



EB 2023/069

Resolución 157/2023, de 11 de agosto, 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 AQUARBE contra la adjudicación del contrato “Concesión del servicio de abastecimiento y alcantarillado de Zumarraga”, tramitado por el Ayuntamiento de Zumarraga.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 23 de marzo de 2023 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 AQUARBE contra la adjudicación del contrato “Concesión del servicio de abastecimiento y alcantarillado de Zumarraga”, tramitado por el Ayuntamiento de Zumarraga.

SEGUNDO: El día 23 de marzo se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron la copia del expediente de contratación y 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 día 29 del mismo mes.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 30 de marzo, se han recibido, con fecha 11 de abril, las siguientes alegaciones:

- Alegaciones conjuntas de las empresas VANAGUA, S.L.U. y GLOBAL MEDIUM MEDIO AMBIENTE, S.L., que concurrieron a la licitación con





compromiso de constituirse en una Unión Temporal de Empresas (en adelante, "la UTE"), adjudicataria impugnada.

- Alegaciones de la empresa GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA, S.A (en adelante, GESTAGUA).

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la representación de J.P.R., que actúa en nombre de la recurrente. Por lo que se refiere su legitimación, debe tenerse en cuenta que solicita la exclusión de las dos ofertas que le preceden en el listado del artículo 150.1 LCSP, por lo que, de prosperar la pretensión, obtendría la adjudicación del contrato, lo que configura el interés tangible que cualifica la legitimación activa para la interposición del recurso. GESTAGUA y la UTE alegan que la impugnación de la oferta de la primera es puramente formal y solo busca obtener artificiosamente la legitimación; sin embargo, dicha legitimación se deriva directa y claramente del contenido del recurso y del alcance de la pretensión, sin perjuicio de que la consistencia de esta última sea precisamente el objeto de la presente Resolución.

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 concesión de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 c) de la LCSP señala que los acuerdos de adjudicación podrán ser objeto de recurso. Debe señalarse que, entre otros motivos de impugnación, AQUARBE solicita la exclusión de la oferta de la UTE. Esta misma cuestión ya



ha sido objeto de la Resolución 156/2023 del OARC / KEAO, cuya parte dispositiva acuerda la exclusión de dicha proposición, por lo que los Fundamentos siguientes no harán alusión a ella.

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, el Ayuntamiento de Zumarraga tiene la condición de poder adjudicador, concretamente de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Motivos del recurso

El recurso se basa, en síntesis, en los siguientes argumentos:

- a) Se ha vulnerado el artículo 52 LCSP porque se ha denegado indebida e inmotivadamente el acceso a las ofertas de GESTAGUA y la UTE, así como a la documentación que justifica la viabilidad de sus proposiciones y al análisis del poder adjudicador que acepta dichas justificaciones. Ello ha provocado que la recurrente no disponga de la información necesaria para garantizar su derecho de defensa en el procedimiento de recurso. Por ello, se solicita el acceso a la citada documentación al amparo del artículo 53.3 LCSP.
- b) La oferta de GESTAGUA debe ser excluida porque incumple las prescripciones mínimas consistentes en la realización de auditorías y de, al menos, tres limpiezas anuales de la totalidad de la red, incluyendo conductos, imbornales y pozos de registro, tal y como se deduce del correspondiente informe técnico.



c) Se alega que el informe técnico que sustenta la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor es incongruente porque de la oferta de la recurrente se dice que es completa y que es, junto con la de la UTE, la que mayores compromisos ofrece, pero ello no se refleja en la diferencia de puntuaciones en el criterio de adjudicación “Plan de explotación de los servicios”, que es muy escasa respecto a GESTAGUA (2,95 puntos), como si se quisiera dejar la adjudicación del contrato a la oferta económica.

d) La recurrente alega que la Mesa de Contratación no ha cumplido con su función de motivar la propuesta de adjudicación (se aportan varias sentencias del Tribunal Supremo sobre esta cuestión), pues no puede asumir sin más la valoración efectuada por una consultoría externa, sino que debe consignar su propio juicio. Se alega que la Mesa se limita a adicionar el informe técnico, sin añadir ninguna razón o evaluación propia.

e) Los criterios sujetos a juicio de valor no han sido evaluados por un Comité de Expertos, tal y como requieren la cláusula 23.1 del anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), que se remite al apartado 8º de la disposición adicional segunda de la LCSP.

f) La Mesa de Contratación que ha intervenido en el procedimiento está incorrectamente constituida e infringe la Disposición Adicional 2ª de la LCSP. Concretamente, la Mesa se ha constituido con un presidente (el alcalde), dos vocales (la secretaria municipal y la interventora) y el secretario de la Mesa (un funcionario de urbanismo); la recurrente alega los informes de la Junta Consultiva de Contratación del Estado 96/18 y 42/19 y el informe 9/2009 de la Junta Consultiva de Aragón.

g) Finalmente, se solicita la declaración de nulidad o, subsidiariamente, la anulabilidad, de la adjudicación, ordenando la retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a la adopción de dicha adjudicación. Además, se solicita el acceso al resto del expediente, especialmente todo lo que permita la valoración de la oferta presentada por GESTAGUA y la UTE, así como de la viabilidad de sus ofertas para que pueda completarse el recurso.



SÉPTIMO: Alegaciones de la UTE

En síntesis, la UTE adjudicataria alega lo siguiente:

- a) Las limitaciones al acceso a la documentación del expediente se ajustan a la legalidad y a las declaraciones de confidencialidad de las licitadoras, muy similares en todos los casos; además, están adecuadamente motivadas, incluso extendiendo la confidencialidad a extremos no señalados por las empresas afectadas. En todo caso, no se ha producido indefensión porque AQUARBE ha presentado un recurso fundado.
- b) La Mesa de Contratación no ha asumido sin más la valoración del asesoramiento externo, sino que lo ha validado y confirmado con carácter previo a la propuesta de adjudicación, de modo que se ha cumplido con el requisito formal de la motivación.
- c) La alusión al Comité de Expertos corresponde a un error de transcripción de los pliegos, que aludieron al apartado VIII de la Disposición adicional segunda de la LCSP (que menciona el Comité de Expertos) cuando debía remitirse al apartado VII (que alude a la Mesa de Contratación).
- d) La composición de la Mesa de Contratación es correcta (la Disposición adicional 2ª de la LCSP sólo pide dos vocales y no tres, igual que el artículo 2.1 del Real Decreto 21.7 del Real Decreto 817/2009) y además no fue impugnada en su momento, lo que supone su aceptación tácita.
- e) Finalmente, se solicita la imposición de la sanción por mala fe o temeridad en la interposición del recurso prevista en el artículo 58.2 LCSP.

OCTAVO: Alegaciones de GESTAGUA

GESTAGUA se opone a la estimación del recurso con los argumentos que se resumen a continuación:



a) Sobre el incumplimiento de las prescripciones técnicas por la oferta de GESTAGUA, se alega el ajuste técnico de la misma en cuanto a la obligación de realizar tres limpiezas anuales del sistema de alcantarillado e informes de auditoría, como se puede deducir del contenido de la proposición (sobre 3). En todo caso, GESTAGUA afirma que la falta de mención a las prescripciones no supone la exclusión de la oferta y que no hay incompatibilidad entre ella y los pliegos.

b) Respecto a la anormalidad de su oferta, GESTAGUA se remite a la documentación justificativa presentada en el procedimiento y alega que la carga de la prueba de la anormalidad corresponde a quien la alega.

NOVENO: Alegaciones del poder adjudicador

El Ayuntamiento de Zumarraga se opone a la estimación del recurso con los argumentos que se resumen a continuación:

a) No ha habido indefensión por falta de acceso al expediente, como lo prueba la misma presentación de un recurso suficientemente fundado; además, se solicita el acceso a una información que el propio recurrente ha declarado confidencial en sus propias proposiciones.

b) GESTAGUA cumple con la obligación de proponer tres limpiezas anuales (apartados 1.7.3.1 y 1.7.3.1.1 de su oferta, entre otras menciones).

c) La ponderación de los criterios de adjudicación sujetos evaluación mediante fórmula es superior a la de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, por lo que no se precisa intervención del Comité de Expertos.

d) De acuerdo con la cláusula 23.1 del Anexo I del PCAP, el grado de ajuste a las prescripciones técnicas es un elemento de juicio para las valoraciones, pero solo será causa de exclusión si, una vez efectuadas dichas valoraciones, la puntuación de cada apartado no alcanza el 50% de los puntos de cada uno de ellos; esta regla se ha respetado en la licitación.



e) La constitución del Comité de Expertos no es preceptiva, habida cuenta de que los criterios sujetos a apreciación tienen un peso relativo superior al de los criterios sujetos a juicio de valor.

f) Por lo que se refiere a la alegación de que la Mesa de Contratación está incorrectamente constituida, el Ayuntamiento alega lo siguiente:

- Señala que el Decreto 116/2016 es de aplicación preferente al artículo 326 LCSP, ya que este último no es legislación básica.
- Es dudoso que el apartado 7 de la Disposición adicional 2ª LCSP se refiere a que la exigencia de un mínimo de tres se refiera al número de “miembros” en total o al número de vocales. Por otro lado, el artículo 21.7 del Real Decreto 817/2009, de desarrollo parcial de la Ley 30/2007 (en adelante, “Real Decreto 817/2009”) dispone que, para la válida constitución de la Mesa, deberán estar presentes la mayoría absoluta de sus miembros y, en todo caso, el Presidente, el Secretario y los dos vocales que tengan atribuidas las funciones correspondientes al asesoramiento jurídico y el control económico – presupuestario del órgano de contratación; estas composición se ha respetado en todo el procedimiento.
- El funcionario designado como secretario es el responsable del contrato y tiene conocimientos jurídicos en la materia, por lo que acumula ambas funciones (ver el artículo 8 del Decreto 116/2016)
- Se han respetado las reglas esenciales para la formación de la voluntad del órgano colegiado.

g) Las ofertas incursas en sospecha de anormalidad están suficientemente justificadas y es viable el cumplimiento de las obligaciones exigidas por los pliegos, pago de salarios, controles sanitarios, etc.

h) La Mesa de contratación ha solicitado un informe técnico para la valoración de las ofertas, cuyo contenido ha asumido expresamente, cumpliéndose el requisito de la correcta motivación de la adjudicación.



DÉCIMO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis de la viabilidad del recurso debe partir de los apartados relevantes de los pliegos, que rigen la licitación vinculando a los participantes en ella y al poder adjudicador por no haber sido impugnados en tiempo y forma:

PPT

(...)

[Artículo 6. Descripción de las actividades de los servicios objeto de contratación](#)

(...)

2. El servicio de gestión del alcantarillado comprenderá las siguientes prestaciones:

- Gestión, conservación y mantenimiento de todos los elementos de la red de saneamiento de aguas residuales y pluviales, para lo cual deberá incluir en su oferta un plan sistemático de limpieza de la red, con estudio justificativo de frecuencia, que deberá cubrir, al menos, tres limpiezas anuales de la totalidad de la red, incluyendo conductos, imbornales y pozos de registro. Igualmente incluirá en su oferta un plan para la gestión de mantenimiento de los grupos de bombeo.

(...)

PCAP. ANEXO I CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO

(...)

23 Criterios de adjudicación. (Cláusula 19 y 28)

(...)

23.1 CRITERIOS EVALUABLES MEDIANTE JUICIO DE VALOR, HASTA 45 PUNTOS.

Para la valoración de las proposiciones evaluables mediante juicio de valor, se atenderá a criterios vinculados al objeto del contrato tales como la organización y gestión del servicio, la calidad y el servicio prestado, la relación con los usuarios y con el órgano contratante, el uso de las tecnologías más avanzadas, la gestión sostenible de los recursos, el compromiso con la eficiencia energética y la conservación del entorno, la idoneidad de las actuaciones e inversiones propuestas, la formación continua y el compromiso con el empleo y el desarrollo profesional de los trabajadores, los planes de igualdad entre hombres y mujeres, la transparencia en las relaciones comerciales con proveedores y concesionarios, y el seguimiento y control de la gestión realizada.

Las proposiciones de los licitadores deberán ajustarse a las condiciones de formato previstas en el presente Pliego. Asimismo, se exigirá que las proposiciones se ajusten en su descripción técnica a las prescripciones técnicas contenidas en el Pliego Técnico, no siendo necesario que recojan expresa y exhaustivamente todas y cada una de las prescripciones previstas, sino



exclusivamente aquellas que sean necesarias para proceder a la valoración de la adecuación de las ofertas al cumplimiento del objeto del contrato.

La valoración de estos criterios corresponde se efectuará por la mesa de contratación, si interviene, o por los servicios dependientes del órgano de contratación en caso contrario, a cuyo efecto se podrán solicitar los informes técnicos que considere precisos de conformidad con lo previsto en el artículo 150.1 y 157.5 de la LCSP.

A dicho efecto se verificará el cumplimiento de las prestaciones técnicas mínimas exigidas por el Pliego de Prescripciones Técnicas de la licitación y se redactará un informe en el que se identificarán las empresas que cumplen las prescripciones técnicas mínimas exigidas y las que no y en el que se evaluarán las ofertas que cumplen en base a los criterios expuestos.

Cada oferta será valorada de forma independiente entre licitadores, pudiendo darse el caso de obtención de idéntica puntuación entre los licitadores, dado que la oferta será evaluada y puntuada según la calidad de la oferta presentada, en base a los criterios recogidos en la disposición adicional segunda, apartado VIII de la misma ley.

CRITERIOS EVALUABLES MEDIANTE JUICIO DE VALOR	PUNTUACIÓN
Proyecto de Organización y Gestión del Servicio	
Plan de Explotación de los servicios	35 puntos
Plan de Gestión, Explotación, Mantenimiento y Conservación de las instalaciones y redes de abastecimiento de agua potable	
Plan de control de calidad del agua suministrada	
Plan de mejora del balance hidráulico del sistema de agua potable	
Plan de Gestión y lectura de contadores	
Plan de Gestión, Explotación, Mantenimiento y Conservación de las instalaciones y redes de alcantarillado	
Plan de Gestión Comercial	
Plan de calidad de los servicios. Gestión de la calidad, riesgos laborales y gestión ambiental	
Plan de innovación y herramientas de gestión	
Avance del Plan de Emergencias del Servicio de Abastecimiento de Agua Potable y Alcantarillado	
Mejoras ambientalmente sostenibles	10 puntos
Medidas de ahorro en el consumo de agua, tanto para el consumo doméstico como para el uso municipal, incluidos los consumos destinados a riego de parques y jardines	
Reducción de Consumo de Energía	
Mejora en la gestión de residuos y/o reducción en la generación	
Reducción de emisiones atmosféricas (gases contaminantes, lumínicas, ruido, etc.)	
TOTAL	45 puntos



A efectos de evitar la presentación de ofertas técnicas imprecisas, deficientes o no ajustadas a las especificaciones técnicas establecidas en el correspondiente Pliego, serán excluidas del procedimiento de licitación las ofertas que no alcancen un mínimo del 50% en cada apartado, esto es 17,50 puntos y 5 puntos (22,50 puntos) en la valoración de los criterios evaluables mediante juicios de valor.

a) Sobre la denegación del acceso al expediente

El análisis de este motivo debe comenzar por la exposición de la doctrina de este Órgano al respecto.

a 1) Doctrina general

La solicitud de acceso al expediente en el procedimiento de recurso especial se regula en el artículo 52 de la LCSP en términos similares a los que ya figuraban en los artículos 16 y 29.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (en adelante, RPE). La finalidad que persigue este procedimiento es evitar la indefensión del recurrente de tal manera que la privación de este derecho por el órgano de contratación no sea la causa de un recurso especial insuficiente o carente de fundamentación jurídica (ver, por ejemplo, la Resolución 436/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC). Tal y como se dijo en la Resolución 248/2015 del TACRC, el derecho de acceso al expediente encuentra su fundamento en la necesidad de conocer los elementos de juicio que han servido de base al acto impugnado, y ello como exigencia propia del derecho a la tutela efectiva. Por tanto, solo en la medida en que los documentos cuyo acceso se solicita sean necesarios para la articulación de dicha defensa tiene sentido el ejercicio de este derecho. Consecuentemente, con independencia del juicio que pueda merecer la denegación de acceso solicitada en cuanto a su adecuación a la LCSP, solo se puede considerar una irregularidad relevante cuando tenga por efecto la indefensión del interesado y, en concreto, cuando le impida presentar un recurso



especial suficientemente fundado (ver la Resolución 47/2015 del OARC / KEAO) de modo que si, por ejemplo, la resolución de adjudicación está suficientemente motivada en los términos exigidos en el artículo 151 de la LCSP o el interesado accedió por otra vía a la información necesaria no puede alegarse dicha indefensión. Por otro lado, el derecho de acceso a las ofertas de las restantes entidades licitadoras no es un derecho absoluto, sino que debe estar amparado en un interés legítimo por comprobar o verificar una actuación del poder adjudicador que se estime incorrecta o no ajustada a la legalidad, sin que dicho acceso pueda obedecer a un mero deseo de búsqueda de defectos o errores en la oferta de otra empresa licitadora (ver, por ejemplo, la Resolución 329/2016 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía). Finalmente, este Órgano ha venido señalando que es contrario a la buena fe que un licitador solicite el acceso a aspectos de la documentación presentada por un competidor cuando él mismo ha declarado confidencial los mismos aspectos en referencia a su propia proposición (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 130/2015, 72/2018 y 57, 134/2019 y 030/2021).

- a 2) Sobre el acceso a las ofertas y la documentación justificativa de la viabilidad de las ofertas.

Aplicado lo manifestado en el apartado a.1) anterior al caso analizado, este Órgano considera que no procede el acceso requerido por la recurrente por los motivos que se exponen a continuación:

- 1) AQUARBE ha presentado un recurso suficientemente fundado con base en la documentación del expediente a la que ha podido acceder (especialmente, informes técnicos y actas de la Mesa de Contratación), identificando la infracción denunciada y argumentando extensamente las razones que sustentan la impugnación. Consecuentemente, este Órgano no observa que haya producido indefensión alguna.



- 2) Por otro lado, GESTAGUA pretende el acceso a datos que ella misma ha considerado confidenciales para su propia oferta, lo que es una actuación contraria a la buena fe, como ya se ha señalado anteriormente.

 - 3) La documentación justificativa de la viabilidad de las proposiciones permite seguir el proceso interno de toma de decisiones empresariales fundamentales y, en especial, de elaboración de la oferta; a ello debe añadirse que también constan datos de las relaciones contractuales con proveedores, igualmente sensibles a estos efectos. Téngase en cuenta que se trata de la descripción de las estrategias de costes directamente relacionados con la ejecución del contrato, por lo que la denegación al acceso a esta información se considera justificada (ver, la Resolución 10/2018 de este OARC / KEAO).
- a 3) Sobre el acceso al análisis del poder adjudicador sobre la justificación de la viabilidad de las ofertas

El artículo 149 de la LCSP dispone que en el procedimiento de verificación de la anormalidad de la oferta deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio Correspondiente, en orden a contribuir al acierto del Órgano de contratación en su decisión de aceptar o no una oferta inicialmente sospechosa de anormalidad, para lo cual goza de una amplia discrecionalidad técnica (ver, en este sentido, la Resolución 106/2023 de este OARC / KEAO). En el expediente de contratación remitido el poder adjudicador no identifica dónde consta el mencionado asesoramiento, que normalmente se plasma en un informe técnico, y la única mención al respecto que ha encontrado este Órgano figura dentro de la carpeta denominada “INFORMES VALORACIÓN 7z”, en el documento denominado INFORME DE VALORACIÓN DEL SOBRE B. CRITERIOS EVALUABLES MEDIANTE JUICIO DE VALOR Y SOBRE C. PROPOSICIÓN ECONÓMICA Y DOCUMENTACIÓN RELATIVA A LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN EVALUABLES DE MANERA AUTOMÁTICA POR APLICACIÓN DE FÓRMULAS DE LAS EMPRESAS PRESENTADAS AL PROCEDIMIENTO ABIERTO PARA CONTRATACIÓN DE LA “CONCESION DEL SERVICIO DE ABASTECIMIENTO Y ALCANTARILLADO DE ZUMARRAGA (GIPUZKOA)” Esp. Zenb./Nº Exp.: 2022COPS0012, de fecha 4 de febrero de 2023, en cuyo aparatado 4, se manifiesta lo siguiente:



4 JUSTIFICACIÓN DE TEMERIDAD Y SUBSANACIÓN DE ERRORES

Con el objeto de justificar la oferta anormalmente baja, GLOBAL OMNIUM MEDIOAMBIENTE S.L.-VANAGUA, S.L.U. y GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA S.A remiten al Ayuntamiento de Zumárraga sendos informes de justificación de sus ofertas, los cuales se adjuntan en el Apéndice 1.

Como resultado del análisis de dichos informes, se aceptan ambas justificaciones, descartando su temeridad.

Por otra parte, AQUARBE solicita el 16 de diciembre de 2022 la subsanación de un error en el informe técnico de valoración de la oferta de GLOBAL OMNIUM MEDIOAMBIENTE S.L.-VANAGUA, S.L.U. relativo a la verificación del cumplimiento de las prestaciones técnicas mínimas exigidas en el pliego de prescripciones técnicas. Tras el estudio de dicha solicitud y del Pliego de bases, se desestima dicha solicitud. Dicha solicitud y su resolución por parte del Ayuntamiento de Zumárraga se adjuntan en el Apéndice 2.

Resulta claro que esta única mención a que “se aceptan ambas justificaciones” incumple el mandato imperativo del artículo 149 de la LCSP de que conste en el procedimiento un asesoramiento técnico del servicio correspondiente. En concreto, no consta un análisis de la documentación justificativa aportada por las empresas ni una valoración de la pertinencia de la información facilitada por los interesados (sentencia de 19 de octubre de 2017, AgriConsulting Europe/Comisión, C-198/16 P, EU:C:2017:784, apartados 51 y 52), esto es, sobre su suficiencia o no en orden a acreditar la viabilidad de las ofertas. En resumen, no contiene una motivación sobre las razones por las que se consideran las ofertas suficientemente justificadas, lo que equivale a afirmar que se ha omitido la opinión técnica en la adopción de la decisión. Los efectos de esta omisión en el procedimiento se analizarán en el apartado f) de esta Resolución.

b) Sobre la exclusión de la oferta de GESTAGUA por incumplimiento de los pliegos

AQUARBE alega, en síntesis, que la oferta de la adjudicataria debe ser excluida por incumplir los pliegos porque no contempla tres limpiezas anuales de la red de saneamiento y alcantarillado ni las auditorías. Sobre esta cuestión, se observa lo siguiente:



b 1) Doctrina general sobre la apreciación del incumplimiento de los pliegos por las ofertas de los licitadores

Tal y como ha expuesto reiteradamente este Órgano (ver, por todas, su Resolución 73/2023, así como la sentencia del Tribunal Supremo de 29/11/2021, nº 1392/2021, ECLI:ES:TS:2021:4369 y la jurisprudencia anterior que cita), no es necesario que las ofertas acrediten expresamente el cumplimiento de todas y cada una de las prescripciones técnicas del contrato porque la mera presentación de la proposición ya supone el acatamiento de la documentación contractual, según el artículo 139.1 de la LCSP. No obstante, cabe la exclusión de una oferta cuando

- (i) no incluya la acreditación, solicitada expresamente por los pliegos, del cumplimiento de una prescripción, o
- (ii) cuando su contenido se oponga frontalmente a dichos pliegos.

b 2) Sobre la solicitud de exclusión de la oferta de GESTAGUA

Aplicada esta doctrina al caso analizado, el motivo del recurso debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) El apartado 6.2 del PPT establece la prescripción a la que se refiere la recurrente que, en síntesis, consiste en una gestión del servicio de alcantarillado que cubra, al menos, tres limpiezas anuales de la totalidad de la red, incluyendo conductos, imbornales y pozos de registro. Además, se establece que la oferta incluirá un plan sistemático que cubra este requisito mínimo. En el mismo sentido, el apartado 23.1 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), Características del Contrato, establece que las proposiciones se ajustarán en su descripción técnica a las prescripciones del PPT, no siendo necesario que se recojan todas y cada una de las prescripciones, pero sí las que sean necesarias para valorar la adecuación de la oferta al cumplimiento del objeto del contrato.



- 2) Como bien señala el poder adjudicador, la oferta técnica de GESTAGUA satisface los requisitos señalados en el apartado 1) anterior en sus epígrafes 1.7.3.1 y 1.7.3.1.1 (páginas 47 a 49), que, entre otras cosas, indican lo siguiente:

Se trata del plan rutinario de 3 limpiezas año de los 54 km de red y revisión del sistema de alcantarillado con CCTV de un 30% de la red

(...)

Todos los colectores e imbornales se limpiarán 3 veces año. Esta limpieza se realizará por fases y zonas, tratando de hacer coincidir los trabajos tras la caída de la hoja y de chaparrones.

Por lo tanto, como la red de colectores es de 54 km, 3 veces al año a 3 km /día, las horas anuales necesarias de camión serán de 432 h. 18 días de camión en cada limpieza.

Gestagua propone la siguiente programación de los trabajos, aunque evidentemente se consensuará con el Ayuntamiento de Zumárraga:

LIMPIEZA ANUAL RED DE ALCANTARILLADO, REJAS E IMBORNALES													
	CUATRIMESTRE	1				2				3			
	Mes	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
ZONA 1	Industrialdea	X				X				X			
ZONA 2	Industrialdea	X				X				X			
ZONA 3	Industrialdea	X				X				X			
ZONA 4	Centro		X				X				X		
ZONA 5	Centro		X				X				X		
ZONA 6	Centro		X				X				X		
ZONA 7	San Gregorio	X				X				X			
ZONA 8	San Gregorio	X				X				X			
ZONA 9	San Cristóbal	X				X				X			
ZONA 10	Aginaga	X				X				X			
ZONA 11	Aginaga	X				X				X			

Todos cálculos han sido realizados con la información facilitada en el concurso. Una vez se tenga toda la información en el sistema GEA de Gestagua esta planificación podrá ser mejorada en función de obtener un mejor rendimiento en la limpieza del sistema.

Se ha previsto que las 3 limpiezas se realizan con la periodicidad marcada, lo cual no quiere decir que si en algún caso hubiera que realizar actuaciones puntuales o adelantar



o retrasar alguna limpieza por circunstancias justificadas (caída de la hoja, etc.), consensuadamente con el Ayuntamiento de Zumárraga se podrá hacer.

b 3) Sobre las auditorías

Esta alegación debe ser desestimada. Se trata de una denuncia genérica que no se desarrollada ni razona a lo largo del recurso (ver artículo 66.1.) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) en contraposición con la relativa al incumplimiento de la prescripción relativa a tres limpiezas anuales de la red de saneamiento y alcantarillado, que se encuentra prolijamente motivada. En cualquier caso, la realización de auditorías se trata de una obligación que corresponde al contratista (artículo 21 del PPT), cuya realización se verificará en la fase de ejecución del contrato (ver, por ejemplo, la Resolución 69/2017 del OARC / KEAO).

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

La recurrente alega que los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor han sido incorrectamente aplicados porque

- (i) la diferencia de puntuación en el criterio “Plan de explotación de servicios” (hasta 35 puntos) entre su oferta y la de GESTAGUA es de 2,95 puntos, lo que es incongruente con el contenido del informe técnico de valoración, que afirma que la primera es completa y ofrece más compromisos ventajosos, mientras que la segunda es más generalista y porque
- (ii) la Mesa de contratación ha aceptado acríticamente un informe técnico externo que ha evaluado las proposiciones, incumpliendo su función de valoración de dichas ofertas, la cual requería que el órgano colegiado expresara sus propias razones sobre la aplicación de los criterios de adjudicación.



Ambas alegaciones se analizan a continuación.

c 1) Sobre la incongruencia de la puntuación atribuida en aplicación de un criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor

En relación con este motivo de recurso debe partirse de la doctrina general del OARC / KEAO sobre el uso de discrecionalidad técnica para la evaluación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor y la motivación de la adjudicación del contrato para luego aplicarla al caso concreto analizado.

c 1.1) Doctrina general

Como reiteradamente ha manifestado este Órgano (ver, por todas, su Resolución 81/2023), 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.

c 1.2) Sobre la inadecuación de la diferencia de puntuación

Una vez aplicada al caso la doctrina general anteriormente expuesta, este Órgano entiende que el motivo de impugnación debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) La impugnación se basa única y exclusivamente en el párrafo final del análisis de las ofertas (último párrafo de la página 4 del informe técnico), de cuya literalidad se desprendería una incongruencia con la escasa diferencia de puntuación entre la oferta de la recurrente y la de GESTAGUA en un criterio concreto, el “Plan de explotación de los servicios”. Sin embargo, dicho párrafo de apenas cinco líneas es tan solo un comentario final, a modo de resumen muy genérico, que viene precedido de cuatro páginas de análisis comparativo de las proposiciones aplicando los subcriterios en los que se divide el criterio principal; además, el informe técnico incluye también con un cuadro de puntuaciones desglosado por subcriterios.
- 2) El recurso no formula ningún reproche al concreto y detallado análisis comparativo de las ofertas ni tampoco discute ninguna de las puntuaciones desglosadas, como sería lógico si, como se afirma, la diferencia entre ofertas fuera notoria y no estuviera suficientemente plasmada en los puntos otorgados a cada proposición. Por el contrario, la impugnación se limita a descontextualizar un extenso documento citando



tan solo un breve apartado del mismo e ignorando el resto, pero sin poner en cuestión el correcto uso de la discrecionalidad técnica o la adecuación de la motivación.

- 3) Finalmente, tal y como se ha concluido en el apartado c) de este Fundamento Jurídico, la oferta cumple con las prescripciones técnicas.

c 2) Sobre la falta de valoración de las ofertas por la Mesa de contratación

La recurrente alega que la Mesa ha incumplido su función de valorar las proposiciones al asumir sin razonamientos ni observaciones adicionales un informe técnico externo. Esta alegación debe estimarse por lo siguiente:

- 1) En síntesis, y de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (ver la sentencia de 13/3/2013, nº 100/201, ECLI:ES:TS:2013:1463 y todas las que en ella se citan), el recurso a un asesoramiento externo no puede suponer asumir sin más la valoración hecha por una empresa contratada al efecto, dando por buena su valoración, pues si así aconteciera sería de apreciar un incumplimiento por la Mesa de Contratación, de la función de valorar las ofertas que le corresponde como propia e indelegable. En este sentido, la discrecionalidad técnica se justifica por tratarse de la decisión adoptada por un órgano compuesto por personas que forman parte de la Administración y poseen conocimientos técnicos en la materia de que se trate, lo que ofrece unas garantías de objetividad e imparcialidad que no concurren en una entidad privada. Por esa razón, es la Mesa el órgano que valora las ofertas para seleccionar la más idónea; en cambio, cuando la valoración la realiza directamente una entidad privada, cuya competencia técnica puede ser indiscutible, pero que carece de las notas de objetividad e imparcialidad que es propia de la Mesa, faltan los fundamentos sobre los que se asienta la presunción de acierto.
- 2) En este caso consta en el Acta de la Mesa que contiene la propuesta de adjudicación que el órgano colegiado se limita a reproducir literalmente las



conclusiones del informe técnico y a manifestar que lo “hace suyo”, sin que conste ninguna valoración propia, lo que es insuficiente para satisfacer los requisitos jurisprudenciales señalados en el apartado 1) anterior.

d) Sobre la falta de intervención del Comité de Expertos u organismo técnico especializado

El recurso alega que se ha obviado la participación del Comité de Expertos u órgano especializado previsto en el artículo 146.2 a) LCSP. Los pliegos no atribuyen a los criterios de adjudicación cuya cuantificación depende de un juicio de valor una ponderación mayor que la asignada a los criterios evaluables de forma automática, supuesto a cuya existencia supedita el precepto la participación preceptiva de este órgano. No obstante, el recurrente considera que la fuente de la obligación que entiende incumplida es el apartado 23.1 del Anexo I del PCAP, que señala que la oferta será evaluada y puntuada “...en base a los criterios recogidos en la disposición adicional segunda, apartado VIII” de la LCSP. Este motivo de recurso no puede ser aceptado por las siguientes razones:

- 1) El PCAP establece nítidamente que la valoración de los criterios de adjudicación a la Mesa de contratación; así se deduce del mismo apartado 23.1 del Anexo I del PCAP, titulado “Criterios evaluables mediante juicio de valor, hasta 45 puntos”, que establece que “la valoración de estos criterios corresponde se efectuará por la mesa de contratación, si interviene”. Frente a esta clara prescripción, la única alusión (que no mención) de los pliegos al Comité de expertos alegada por la recurrente figura en el mismo apartado 8 de la DA 2ª de la LCSP a la que se acoge el recurso e inserta en un párrafo ya de por sí confuso; se trata de una mera remisión a una norma que no contiene ningún criterio sobre la evaluación y puntuación de las proposiciones y que tan solo se refiere a alguna especialidad en el ámbito local en la composición del Comité de Expertos (no del organismo técnico especializado equivalente) descrito en el artículo 146.2 a) LCSP.



2) A la vista de lo expuesto en el apartado 1) anterior, la aparente contradicción entre los dos apartados de la misma estipulación en el ámbito de la contratación pública local debe salvarse aplicando el epígrafe más claro en su intención y descartando que la remisión alegada (probablemente un error porque el órgano de contratación quería referirse al apartado VII de la DA 2ª de la LCSP). Por otro lado, parece claro que si el poder adjudicador hubiera querido adoptar una decisión tan excepcional y trascendente para el procedimiento de adjudicación como imponer en los pliegos la participación del Comité de Expertos a pesar de no ser legalmente exigible lo habría plasmado de una forma más directa y rotunda.

e) Sobre la constitución de la Mesa de Contratación

El recurso alega que la Mesa de Contratación que ha intervenido en el procedimiento de adjudicación está incorrectamente constituida a la vista de lo dispuesto en el apartado 7 de la DA 2ª de la LCSP. Este motivo de impugnación debe aceptarse:

- 1) El citado precepto establece que La Mesa de contratación estará presidida por un miembro de la Corporación o un funcionario de la misma, y formarán parte de ella, como vocales, el Secretario o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico, y el Interventor, o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuidas la función de control económico- presupuestario, así como aquellos otros que se designen por el órgano de contratación entre el personal funcionario de carrera o personal laboral al servicio de la Corporación, o miembros electos de la misma, sin que su número, en total, sea inferior a tres. Los miembros electos que, en su caso, formen parte de la Mesa de contratación no podrán suponer más de un tercio del total de miembros de la misma. Actuará como Secretario un funcionario de la Corporación.
- 2) La Mesa que ha intervenido en el procedimiento de adjudicación, según el acta de la sesión de constitución de 16/11/2022, se compone de:
 - El alcalde de la corporación, que actúa en calidad de presidente
 - La secretaria de la corporación
 - La interventora de la corporación



- Un técnico de administración general de urbanismo, que actúa en calidad de secretario de la Mesa de Contratación

3) Según el informe 96/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, cuyo criterio comparte este Órgano, “La correcta interpretación del precepto exige diferenciar al Presidente, por un lado, y a los vocales, por otro. Entre estos cabrá diferenciar: en primer lugar, al Secretario o persona que realice la función de asesoramiento jurídico; en segundo lugar, al Interventor o persona que ejerza la función de control económico-presupuestario; y en tercer lugar, dentro de los vocales, a aquellos otros que se designen por el órgano de contratación entre el personal funcionario de carrera o personal laboral al servicio de la Corporación, o miembros electos de la misma. El tenor de la norma legal es taxativo en cuanto al hecho de que la mesa debe estar compuesta por estos tres tipos de vocales, si bien en el último de los casos, cabe que sean o personal al servicio de la Corporación, o miembros electos de la misma o ambos. Por esta razón, aunque sea posible que las reuniones puedan verificarse con la presencia de sólo algunos de los vocales de la mesa, lo cierto es que parece que el legislador ha optado por exigir que en la composición de la mesa figuren vocales de las tres clases antes mencionadas, lo que es congruente con la prohibición de que sean menos de tres. De este modo el límite de tres entiende esta Junta que se refiere al número de vocales.”

4) Consecuentemente, la Mesa no está correctamente constituida. Debe señalarse que el Decreto 116/2016, invocado por el poder adjudicador, no es de aplicación a las entidades locales, como se deduce claramente de su artículo 2.

f) Conclusión

A la vista de lo expuesto en los apartados a) a e) anteriores, el recurso debe estimarse parcialmente, anulándose la adjudicación y acordándose la retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a la adopción de dicha adjudicación (petición de la recurrente), en los siguientes términos:

- Se deberá completar el procedimiento incidental de verificación de la anormalidad de las ofertas en los términos exigidos en el artículo 149 de



la LCSP, recabándose el asesoramiento técnico del servicio correspondiente sobre la documentación aportada en orden a justificar la viabilidad de las ofertas al objeto de que el Órgano de contratación las rechace o admita motivadamente.

- Se deberá proceder a constituir debidamente la Mesa de contratación, que deberá proponer la adjudicación del contrato de forma justificada.

Por último, debe señalarse que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP para los recursos temerarios o interpuestos con mala fe, pues la impugnación el recurso no carece de argumentos jurídicos que han sido estimados en parte.

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: Estimar parcialmente el recurso interpuesto por la empresa AQUARBE contra la adjudicación del contrato “Concesión del servicio de abastecimiento y alcantarillado de Zumarraga”, tramitado por el Ayuntamiento de Zumarraga, anulando la adjudicación y acordando la retroacción de actuaciones en los términos especificados en el apartado f) del Fundamento Jurídico Décimo de esta Resolución.

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.



CUARTO: No se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso.

QUINTO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que dé cuenta a este Órgano de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

SEXTO: 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, 2023ko abuztuaren 11

Vitoria-Gasteiz, 11 de agosto de 2023