



EB 2021/088

Resolución 129/2021, de 30 de julio, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa RAFRINOR, S.L. contra la adjudicación del contrato de “Servicio de recogida selectiva y gestión de aceite de cocina usado”, tramitado por la Mancomunidad Comarcal de Debagoiena.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 17 de mayo de 2021 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 adjudicación del contrato de “Servicio de recogida selectiva y gestión de aceite de cocina usado”, tramitado por la Mancomunidad Comarcal de Debagoiena.

SEGUNDO: El mismo día 17 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 19 de mayo.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 27 de mayo se han recibido alegaciones de ECOGRAS RECUPERACIÓN Y RECICLADO, S.L. (en adelante, EKOGRAS) con fecha de 4 de junio.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente que M.G.C. actúa en nombre y representación de la recurrente. En lo que se refiere a la legitimación, EKOGRAS manifiesta su disconformidad con la doctrina de este Órgano sobre la legitimación del licitador excluido no firme y considera que a falta de la misma procede la inadmisión del recurso.

Tal y como manifestó este OARC/KEAO en su resolución 107/2021 esta alegación debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) Sobre la legitimación del licitador excluido para recurrir la adjudicación del contrato mientras dicha exclusión no sea firme, este Órgano ha venido considerando (ver, por todas, sus Resoluciones 220/2019 y 031/2020) que dicho licitador tiene legitimación si del éxito de su pretensión se deriva un beneficio efectivo. En el supuesto que nos ocupa ello es así, pues frente a una mera afirmación genérica de EKOGRAS de que la única intención de la recurrente es la de dilatar el procedimiento de adjudicación, consta el beneficio tangible que caracteriza la legitimación que obtendría RAFRINOR de una eventual estimación del recurso, pues implicaría la declaración de desierto del procedimiento de adjudicación y, siendo el objeto del contrato la prestación de un servicio continuado y habitualmente externalizado, la muy probable convocatoria de un nuevo procedimiento de adjudicación en el que poder participar con la expectativa de su adjudicación.



2) Debe tenerse en cuenta que el sistema de recurso especial garantiza el derecho a recursos eficaces contra las decisiones irregulares que se adopten con ocasión de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, ofreciendo a cualquier licitador que haya quedado excluido la posibilidad de impugnar no solamente la decisión de exclusión, sino también, mientras se resuelve dicha impugnación, las decisiones posteriores que le irrogarían un perjuicio en caso de que su exclusión fuera anulada (ver, en especial, los apartados 34 a 36 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, STJUE, de 21 de diciembre de 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*, C-355/15, EU:C:2016:988). En suma, se reconoce el derecho del licitador excluido a poder acudir a la tutela del recurso especial para impugnar la regularidad de decisiones adoptadas por el poder adjudicador en una fase del procedimiento posterior a su exclusión, siempre que el acuerdo de exclusión no haya adquirido firmeza y que de la interposición del recurso se derive un beneficio tangible para el recurrente (en este sentido, ver la STJUE de 5 de septiembre de 2019, *Lombardi*, C-333/18, EU:C:2019:675, apartados 31 y 32, y también, en sentido análogo, la STJUE de 24 de marzo de 2021, *NAMA Symvouloi Michanikoi kai Meletites AE — LDK Symvouloi Michanikoi AE*, C-771/19, ECLI: EU:C:2021:232, apartados 42 y siguientes). Tal y como se manifiesta en el apartado 31 de la citada STJUE C-333/18, es cierto que el TJUE declaró en la también citada sentencia C-355/15 (apartados 13 a 16, 31 y 36) que se podía denegar el acceso a un recurso contra la decisión de adjudicación de un contrato público a un licitador cuya oferta había sido rechazada por la entidad adjudicadora de un procedimiento de adjudicación de un contrato público. No obstante, en el referido asunto, la decisión de exclusión había sido confirmada por una resolución que había adquirido firmeza antes de que se pronunciase el órgano jurisdiccional que conocía del recurso contra la decisión de adjudicación del contrato, de modo que había que considerar al referido licitador definitivamente excluido del procedimiento de adjudicación. Esta doctrina, en contra de lo



alegado por la adjudicataria, no es contraria al principio de ejecutividad de los acuerdos del OARC / KEAO (artículo 59.2 de la LCSP), ya que la oferta de RAFRINOR, salvo que el TSJPV adopte la medida cautelar de suspender dicha ejecutividad, permanece excluida del procedimiento de adjudicación mientras se sustancia el procedimiento contencioso-administrativo.

- 3) En el caso analizado consta que RAFRINOR ha interpuesto el correspondiente recurso contencioso-administrativo contra la Resolución 51/2021 de este OARC/KEAO y no consta que haya recaído pronunciamiento judicial alguno ni que el recurrente lo haya abandonado por cualquier circunstancia, por lo que se satisface el citado requisito de que su exclusión no sea firme.
- 4) Finalmente, debe señalarse que, a los efectos de la doctrina citada, y en contra de lo que argumenta la recurrente, es indiferente que haya únicamente dos licitadoras o más, como se deduce de la STJUE de 4 de junio de 2013 asunto C-100/12, Fastweb, ECLI:EU:C:2013:448 y de la posterior STJUE de 5 de abril de 2016, asunto C-689/13, PFE, ECLI:EU:C:2016:199, que precisa que el número de participantes en el procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trate, al igual que el número de participantes que haya interpuesto un recurso y la divergencia de los motivos invocados por los recurrentes, no son datos pertinentes para la aplicación del principio jurisprudencial sentado en la STJUE C-100/12 citada.

Consecuentemente, el recurrente goza de legitimación para recurrir y el recurso debe ser admitido.



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

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

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 c) de la LCSP señala que los acuerdos de adjudicación podrán ser objeto de recurso.

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 Debagoiena 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 síntesis, en los siguientes motivos:

a) EKOGRAS no ha acreditado la disponibilidad de los medios materiales y personales para la prestación del servicio, de conformidad con lo exigido en los artículos 75 y 150.2 de la LCSP.



- b) La oferta de la adjudicataria impugnada incumple los pliegos rectores de la licitación en relación con el sistema de pesaje del aceite recogido; concretamente, porque EKOGRAS presenta una transpaleta que no tiene incorporada una impresora ni emite tickets automáticos.
- c) Finalmente, solicita la declaración de disconformidad del acuerdo de adjudicación a EKOGRAS y se acuerde su exclusión; subsidiariamente, se anule el acuerdo de adjudicación, ordenando la retroacción del procedimiento de licitación para permitir a la adjudicataria la subsanación de la documentación a presentar en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

La Mancomunidad de Debagoiena se opone al recurso con los siguientes argumentos:

- a) La Mancomunidad entiende que EKOGRAS ha acreditado suficientemente la disponibilidad de los medios de la empresa KERABI, pues (i) consta en el sobre A la declaración responsable de esta última en la que se especifica las labores que realizará en la prestación del servicio; (ii) que tanto la declaración responsable de EKOGRAS como de KERABI han sido firmadas por la misma persona, administrador único de ambas; (iii) que en la documentación técnica suscrito por la misma persona se incluye la distribución de las tareas entre ambas mercantiles; y (iv) constan las autorizaciones administrativas de ambas empresas para la gestión y tratamiento de los residuos.
- b) La presentación de información incompleta respecto de las básculas ha redundando negativamente en la puntuación obtenida en el criterio de adjudicación de trazabilidad. Por otra parte, durante la vigencia del contrato la empresa adjudicataria deberá cumplir con todos los requisitos establecidos en el PPT.



OCTAVO: Alegaciones de ECOGRAS

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

- a) La recurrente conoce perfectamente que (i) EKOGRAS es propiedad al 100 % de KERABI y, por tanto, la planta que es propiedad al 100 % de KERABI se tiene a plena disposición de la primera, (ii) KERABI ha suscrito el DEUC quedando obligada no solo con EKOGRAS sino que también con la Mancomunidad y a la que le ha aportado las autorizaciones exigidas, y (iii) EKOGRAS es el actual contratista del contrato de recogida y tratamiento de aceite usado de la Mancomunidad junto con KERABI, por lo que resulta absurdo que tenga que demostrar la disponibilidad de medios que la recurrente le achaca.
- b) Por otro lado, la Mancomunidad con ocasión del trámite del artículo 150.2 no le ha requerido para justificar dicha disponibilidad, por lo que no puede existir ningún incumplimiento por parte de EKOGRAS. En todo caso, si se considerase que debiera exigirse el compromiso de disponibilidad de medios, el cual está sujeto a previo requerimiento, procedería el trámite de la subsanación.
- c) En la oferta técnica se muestra un diagrama de flujo donde se ilustran las distintas fases en las que intervienen tanto EKOGRAS como KERABI para la gestión del contrato.
- d) En la oferta técnica de EKOGRAS se aporta fotografía del modelo de transpaleta-báscula que se va a utilizar en el momento de la recogida del aceite, en la que al pie de la misma se señala que tiene una impresora integrada de la que se obtienen dos tickets-pegatinas. La recurrente actúa de mala fe al hacer referencia para su alegación a la transpaleta-báscula que utiliza KERABI en la planta de tratamiento, la cual se utiliza para fines distintos a los que para la primera requiere el pliego.



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:

PLIEGO DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS

8 Control de cantidades

Dado que una parte del valor económico del contrato corresponde al valor del aceite que se entrega al adjudicatario, y para asegurar una correcta trazabilidad, las cantidades de aceite de cocina usado que se recogen han de ser pesadas.

Se calcularán las cantidades netas de aceite recogido en base a los pesajes realizados a cada contenedor, aplicando a los mismos los factores de corrección que se calculen en base a caracterizaciones reales de los materiales recogidos bajo este contrato.

8.1 Pesaje del aceite recogido

Los pesajes deben cumplir las siguientes condiciones:

- Se pesarán los contenedores con su contenido uno por uno en cada recogida.
- Los pesajes se realizarán el mismo día de recogida de los contenedores

Se pesarán los contenedores tal cual se han recogido en la vía pública o en el garbigune (prohibición de realizar trasiegos o descargas del contenido hasta que se realice el pesaje).

- Se utilizarán básculas adecuadas para el rango de pesos a medir (plataformas pesadoras, transpaletas pesadoras u otros similares), calibradas reglamentariamente y con certificado de verificación periódica en vigor. El adjudicatario vendrá obligado a presentar a la Mancomunidad, al inicio del contrato, y en la periodicidad legalmente establecida para este tipo de básculas, los correspondientes certificados de control metrológico de verificación, otorgados por el organismo competente pertinente.
- La báscula emitirá un tique/comprobante automático de cada pesaje (no se admitirán documentos cumplimentados a mano), que contendrá como mínimo esta información:
 - Código del contenedor.
 - Fecha del pesaje.
 - Hora del pesaje.
 - Peso bruto (kg).
- Los tiques/comprobantes de los pesajes se presentarán a la Mancomunidad como mínimo con periodicidad mensual (ver apartado 10), y en todo caso, siempre que ésta los solicite.



PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES

19. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

(...)

Trazabilidad, pesaje, caracterización e información de las recogidas.

Hasta **10 puntos**. Se valorarán en este apartado los siguientes aspectos:

Procedimientos de identificación de cada contenedor recogido que mejor aseguren la trazabilidad de los mismos desde su recogida hasta su pesaje. La mayor garantía que ofrezcan las básculas propuestas para un adecuado pesaje y emisión de los tiques/comprobantes obligatorios de cada pesaje. Propuestas que mejoren los mínimos establecidos respecto a los criterios de pesaje de cada contenedor y la frecuencia y modo de entrega de los tiques/comprobantes.

Dos son las cuestiones alegadas por la recurrente (i) la falta de acreditación de la disponibilidad de los medios materiales y (ii) el incumplimiento de las prescripciones técnicas relativas la transpaleta-báscula. A continuación, se exponen las apreciaciones de este Órgano.

a) Sobre la acreditación de la disponibilidad de los medios técnicos o materiales

La recurrente considera que EKOGRAS no ha acreditado disponer de los medios propiedad de KERABI a los que ha acudido para integrar la solvencia requerida en la cláusula 17.5.2 del PCAP. La controversia entre las partes se centra en los medios de prueba que ha de presentar EKOGRAS para demostrar tal disponibilidad. A juicio de este Órgano, en el expediente de contratación queda demostrada la exigencia requerida por el artículo 75.2 de la LCSP y la alegación de la recurrente debe ser desestimada por las siguientes razones:

- 1) Tanto la LCSP (artículo 75) como el PCAP (cláusula 16 b)) permiten acudir a las capacidades de otras entidades para cumplir las exigencias del poder adjudicador en lo referente a la solvencia y medios exigidos. En cuanto a los medios probatorios que ha de aportar el licitador para acreditar la disponibilidad de los medios de terceros para la ejecución del contrato, debe tenerse en cuenta que el artículo 63 “Recurso a las



capacidades de otras empresas” de la Directiva 2014/24/UE dispone que Cuando un operador económico desee recurrir a las capacidades de otras entidades, demostrará al poder adjudicador que va a disponer de los recursos necesarios, por ejemplo mediante la presentación del compromiso de dichas entidades a tal efecto. Este artículo cita el compromiso escrito como un mero ejemplo de acreditación de la efectiva disponibilidad de los medios de un tercero para la ejecución del contrato, pero no como el único medio de prueba.

- 2) Ciñéndonos a la oferta de EKOGRAS, constan en el sobre A de documentación administrativa los DEUC de EKOGRAS y KERABI, señalándose en el primero que KERABI actuará como subcontratada encargándose del tratamiento del residuo, administración y colaboración en las tareas de recogida de los residuos, siendo de resaltar que quien suscribe ambos DEUC es el administrador único de ambas empresas. Por otra parte, consta en el expediente que KERABI GESTIÓN AMBIENTAL, S.L. es la titular de la totalidad de las acciones de EKOGRAS y que ésta última forma parte del grupo de sociedades en la que la empresa dominante es KERABI. De todo ello se desprende que nos hallamos ante dos empresas con una relación vertical o de subordinación o, en otras palabras, empresas vinculadas por una relación de control directo (ver el artículo 42.2 del Código de Comercio), cuya característica es una presunción de actuación con un criterio de decisión único o de unidad de decisión. Tanto es así, como que la oferta técnica en la que se distribuyen las diversas funciones para la prestación del servicio entre ambas mercantiles viene firmada por el administrador único.
- 3) En un contexto como el descrito en número 2) anterior resulta razonable que el órgano de contratación considere acreditada la plena disponibilidad de los medios de KERABI por parte de EKOGRAS, por lo que ha considerado adecuadamente que no procedía solicitar una declaración que iba a reiterar lo ya suficientemente justificado, habida cuenta de que los vínculos existentes entre ambas empresas permiten afirmar que no



nos hallamos ante la ejecución del contrato a través de un medio ajeno o externo al adjudicatario.

- 4) A partir de aquí, debe concluirse que no existe vicio de legalidad alguno en el proceder del poder adjudicador. En cualquier caso, se ha de tener en cuenta que el poder adjudicador es quien debe requerir la documentación cuya falta la recurrente achaca (artículo 150.2 de la LCSP) y en el supuesto que nos ocupa no se la solicitó al adjudicatario, por lo que la falta de acreditación recurrida hubiera dado lugar en el peor de los casos a su subsanación, pero no a la exclusión de la oferta, que es lo pretendido por el recurrente.

b) Sobre el incumplimiento de las prescripciones técnicas

La recurrente alega que la adjudicataria ha incumplido el apartado del PPT relativo a la báscula-transpaleta. Se comenzará por exponer la doctrina de este Órgano acerca del incumplimiento de las prescripciones técnicas para, a continuación, contrastarla con los incumplimientos alegados:

b.1 Doctrina general

Según reiterada doctrina de este Órgano, el PPT realiza una descripción del objeto del contrato para que las empresas puedan decidir si están interesadas en el mismo, contiene los términos en los que el poder adjudicador desea obligarse con el adjudicatario, refleja las necesidades que se pretenden satisfacer mediante la celebración del contrato y representa el nivel mínimo de rendimiento de las prestaciones contractuales que, de acuerdo con el interés público, desea obtener el poder adjudicador (ver, por todas, la Resolución 89/2018 de este OARC / KEAO). En este sentido, debe recordarse que las características técnicas correspondientes al servicio objeto del contrato corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 28.1 de la LCSP, y no cabe relativizarlas, ni obviarlas, ni adjudicar el contrato a una oferta que las incumple o que no garantiza su



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

b.2 Sobre la falta de impresora incorporada y la no emisión de tickets en la báscula-transpaleta

La recurrente fundamenta su pretensión de exclusión de la oferta de la adjudicataria en que la transpaleta ofertada no tiene incorporada una impresora que emita un ticket comprobante como exige la cláusula 8.1 del PPT. Este OARC/KEAO entiende que el motivo impugnatorio debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) Es reiterada la doctrina de este Órgano (ver, por todas, su Resolución 87/2021) sobre la diferencia entre las obligaciones del licitador (referidas a la documentación que debe incluir en su oferta) y las del adjudicatario. Sobre estas últimas, el OARC / KEAO ha establecido que solo pueden verificarse en la fase de ejecución del contrato, y ha recordado que la presentación de la oferta ya supone el acatamiento de los pliegos, sin que se pueda exigir una justificación expresa o concreta de todas y cada una de las prescripciones requeridas para la correcta ejecución del contrato, de modo que la omisión de dicha justificación conlleve la exclusión de la proposición. No obstante, la exclusión será procedente (i) si el licitador omite la acreditación de algún requisito expresamente solicitado a los licitadores como parte de su oferta o (ii) si hay una oposición frontal entre la proposición y los pliegos. Dado que ni en el PCAP ni en ningún otro documento que rija el procedimiento de adjudicación se establece que el licitador deba acreditar específicamente de alguna forma el cumplimiento



de esta concreta prescripción denunciada, debe analizarse si concurre la citada oposición.

- 2) En el caso analizado, el PPT es claro en señalar que quien tiene que presentar la documentación relativa a las básculas (cláusula 8) es el contratista (textualmente, El adjudicatario), por lo que el cumplimiento de esta prescripción técnica se verificará en la fase de ejecución del contrato. Por otro lado, es importante remarcar que el pesaje a realizar con las básculas es valorable conforme a un criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor (cláusula 19 de la carátula del PCAP). Consecuentemente, la presentación de información incompleta en la oferta técnica (no se identifica el modelo concreto de la báscula que se va a utilizar, al margen de una fotografía de catálogo) no puede tener como consecuencia la exclusión de la oferta, sino la no valoración o una valoración inferior de la oferta en dicho criterio de adjudicación, tal y como ha ocurrido en el presente caso (ver las Resoluciones 51/2020 y 14/2021). No obstante, lo anterior, lo cierto es que EKOGRAS describe en su oferta técnica que tras pesar la cuba en el propio camión con la transpaleta-báscula, obteniéndose dos tickets-pegatinas. Uno se coloca en el contenedor y otro se guarda para enviar a la mancomunidad, de lo que se puede deducir que necesariamente dicho pesaje se realizará con un bascula con impresora integrada, pues se emiten los tickets automáticamente por ésta, por lo que no cabe inferir la existencia de una oposición frontal y clara entre lo ofertado y lo exigido en el PPT, lo cual sí implicaría la exclusión de la oferta.

c) 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 adjudicación del contrato de “Servicio de recogida selectiva y gestión de aceite de cocina usado”, tramitado por la Mancomunidad Comarcal de Debagoiena.

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 uztailaren 30a

Vitoria-Gasteiz, 30 de julio de 2021