



EB 2018/027

Resolución 050/2018, de 13 de abril de 2018, 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 ELICERON ECR,S.L. contra la adjudicación del contrato de “Gestión externa de residuos sanitarios en los centros asistenciales de Osakidetza”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 16 de marzo de 2018, la empresa ELICERON ECR,S.L. (en adelante, ELICERON) interpuso un recurso especial en materia de contratación pública en el registro del órgano de contratación contra la adjudicación del contrato de “Gestión externa de residuos sanitarios en los centros asistenciales de Osakidetza”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: Requerido el 22 de marzo de 2018 al poder adjudicador el expediente y el informe al que se refiere el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), se ha recibido el expediente de contratación en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC / KEAO) entre los días 23 y 27 de marzo. El informe del poder adjudicador al recurso no ha sido remitido.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 26 de marzo, se han recibido, el día 4 de abril, las alegaciones de SRCL CONSENUR SL (en adelante, CONSENUR) y el día 5 de abril las de la UTE STERILE SERVICES, S.L. – GIROA, SAU, (en adelante, “la UTE”).



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación de la empresa recurrente, así como la representación de E.G.A. para actuar en su nombre.

SEGUNDO: El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que son susceptibles de recurso especial, en todo caso, los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada.

TERCERO: El artículo 40.2 c) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 del TRLCSP.

SEXTO: Los argumentos y pretensiones que fundamentan el recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) Nulidad de pleno derecho del procedimiento de licitación sobre la base del artículo 32.a) en relación con el art. 47 e) y g) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LPAC) por infracción del artículo 142 del TRLCSP, pues el anuncio de licitación no se ha publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante, DOUE) ni en el Boletín Oficial del Estado (en adelante, BOE). En la Resolución del OARC/KEAO 84/2017 se acordaba la cancelación de todo el procedimiento de licitación, lo cual obliga a iniciar nuevamente todo el procedimiento y publicar un nuevo anuncio en el DOUE y en el BOE, comprensivo de toda la documentación requerida, pero no un anuncio modificativo o información adicional. Posteriormente, Osakidetza ha realizado dos nuevas correcciones de errores y una nota aclaratoria sobre cuestiones relevantes como



documentación a presentar, acreditación del cumplimiento de la normativa sobre transporte de residuos peligrosos con carácter profesional por cuenta propia y característica de los colectores y contenedores.

b) Indebida exclusión de ELICERON sobre la base de una cláusula oscura, equívoca y arbitraria. De la cláusula Los licitadores deberán aportar una oferta base por lote, en ningún caso se deriva que deba realizarse una propuesta de rutas individualizadas para cada uno de los tres lotes en los que se divide el contrato y no una propuesta de rutas común para los tres lotes, que en ningún punto de los pliegos se prohíbe. La oscuridad de la cláusula determina su nulidad, la cancelación de la licitación y la necesidad de convocar un nuevo procedimiento de licitación.

c) En todo caso, la oferta de ELICERON debía valorarse con más o menos puntuación, pero nunca determinar la exclusión del licitador. Se ha producido una infracción del art. 81 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RLCAP), pues se debió otorgar un plazo para la subsanación.

d) Subsidiariamente, infracción de lo dispuesto en el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) y en el Pliego de bases técnicas (en adelante, PBT). Se observa falta de motivación en la puntuación, se valoran aspectos que son prescripciones técnicas, se aprecian errores en la valoración de la proximidad y errores en la propuesta de gestión de residuos.

e) La pretensión del recurso consiste en (i) declarar la nulidad de todo el procedimiento de adjudicación en sus tres lotes, (ii) subsidiariamente anular la adjudicación del contrato declarando no ajustada a derecho la exclusión de las ofertas presentadas por ELICERON a los tres lotes y ordenar la cancelación de la licitación y, (iii) subsidiariamente anular la resolución de adjudicación y declarar no ajustada a derecho la exclusión de las ofertas de ELICERON a los tres lotes en los que se divide el objeto del contrato y ordenar la retroacción de



actuaciones al momento de la valoración de los criterios de adjudicación cuya ponderación depende de juicios de valor.

SÉPTIMO: Por su parte, la UTE alega, en síntesis, lo siguiente:

- a) Inadmisibilidad del recurso por extemporaneidad ya que el recurrente presentó oferta en el plazo publicado en el anuncio de corrección de errores del DOUE y del BOE, allanándose a la información contenida en los mismos y sin que en ningún momento se impugnaran los pliegos de la licitación.
- b) El Órgano de contratación cumplió la Resolución 84/2017 del OARC/KEAO. En todo caso, no recurrió la resolución de la Directora General de Osakidetza, de 14 de septiembre de 2017, por la que se acuerda dar cumplimiento a la mencionada Resolución 84/2017.
- c) No acredita la recurrente ningún menoscabo o incidencia perjudicial para su posición jurídica derivada de la publicación de la corrección de errores en el DOUE y BOE.
- d) La cláusula denunciada no es oscura y la recurrente realiza una interpretación unilateral e interesada de la misma. Se trata, además, de una cláusula que figura en procedimientos de adjudicación anteriores de este mismo servicio (años 2011 y 2015).
- e) No procede conceder un plazo de subsanación, dado que el art. 82 RGLCAP se refiere a la posibilidad de subsanar errores en la presentación de la documentación identificativa de su oferta pero en ningún caso se extiende a la oferta, la cual no se puede subsanar según el art. 83 RGLCAP.
- f) El recurrente hace subjetivas apreciaciones de determinados aspectos del Informe de Valoración que no tienen repercusión alguna ni afectan al resultado de la puntuación que derivó en la adjudicación.



OCTAVO: La empresa CONSENUR efectúa las siguientes alegaciones:

- a) Con independencia de que Osakidetza ha dado la correcta publicidad a las correcciones indicadas en la Resolución 84/2017 del OARC/KEAO, todos los licitadores que han presentado sus ofertas han tenido pleno conocimiento de las modificaciones propuestas y han adecuado sus propuestas a los nuevos pliegos. ELICERON pretende en este momento procedimental, y tras no resultar ser adjudicatario, impugnar el anuncio de licitación, por lo que su recurso contra el anuncio resulta extemporáneo, máxime cuando no le perjudicó en ningún momento.
- b) Cuando el contrato prevé la división en lotes, éstos constituyen prestaciones separadas que dan lugar a contratos independientes y separados. Sorprende que la recurrente desconozca que cada lote es susceptible de utilización o aprovechamiento separado y que cada uno constituye una unidad funcional. Es más, todos los licitadores que han participado han ofrecido un plan individualizado por cada uno de los lotes.
- c) Del art. 84 del RGLCAP y de la cláusula 22.h) del PCAP se deriva que la oferta de ELICERON debía ser rechazada y en modo alguno se le debería haber otorgado un plazo de subsanación puesto que no nos encontramos ante un defecto formal o error de documentación
- d) De la lectura y análisis del Informe de valoración se observa que el mismo está debidamente motivado y no se aprecia arbitrariedad, parcialidad, trato de favor o discriminación.
- e) ELICERON ha actuado con temeridad o mala fe en la interposición del recurso especial. Es la actual prestataria del servicio a un precio que duplica la adjudicación ahora impugnada, por lo que procede la imposición de una multa.



NOVENO: El recurrente plantea como pretensión principal la nulidad del procedimiento de adjudicación por la falta de una válida publicación del anuncio de licitación en el DOUE y en el BOE por ser un contrato dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (art. 32.a) del TRLCSP en relación con el art. 47 e) LPAC) y por ser así establecerlo una disposición con rango de Ley.(art. 32.a) del TRLCSP en relación con el art. 47.g) de la LPAC). Si bien en el recurso no se identifica esta norma, cabe suponer que se está refiriendo al art. 37.a) del TRLCSP, que dispone que los contratos de servicios de un valor estimado superior a 209.000 €, serán nulos cuando el contrato se haya adjudicado sin cumplir previamente con el requisito de publicación del anuncio de licitación en el «Diario Oficial de la Unión Europea», en aquellos casos en que sea preceptivo, de conformidad con el artículo 142.

Se debe descartar desde un principio que concurra la causa de nulidad del art. 47.e) de la LPAC, ya que no se ha omitido total y absolutamente el trámite de publicidad en los correspondientes diarios oficiales, sino que se discute el alcance de la información publicada. Por otro lado, dejando al margen este debate, por innecesario, de si el poder adjudicador cumplió en sus términos la Resolución 84/2017 de este OARC/KEAO, que cancelaba la licitación y de lo cual, según la recurrente, se derivaba la necesidad de un nuevo anuncio de licitación en el DOUE y en el BOE y no una mera corrección de errores, lo cierto es que el eventual incumplimiento del art. 37.a) del TRLCSP no ha causado ningún perjuicio a la recurrente, que ha participado en el procedimiento de adjudicación del contrato, por lo cual no puede ser reconocida su legitimación para impugnar el anuncio (ver, en este sentido, STSJPV de 20 de enero de 2016, nº de procedimiento 585/2014, ECLI:ES:TSJPV:2016:219).

Téngase en cuenta que el art. 42 del TRLCSP dispone que podrá interponer el correspondiente recurso especial toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados



por las decisiones objeto de recurso. A este respecto, el recurrente no manifiesta ni acredita el perjuicio que le ha causado la supuesta ausencia de anuncio válido de licitación en el DOUE y en el BOE y este OARC/KEAO ha manifestado anteriormente que el interés legítimo no puede ser asimilado al del interés en la legalidad (ver, en este sentido, la Resolución 91/2013 del OARC/KEAO).

El recurrente tampoco acredita en qué le ha perjudicado el que el poder adjudicador publicara dos correcciones de errores y una aclaración, limitándose a dejar constancia de esta circunstancia en el escrito de recurso pero sin anudar a la misma ninguna consecuencia jurídica ni argumentar mínimamente cual es el perjuicio causado.

Consecuentemente, este motivo de impugnación debe ser desestimado.

DÉCIMO: Subsidiariamente, el recurrente impugna su exclusión del procedimiento de adjudicación sobre la base de una estipulación a la que califica de oscura, equívoca y arbitraria y, como consecuencia de ello, solicita la cancelación de la licitación.

La estipulación a la que alude el recurrente es la que figura en la cláusula 1 del Pliego de bases técnica (en adelante, PBT) en la que, tras describir el objeto de cada uno de los tres lotes en los que se divide el contrato, especifica que Los licitadores deberán aportar una oferta base por lote. Alega el recurrente que esta cláusula es oscura y equívoca de tal modo que permite al poder adjudicador adjudicar el contrato o excluir a un licitador de manera arbitraria y sin sujetarse a reglas preestablecidas. En resumen, se plantea un “recurso indirecto” contra la misma, esto es, impugna apartados de los pliegos con motivo del plazo para recurrir la exclusión de la oferta. Sobre esta figura procesal se ha pronunciado este Órgano resolutorio en repetidas ocasiones (ver, por todas, la Resolución a 139/2017), sosteniendo al respecto la siguiente doctrina:



a) 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 (es decir, sin perjuicio, en su caso, de otros medios de impugnación, como el previsto en el artículo 106.1 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común) una vez que éste no se ha interpuesto en plazo, 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.

b) lo anterior ha sido matizado por el propio TJUE con base en 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 o la exclusión, 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), o los supuestos en los que la aplicación de una cláusula afectada de un vicio de nulidad de pleno derecho permite al órgano de contratación adjudicar el contrato excluir a un licitado de modo arbitrario (ver, por ejemplo, la Resolución 129/2015 del OARC/KEAO).

A ello cabe añadir que, si se da la concurrencia de los requisitos exigidos para la admisión de un “recurso indirecto”, esto es, si se aprecia que las condiciones de la licitación eran efectivamente incomprensibles para el recurrente y que se vio en la imposibilidad de interponer un recurso contra los pliegos en el plazo previsto al efecto, podrá interponerlo hasta que finalice el plazo previsto para recurrir la decisión de adjudicación del contrato (en este caso, de exclusión), como se desprende del apartado 57 de la citada sentencia «eVigilo»

Proyectada esta doctrina sobre la estipulación denunciada, el motivo de impugnación debe ser rechazado de plano. El objeto del contrato se divide en



tres lotes, descritos en la cláusula 1 del PBT y en el apartado 1.3 de la carátula del PCAP. La estipulación Los licitadores deberán aportar una oferta base por lote, que es acorde con la finalidad a la que obedece el fraccionamiento del contrato en lotes según el art. 86.3 del TRLCSP, esto es, la realización independiente de sus partes, no ofrece más que una única interpretación y es clara por si sola, de tal manera que, incluso quien no licite habitualmente en el mercado de la compra pública comprende su alcance; mucho más una empresa como la recurrente, que presenta propuestas contractuales regularmente en procedimientos de concurrencia competitiva y que en su momento fue adjudicataria de un contrato con un objeto similar al que nos ocupa, cuya adjudicación fue recurrida y que dió lugar a la Resolución 071/2016, parcialmente estimatoria.

Si la tacha de oscuridad de la citada estipulación se descarta con su simple lectura, más infundada resulta de su lectura integrada con el apartado 30.2 de la carátula del PCAP donde, en relación con los criterios de adjudicación que requieren una valoración basada en juicios de valor, entre los que se encuentra el de Propuesta de rutas configuradas, expresamente se indica que (...) se valorarán los aspectos relacionados con el procedimiento de realización del servicio, detallados en los capítulos de las ofertas presentadas por los licitantes para la totalidad del lote que se ofrece (...).

Consecuentemente, debe ser desestimado este motivo de recurso.

UNDÉCIMO: Subsidiariamente, el recurrente solicita que su oferta a los tres lotes no sea excluida de la licitación.

Se ha de partir de la base de que, como se ha indicado con anterioridad, los pliegos del contrato prevén la presentación de una oferta por cada uno de los lotes en los que se divide el objeto del contrato y no contemplan la posibilidad de presentación ni de valoración de lo que se denomina una “oferta integrada”, que no está expresamente regulado en el TRLCSP pero es plenamente compatible con él siempre que así lo contemple los pliegos contractuales (ver,



en este sentido la Resolución del OARC/KEAO 113/2014). Las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el PCAP (art. 145.1 del TRLCSP), cuyas estipulaciones en el supuesto que nos ocupa no prevén la posibilidad de presentar “ofertas integradas”. Por esta razón, la propuesta de rutas conjuntas para los tres lotes, que el recurrente reconoce haber ofertado, no puede ser aceptada y únicamente puede suponer la exclusión del procedimiento de adjudicación por incumplir las condiciones o requisitos establecidos en PCAP o PBT (cláusula 22. h) del PCAP). Téngase en cuenta que se trata de una oferta que no satisface las necesidades del poder adjudicador, que no ha solicitado una oferta en dichos términos, y que la efectuada no es comparable ni valorable con el resto de ofertas realizadas.

A juicio de este Órgano, el incumplimiento está ampliamente acreditado y, por lo tanto, no era precisa la subsanación de la oferta que solo hubiera podido llevar a que se alterara el contenido de la proposición para adecuarla a las exigencias del PCAP y PPT, lo que significaría desbordar el límite que la jurisprudencia europea impone a la posibilidad de subsanación de la oferta en los procedimientos abiertos y restringidos en perjuicio de los principios de transparencia e igualdad de trato (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29/3/2012, asunto C-599/10)

Consecuentemente, este motivo de impugnación debe ser desestimado.

DUODÉCIMO: Finalmente, el recurrente impugna la valoración de los criterios de adjudicación discrecionales. Esta alegación tampoco puede prosperar ya que al estar el recurrente correctamente excluido, carece de interés tangible en modificar el resultado derivado de dicho informe. Téngase en cuenta que el recurrente únicamente persigue una modificación de las puntuaciones asignadas, que nunca culminará con la posibilidad de que se le adjudique el contrato, a diferencia de lo que ocurre con el recurso presentado por el licitador que no ha sido excluido con carácter firme que persigue la exclusión de las ofertas del resto de empresas competidoras que permanecen en el



procedimiento de adjudicación, a quien este OARC/KEAO aprecia su legitimación, porque de una eventual estimación de su recurso pudiera declararse desierto el contrato y conseguir, de esta manera, que se abriera un nuevo procedimiento de adjudicación con la consiguiente expectativa de obtener el contrato (ver, en este sentido, entre otras, la Resolución del OARC/KEAO 137/2017).

DECIMOTECERO: La empresa CONSENUR solicita la imposición de una multa por temeridad. El artículo 47.5 TRLCSP requiere temeridad o mala fe como presupuestos para la imposición de la multa, entendiendo este OARC/KEAO que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo (Resolución 50/2015), y actúa de mala fe quien tiene la clara voluntad de dilatar el procedimiento de adjudicación mediante la interposición continuada de recursos (Resolución 3/2018). En el supuesto que nos ocupa no se aprecia la concurrencia de ninguno de estos dos presupuestos; el primero, por contener el recurso argumentos impugnatorios y el segundo, porque no queda acreditada en el expediente voluntad intencionada de demorar el procedimiento de adjudicación.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43.2 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa ELICERON ECR,S.L. contra la adjudicación del contrato de “Gestión externa de residuos sanitarios en los centros asistenciales de Osakidetza”, tramitado por Osakidetza.



SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47.4 del TRLCSP.

TERCERO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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

QUINTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2018ko apirilaren 13a

Vitoria-Gasteiz, 13 de abril de 2018