



EB 2023/067

Resolución 156/2023, de 11 de agosto, 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 GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA, S.A. contra la adjudicación del contrato “Concesión del servicio de abastecimiento y alcantarillado de Zumarraga”, tramitado por el Ayuntamiento de Zumarraga.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 21 de marzo de 2023 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 la empresa GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA, S.A. (en adelante, GESTAGUA) contra la adjudicación del contrato “Concesión del servicio de abastecimiento y alcantarillado de Zumarraga”, tramitado por el Ayuntamiento de Zumarraga.

SEGUNDO: El día 22 de marzo 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 29 del mismo mes.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 30 de marzo, con fecha 11 de abril se recibió un escrito de alegaciones suscrito por las empresas





VANAGUA, S.L.U. y GLOBAL OMNIUM MEDIOAMBIENTE, S.L., que concurrieron a la licitación con compromiso de constituirse en una Unión Temporal de Empresas (en adelante, “la UTE”), adjudicataria impugnada.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de I.A.G., 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 concesión de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de 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 Zumarraga tiene la condición de poder adjudicador, concretamente 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) GESTAGUA alega que se le ha denegado el acceso a la mayor parte de la oferta de la adjudicataria por haber sido declarada confidencial con escasa motivación, lo que le ha supuesto indefensión.
- b) La oferta de la adjudicataria incumple los pliegos y debió ser excluida porque propone una única limpieza de la red de saneamiento y alcantarillado cuando los pliegos exigían tres, siendo este uno de los aspectos principales de los costes de la concesión; la recurrente alega que cumplir con esta prescripción le hubiera supuesto a la adjudicataria un sobrecoste de 27.796,36 euros, por lo que es posible que la adjudicataria haya reducido los servicios para ser más agresivo en su oferta económica. Por ello, en todo caso, aunque se interpretara que se satisface la exigencia de las tres limpiezas, la oferta sería económicamente inviable.
- c) Finalmente, se solicita la anulación de la adjudicación y la exclusión de la oferta de la adjudicataria impugnada.

SÉPTIMO: Alegaciones de la UTE adjudicataria

La UTE adjudicataria entiende que el recurso debe desestimarse por las siguientes razones:

- a) Se alega que el poder adjudicador ha aplicado correctamente la normativa sobre confidencialidad del expediente y que todas las licitadoras han calificado como confidenciales prácticamente los mismos contenidos de sus proposiciones, por lo que la pretensión de acceso de GESTAGUA es contraria a sus propios actos; además, no se aprecia que la falta de acceso haya supuesto indefensión alguna.
- b) La oferta de la UTE adjudicataria cumple con los pliegos que rigen el procedimiento de adjudicación. Se alega que, además del mínimo de tres limpiezas anuales de la red de saneamiento y alcantarillado (incluido en la simple



presentación de la oferta según el artículo 139.1 LCSP y la doctrina de los tribunales de recursos y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y que se realizará con medios propios), se ofrece una limpieza con medios externos para que se puntúe como uno de los criterios evaluables mediante juicio de valor. Por ello, no puede hablarse ni de incumplimiento del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) ni de inviabilidad de la proposición. Se alega también que la oferta ya menciona expresamente las tres citadas limpiezas, las cuales se contemplan en la estructura de costes del servicio. Por otro lado, este motivo de recurso se basa en un informe de valoración del que no se desprende la infracción de los pliegos que lo sustenta.

c) Se solicita la imposición de una sanción por mala fe en la interposición del recurso.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El Ayuntamiento de Zumarraga se opone a la estimación del recurso con los argumentos que se resumen a continuación:

a) No ha habido indefensión de la recurrente por falta de acceso al expediente, como lo prueba la misma presentación de un recurso suficientemente fundado; además, se solicita el acceso a una información que el propio recurrente ha declarado confidencial en sus propias proposiciones.

b) El artículo 6.2 del PPT exige de los licitadores la redacción de un plan de limpiezas de red, justificando las frecuencias, para una previsión de un mínimo de tres limpiezas anuales. La oferta de la adjudicataria satisface este requerimiento, como se deduce de sus apartados 1.1.1.2, 1.2.6.1, 1.2.6.2 y 1.7.3.1

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, la impugnación se basa en (i) la denegación del acceso al expediente, que habría producido la indefensión de la recurrente y (ii) el incumplimiento de los



pliegos por la oferta del adjudicatario impugnado, lo que debió suponer su exclusión. El análisis del recurso debe partir del contenido relevante de los pliegos, que rigen la licitación vinculando a los que en ella participan y al poder adjudicador por no haber sido impugnados en tiempo y forma:

PPT

CAPÍTULO 1. CONDICIONES GENERALES Y DEFINICIÓN DEL SERVICIO

(...)

Artículo 6. Descripción de las actividades de los servicios objeto de contratación

(...)

2. El servicio de gestión del alcantarillado comprenderá las siguientes prestaciones:

- Gestión, conservación y mantenimiento de todos los elementos de la red de saneamiento de aguas residuales y pluviales, para lo cual deberá incluir en su oferta un plan sistemático de limpieza de la red, con estudio justificativo de frecuencia, que deberá cubrir, al menos, tres limpiezas anuales de la totalidad de la red, incluyendo conductos, imbornales y pozos de registro. Igualmente incluirá en su oferta un plan para la gestión de mantenimiento de los grupos de bombeo.

(...)

Anexo I del PCAP, Características del contrato

23 Criterios de adjudicación. (Cláusula 19 y 28)

(...)

23.1 CRITERIOS EVALUABLES MEDIANTE JUICIO DE VALOR, HASTA 45 PUNTOS.

(...)

Las proposiciones de los licitadores deberán ajustarse a las condiciones de formato previstas en el presente Pliego. Asimismo, se exigirá que las proposiciones se ajusten en su descripción técnica a las prescripciones técnicas contenidas en el Pliego Técnico, no siendo necesario que recojan expresa y exhaustivamente todas y cada una de las prescripciones previstas, sino exclusivamente aquellas que sean necesarias para proceder a la valoración de la adecuación de las ofertas al cumplimiento del objeto de contrato.

(...)

A dicho efecto se verificará el cumplimiento de las prestaciones técnicas mínimas exigidas por el Pliego de Prescripciones Técnicas de la licitación y se redactará un informe en el que se identificarán las empresas que cumplen las prescripciones técnicas mínimas exigidas y las que no y en el que se evaluarán las ofertas que cumplen en base a los criterios expuestos.

(...)



A la vista de lo anterior, de las alegaciones de los interesados y del resto de la documentación que consta en el expediente, se exponen a continuación las apreciaciones de este Órgano sobre la viabilidad de la pretensión.

a) Sobre la denegación del acceso al expediente

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). 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 de acceso solicitada 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 contrario 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 y 030/2021).

Aplicado lo anterior al caso analizado, este Órgano considera que no procede el acceso requerido por la recurrente por los motivos que se exponen a continuación:

- 1) GESTAGUA ha presentado un recurso cuyo argumento es el incumplimiento por la adjudicataria de los pliegos que rigen la licitación. El recurso está suficientemente fundado, pues identifica claramente la infracción denunciada y argumenta extensamente las razones que sustentan la impugnación. Consecuentemente, este Órgano no observa que haya producido indefensión alguna.
 - 2) Por otro lado, GESTAGUA pretende el acceso a datos que ella misma ha considerado confidenciales para su propia oferta, lo que es una actuación contraria a la buena fe, como ya se ha señalado anteriormente.
- b) Sobre el incumplimiento de las prescripciones técnicas por la oferta de la adjudicataria

GESTAGUA alega, en síntesis, que la oferta de la adjudicataria debe ser excluida por incumplir los pliegos porque no contempla tres limpiezas anuales de la red de saneamiento y alcantarillado. Sobre esta cuestión, se observa lo siguiente:



b 1) Doctrina general sobre la apreciación del incumplimiento de los pliegos por las ofertas de los licitadores

Tal y como ha expuesto reiteradamente este Órgano (ver, por todas, su Resolución 73/2023, así como la sentencia del Tribunal Supremo de 29/11/2021, nº 1392/2021, ECLI:ES:TS:2021:4369 y la jurisprudencia anterior que cita), no es necesario que las ofertas acrediten expresamente el cumplimiento de todas y cada una de las prescripciones técnicas del contrato porque la mera presentación de la proposición ya supone el acatamiento de la documentación contractual, según el artículo 139.1 de la LCSP. No obstante, cabe la exclusión de una oferta cuando

- (i) no incluya la acreditación, solicitada expresamente por los pliegos, del cumplimiento de una prescripción, o
- (ii) cuando su contenido se oponga frontalmente a dichos pliegos.

b 2) Sobre la solicitud de exclusión de la oferta de la adjudicataria

Aplicada esta doctrina al caso analizado, el motivo del recurso debe estimarse por las siguientes razones:

- 1) El apartado 6.2 del PPT establece la prescripción a la que se refiere la recurrente que, en síntesis, consiste en una gestión del servicio de alcantarillado que cubra, al menos, tres limpiezas anuales de la totalidad de la red, incluyendo conductos, imbornales y pozos de registro. Además, se establece que la oferta incluirá un plan sistemático que cubra este requisito mínimo. En el mismo sentido, el apartado 23.1 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), Características del Contrato, establece que las proposiciones se ajustarán en su descripción técnica a las prescripciones del PPT, no siendo necesario que se recojan todas y cada una de las prescripciones, pero sí las que sean necesarias para valorar la adecuación de la oferta al cumplimiento del objeto del contrato.



2) Por su parte, la oferta técnica de la adjudicataria, en su documento 5, titulado “Plan de gestión, explotación, mantenimiento y conservación de las instalaciones y redes de alcantarillado”, en el apartado 1.2.6, señala:

- (i) “La UTE VANAGUA – GOMSL se compromete a limpiar anualmente el 100% de la red de alcantarillado...” (página 52, epígrafe 1.2.6.1 Limpieza de la red de alcantarillado).
- (ii) “La UTE VANAGUA – GOMSL propone la realización de la limpieza de 100% de la red de alcantarillado al año, incluido los imbornales, en función del grado de ensuciamiento de los tramos...” (página 54, epígrafe 1.2.6.2 Operaciones periódicas de limpieza preventiva y correctiva).
- (iii) En la página 54 consta un cuadro con las siguientes frecuencias:

Red alcantarillado Zumárraga	Porcentaje (%)	Total Metros Red	Frecuencia	Carga Trabajo (horas hombre)
Limpieza Red Alcantarillado	100%	54.601	Anual	19%

(...)

Elementos	Nº	Frecuencia (nº veces/año)	Nº veces/año	Rdto. (uds/h)	horas/año
EBARS	1	1	1	0,50	2,00
Imbornales (Equipo de FHL)	1.390	3	4.170	70,00	59,57
Rejas	230	3	690	60,00	11,50

3) Frente a los contenidos de la oferta expuestos en el apartado 2) anterior, que indican claramente la voluntad de proponer un plan de mantenimiento que no cumple la frecuencia de tres veces al año para la limpieza de todos los elementos de la red, la adjudicataria alega que su oferta (página 54, epígrafe 1.2.6.2 a), documento 5) señala que “Además, se limpiarán los imbornales o sumideros del sistema de alcantarillado de Zumarraga también con frecuencia de 3 veces / año, haciendo especial hincapié en las épocas de lluvias con equipo especializado de limpieza con agua a presión de RioNed instalado en Furgón”. Esta mención es reiterativa de lo que ya se expresa en el cuadro de frecuencias para la limpieza de imbornales y se refiere tan solo a este elemento de la red. Sin embargo, los pliegos exigen que la frecuencia de limpieza de tres veces al año tiene por objeto la totalidad de la red; por lo tanto, esta propuesta no sirve para desmentir la incompatibilidad entre la oferta y los pliegos.



- 4) La inclusión en la oferta impugnada de contenido incompatible con el PPT supone su exclusión del procedimiento de adjudicación. Según la reiterada doctrina de este Órgano (ver, por todas, su Resolución 52/2023), 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; consecuentemente, no cabe relativizar u obviar su alcance ni adjudicar el contrato a una oferta que las incumple o que no garantiza su respeto. En este sentido, debe recordarse que las características técnicas las determina el 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. Asimismo, el principio de igualdad de trato (artículo 1.1 LCSP) exige que todas las proposiciones sean conformes a los pliegos para garantizar una comparación objetiva entre las proposiciones presentadas (ver los apartados 37 y siguientes de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22/6/1993, asunto C-243/89, ECLI: EU:C:1993:257). Finalmente, el apartado 23.1 del Anexo I del PCAP establece que la evaluación de las ofertas se producirá después de verificar el cumplimiento de las prescripciones técnicas mínimas exigidas por el PPT y únicamente para las proposiciones que las cumplan.

c) Conclusión

A la vista de todo lo anterior, el recurso debe estimarse.

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:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso interpuesto por la empresa GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA, S.A. contra la adjudicación del contrato “Concesión del servicio de abastecimiento y alcantarillado de Zumarraga”, tramitado por el Ayuntamiento de Zumarraga, anulando la adjudicación y ordenando la retroacción de actuaciones hasta el momento inmediatamente anterior al dictado de dicho acto, con exclusión de la oferta de GLOBAL OMNIUM MEDIO AMBIENTE, S.L. – VANAGUA, S.L.U.

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: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.4 LCSP, requerir al poder adjudicador para que dé cuenta este Órgano de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

QUINTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2023ko abuztuaren 11

Vitoria-Gasteiz, 11 de agosto de 2023