



EB 2021/117

Resolución 156/2021, de 30 de septiembre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa GARBIALDI, S.A. contra el acuerdo de exclusión del contrato “Servicio de recogida y transporte de residuos municipales y limpieza viaria”, tramitado por el Ayuntamiento de VALLE DE TRÁPAGA-TRAPAGARAN.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 28 de junio de 2021 tuvo entrada 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 GARBIALDI, S.A. (en adelante, GARBIALDI) contra el acuerdo de exclusión del contrato “Servicio de recogida y transporte de residuos municipales y limpieza viaria”, tramitado por el Ayuntamiento de VALLE DE TRÁPAGA-TRAPAGARAN.

SEGUNDO: El día 29 de junio se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron la 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). Dicha documentación se recibió el 1 de julio.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 2 de julio, no se ha recibido alegación alguna.





II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de J.A.S.L. 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 superen los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2. b) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso: «b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.»

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 Valle de Trápaga-Trapagaran 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 síntesis, en los siguientes argumentos:

- a) El motivo que ha originado la exclusión se basa en un error material cometido por la recurrente consistente en una equivocación en el “color de fondo” de algunas celdas referidas a las frecuencias de recogida en los contenedores de superficie, habiéndose intercambiado el color azul y el amarillo. Esta errata no implica que la intención de GARBIALDI fuera la de incumplir el PCT, pues de la lectura íntegra de la oferta se puede inferir inequívocamente el compromiso de cumplir íntegramente dicho pliego técnico.
- b) GARBIALDI considera que este tipo de errores son subsanables o debió ser objeto de solicitud de aclaración como se hizo con la oferta de ENVISER.
- c) La oferta de GARBIALDI incluye las horas y medios humanos necesarios para el cumplimiento íntegro del servicio con las frecuencias establecidas en el pliego.
- d) Se ha vulnerado el derecho de acceso al expediente, pues no se le ha permitido acceder a la oferta de ENVISER.
- e) Finalmente, solicita la anulación el acuerdo de exclusión de la recurrente con retroacción del procedimiento al momento de valoración de las ofertas; subsidiariamente, determinada la nulidad de la exclusión por infracción del principio de igualdad se determine que han de solicitarse aclaraciones a la



recurrente por su oferta; subsidiariamente a esto último se acuerde el acceso a la oferta de ENVISER en la parte en que el OARC/KEAO no la declare como confidencial.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con las siguientes alegaciones:

- a) No procedía solicitar aclaración de la oferta, pues inevitablemente hubiera supuesto una modificación de la misma al haber un incumplimiento claro e indubitado. Es decir, aunque pudiera considerarse que existía un error en la oferta, dicho error era insubsanable.
- b) Es exigible que las proposiciones se ajusten en su descripción técnica al contenido del pliego de prescripciones técnicas sin necesidad de que el PCAP prevea expresamente dicho motivo excluyente.
- c) La recurrente ha podido tener acceso al expediente de licitación para formalizar un recurso debidamente fundado.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis del recurso debe partir de lo establecido en los pliegos que rigen la licitación, que por no haber sido impugnados en tiempo y forma vinculan al poder adjudicador y a los participantes en el procedimiento de adjudicación:



a) Anexo II del PCT

LISTADO DE CONTENEDORES DE 1.000 L. DE R.S.U. DE CARGA TRASERA EN SUPERFICIE					
UBICACION	TIPO DE BASE				FRECUENCIA DE RECOGIDA
	4 uds.	3 uds.	2 uds.	1 uds.	
c/. Funikular junto estación				1	(3 días/semana)
Campo de fútbol Errotarte			1		(3 días/semana)
Alto Alday – La Casería				1	(3 días/semana)
c/. Txurruka junto al nº 10			1		Diario (365 días/año)
c/. Guipuzkoa frente al nº 6				1	(3 días/semana)
Barrio de Zaballa junto al matadero				1	(3 días/semana)
Barrio de Zaballa junto al nº 8				1	(3 días/semana)
Travesía de Ugarte nº 3 en el Barrio de Ugarte				1	Diario (365 días/año)
Carretera el Juncal en el Barrio de Ugarte		1			Diario (365 días/año)
Barrio del Juncal				1	Diario (365 días/año)
Barrio de Galindo			1		Diario (365 días/año)
Barrio de Salcedillo				1	(3 días/semana)
Carretera de Salcedillo nº 7				1	(3 días/semana)
Barrio Elguero				1	(3 días/semana)
Barrio de Escontrilla Alta junto al nº				1	(3 días/semana)
Barrio de Escontrilla Alta junto al nº				1	(3 días/semana)
Barrio de Las Losinas				1	(3 días/semana)
Barrio de La Reineta nº 6				1	(3 días/semana)
Barrio de La Arboleda cementerio			1		(3 días/semana)
Barrio de Las Delicias				1	(3 días/semana)
P. I. Aurrera - manzana 1			1		Diario (365 días/año)
P. I. Aurrera - manzana 8b			1		Diario (365 días/año)
Eroski			1		Diario (365 días/año)
Accesos solución sur por Trápaga			1		(3 días/semana)

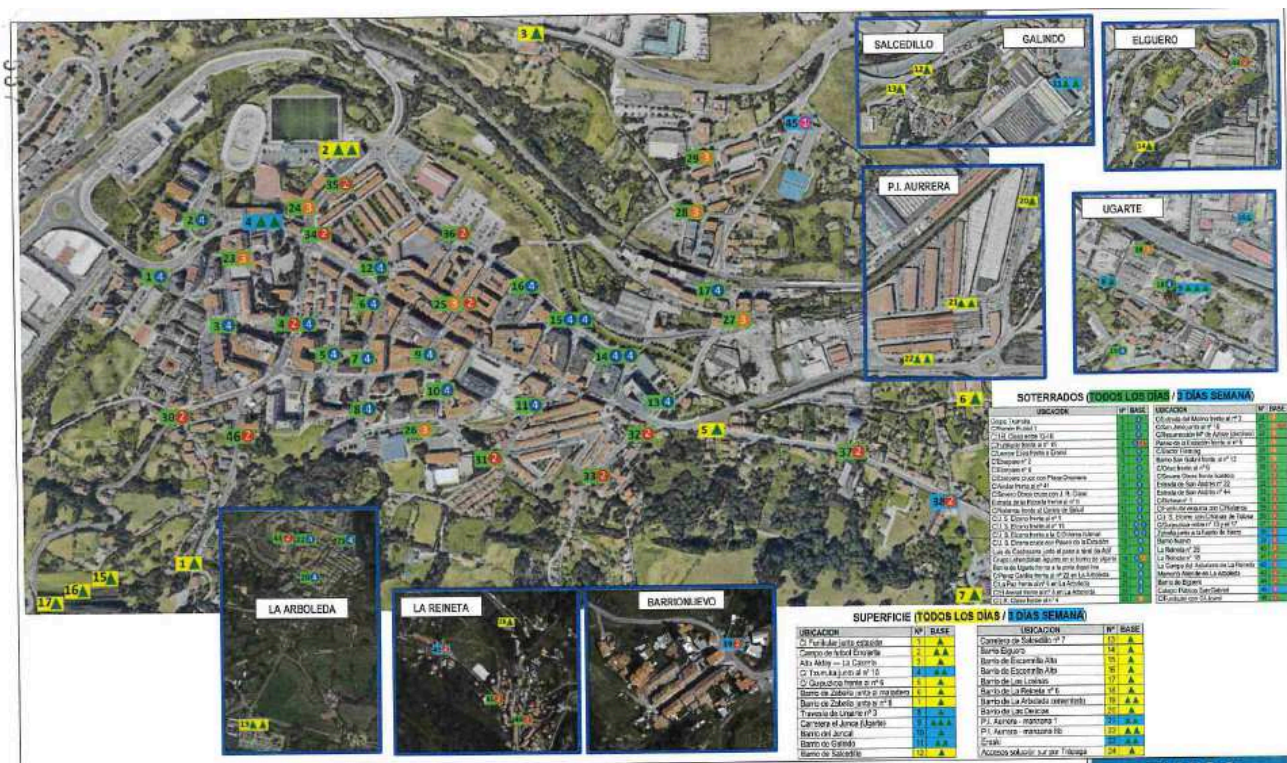


b) Documentación presentada por el recurrente

CONTENEDORES DE 1.000 L. DE R.S.U. DE CARGA TRASERA EN SUPERFICIE
(TODOS LOS DÍAS / 3 DÍAS SEMANA)

UBICACION	Nº	BASE
C/ Funikular junto estación	1	▲
Campo de fútbol Errotarte	2	▲▲
Alto Alday — La Casería	3	▲
C/ Txurruka junto al nº 10	4	▲▲
C/ Guipuzkoa frente al nº 6	5	▲
Barrio de Zaballa junto al matadero	6	▲
Barrio de Zaballa junto al nº 8	7	▲
Travesía de Urgarte nº 3	8	▲
Carretera el Junca (Ugarte)	9	▲▲▲
Barrio del Juncal	10	▲
Barrio de Galindo	11	▲▲
Barrio de Salcedillo	12	▲

UBICACION	Nº	BASE
Carretera de Salcedillo nº 7	13	▲
Barrio Elguero	14	▲
Barrio de Escontrilla Alta	15	▲
Barrio de Escontrilla Alta	16	▲
Barrio de Las Losinas	17	▲
Barrio de La Reineta nº 6	18	▲
Barrio de La Arboleda cementerio	19	▲▲
Barrio de Las Delicias	20	▲
P.I. Aurrera - manzana 1	21	▲▲
P.I. Aurrera - manzana 8b	22	▲▲
Eroski	23	▲▲
Accesos solución sur por Trápaga	24	▲



En síntesis, el recurso se fundamenta en que el error cometido por la recurrente a la hora de señalar las frecuencias de recogida (prescripción técnica) es material y, por ende, subsanable, y sin que pueda entenderse que ha existido una voluntad de incumplir las prescripciones técnicas. Además, se pide el acceso al expediente; esta petición debe analizarse en primer lugar, ya que su estimación implicaría conceder un plazo adicional para completar el recurso.



a) Sobre la petición de acceso al recurso

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).

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

- 1) La recurrente solicita como pretensión principal que se anule su exclusión y, subsidiariamente, para el caso de no acordar lo anterior, se le conceda el acceso al expediente. Como se ha expuesto anteriormente, la finalidad de acceder al expediente es evitar la indefensión del recurrente de tal manera que no sea la causa de un recurso especial insuficiente o carente de fundamentación jurídica. Pues bien, en el presente caso el recurrente ha podido fundamentar su escrito de impugnación sin necesidad de acceder al expediente.
- 2) GARBIALDI solicita el acceso a la oferta de ENVISER y, sin embargo, el objeto de la impugnación es la exclusión de la recurrente por un presunto incumplimiento de las prescripciones técnicas establecidas en el PPT; consecuentemente, desconocer la oferta de ENVASER no genera indefensión a la recurrente, cuyo motivo de impugnación es la exclusión de su oferta y no la admisión de la oferta de otra licitadora.

En definitiva, el motivo que ha provocado la exclusión de la oferta de la recurrente no requiere de acceso a la oferta de la otra licitadora, pues nada le puede aportar



en su defensa, vía recurso especial, de la ilegalidad del acto impugnado. En consecuencia, y considerando este Órgano que no ha existido indefensión que le haya impedido fundamentar adecuadamente su recurso, no procede acceder a la petición de acceso al expediente.

b) 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).

c) Sobre el error cometido y el incumplimiento de las prescripciones técnicas por parte de GARBIALDI

A partir de la doctrina expuesta, a juicio de este Órgano la contraposición entre la proposición de la recurrente y el PPT es evidente y reconocida por la recurrente en lo relativo a las frecuencias de recogida (“lo que está en fondo amarillo debería ser azul y viceversa”) y, en consecuencia, el motivo impugnatorio debe ser desestimado por los siguientes argumentos:

- 1) A juicio de este OARC/KEAO, no cabe alegar como hace la recurrente que nos encontramos ante un mero error material o, de hecho. Por el contrario, 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 que permita entender que la verdadera intención del licitador sea distinta de la que meridianamente ha expresado, que es ejecutar la prestación con unas frecuencias distintas a las exigidas por el PPT en la recogida de los contenedores de 1.000 L. de carga trasera en superficie. En este sentido, no cabe aceptar el argumento consistente en la genérica declaración efectuada por la recurrente en su oferta de que el objeto del contrato se ejecutará cumpliendo las especificaciones



señaladas en el PPT, pues dicha afirmación no puede salvar cualquier contenido concreto de la oferta contrario a los pliegos ya que, por reducción al absurdo, esa interpretación podría llegar a convertir en superfluo el análisis de la adecuación al PPT de cualquier apartado de la oferta que no fuera la propia afirmación genérica.

- 2) Por otra parte, la operación que solicita realizar la recurrente para enmendar su error, al margen de implicar un juicio valorativo que contraviene la propia naturaleza del error material, consistente en intercambiar los colores de fondo de las frecuencias de recogida “lo que está en fondo amarillo debería ser azul y viceversa”, supondría seguir incumpliendo la frecuencia de recogida, al menos, en una de las ubicaciones de dichos contenedores (P.I. Aurrera-manzana 8b) lo que conllevaría igualmente a la exclusión de su oferta. Y en todo caso, dicha operación 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).
- 3) Tampoco puede estimarse el alegato relativo a la infracción del principio de igualdad derivada de la solicitud de aclaraciones a ENVISER y la exclusión directa de GARBIALDI, pues mientras en la oferta de la primera el poder adjudicador ha encontrado contradicciones entre la memoria y la documentación gráfica y otra serie de ambigüedades que le han generado dudas y por ello solicita aclaraciones, en la proposición de la segunda ha apreciado un incumplimiento manifiesto en las frecuencias de recogida en los contenedores de carga trasera en superficie que no ha requerido de aclaración alguna por su propia evidencia, al margen de que fuera un error o no. Es decir, la situación de inicio de ambas licitadoras era distinta y, por



tanto, la actuación del poder adjudicador podía ser diferente respecto a ellas sin quebrantar el principio de igualdad de trato.

- 4) Por último, 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 141/2019 del OARC / KEAO y la STJUE de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191). Asimismo, debe insistirse en la obligación de los licitadores de adecuar las ofertas presentadas a lo establecido en los Pliegos, pues de lo contrario la consecuencia necesaria del incumplimiento (en el presente caso, el incumplimiento de las frecuencias de recogida de residuos es claro, es decir, se refieren a unos elementos objetivos definidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas) es la exclusión de la oferta presentada. En definitiva, como bien conoce la recurrente por su condición de participante habitual en este tipo de licitaciones, el poder adjudicador no puede adjudicar el contrato a una oferta que incumple las prescripciones técnicas o que no garantiza su respeto.

d) Conclusión

Por todo lo anteriormente manifestado, y siendo el error cometido únicamente imputable a la falta de diligencia de la recurrente a la hora de elaborar su proposición, procede desestimar el recurso interpuesto y confirmar el acto impugnado.

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 en materia de contratación interpuesto por la empresa GARBIALDI, S.A. contra el acuerdo de exclusión del contrato “Servicio de recogida y transporte de residuos municipales y limpieza viaria”, tramitado por el Ayuntamiento de VALLE DE TRÁPAGA-TRAPAGARAN.

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

TERCERO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP, 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, 2021eko irailaren 30a

Vitoria-Gasteiz, 30 de septiembre de 2021