



EB 2020/092

Resolución 130/2020, de 5 de octubre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularrarena, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por EKO GASTEIZ, S.L. contra los pliegos del contrato “Servicio de recogida selectiva, transporte y procesamiento por gestor autorizado de aceite de cocina usado”, tramitado por la Mancomunidad de Debabarrena.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 1 de julio de 2020 se presentó en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por EKO GASTEIZ, S.L. (en adelante, EKO GASTEIZ) contra los pliegos del contrato “Servicio de recogida selectiva, transporte y procesamiento por gestor autorizado de aceite de cocina usado”, tramitado por la Mancomunidad de Debabarrena.

SEGUNDO: El día 2 de julio 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). La citada documentación se recibió el día 6 de julio.





TERCERO: Mediante la Resolución B-BN 21/2020, de 1 de septiembre, este OARC / KEAO adoptó la medida cautelar de suspender el procedimiento de adjudicación.

CUARTO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 9 de septiembre, se han recibido alegaciones de la empresa ECOGRAS RECUPERACIÓN Y RECICLADO, S.L. (en adelante, ECOGRAS) en fecha 15 de septiembre y de la Empresa RAFRINOR, S.L. (en adelante, RAFRINOR) con fecha 16 de septiembre.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la representación de D. E.R.P., que actúa en nombre de la empresa recurrente y su legitimación por ser una empresa que opera normalmente en el mercado ofreciendo y prestando los servicios objeto del contrato impugnado. RAFRINOR alega que el recurrente carecería de legitimación si hubiera interpuesto el recurso con posterioridad a la presentación de su oferta. Esta alegación no puede prosperar porque, en cualquier caso, el recurso ha sido presentado el día 1 de julio mientras que la oferta el 3 de julio según manifiesta el poder adjudicador en su informe de oposición al recurso.

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

Se trata de un contrato de servicios sujeto a recurso especial (artículo 44.1 a) de la LCSP).



TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 a) de la LCSP establece que son impugnables los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

CUARTO: Interposición en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en forma. El análisis de si el recurso ha sido interpuesto en plazo se efectuará en el Fundamento Jurídico décimo de esta Resolución.

QUINTO: Régimen jurídico

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

SEXTO: Motivos del recurso

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

- a) Se detecta un error en la fórmula de las ofertas desproporcionadas o anormales que no respeta lo dispuesto en el artículo 85 del Real Decreto 1098/2001.
- b) En lo que respecta al período de recogida de 21 días (apartado 4.9), de la experiencia adquirida durante los 3 años que la recurrente ejecutó el servicio, se considera que es una prescripción excesiva en la mayoría de los casos ya que el período medio es de 71 días. Así, se estaría contaminando de una forma gratuita si en la licitación no se tiene en cuenta el factor medioambiental que supone la circulación de vehículos.



- c) Primar por limpiar los contenedores cada 7 días es exagerado por innecesario.
- d) Finalmente, se solicita la nulidad del procedimiento.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

La Mancomunidad de Debarrena alega lo siguiente para oponerse a la estimación del recurso:

- a) La Mancomunidad desistió de un procedimiento de adjudicación previo por apreciarse un error en la fórmula económica denunciado por EKO GASTEIZ en un recurso especial. Los pliegos ahora recurridos contienen la fórmula modificada.
- b) La recurrente ha formulado dos consultas a los nuevos pliegos, que han sido respondidas en un documento publicado en el perfil de contratante el 2 de julio de 2020, que son las mismas cuestiones que ahora alega en recurso especial.
- c) En relación con el error en la fórmula utilizada para regular los valores desproporcionados o anormales, se le puso de manifiesto que habiéndose utilizado una pluralidad de criterios de adjudicación se debía estar a lo expresamente previsto en los pliegos de la licitación (artículo 149.2.b) de la LCSP).
- d) Asimismo, se le puso de manifiesto que la frecuencia de la recogida de los contenedores y su limpieza forma parte de la capacidad discrecional de la que dispone la administración contratante, estando justificadas por razones de interés público ligadas al servicio público al que se refieren y mucho más en el contexto de la pandemia sanitaria en la que nos hallamos.



OCTAVO: Alegaciones de ECOGRAS

a) Se trata de un recurso especial interpuesto de manera temeraria porque se basa en un argumento que ha sido contestado por el poder adjudicador con motivo de las aclaraciones solicitadas sin que el recurso nada diga para rebatirlo y con mala fe porque la mayor parte del mismo no se dedica a cuestionar los pliegos sino a formular objeciones por cuestiones de conveniencia empresarial. En definitiva, se están impugnando unos pliegos para conseguir la paralización de la licitación y redactar unos pliegos a la conveniencia de EKO GASTEIZ.

b) Consecuentemente, cuando menos, se le debería imponer una multa por el mínimo establecido.

NOVENO: Alegaciones de RAFRINOR

a) Se debe analizar la legitimación de EKO GASTEIZ bajo el prisma de las condiciones particulares de los antecedentes del recurso entre los que figura un recurso especial a los pliegos anteriores a los que se recurren ahora que regían el mismo procedimiento de adjudicación y la solicitud de aclaraciones a los pliegos que ahora se recurren con los mismos argumentos que figuraban en la mencionada solicitud. Además, la recurrente ha presentado oferta a los pliegos que impugna y, de haber interpuesto el recurso con posterioridad a la presentación de ofertas, aquel deberá ser inadmitido.

b) La recurrente no se molesta en fundamentar su discrepancia con los pliegos rectores de la licitación, así como tampoco en rebatir los argumentos facilitados por la Mancomunidad en su respuesta a las aclaraciones solicitadas.

c) La alegación referida al error en la fórmula para establecer la presunción de valores anormales carece de fundamento, ya que en modo alguno afecta a los



licitadores de manera directa sino a aquellos que no son capaces de explicar la viabilidad de su oferta.

d) Las alegaciones sobre el período de recogida se basan en datos obsoletos y atentan contra sus propios actos, ya que en el procedimiento de adjudicación anterior ofertó una frecuencia de recogida sustancialmente mayor cuando el volumen de recogida de aceite era menor. Además, cuando impugnó los pliegos anteriores a este no se opuso a las frecuencias, que son iguales a las ahora exigidas.

e) EKO GASTEIZ, al impugnar el pliego anterior no recurrió la prescripción de la obligatoriedad de limpieza de los contenedores cada siete días. Además, va en contra de sus propios actos, pues en una licitación anterior ha ofertado una frecuencia superior a la solicitada.

f) Las condiciones de la licitación que se impugna están justificadas y alineadas con los principios del artículo 1 de la LCSP y con las exigencias de la Autoridad Vasca de la Competencia.

g) El recurso es temerario y la recurrente ha de ser sancionada por ello.

DÉCIMO: Apreciaciones del OARC / KEAO

Son tres las cuestiones que han de ser analizadas: en primer lugar, el análisis de la legalidad de la cláusula referida al parámetro de apreciación de ofertas anormales, en segundo lugar, la naturaleza impugnatoria de alguna de las observaciones efectuadas en el escrito y, finalmente, la apreciación de la concurrencia de temeridad o mala fe en la interposición del recurso.



a) Sobre la fijación de los parámetros para identificar una oferta anormal

El artículo 149.2.b) de la LCSP dispone en lo relativo a la fijación del umbral de sospecha de temeridad que Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto. Consecuentemente, cuando la selección de la oferta económicamente más ventajosa se realiza utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación, el legislador otorga libertad a los órganos de contratación para que, de estimarlo, fijen en los pliegos de la licitación cuales son los parámetros para determinar que una oferta puede considerarse inicialmente como sospechosa de anormalidad, de tal forma que, una vez en los pliegos, únicamente se exige el carácter “objetivo” de los mismos. Confirmadas por este Órgano dichas circunstancias debe desestimarse esta alegación (ver, en este sentido la Resolución 175/2019 de este OARC / KEAO).

b) Sobre la naturaleza impugnatoria de la observación a la cláusula 4.9 del PPT y la frecuencia de limpieza de los contenedores

Se plantea la verdadera naturaleza de las observaciones efectuadas por la recurrente a la cláusula 4.9 del PPT “Frecuencia mínima de vaciado de los contenedores instalados en la vía pública” y a la frecuencia de limpieza de los contenedores. Este OARC/KEAO considera que no nos hallamos ante unas observaciones con un contenido impugnatorio por las siguientes razones:

- 1) La recurrente realiza una serie de observaciones sobre la frecuencia mínima de tres semanas de vaciado de los contenedores instalados en la vía pública exigida en la cláusula 4.9 del PPT, dando a entender que desde su experiencia y desde la perspectiva medioambiental el período mínimo a exigir debiera ser más dilatado pero todo ello de una forma genérica y vaga que se asemeja a un consejo u opinión más que a una verdadera impugnación, ya que el recurrente no manifiesta una



oposición o desacuerdo frontal a esta prescripción, ni expresa el perjuicio que ésta le causa, ni señala el precepto legal infringido.

- 2) La recurrente realiza una observación sobre la frecuencia de la limpieza de los contenedores, sin identificar la cláusula a la que se refiere, siendo la única pista que en este sentido figura en su escrito la observación de que “Primar por limpiar cada siete días, es exagerado por innecesario.” En relación con esto, se observa que la cláusula 6 del PPT es la que desarrolla las prescripciones relativas a la “Limpieza de los contenedores de aceite y zona adyacente” especificándose en su apartado 4 que la frecuencia mínima de limpieza exigida es bimensual, sin que haga referencia a una frecuencia mínima de limpieza superior. La única cláusula en la que consta una frecuencia de limpieza de siete días es en el criterio de adjudicación a valorar mediante la aplicación de fórmulas del apartado 19.2.B) del cuadro de características técnicas del PCAP (Frecuencia de limpieza de todos los contenedores cada 7 días: 4 puntos), respecto de la que la recurrente no formula oposición alguna, ni señala el perjuicio o lesión que le pudiera causar su aplicación, limitándose a realizar diversas observaciones o comentarios sobre la oportunidad de su exigencia en los pliegos desde la perspectiva medioambiental (se alega contaminación del vehículo, consumo de agua injustificado y contaminación por el uso de detergentes) pero sin que se aprecie un discurso contra su consideración como criterio de adjudicación.
- 3) En resumen, en ninguna de ambas observaciones se aprecia que conste el motivo que fundamenta el recurso tal y como pide el artículo 51.1 de la LCSP y el señalar en la parte final del escrito de recurso la fórmula Por todo lo expuesto solicitamos la nulidad del procedimiento”, no las convierte en motivos de recurso.



c) Sobre la temeridad o mala fe en la interposición del recurso

ECOGRAS y RAFINOR solicitan la imposición de una multa a la recurrente. Este OARC/KEAO ha manifestado en ocasiones anteriores (ver, por todas, la Resolución 102/2018) que el artículo 58.2 de la LCSP requiere temeridad o mala fe como presupuestos para la imposición de la multa, entendiendo 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. Téngase en cuenta que el primero de los recursos interpuestos contenía un argumento impugnatorio que motivó que el poder adjudicador desistiera del contrato y que este segundo recurso, si bien desacertado, contiene un argumento impugnatorio. A todo ello, se debe añadir que el recurso se interpone a los pliegos del contrato, donde aún no se ha identificado al adjudicatario del contrato, y que el poder adjudicador no ha solicitado la imposición de multa alguna de lo que cabe concluir razonablemente que no ha observado ni temeridad ni ánimo dilatorio en la actuación de la recurrente ni menciona perjuicio alguno.

d) Conclusión

Por todo lo anteriormente manifestado, el recurso debe ser desestimado íntegramente.

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 EKO GASTEIZ, S.L. contra los pliegos del contrato “Servicio de recogida selectiva, transporte y procesamiento por gestor autorizado de aceite de cocina usado”, tramitado por la Mancomunidad de Debarrena.

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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: 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, 2020ko urriaren 5a

Vitoria-Gasteiz, 5 de octubre de 2020