



EB 2021/013

Resolución 051/2021, de 18 de marzo, 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 ECOGRAS RECUPERACIÓN Y RECICLADO, S.L. contra la adjudicación del contrato de “Servicio de recogida selectiva y gestión de aceite de cocina usado”, tramitado por la Mancomunidad de Debagoiena.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 1 de febrero de 2021 la mercantil ECOGRAS RECUPERACIÓN Y RECICLADO, S.L. (en adelante, ECOGRAS) interpuso, en el registro electrónico del Ministerio de Política Territorial y Función Pública, un recurso especial en materia de contratación pública contra la adjudicación del contrato de “Servicio de recogida selectiva y gestión de aceite de cocina usado”, tramitado por la Mancomunidad de Debagoiena.

SEGUNDO: El citado recurso fue remitido y registrado en el libro de entradas 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 día 2 de febrero, fecha en la que se solicitaron al poder adjudicador el expediente y el informe a los que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, 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 remitió a este Órgano el día 4 de febrero.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 9 de febrero de 2021, se han recibido las alegaciones de RAFRINOR, S.L. (en adelante RAFRINOR), adjudicataria impugnada, el 16 de febrero.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de X.M.M. que actúa en su nombre.

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

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

TERCERO: Impugnabilidad del acto

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

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: Alegaciones del recurso

Los argumentos que, en síntesis, alega la recurrente son los siguientes:

- a) La Mancomunidad le ha generado indefensión al privarle del acceso al informe elaborado por RAFRINOR sobre la viabilidad económica de su oferta.
- b) La Mancomunidad no ha exigido a la empresa adjudicataria la justificación del precio anormalmente bajo conforme a los criterios establecidos en el artículo 149.4 de la LCSP.
- c) Se ha utilizado el trámite de audiencia con motivo de la baja observada para modificar la oferta y redimensionar a la baja las frecuencias de la oferta técnica presentada para hacerla viable económicamente y apta técnicamente y corregir los errores.
- d) La oferta de RAFRINOR no era apta técnicamente al incumplir los requisitos técnicos (rutas y tiempos de recogida) por lo que debió ser excluida, sin que puedan subsanarse los errores cometidos. Además, el informe técnico de valoración, dados los numerosos errores e inconcreciones de la oferta, no debió otorgarle los 25 puntos que eran necesarios para pasar el umbral eliminatorio.
- e) La recurrente entiende que la oferta a coste cero de la adjudicataria es injustificable, ya que no parecen existir tecnologías o soluciones novedosas que permitan reducir los costes y poder bajar los precios. Además, la adjudicataria en otras licitaciones siempre ha recibido una contraprestación económica por su servicio.
- f) Finalmente, se solicita que se declare nula la adjudicación, y se acuerde la exclusión de la oferta de RAFRINOR por incumplimiento del PPT y no ser viable económicamente y, siendo la de la recurrente la única oferta restante, se le adjudique el contrato.



SÉPTIMO: Alegaciones de RAFRINOR

La adjudicataria impugnada se opone a la estimación del recurso, en síntesis, con los siguientes argumentos:

- a) El incidente de justificación de la baja anormal se ha llevado a cabo escrupulosamente de acuerdo con lo dispuesto en la normativa de contratación pública.
- b) Si bien es cierto que en la oferta de la adjudicataria existe un error en la frecuencia de recogida de 4 de los contenedores de la localidad de Oñati, es fácilmente deducible que se trata de un error de transcripción, pues no tendría sentido alguno que el licitador mejorase ostensiblemente las frecuencias de recogida mínimas de forma genérica y planteara incumplir dichas frecuencias en 4 puntos. En todo caso, no puede considerarse que dicho error sea insubsanable.
- c) Respecto al segundo error sobre las frecuencias para 5 puntos de recogida en el municipio de Bergara en la que no se trasladaban adecuadamente a la hora de programar las rutas en la memoria, debe señalarse que no se ha procedido a un redimensionamiento de la oferta a la baja, sino que se han ajustado las rutas incluyendo dichos puntos de recogida para ser coherentes con las frecuencias ofertadas. En todo caso, no existe incumplimiento alguno del PPT, pues en tres puntos se igualaban la frecuencia mínima y en dos se mejoraba.
- d) No se ha procedido a la modificación de la oferta en el trámite de justificación de la baja de la misma porque, como se ha explicado anteriormente, se trataba de unos errores materiales fácilmente detectables y subsanables.
- e) Respecto de la puntuación obtenida por la adjudicataria en el informe técnico de valoración, se indica que la Administración goza de la discrecionalidad técnica a la hora de aplicar los criterios de adjudicación y la recurrente no ha desvirtuado el juicio emitido por el órgano de contratación.



f) Sobre la posibilidad de prestar el servicio de recogida de aceite a cero euros, se señala que la jurisprudencia del TJUE ha admitido que no puede rechazarse automáticamente una oferta realizada con valor “0”, sino que se deberá considerar como una oferta anormalmente baja que deberá ser justificada para acreditar su viabilidad. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que en el presente contrato existe una fuente de financiación alternativa como es la venta del aceite usado cuyo importe queda en manos del adjudicatario lo que hace que sea viable económicamente la prestación.

g) El recurso es temerario y la recurrente debe ser sancionada por ello en la cantidad de 2.500 euros.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone al recurso sobre la base de los siguientes argumentos:

a) En lo que se refiere a la documentación justificativa de la viabilidad de la oferta de RAFRINOR debe señalarse que esta empresa la consideró confidencial por lo cual no se accedió a la petición de la recurrente. En todo caso, sí que pudo acceder a toda la oferta técnica de la adjudicataria, cuando ECOGRAS había declarado confidencial la práctica totalidad del contenido.

b) La Mancomunidad ha realizado el requerimiento de justificación de la oferta anormalmente baja de acuerdo con lo establecido en el artículo 149.4 de la LCSP.

c) Es absolutamente falso que la empresa adjudicataria haya utilizado el trámite de audiencia de la baja para modificar la oferta y redimensionar a la baja las frecuencias de recogida. Única y exclusivamente se han aportado documentos y argumentos para explicar y justificar la viabilidad de la oferta presentada. En todo caso, los errores cometidos por la adjudicataria en su oferta son de una escasa entidad que no permiten su exclusión.



d) En lo que se refiere a la puntuación obtenida en el informe técnico de valoración, se señala que en ningún momento se ha considerado que la propuesta técnica debía ser excluida por no alcanzar los mínimos técnicos exigibles por los pliegos y así queda justificado en dicho informe.

e) Respecto al incumplimiento de las frecuencias de recogida establecidas en 4 puntos de Oñati, se expresa, en primer lugar, que la oferta de la adjudicataria mejora las frecuencias de recogida en 21 de los 56 puntos establecidos, lo cual es positivo e importante para el contrato. En segundo lugar, el incumplimiento de las frecuencias en 4 puntos de Oñati se reflejó en el informe y fue objeto de valoración. A juicio del órgano de contratación se trata de un error inconsciente al preparar la oferta y no una propuesta de incumplimiento del contrato. Además, es un error de poca entidad que resulta fácilmente subsanable mediante ajustes en la planificación propuesta incluyendo dichos puntos en diversas rutas.

f) Con referencia a las rutas que transcurren por la localidad de Bergara, se trata de un error de planificación también de escasa entidad y fácilmente subsanable, sin que exista ningún redimensionamiento a la baja de las frecuencias.

g) Con relación a la alegación referida a que la oferta de RAFRINOR a coste cero es injustificable, no corresponde a la Mancomunidad valorar las ofertas del licitador en otras Administraciones, cuando, además, la propia recurrente ha hecho este tipo de ofertas a precio 0 en otras licitaciones.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

La principal pretensión de la recurrente consiste en la exclusión de la oferta de la adjudicataria por incumplimiento de las prescripciones establecidas en el pliego. Por ello, el análisis del recurso debe partir de lo establecido en el PPT que rige la licitación, que por no haber sido impugnado en tiempo y forma vincula al poder adjudicador y a los participantes en el procedimiento de adjudicación, y



por la información que consta en la oferta de la recurrente; en concreto, el contenido relevante es el siguiente:

PCAP

(...)

1.- Criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor: 50 puntos

(...)

- Llenado máximo y frecuencias de recogida. Hasta 5 puntos. Se valorarán en este apartado los siguientes aspectos:

Propuestas que mejoren los mínimos establecidos respecto al llenado máximo admisible de los contenedores, así como los sistemas de control y seguimiento que mejor aseguren que no se supera este llenado máximo. Frecuencias de recogida que mejoren las mínimas establecidas u otras propuestas para una mejor monitorización de la velocidad de llenado de los contenedores en cada punto de recogida durante los 6 primeros meses del contrato (fase de ajuste).

PPT

6 Programación del servicio de recogida

(...) el servicio de recogida contará en todo momento con una programación conocida tanto por el adjudicatario como por la Mancomunidad, que se plasmará en:

- Una relación de frecuencias establecidas de recogida de cada punto. La relación de frecuencias se irá actualizando conforme sea necesario según la evolución de las cantidades recogidas en cada punto. (...)
- Un calendario de recogidas, en el que se detallarán las fechas estimadas de recogida de cada punto (acorde a la relación de frecuencias vigente). El calendario cubrirá al menos 3 meses y se irá actualizando periódicamente conforme se agote su vigencia. El adjudicatario señalará en qué semana se realizará la recogida de cada punto. El adjudicatario contará con la flexibilidad de poder organizar el día concreto de cada recogida dentro de la semana señalada en el calendario. Inicialmente, y hasta que se cuente con un histórico suficiente para poder ajustar las frecuencias programadas a la velocidad de llenado real de los contenedores, el adjudicatario vendrá obligado a cumplir con las frecuencias mínimas que se recogen en el anexo I, por un periodo de 6 meses, tras el cual se adecuarán las frecuencias programadas.

Se valorarán positivamente las propuestas que redunden en un mejor seguimiento durante los 6 primeros meses de contrato. El adjudicatario presentará el calendario previsto de recogida de los primeros 6 meses de contrato, con arreglo a las frecuencias mínimas del anexo I, y a las mejoras que, en su caso, haya propuesto.



La Mancomunidad se reserva el derecho de revisar la relación de frecuencias y el calendario a lo largo del contrato, así como de introducir en los mismos las modificaciones que considere necesarias para una correcta prestación del servicio.

ANEXO I. Previsión de ubicaciones, número de contenedores y frecuencias mínimas de recogida para los primeros 6 meses.

(...)

617-OL Portu Oñati 1 ASTERO SEMANAL

(...)

663-OL Azoka Oñati 1 ASTERO SEMANAL

(...)

673-OL Olakua (BM) Oñati 1 ASTERO SEMANAL

674-OL San_Lorentzo_1 Oñati 1 ASTERO SEMANAL

OFERTA TÉCNICA DE RAFRINOR

Oñati	Olakua auzoa (BM)	1.050,00	1.600,00	1	Quincenal
	Lizaur	800,00	2.400,00	1	
	Portu kalea	700,00	3.100,00	1	
	Otadui Zuhaiztia	2.000,00	5.100,00	1	
	Errekalde auzoa	3.200,00	8.300,00	1	
	Azoka	500,00	8.800,00	1	
	San Martin	1.000,00	9.800,00	1	
	San Lorentzo	750,00	10.550,00	1	
	San Lorentzo auzoa (Ermita	400,00	10.950,00	1	

a) Doctrina general sobre el incumplimiento de las prescripciones técnicas

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). A este respecto, este OARC / KEAO (ver la Resolución 72/2018) ha manifestado que la exigencia de que las proposiciones sean conformes a las prescripciones de los documentos del contrato deriva del principio de igualdad de trato de los licitadores y tiene como fin el de garantizar una comparación objetiva entre las proposiciones presentadas por los diferentes licitadores que no se cumpliría si se permitiera que pudieran apartarse, mediante reservas, de las prescripciones fundamentales del pliego, excepto cuando se establezca expresamente dicha facultad (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, STJUE) de 22 de junio de 1993, asunto C-243/89 ECLI:EU:C:1993:257, apartados 37 y 40). Téngase en cuenta que el hecho de que no se respeten las prescripciones del contrato imposibilita la comparación efectiva de las ofertas presentadas, ya que elimina la base de referencia común. Por su parte, la circunstancia de que el poder adjudicador se aparte de los documentos de la licitación aceptando ofertas que no respondan al objeto del contrato tal y como ha sido definido en los documentos contractuales es irreconciliable con los principios de transparencia e igualdad de trato.

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) Sobre el incumplimiento de las prescripciones técnicas por la oferta de la adjudicataria



A partir de la doctrina expuesta, a juicio de este Órgano la contraposición entre la proposición de la adjudicataria recurrida y el PPT es evidente, además de admitida por todas las partes, y el motivo impugnatorio debe ser estimado, lo que conlleva la exclusión de la licitación de la adjudicataria. No cabe alegar en favor de la viabilidad de la oferta el argumento esgrimido por el poder adjudicador de que la consecuencia del incumplimiento de la frecuencia de recogida en 4 contenedores en la localidad de Oñati sea la de obtener una menor valoración en los criterios de adjudicación, pues la valoración de la oferta únicamente cabrá si satisface las prescripciones técnicas establecidas (entre las que se encuentran las frecuencias mínimas para los primeros seis meses del contrato) y, sobre esta base, la menor o mayor puntuación dependerá de las mejoras que se hayan efectuado a estas frecuencias mínimas.

A juicio de este Órgano, tampoco cabe alegar como hacen tanto la adjudicataria como el poder adjudicador que nos encontramos ante un mero error material y de poca entidad. Al respecto, procede recordar que solo el licitador es responsable de la confección negligente de su proposición, sin que pueda exigir un trámite de subsanación para compensarla (ver, por todas, la Resolución 184/2018 del OARC / KEAO y la STJUE de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191), y que el propio recurrente consignó las frecuencias de recogida de los contenedores citados obviando el mínimo marcado para los primeros seis meses en el PPT. En este sentido, el error cometido y aceptado por la adjudicataria excede del mero error material, pues no hay ninguna razón deducida del contexto de toda la proposición (más allá del puro voluntarismo expresado tanto por la adjudicataria como por la propia Mancomunidad) que permita entender que la verdadera intención del licitador sea distinta de la que meridianamente ha expresado, que es ejecutar la prestación con una frecuencia de 15 días en vez de semanal (ver, a sensu contrario, las Resoluciones 53 y 178/2019 del OARC / KEAO). Por otro lado, dicha supuesta intención cierta y no plasmada en la proposición no se determina por el recurrente (es decir, no se indica la frecuencia concreta que se quiso proponer), más allá de la declaración genérica de que cumpliría las determinaciones del PPT. En todo caso, dicha determinación superaría con



mucho el alcance de la “mera aclaración” a la que se refiere la jurisprudencia del TJUE pues significaría, en realidad, dar una oportunidad de reelaborar la oferta, lo que no es posible en un procedimiento de adjudicación abierto (artículo 156.1 de la LCSP; ver la STJUE de 28 de febrero de 2018, asunto C-523/16, ECLI:EU:C:2018:122, apartados 50 y 52, así como la Resolución 153/2018 del OARC / KEAO). En este sentido, el contenido del propio informe de valoración es claro al indicar textualmente, Sin embargo, la frecuencia de 4 contenedores de Oñati se reduce de semanal a quincenal, lo cual no es aceptable, ya que se trata de los puntos de mayor generación del municipio y el pliego establece para ellos una frecuencia semanal. Puede deberse a un error, ya que se incrementa la frecuencia en otros muchos contenedores. Necesitaría corregirse en caso de adjudicación, de lo que se derivan dos conclusiones claras: (i) que la oferta no puede ser aceptada tal y como fue presentada, y (ii) que para ser admitida necesita ser reelaborada.

Finalmente, debe señalarse que el órgano de contratación no puede rebajar en el momento de la valoración o la adjudicación la importancia y la necesidad de los requisitos técnicos (por muy exigentes que sean o por mucho que no se extiendan a toda la duración del contrato) que se entiende que no son caprichosos, sino que tienen que obedecer a la necesidad de dar respuesta a unas necesidades particulares de servicio público (ver, Resolución 42/2019 del OARC/KEAO). En este sentido, dicha actuación es contraria al principio de transparencia y también al principio de igualdad de trato (artículo 1 de la LCSP), pues permite al poder adjudicador disponer de un margen de tolerancia en el que es válido no ajustarse fielmente al PPT, margen cuyo alcance desconocen los operadores económicos y que queda en manos del poder adjudicador que le podría permitir actuar de forma arbitraria. En definitiva, el poder adjudicador no puede adjudicar el contrato a una oferta que incumple las prescripciones técnicas o que no garantiza su respeto.

c) Conclusión

La falta de cumplimiento de las determinaciones del PPT en lo que respecta a la frecuencia de recogida de 4 de los contenedores en la localidad de Oñati es



motivo suficiente para la estimación del recurso y la anulación de la adjudicación con exclusión de la oferta de RAFRINOR, lo que conlleva la retroacción del procedimiento para efectuar una nueva adjudicación en los términos previstos en el artículo 150.4 de la LCSP. Dado que la anulación de la adjudicación supone la satisfacción íntegra de la pretensión del recurrente, no se hace necesario analizar los demás motivos del recurso, cuya hipotética estimación llevaría a la misma conclusión.

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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por ECOGRAS RECUPERACIÓN Y RECICLADO, S.L. contra la adjudicación del contrato de “Servicio de recogida selectiva y gestión de aceite de cocina usado”, tramitado por la Mancomunidad de Debagoiena, anulando el acuerdo de adjudicación y retrotrayendo el procedimiento para efectuar una nueva adjudicación en los términos previstos en el artículo 150.4 de la LCSP.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 57.3 de la LCSP.

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



CUARTO: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al órgano de contratación para que dé conocimiento al OARC / KEAO de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

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

Vitoria-Gasteiz, 2021eko martxoaren 18a

Vitoria-Gasteiz, 18 de marzo de 2021