



**EB 2020/188**

**Resolución 030/2021, de 23 de febrero, 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 COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PÚBLICOS AUXILIARES, S.A. contra la adjudicación del contrato “Servicios generales de limpieza urbana, recogida y transporte de residuos sólidos urbanos en el municipio de Santurtzi”, tramitado por el Ayuntamiento de Santurtzi.**

## **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Con fecha 29 de diciembre de 2020 se ha presentado 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 COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PÚBLICOS AUXILIARES, S.A. (en adelante, CESPA) contra la adjudicación del contrato “Servicios generales de limpieza urbana, recogida y transporte de residuos sólidos urbanos en el municipio de Santurtzi”, tramitado por el Ayuntamiento de Santurtzi.

**SEGUNDO:** Remitido el recurso al poder adjudicador el día 29 de diciembre, se recibió, el día 4 de enero de 2021, en este OARC / KEAO, una 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).





**TERCERO:** Trasladado el recurso a los interesados el día 7 de enero de 2021, se han recibido, el día 14 de enero, las alegaciones de VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A. (en adelante, VALORIZA) y de la Unión Temporal de Empresas compuesta por ANSAREO SERVICIOS INTEGRALES, S.L. y SERKOM, GESTIÓN Y SERVICIOS GRUPO MOYUA, S.L. (en adelante, UTE ANSAREO / SERKOM).

## **II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO: Legitimación y representación**

Consta en el expediente la representación de M.J.C.G., que actúan en nombre de la recurrente. Por lo que se refiere a la legitimación, la pretensión consiste en la cancelación de la licitación, lo que, de estimarse, supondría la oportunidad de presentar una oferta en un más que probable nuevo procedimiento de adjudicación. Dicha oportunidad es el “interés tangible” cuya posible obtención caracteriza la legitimación activa que faculta a la interposición del recurso especial (ver el artículo 48 de la LCSP y, por analogía, la Resolución 18/2021 del OARC / KEAO).

### **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, el Ayuntamiento de Santurtzi tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

#### **SEXTO: Alegaciones de la recurrente**

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

- a) CESPAS alega que el poder adjudicador le concedió un acceso muy limitado al expediente; dado que la adjudicación no está suficientemente motivada, no ha podido interponer un recurso fundado.
- b) El informe técnico que sustenta el acto impugnado aplicando los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor incurre en arbitrariedad y falta de motivación:
  - Para la mayoría de los criterios el informe se limita a una descripción parcial de las ofertas y a otorgar directamente las puntuaciones sin que conste una mínima comparación entre las ofertas, hasta el punto de que podrían intercambiarse las puntuaciones entre licitadores sin que se apreciase la diferencia; consecuentemente, se desconocen las características de la oferta de la adjudicataria que han determinado su mejor valoración.
  - Se otorgan puntuaciones diferentes para valoraciones idénticas en los criterios de adjudicación “Sectorización del municipio propuesta para el barrido manual” y “Las rutas de recogida de contenedores de residuos”.



- En el criterio “Fregado mecánico y limpieza con agua a presión” se concede mayor puntuación a la oferta de un licitador que aparentemente ha obtenido una peor valoración.

c) Finalmente, se solicita:

- el acceso al expediente para completar el recurso, en los términos expresados en el artículo 52.3 de la LCSP y
- la anulación del acto impugnado y, consecuentemente, del procedimiento de adjudicación.

### **SÉPTIMO: Alegaciones de VALORIZA**

VALORIZA alega lo siguiente en oposición al recurso:

a) La actuación de la Administración se ajusta a la discrecionalidad técnica que la ampara para la adjudicación del contrato y la recurrente no ha probado lo contrario; CESPA, actual adjudicataria, busca retrasar la formalización del contrato perpetuando una adjudicación que ya no le corresponde.

b) El informe técnico es suficiente para elaborar el recurso, sin que sea necesario el acceso al expediente, cuya denegación ha sido correcta; además, se señala que es inaudito que CESPA alegue indefensión por la falta de acceso a las proposiciones de sus competidores cuando es la licitadora que más información ha declarado confidencial, lo que demuestra su mala fe.

c) Por lo que se refiere a los reproches contra el informe técnico que aplica los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, se alega lo siguiente:

- Para el criterio “Sectorización de municipio propuesta de barrido manual”, el informe señala diferencias entre las ofertas a pesar de que todas se cataloguen como óptimas; en el caso de la oferta de CESPA, el informe indica



incongruencias entre la memoria técnica y la documentación gráfica y que no aporta planos ni recorridos para el turno de tarde.

- En el criterio “Las rutas de recogida de los contenedores de residuos” CESPA obtiene cuatro puntos (la mejor puntuación junto con la de otra empresa), mientras que la UTE ANSAREO / SERKOM y VALORIZA han sido penalizadas con 0,5 puntos menos; dicha penalización está justificada en el informe (incremento de kilómetros a recorrer y planificación de una segregación inadecuada).
- Por lo que se refiere al criterio “Fregado mecánico y limpieza con agua a presión”, del informe técnico se deduce que las frecuencias propuestas por VALORIZA son superiores a las de CESPA, que la propuesta de VALORIZA es mejor en lo relativo al uso del hidrolimpiador; todo ello justifica la diferencia de 0,2 puntos a favor de VALORIZA.

d) Se alega que el OARC / KEAO debe apreciar si el recurso es temerario o de mala fe.

#### **OCTAVO: Alegaciones de la UTE ANSAREO / SERKOM**

La UTE ANSAREO / SERKOM señala lo siguiente:

- a) Si el OARC / KEAO estima la solicitud del recurrente de acceso al expediente, solicita que a la UTE se le conceda el mismo acceso y la correspondiente habilitación de un trámite de alegaciones en cuanto a lo que resulte de ese acceso.
- b) Se alega coincidencia con el recurrente en cuanto a la falta de motivación y la arbitrariedad de la adjudicación, por lo que procede la anulación del acto impugnado y la cancelación de la licitación, ya que no cabe la retroacción de actuaciones.



## **NOVENO: Alegaciones del poder adjudicador**

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso por las razones que se exponen a continuación:

a) El recurrente accedió al expediente, excepto a las partes de las ofertas técnicas declaradas confidenciales por los licitadores y a las partes no declaradas confidenciales que contenían datos de carácter personal, que se disociaron, así como a la documentación que podía ser consultada en el perfil del contratante. Se alega que el recurrente declaró confidencial la totalidad de su oferta (el que más de todos los licitadores), excepto los índices de la Memoria y de sus Anexos, por lo que es contrario a la buena fe y a la doctrina de los actos propios el requerimiento de acceso.

b) El reproche de que el informe técnico está insuficientemente motivado y es arbitrario es en gran medida genérico y no demostrado; se alega que se han respetado los límites de la discrecionalidad técnica y que se ha actuado con igualdad de trato para todos los licitadores. En cuanto a las únicas alegaciones concretas formuladas, se señala lo siguiente:

- En lo que se refiere al criterio “Sectorización del municipio propuesta para el barrido manual”, se alega que la explicación de la puntuación de cada licitadora se establece en todo el informe, y no en una sola frase aislada del mismo.
- En el criterio “Las rutas de recogida de contenedores de residuos”, la recurrente es una de las dos licitadoras que obtiene en este criterio la totalidad de la puntuación, mientras que otras empresas obtienen menor puntuación en razón de que incrementan el número de kilómetros a recorrer o de que no presentan la planificación más adecuada.
- En cuanto al “Fregado mecánico y limpieza con agua a presión”, el recurso omite explicaciones contenidas en el informe.



## **DÉCIMO: Apreciaciones del OARC / KEAO**

En síntesis, la recurrente pretende la anulación de la adjudicación y la cancelación de la licitación. Además, solicita el acceso al expediente para completar la impugnación. Esta solicitud debe analizarse en primer lugar porque su aceptación supondría la concesión de un plazo adicional para dicha compleción.

### **a) Sobre la petición de acceso al recurso**

El recurrente pide el acceso alegando que, en el trámite de acceso previo a la interposición del recurso solo pudo acceder a apenas dos folios de la memoria de los licitadores.

Como viene señalando este Órgano (ver, por todas, su Resolución 13/2021), 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). Para sustentar su decisión, este OARC/KEAO ha de estar a lo alegado por el recurrente y por el poder adjudicador, a la verificación del cumplimiento de ciertas formalidades (especialmente, la solicitud de acceso inicial al órgano de contratación y la presentación del recurso especial en plazo con solicitud de acceso al órgano resolutorio) y a la observancia de los límites materiales del derecho de acceso, como pueden ser la protección de los intereses comerciales legítimos o de los datos de carácter personal. Debe recordarse en todo caso que, 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 decidida por el poder adjudicador 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 contraria 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 y 134/2019).

Aplicado lo anterior al caso analizado, se estima que no procede el acceso requerido por los motivos que se exponen a continuación:

- 1) Según consta en el expediente, CESPAS ha declarado confidencial toda su oferta técnica excepto las dos páginas que contienen su índice. Consecuentemente, y como ya se ha señalado, no es admisible que



pretenda ahora un acceso más amplio que el que él mismo considera aceptable.

- 2) Aunque el recurrente habla genéricamente de “acceso al expediente de contratación”, de su argumentación se deduce que requiere sobre todo un conocimiento de las ofertas de los demás licitadores mayor del que obtuvo antes de la interposición del recurso. Por otro lado, la pretensión consiste en la anulación de la adjudicación y, consecuentemente, en la cancelación de la licitación, con base en la que el ejercicio de la discrecionalidad que ampara el acto impugnado ha excedido los límites de esta figura. Llegados a este punto, no se observa qué puede añadir a este reproche lo que pudiera deducirse del análisis de las demás proposiciones; téngase en cuenta que al recurrente ya le ha sido suficiente con analizar el informe técnico para apoyar su afirmación de que la adjudicación es arbitraria y formular su pretensión.

- b) Sobre la falta de motivación y la arbitrariedad del informe técnico que evalúa los criterios sujetos a juicio de valor

Como reiteradamente ha manifestado este Órgano (ver, por todas, su Resolución 024/2020) 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 no discriminación



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).

Por otro lado, 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 8/2021). 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, lo que es especialmente importante en este caso, 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 delimitado así el alcance del control que este Órgano puede ejercer, y contrastados los citados principios con el caso analizado, se considera que, en términos globales, el poder adjudicador ha hecho un uso correcto de la discrecionalidad, con un informe técnico conocido por el recurrente que sustenta adecuadamente la motivación del acto impugnado, lo que lleva a la desestimación del recurso. Frente a ello, no se ha acreditado que se haya incurrido en infracción de ningún principio básico de la LCSP, lo que conduce a la desestimación de este motivo impugnatorio. En especial, se observa lo siguiente:

- 1) En contra de lo que indica el recurso, el informe técnico que sustenta la adjudicación sí contiene los elementos de las ofertas que se consideran determinantes para la evaluación en uno u otro sentido y los juicios de valor (negativos o positivos) sobre ellos. Así, se utilizan términos o expresiones como “Incongruencia”, “...hecho que se valora como positivo para el control del servicio...”, “se realiza la mejora”, etc....



2) Por lo que se refiere a los concretos reproches sobre varios epígrafes valorativos, se observa lo siguiente:

- No se comparte la alegación de que, para los criterios “Sectorización del municipio propuesta para el barrido manual” y “Las rutas de recogida de contenedores de residuos” se otorgan puntuaciones diferentes para valoraciones idénticas. El recurrente extrae esta conclusión tan solo del hecho de que varias ofertas se califican con el mismo término (“la oferta es óptima” o “La oferta, en términos generales es correcta y adecuada para el cumplimiento del servicio”) y obvia que dichas proposiciones se describen en el informe técnico de modo diferente en cuanto a sus aspectos relevantes y en cuanto a la opinión que éstos merecen al poder adjudicador. A juicio de este Órgano, estas diferencias justifican las diferencias de puntuación, sin que pueda entenderse que haya extralimitación alguna en el ejercicio de la discrecionalidad, la cual sólo podría deducirse del contenido global de la motivación y no de una frase o palabra estandarizada y aislada de su contexto, como pretende CESPA.
- Tampoco puede aceptarse que, en el criterio “Fregado mecánico y limpieza con agua a presión” se concede mayor puntuación a la oferta de un licitador que, aparentemente, ha obtenido una peor valoración. De la lectura del informe se concluye que, para la oferta de la empresa mejor puntuada en este apartado, hay observaciones negativas (las únicas en las que incide el recurso) pero también otras que denotan ventajas para la prestación (adquisición de maquinaria, expresión de los recorridos, furgón hidrolimpiador...), sin que se detecte arbitrariedad en el peso relativo que, en la atribución de puntos, han tenido finalmente unas y otras.

3) El recurrente ha pretendido sustituir la discrecionalidad del poder adjudicador por la suya propia, necesariamente parcial e interesada, no solo en la emisión de juicios de valor o en la atribución de puntuaciones, sino en la selección de los aspectos determinantes de la evaluación. Sin



embargo, no ha probado que el Ayuntamiento haya actuado de forma arbitraria o contraria al principio de igualdad de trato; en este sentido, sus argumentos son, o bien genéricos, o bien referidos a afirmaciones literales del informe técnico ignorando la globalidad del mismo y otros de sus contenidos contrarios a sus tesis.

c) Temeridad o mala fe en la interposición del recurso especial

Valoriza solicita la imposición de una multa por temeridad o mala fe en la interposición del recurso especial. Este OARC / KEAO ha manifestado con anterioridad (ver, por todas la Resolución 18/2021) 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) o ausencia de controversia jurídica (Resolución 77/2019), 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). Pues bien, este Órgano no aprecia la concurrencia de ninguna de estas dos circunstancias. Por un lado, el beneficio por la interposición del recurso no lo busca la recurrente, se lo da la norma que sacrifica el principio de eficacia de la actuación administrativa en beneficio del control de la adjudicación (artículo 53 de la LCSP) por lo que, salvo que se presuma que todo recurso especial interpuesto por la actual adjudicataria del servicio se hace en fraude de ley, lo relevante para imponer la sanción será comprobar si el recurso es temerario (en este sentido la sentencia del TSJ Aragón nº 26/2021, de 3 de febrero de 2021). Por otro, si bien todos los argumentos impugnatorios del recurso son de desestimar, no cabe calificarlos de temerarios, ya que no nos encontramos ante alegaciones vacías y sin fundamento alguno sino ante críticas o juicios jurídicamente argumentados al informe que analiza los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor.

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:** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PÚBLICOS AUXILIARES, S.A. contra la adjudicación del contrato “Servicios generales de limpieza urbana, recogida y transporte de residuos sólidos urbanos en el municipio de Santurtzi”, tramitado por el Ayuntamiento de Santurtzi.

**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:** 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 otsailaren 23a**

Vitoria-Gasteiz, 23 de febrero de 2021