase en cuenta que para que se dé la incompetencia manifiesta, debe expresarse de forma ostensible, patente, claro e incontrovertido, de modo que el órgano administrativo carezca de toda competencia respecto de una determinada materia (ver, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 15/6/1981, ECLI:ES:TS:1981:606, y de 18/5/2001, ECLI:ES:2001:4108).

d) Sobre la no valoración de la oferta técnica del único licitador no excluido

Considera la recurrente que la no valoración de la oferta de ECOGRAS entraña un trato discriminatorio respecto del resto de licitadores. Esta alegación no puede aceptarse, pues es doctrina de este Órgano que no existiendo ninguna otra oferta con la que realizar una comparación de lo ofertado resulta del todo irrelevante la puntuación que le haya asignado el órgano de contratación por cada uno de los criterios de adjudicación (ver, por ejemplo, la Resolución 9/2019 del OARC/KEAO). En este mismo sentido, el informe 4/2011, de 16 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid indicaba que "Al existir una única oferta no se dirime cual es la proposición económicamente más ventajosa, sino que se ha de valorar si la presentada cumple con los requerimientos de los pliegos y en consecuencia satisface las necesidades de la Administración y es susceptible de admisión". Es decir, cuando en un procedimiento de contratación solo queda "viva" una oferta, la actuación del órgano de contratación, asistido por la mesa, solo puede consistir en comprobar que la proposición cumple con los requisitos previos para contratar con la Administración, previstos en el artículo 140 de la LCSP y recogidos en la cláusula 19 del PCAP, y constatar que la oferta recibida cumple con los



requisitos exigidos en los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares que rigen la contratación del servicio, y que por tanto no exista causa de exclusión. Hay que entender que una de las funciones de los criterios de adjudicación es la de comparar objetivamente unas ofertas con otras para determinar cuál de ellas es la más ventajosa (ver, en este sentido, la Resolución 131/2019 del OARC / KEAO), pero cuando en un procedimiento solo queda una oferta no hay posibilidad de efectuar una comparación ni una clasificación por orden decreciente, como prevé el artículo 150 de la LCSP, pudiendo únicamente proponer la adjudicación a la oferta recibida siempre que ésta cumpla con los requisitos exigidos en los pliegos.

e) Sobre la exclusión de la oferta de adjudicataria

Por otro lado, la recurrente solicita que la oferta de ECOGRAS sea excluida por no incluir el calendario de limpieza de los contenedores en la memoria técnica. Tampoco esta alegación puede estimarse, pues es doctrina de este Órgano que la función de los criterios de adjudicación es comparar las ofertas para determinar cuál de ellas es la más ventajosa, sin que quepa excluir una proposición por la eventual falta de cumplimiento de un determinado aspecto de un criterio de adjudicación, y sin perjuicio de que ello pueda llevar aparejada la obtención de una menor puntuación en el mismo (ver, por ejemplo, la Resolución 51/2020 del OARC / KEAO).

f) Sobre el recurso indirecto

La recurrente plantea un “recurso indirecto” contra los pliegos por considerar algunas de sus cláusulas ambiguas por contradictorias y susceptibles de diversas interpretaciones. El análisis de esta cuestión comenzará por la exposición de la doctrina general de este Órgano sobre el alcance y límites de dicha figura para, a continuación, analizar su concurrencia.



f.1) Doctrina general

De las resoluciones de este Órgano (ver la más reciente de todas ellas que lleva el número 085/2020) se deduce la siguiente doctrina:

- La regla general es que los pliegos, que son susceptibles de una impugnación autónoma, pasan a ser firmes e inatacables por la vía del recurso especial una vez que éste no se ha interpuesto en el plazo previsto para ello, de modo que sus prescripciones pasan a regir la licitación vinculando a los participantes en ella y al poder adjudicador, que no pueden desconocerlos. Esta doctrina ha sido confirmada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) (ver el apartado 51 de la sentencia «eVigilo», asunto C-538/13, EU:C:2015:166, de 12 de marzo de 2015, y todas las anteriores que en él se citan), que considera necesario, para garantizar la seguridad jurídica y el efecto útil de la Directiva 89/665, de recursos en materia de contratos públicos, la existencia de plazos de interposición preclusivos que impidan que los interesados puedan entorpecer o dilatar indebidamente los procedimientos de adjudicación alegando en cualquier momento vicios de legalidad de actuaciones anteriores, obligando así al poder adjudicador a iniciar de nuevo todo el procedimiento para corregir dichas infracciones.
- Lo anterior ha sido matizado por el propio TJUE a partir de la idea de que la eficacia de los recursos previstos en la Directiva 89/665 solo puede alcanzarse si los plazos para interponerlos se inician desde la fecha en que el demandante tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la infracción. Es por ello que las irregularidades de las bases de la licitación cuyo alcance perjudicial para el interesado únicamente se manifiesta con posterioridad, cuando el órgano de contratación explica los motivos de la adjudicación, pueden recurrirse en el plazo previsto para recurrir dicha adjudicación; ese es, por ejemplo, el caso de los



criterios de adjudicación de un contrato que sean incomprensibles o faltos de claridad para un licitador razonablemente diligente e informado (ver la citada sentencia «eVigilo», en especial los apartados 27 y 48 a 58).

- Además, el Fundamento de Derecho Sexto de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco número 137/2019, de 15 de mayo de 2019, ECLI:[ES:TSJPV:2019:1674](#), admite el recurso indirecto para impugnar los vicios que afecten a derechos y libertades del recurrente susceptibles de amparo constitucional.

El núcleo de la figura, tal y como la ha delimitado la jurisprudencia del TJUE, radica en proteger a los licitadores del daño que les causa un acto del poder adjudicador (como la exclusión del interesado o la adjudicación a otro operador económico) que está amparado por una regla de los pliegos que no fue objeto de recurso en el momento procesal oportuno y cuyo carácter perjudicial no pudo ser racionalmente percibido en dicho momento por un licitador normalmente diligente. Se trata de un remedio de la insuficiencia del plazo preclusivo para garantizar la protección efectiva de los intereses de las empresas. Consecuentemente, la admisibilidad del recurso indirecto exige, como fundamento previo, un acto del procedimiento perjudicial para el recurrente y una cláusula de la documentación contractual que lo ampare, que es precisamente la que se recurre por vía indirecta.

f. 2) Sobre la admisibilidad del recurso indirecto en el caso analizado

Trasladada esta doctrina a los criterios de adjudicación denunciados, este OARC / KEAO considera que la redacción de dichas cláusulas no resulta oscura o ambigua como se ha explicado en la letra b.2) de este Fundamento Jurídico, por lo que no oculta un vicio de invalidez cuyo carácter perjudicial solo haya podido percibirse con ocasión del acto de adjudicación. Por el contrario, el propio poder adjudicador se ha preocupado de definir lo que se considera



Calendario en la cláusula 6.5 del PPT con el fin de diferenciarlo claramente del criterio frecuencia de limpieza de los contenedores. La distinción de ambos conceptos y su distinta configuración en los pliegos como criterio sujeto a juicio de valor (el primero) y automático (el segundo) es evidente y clara en una atenta lectura de los pliegos. Es más, como se ha indicado anteriormente la propia RAFRINOR presentó una alegación con motivo de la interposición de otro licitador de un recurso especial y en la que se hacía referencia a la frecuencia de limpieza de los contenedores, lo que nos indica que era perfectamente conocedora de los diversos tipos de criterios de adjudicación y de su forma de presentación. Por otra parte, no resulta propio de un operador económico razonablemente informado y normalmente diligente que ofrece sus servicios en ámbito del objeto del contrato impugnado (es el actual prestador del servicio) el plantear en la fase de adjudicación del contrato la ambigüedad por contradictorios de los criterios mencionados, cuando, además de lo dicho anteriormente, la recurrente no ha solicitado en su momento una aclaración al respecto. Consecuentemente, esta alegación ha de ser desestimada.

g) Conclusión

Como consecuencia de lo anteriormente manifestado, procede desestimar el recurso interpuesto.

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:



III.- RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial interpuesto por la empresa RAFRINOR, S.L. contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato de “Servicio de recogida selectiva, transporte y procesamiento por gestor autorizado de aceite de cocina usado”, tramitado por la Mancomunidad Comarcal de Debarrena.

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

TERCERO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP, levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTA: 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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2021eko urtarrilaren 26a

Vitoria-Gasteiz, 26 de enero de 2021