



EB 2022/052

Resolución 106/2022, de 21 de junio, 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 EKO GASTEIZ, S.L., en el procedimiento de contratación de “Servicio de recogida selectiva y transporte de aceite doméstico en el municipio de Muskiz”, tramitado por el Ayuntamiento de Muskiz.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 1 de abril de 2022 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 el procedimiento de contratación de “Servicio de recogida selectiva y transporte de aceite doméstico en el municipio de Muskiz”, tramitado por el Ayuntamiento de Muskiz.

SEGUNDO: El mismo día 1 de abril se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron 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). La documentación requerida se recibió el día 5 de abril.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados el día 20 de abril, se han recibido las alegaciones de RAFRINOR, S.L. el día 26 de abril.





II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PREVIA: Solicitud de acceso al expediente.

El recurrente solicita acceso al expediente y, en especial, al plan básico y la memoria técnica presentados por Rafrinor S.L.

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, 134/2019, 30 y 107/2021).

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, mediante resolución de 21 de marzo de 2022 de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Muskiz, se otorgó a EKO GASTEIZ acceso parcial al expediente, con la excepción a las partes declaradas confidenciales del Plan Básico del Servicio y de la Memoria Técnica presentados por RAFRINOR. Asimismo, no consta que a la recurrente se le haya negado el acceso a la valoración de las ofertas; es más, las actas de valoración de los sobres B) y C) están publicados en la plataforma del Perfil del Contratante de Euskadi.



- 2) No se observa qué puede añadir al recurso especial lo que pudiera deducirse del análisis de la propuesta de Rafrinor S.L.; como se ha indicado anteriormente, el acceso al expediente tiene su fundamento en evitar la indefensión y en posibilitar la motivación del recurso. En el presente caso, EKO GASTEIZ ha argumentado su pretensión, de hecho, con los datos y la información de la que dispone ha podido impugnar los pliegos, la admisión de la oferta de Rafrinor S.L., su exclusión y el acuerdo de adjudicación.
- 3) Finalmente, consta en el expediente que EKO GASTEIZ solicitó acceso al expediente de contratación y que concedido dicho acceso a parte de la información, sin embargo, no compareció. Esta actuación de la recurrente es un indicador claro de que su petición de acceso ha sido ociosa y que no obedece a una finalidad real de defensa de sus derechos en el procedimiento de adjudicación, conclusión que se puede trasladar a la petición de acceso al expediente que se efectúa a este OARC / KEAO en el procedimiento de recurso especial.

La conclusión a todo ello es que no procede aceptar la solicitud de acceso al expediente formulada en vía de recurso.

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente que E.R.P.N. actúa en representación de la recurrente. Respecto a la legitimación, el poder adjudicador alega que EKO GASTEIZ carece de legitimación activa para recurrir la adjudicación del contrato a RAFRINOR, puesto que al no haber presentado el Plan Básico de Calidad del Servicio y al haber obtenido 0 puntos en dicho apartado, no supera el umbral mínimo señalado en el pliego, por lo que no obtendría ningún beneficio derivado de la estimación del recurso. Pues bien, este OARC/KEAO no puede compartir esta alegación del Ayuntamiento de Muskiz toda vez que viene admitiendo la legitimación al licitador excluido, siempre que la exclusión no haya adquirido firmeza, si de la estimación del recurso se deriva la cancelación de la licitación o



la declaración de desierto, de modo que sea previsible la convocatoria de una nueva licitación a la que pueda presentar una nueva oferta (Resolución del OARC/KEAO (Resoluciones 129 y 214/2021). En el supuesto que nos ocupa, de prosperar la pretensión el contrato se declararía desierto, lo que supondría la obtención para EKO GASTEIZ de un beneficio tangible que es lo que caracteriza la legitimación. Concretamente, se mejoraría su situación con la muy probable convocatoria de un nuevo procedimiento de adjudicación en el que poder participar con la expectativa de obtener el contrato.

En lo que respecta a la firmeza de la exclusión de la oferta de EKO GASTEIZ, se debe tener en cuenta que el acta de la mesa de contratación relativo a la valoración del Sobre B de fecha 17 de febrero de 2022 y por el que se acuerda que EKO GASTEIZ no pase a la siguiente fase del proceso de selección, no fue notificado a la recurrente, por lo que no ha finalizado el plazo para interponer recurso especial en materia de contratación contra la exclusión; sobre esta cuestión, este OARC/KEAO, ha indicado que el hecho de que no conste de forma correcta el recurso procedente ni el Órgano ante el que ha de presentarse dicho recurso (artículo 46 de la LCSP) incumple el artículo 40.2 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (ver la Resolución 60/2021) por lo que, en los supuestos de notificaciones que contengan información procedimental errónea, debe aplicarse el principio de que dichos defectos no pueden perjudicar al particular debiendo tenerse por interpuesta en plazo y procedente la actuación ante la instancia correcta cualquiera sea el momento en el que se produzca (ver, por ejemplo, las Resoluciones 94/2016 y 162/2020 del OARC / KEAO, así como la doctrina del Tribunal Supremo que se resume, entre otras, en sus sentencias de 5 de diciembre de 1989 y de 12 de mayo de 2011).

Consecuentemente, EKO GASTEIZ goza de legitimación para impugnar la adjudicación del contrato a la empresa RAFRINOR.



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. Además, el recurrente impugna los pliegos, su exclusión, la admisión de la oferta de RAFRINOR y la denegación de acceso al expediente.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso frente a la exclusión de la oferta y el acuerdo de adjudicación del contrato han sido interpuestos en tiempo y forma. Por su parte, lo referido a la impugnación de los pliegos se desarrollará en apartados posteriores.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Muskiz 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 contiene una serie de argumentos y reproches desarrollados de forma asistemática y desordenada que a juicio de este Órgano se pueden resumir de la siguiente forma:

- a) Se ha concedido un plazo breve para la preparación de las ofertas.



- b) Con fecha 11 de febrero se comunicó al poder adjudicador la intención de recurrir los pliegos, pero el día 14 se efectuó la apertura del sobre “B”.
- c) La valoración sin fórmula de la aportación de botes vulnera el artículo 146.2 de la LCSP y, además, devalúa la valoración de la oferta económica, por lo que el Ayuntamiento debiera haber designado un Comité de expertos.
- d) La cláusula duodécima del Pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) se remite al punto 11 del Pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT), no siendo posible desarrollar más en el plan de mantenimiento de contenedores algo que se pide que se desarrolle en la memoria técnica, siendo de considerar el hecho de pedir la anexión de una memoria técnica no sujeta a puntuación a un plan básico que si lo está.
- e) La exclusión por la presentación de un documento que no se correspondía con lo solicitado podría haberse solucionado con facilidad mediante la subsanación del error cometido. Además, no existe transparencia en el procedimiento porque no hay posibilidad de comprobar si el documento aportado es el correcto.
- f) Se solicita la exclusión de RAFRINOR por haber incluido en el plan básico información que debería haber sido incluida en la memoria técnica no sujeta a puntuación.
- g) Finalmente, solicita
- i. con carácter subsidiario, la nulidad de derecho de todo el procedimiento por imposible al otorgar puntos por el desarrollo de un plan de mantenimiento de contenedores que, siguiendo las indicaciones de los pliegos, debería haber sido incluida en la memoria técnica, no sujeta a puntuación.
 - ii. con carácter subsidiario, la nulidad de pleno derecho por otorgar puntos al suministro y distribución de botes sin estar sujeto a fórmula.



- iii. con carácter subsidiario, la nulidad de pleno derecho por haberse saltado el procedimiento, al no haber motivado la adjudicación ni haber hecho referencia a la exclusión y no haber valorado la oferta de RAFRINOR.
- iv. en el supuesto de considerar válida la exclusión de EKO GASTEIZ también debería haberse excluido la de RAFRINOR porque cualquier licitador diligente puede entender con claridad que no se puede incluir información relativa al mantenimiento de contenedores en el plan básico.
- v. la retroacción del trámite al momento de apertura de sobres facilitando que se pueda valorar la oferta de EKO GASTEIZ.

SÉPTIMO: Alegaciones de RAFRINOR

RAFRINOR, adjudicataria impugnada, se opone al recurso con los siguientes argumentos:

- a) RAFRINOR se adhiere al informe evacuado por el Ayuntamiento, sin considerar necesario ni poder permitirse formular unas alegaciones más elaboradas a todos los motivos de impugnación que, de manera desordenada y genérica, se indican en un recurso inadmisibile tanto por causas formales (sin lógica interna, confuso y en formato borrador) como por extemporáneo.
- b) La interposición del recurso se ha efectuado con evidente mala fe pues al ser EKO GASTEIZ la actual adjudicataria del servicio, mediante la interposición del recurso y la suspensión del procedimiento de adjudicación se beneficia de seguir prestando el servicio hasta la resolución del recurso. A ello se debe sumar la reincidencia de EKO GASTEIZ de recurrir de manera abusiva los procedimientos de contratación.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la impugnación con los siguientes argumentos:



a) La recurrente ha presentado oferta y no ha sido adjudicataria del servicio por no haber superado el umbral mínimo de valoración, no obstante, el recurso contiene impugnaciones contra el PCAP y PPT, tales como el plazo de presentación de ofertas, diversas cuestiones sobre los criterios de adjudicación o fórmulas de valoración del precio, que no pueden considerarse como una impugnación indirecta. Por el contrario, se observa que al ser la recurrente la actual adjudicataria del contrato y haberse prorrogado el servicio hasta la formalización del nuevo contrato, pretende beneficiarse de dicha situación mediante la presentación de un recurso especial.

b) Respecto a la alegación de que con fecha 11 de febrero comunicaron su intención de recurrir, se alega que dicha comunicación se efectuó a través de un correo electrónico remitido a una dirección que según consta en el PCAP únicamente está habilitada para recibir la huella hash de las proposiciones.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En resumen, se recurren del procedimiento de adjudicación las siguientes decisiones: (i) de forma indirecta, los pliegos del contrato (el plazo de presentación de ofertas, el criterio de adjudicación “Metodología” y el criterio automático “Mejoras”), (ii) el acuerdo de exclusión de la oferta y (iii) la adjudicación del contrato, estas dos últimas por falta de motivación y la última, además, por vulneración del secreto de la oferta. Las valoraciones el OARC / KEAO sobre ellas es la siguiente:

a) Doctrina general sobre el “recurso indirecto” de los pliegos

La recurrente plantea el denominado “recurso indirecto” contra los pliegos que rigen la licitación por entender que son nulos de pleno derecho porque (i) el tiempo facilitado para preparar la oferta era insuficiente, (ii) contienen un criterio de adjudicación (“Metodología”) que no es posible desarrollar a tenor de lo que se solicita y (iii) desarrollan un criterio de adjudicación que asigna puntos de forma automática, sin fórmula, que devalúa la ponderación de la oferta



económica, por lo que se debía haber previsto la intervención de un comité de expertos.

El análisis de este motivo de recurso debe partir de la exposición de la doctrina general sobre el denominado “recurso indirecto” para luego contrastarla con el caso.

a 1) Doctrina general

De las resoluciones de este Órgano (ver, por todas, su Resolución 151/2021) se deduce lo siguiente:

- 1) 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 una vez que éste no se ha interpuesto en el plazo previsto para ello, 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, tradicional en nuestro Ordenamiento, 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.

- 2) La citada regla general admite dos excepciones:



- El TJUE parte de 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 debió 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 impugnar dichos actos; 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). El núcleo de la figura, tal y como la ha delimitado la jurisprudencia del TJUE, radica en proteger a los licitadores del daño que les causa un acto del poder adjudicador (como la exclusión del interesado o la adjudicación a otro operador económico) que está amparado por una regla de los pliegos que no fue objeto de recurso en el momento procesal oportuno y cuyo carácter perjudicial no pudo ser racionalmente percibido en dicho momento por un licitador normalmente diligente. Se trata de un remedio de la insuficiencia del plazo preclusivo para garantizar en estos casos la protección efectiva de los intereses de las empresas. Consecuentemente, la admisibilidad del recurso indirecto exige, como fundamento previo, un acto del procedimiento perjudicial para el recurrente (como la adjudicación o la exclusión de la oferta) y una cláusula de los pliegos que lo ampare, que es precisamente la que se recurre por vía indirecta.
- Junto a la doctrina expuesta anteriormente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo admite también el recurso indirecto para la impugnación de cláusulas de los pliegos afectadas de vicios que conlleven nulidad de pleno derecho (artículos 47.1 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común y 39 de la LCSP), tal y como se deduce de las sentencias de 22/3/2021, ECLI:ES:TS:2021:1196



(que confirma la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 15/5/2019, ECLI:ES: TSJPV:2019:1674, y la Resolución 139/2017 del OARC / KEAO) y de 24/3/2021, ECLI: ES:TS:2021:1199.

- 3) Finalmente, el recurrente debe probar la concurrencia de las causas que facultan el recurso indirecto, que deben apreciarse de forma excepcional y restrictiva (ver las sentencias del Tribunal Supremo citadas en el epígrafe 2) anterior).

a 2) Sobre la admisibilidad del recurso indirecto en el caso analizado

Trasladada esta doctrina al caso, este Órgano estima que el motivo de recurso debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) Aunque formalmente se discute la insuficiencia del plazo establecido para la presentación de proposiciones, no se alega ni consta cuál es el perjuicio que dicho plazo ha causado a la recurrente habida cuenta de que ha presentado oferta en el plazo ahora criticado, una vez que no ha resultado ser la adjudicataria del contrato.
- 2) Los reproches que se efectúan al criterio de adjudicación “Metodología”, no afectan a la oferta de la recurrente porque su supuesta irregular configuración no le ha causado perjuicio alguno. Téngase en cuenta que su oferta ha sido excluida del procedimiento de adjudicación por no alcanzar el umbral mínimo exigido en las bases de la licitación debido a que en el sobre relativo a la documentación a valorar mediante juicios de valor se incorporó un archivo que no contenía la información requerida sino el formulario que figura como Anexo IV al PCAP sobre declaración de grupo empresarial.
- 3) El criterio de adjudicación relativo a “Mejoras” se ha configurado en los pliegos del contrato como un criterio evaluable de forma automática cuya distribución de puntos se ha descrito mediante palabras con un



funcionamiento binario (si/no), de tal manera que, si el licitador aporta el número de envases con las características y de la forma definida en las bases obtiene la totalidad de los puntos del criterio y, en caso de no hacerlo obtiene 0 puntos. Carece de sentido alguno considerar que dicho criterio no es automático y que, por lo tanto, es evaluable mediante un juicio de valor, que es lo que parece concluirse de las observaciones del recurso.

- 4) Debe añadirse que, aunque entre las múltiples alegaciones expuestas por el recurrente figura la nulidad de pleno derecho con fundamento en la infracción del principio de igualdad, no debe confundirse el principio de igualdad de trato y no discriminación recogido en los artículos 1.1 y 139 de la LCSP con el principio establecido por el artículo 14 de la Constitución, único cuya infracción supone nulidad de pleno derecho (ver el artículo 47.1 a) de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común y el Fundamento jurídico sexto de la sentencia del TSJPV citada anteriormente).

b) Sobre la exclusión de la oferta de la recurrente

La recurrente considera que el error que padeció al incorporar al Sobre B un archivo electrónico que no contenía la información requerida en la cláusula 10.4 del PCAP es subsanable. Esta alegación debe ser desestimada por las siguientes razones:

- 1) El proceso de presentación telemática de la oferta, más allá del medio tecnológico empleado, no difiere de la presentación por cualquier otro medio. A partir de este hecho, la correcta presentación telemática de la proposición incumbe única y exclusivamente al licitador, por lo que solo este es el responsable de la confección negligente de su proposición (ver, 36/2022 del OARC / KEAO y la STJUE de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191).



- 2) El PCAP, en concreto en su cláusula 10.4, es claro y preciso al detallar la documentación que debe incluirse en cada archivo/sobre B que consiste en el PLAN BÁSICO DE CALIDAD DEL SERVICIO, presentado con una extensión y forma determinadas, que debe contener (i) Índice, (ii) Metodología, (iii) Sistema coordinación y (iv) Evaluación.
- 3) En lo que respecta a la posibilidad de subsanar los errores de la oferta presentada por el licitador, este OARC/KEAO ha manifestado en sus Resoluciones 174/2019 y 36/2022 que no es aceptable que el licitador reclame a la Administración la concesión de una posibilidad de subsanación o aclaración para compensar una deficiente elaboración de la oferta de la que solo él es responsable (ver, por ejemplo, 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). Debe tenerse en cuenta que el criterio anti formalista, invocado por la recurrente, se entiende respecto de la posibilidad de subsanación de los defectos de las proposiciones presentadas por los licitadores, pero solo cuando (i) se trate de defectos puramente formales, esto es, de errores u omisiones en aspectos no esenciales de la oferta o errores de plasmación de la voluntad del licitador pero siempre que se desprenda la verdadera voluntad de manera inequívoca de todo el contexto de su proposición y (ii) que puedan ser susceptibles de ser corregidos, sin que dicha corrección o subsanación implique una modificación de la oferta. Consecuentemente, no puede ser subsanable la no presentación de la totalidad de la propuesta contractual valorable por criterios de valor una vez abiertos los archivos electrónicos y conocidas las ofertas del resto de los licitadores.
- 4) La LCSP considera que la presentación electrónica de ofertas y solicitudes de participación utilizando medios electrónicos garantiza la integridad y el secreto de las proposiciones, razón por la cual el artículo 157.4 prevé como excepción a la apertura de la oferta económica en acto público el que en la licitación se utilicen medios electrónicos (ver, en este sentido, la Resolución 078/2020 de este OARC/KEAO). Téngase en cuenta que en los procedimientos de adjudicación de los contratos la apertura pública de los sobres que contienen las ofertas ha sido



considerado desde siempre como un requisito instrumental que garantiza los principios de igualdad de trato y no discriminación de los licitadores y de transparencia, que asegura el secreto de las ofertas presentadas hasta el momento en que pueden ser conocidas todas al mismo tiempo. Por todo ello, es la propia presentación electrónica de ofertas la que garantiza la transparencia del procedimiento y el recurrente no puede denunciar su falta poniendo en duda sin prueba alguna los atributos del sistema de presentación electrónica, referidos, además, a un archivo que él mismo ha creado, firmado y transmitido al poder adjudicador. No obstante, se constata que junto con el expediente de contratación el poder adjudicador ha remitido un informe del Director Técnico de la Fundación BizkayTIC en el que se concluye que la empresa puede ver la documentación que ha presentado desde la propia aplicación de presentación de ofertas mediante el botón de "Editar oferta" situándose encima del expediente en cuestión.

- 5) Sentado todo lo anterior, y una vez abierto por el poder adjudicador junto a los sobres relativos a los criterios subjetivos del resto de los licitadores el de la recurrente, el conocimiento de la información que contiene, sea ésta la que sea, es relevante porque se manifiesta como oferta contractual. El contenido de la información que obra en dicho sobre es únicamente imputable a la falta de diligencia de la recurrente a la hora de elaborar su proposición y su inevitable consecuencia en este supuesto es la de la no valoración de la oferta en lo que a los criterios subjetivos se refiere, sin que quepa entender, como invoca la recurrente, que dicho efecto pueda ser obviado por el poder adjudicador, por mucha involuntariedad que pueda observar en el error cometido.
- 6) Finalmente, debe descartarse la alegación de que el acto impugnado esté insuficientemente motivado por ser, en el mejor de los casos, irrelevante; como ya ha señalado este Órgano (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 143/2015, 80/2019 y 85/2020), la motivación es un requisito formal cuya omisión solo es relevante si conlleva que el acto no puede alcanzar su



finalidad o, por lo que interesa ahora, indefensión del interesado (artículo 48.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común), siendo claro que, en este caso, no la ha habido, pues el recurrente ha podido interponer una impugnación basada en la documentación que obra en el expediente.

c) Sobre la adjudicación del contrato

Alega la recurrente que RAFRINOR debe ser excluida por haber incluido información en el Plan básico que debería haber sido aportada en la memoria técnica, no sujeta a valoración, y por falta de motivación. Estos argumentos han de ser desestimados porque únicamente se tratan de denuncias genéricas y sin base alguna. En lo que a la primera respecta, no se alcanza a comprender qué irregularidad es la que se denuncia y cuál es la norma infringida porque los dos documentos contienen información evaluable mediante juicios de valor, cuya aplicación no se cuestiona, y, respecto de la segunda, porque invoca la falta de motivación de una manera formal, sin especificar ni argumentar en qué lesiona sus derechos.

d) Sobre la imposición de multa por temeridad o mala fe

La adjudicataria solicita 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) o en 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).

En el presente caso, este OARC/KEAO entiende que EKO GASTEIZ ha actuado con temeridad por las siguientes razones:



- i. Se ha presentado un escrito en cuanto a su forma en formato borrador y en cuanto al fondo sin orden, sistemática, ni lógica interna, que ha obligado a este Órgano a realizar una labor interpretativa sobre lo que realmente pretende recurrir y los motivos de impugnación asociados. A este respecto, se observa que el recurso se presenta con la misma falta de diligencia con la que ha presentado su oferta.
- ii. El recurso, además de denuncias y argumentos genéricos, contiene alegaciones y afirmaciones sobre los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos que un operador económico que habitualmente actúa en el mercado de la compra pública como licitador, que es el caso de la recurrente, debe conocer. Como ejemplos, cabe mencionar la impugnación de un criterio claramente automático alegando que no lo es para poder oponer la necesidad de que se constituya un comité de expertos o la crítica carente de lógica y efectuada de forma extemporánea de los criterios de adjudicación, o invocar la infracción de principios que rigen el procedimiento de contratación de una manera meramente formal, sin argumentación ni especificación de la lesión concreta que su supuesta vulneración ha causado en sus intereses.

Asimismo, este Órgano considera que EKO GASTEIZ ha actuado con mala fe porque:

- i. Se aprecia una aparente voluntad de dilatar el procedimiento de adjudicación mediante el abuso del derecho al recurso, dado que la recurrente es la actual prestadora del servicio.
- ii. Otro indicio de su ánimo dilatorio es el de retrasar el procedimiento de adjudicación solicitando el acceso a la información que obra en el expediente de contratación y no comparecer cuando se le concede, aunque sea parcialmente, lo cual denota su falta de interés efectivo en el recurso.



Consecuentemente, se acuerda imponer una sanción, en su grado mínimo, de 1.000 euros de acuerdo con lo previsto en el artículo 58.2 de la LCSP, por no haberse acreditado que se hayan producido otros perjuicios al margen de los derivados de la propia existencia de este procedimiento de recurso.

e) Conclusión

A la vista de lo expuesto en los apartados anteriores el recurso debe desestimarse.

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 pública interpuesto por EKO GASTEIZ, S.L., en el procedimiento de contratación de “Servicio de recogida selectiva y transporte de aceite doméstico en el municipio de Muskiz”, tramitado por el Ayuntamiento de Muskiz.

SEGUNDO: Declarar que se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP en cuantía de 1.000 euros.

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



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

Vitoria-Gasteiz, 2022ko ekainaren 21a

Vitoria-Gasteiz, 21 de junio de 2022