



EB 2024/052

Resolución 172/2024, de 24 de septiembre, 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 DORLET, S.A.U. contra la adjudicación del contrato “Proyecto de instalación de las cerraduras electrónicas con control de acceso a instalar en los contenedores de fracción orgánica situados en los municipios de la Mancomunidad Comarcal de Debabarrena”, tramitado por BADESA, S.A.U.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 21 de marzo de 2024 ha tenido 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 DORLET, S.A.U. contra la adjudicación del contrato “Proyecto de instalación de las cerraduras electrónicas con control de acceso a instalar en los contenedores de fracción orgánica situados en los municipios de la Mancomunidad Comarcal de Debabarrena”, tramitado por BADESA, S.A.U.

SEGUNDO: El 22 de marzo este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió el día 27 de marzo de 2024.



TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 2 de abril, se han presentado, con fecha 9 de abril, las alegaciones de SEIGARBOST, S.L., adjudicataria impugnada (en adelante, SEIGARBOST).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Representación y legitimación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de A.G.A., que actúa en nombre y representación de DORLET, S.A.U.

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

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de suministro cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 c) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, BADESA tiene la condición de poder adjudicador, aunque no de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Alegaciones del recurso

Las alegaciones de la recurrente son, en síntesis, las siguientes:

- a) La oferta de la adjudicataria debió ser excluida por los siguientes motivos:
- De la oferta se deduce que puede que no sea posible gestionar ciertas máquinas expendedoras a través de la Plataforma Moonshot, por lo que el precio ofertado sería superior, ya que no se trataría de integrar su plataforma, sino de sustituirlas o reemplazarlas. La citada integración es imposible para SEIGARBOST porque la marca JOFEMAR tiene una relación de partenariatio exclusiva con DORLET en el sector de la gestión de residuos.
 - No es posible ejecutar el contrato con base en los precios ofertados por el mantenimiento de las máquinas expendedoras de SEIGARBOST (84 euros por unidad), pues al no mediar partenariatio no serán inferiores a 150 euros por dispositivo y actuación. En el caso de que suministren sus máquinas quizás podrían hacerlo, pero debe recordarse que SEIGARBOST oferta la integración, no la sustitución.
- b) El recurrente alega que la documentación presentada por SEIGARBOST no justifica la anormalidad de su oferta y no se ajusta a lo solicitado por la Mesa de Contratación, a pesar de lo cual el poder adjudicador considera justificada la anormalidad, lo que supone que la aceptación de la proposición es arbitraria.
- c) El poder adjudicador amplió el plazo de diez días para la presentación de documentación por el licitador que ha presentado la oferta más ventajosa (artículo 150.2 LCSP), sin que de la vista del expediente se deduzca a qué se debe la ampliación. No obstante, la circunstancia se pone de manifiesto para que el OARC / KEAO verifique si dicha ampliación fue correcta.
- d) El acta de la Mesa de Contratación hace referencia al informe técnico correspondiente (no publicado en la plataforma de contratación) pero no indica

qué se ha puntuado ni cómo se ha llevado a cabo la atribución de puntuaciones. Una vez que la recurrente accedió al informe técnico, considera que este documento tampoco motiva las puntuaciones de los criterios “Propuesta del servicio de acceso y uso de la plataforma” y “Calidad del servicio de mantenimiento propuesto”. Además, que no pudo acceder a la valoración del criterio “Descripción de la plataforma de gestión y aplicación software” por haber declarado SEIGARBOSTBOST confidencial este apartado.

e) Finalmente, se solicita:

- (I) la anulación de la adjudicación, la exclusión de la oferta de SEIGARBOST y el requerimiento a la recurrente de la documentación prevista en el artículo 150.2 LCSP.
- (II) subsidiariamente, que se anule la adjudicación y se retrotraigan las actuaciones para que se motive adecuadamente la aplicación de los criterios sujetos a juicio de valor.

SÉPTIMO: Alegaciones de SEIGARBOSTBOST BOST

El adjudicatario impugnado alega lo siguiente:

a) El Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (en adelante, PPT) permite y pone al mismo nivel la sustitución y modificación de las máquinas expendedoras, lo que indica que BADESA conoce que hay operadores económicos con soluciones de software y máquinas expendedoras que tienen las mismas funcionalidades y características que las actualmente instaladas. En este sentido, la actuación del poder adjudicador ha sido correcta, pues (i) ha definido las características y funcionalidades de las máquinas y el software, (ii) responde a una consulta indicando la marca y el modelo de las actuales máquinas y (iii) permite que las máquinas sean sustituidas por otras que cumplan las funcionalidades mínimas recogidas en el PPT. Por todo ello, la afirmación de que no puede aceptarse la baja de licitación de SEIGARBOST carece de sentido porque la integración puede hacerse sobre las mismas máquinas de BADESA y

porque la integración del software se puede efectuar sobre las máquinas de SEIGARBOST, cuyo precio es menor que las actuales, de JOFEMAR. Por otro lado, no se observa que la propuesta de sustitución de máquinas expendedoras (en lugar de modificarlas) fuera a perjudicar al poder adjudicador o se oponga al PPT. En todo caso, las máquinas expendedoras son una parte muy reducida del presupuesto del contrato (un 4,73%).

b) Sobre la imposibilidad de ejecutar el mantenimiento conforme a los precios ofertados, la propia recurrente admite que, si SEIGARBOST suministrara sus propias máquinas, quizás podría hacerlo. Además, la recurrente parte de que será la propia JOFEMAR la encargada del mantenimiento, por lo que su precio no bajará de los 150 euros. Sin embargo, el apartado 6 del PPT establece que el mantenimiento lo realizará la empresa que implante el Sistema de Digitalización y su puesta en marcha, por lo que podría entenderse que subcontratar esta tarea a JOFEMAR sería un incumplimiento de los pliegos. En el caso de SEIGARBOST el mantenimiento lo prestará la propia empresa al precio ofertado.

c) Por lo que se refiere a la falta de mención específica a las máquinas expendedoras para justificar la baja, se alega que la anormalidad de una oferta debe apreciarse en relación con su globalidad. Asimismo, se alega que la justificación presentada responde a lo solicitado por el poder adjudicador, que dispone de un amplio margen para apreciar su suficiencia.

d) La motivación de la aceptación de la baja es suficiente, teniendo en cuenta el requerimiento de información, la documentación aportada y que no es precisa la motivación exhaustiva de la aceptación de la oferta inicialmente sospechosa de anormalidad.

e) La concesión de un plazo de subsanación en la presentación de la documentación a la que se refiere el artículo 150.2 LCSP es un trámite preceptivo y común en los procedimientos de adjudicación y no supone ningún trato de favor para el licitador que ha presentado la mejor oferta.

f) La recurrente pretende sustituir los juicios de valor del informe técnico que sustenta la adjudicación, amparados por la discrecionalidad técnica, por los suyos propios, y solicita una valoración exhaustiva que no es posible a la vista de la documentación que los propios pliegos requerían a los licitadores. La motivación del informe, en cuanto a la parte declarada confidencial por SEIGARBOST, se ajusta al artículo 133 LCSP por implicar información restringida. Se alega que la valoración es correcta y enumera los criterios tenidos en cuenta y los aspectos relevantes de cada oferta.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

En síntesis, el poder adjudicador se opone a la estimación del recurso por las siguientes razones:

a) Las máquinas expendedoras de bolsas compostables a las que se refiere la recurrente son propiedad exclusiva de BADESA, que puede modificar a su criterio su electrónica y sistema de comunicación, sin que exista un contrato que vincule al poder adjudicador con DORLET o con JOFEMAR ni conste derecho de exclusividad alguno. Se alega que de un intercambio de correos entre la recurrente y BADESA se deduce que el lector de las máquinas estaría incluido, si fuese necesario, en el contrato de suministro ahora impugnado, por lo que DORLET conocía la inexistencia de reserva de exclusividad alguna, sin que impugnara los pliegos en su momento. A la vista del apartado 5.2 del PPT, que indica que se aceptará como válida la sustitución o modificación de las máquinas expendedoras, sin que ello suponga coste adicional, la oferta de SEIGARBOST es perfectamente aceptable.

b) El mantenimiento preventivo de las máquinas expendedoras requerido en el apartado 6.2 del PPT no tiene que ver con la interpretación de la recurrente, que alega de nuevo la exclusividad de JOFEMAR, por lo que son procedentes los mismos argumentos expuestos en el apartado a) anterior. En cuanto a la falta de mención del mantenimiento preventivo en la justificación de la baja, se alega la escasa cuantía de este concepto en relación con la globalidad del contrato.

c) El acuerdo de aceptación de la oferta inicialmente sospechosa de anormalidad se adoptó a la vista de la justificación aportada, sin que se aprecie base para la exclusión de la proposición.

d) La concesión de un plazo adicional para subsanar la documentación no es un trato de favor y evita una exclusión que sería desproporcionada.

e) Consta en el expediente los informes técnicos de evaluación de las ofertas, que motivan suficientemente la adjudicación.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En resumen, el recurso se basa en tres motivos:

- (i) La oferta debió ser excluida por no justificarse suficientemente su anormalidad y no estar debidamente motivada su aceptación por BADESA.
- (ii) La aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a evaluación mediante juicios de valor no está adecuadamente motivada.
- (iii) La recurrente duda que la ampliación del plazo para la presentación de la documentación a la que se refiere el artículo 150.2 LCSP (requerida al licitador que haya presentado la oferta calificada como más ventajosa previamente a dictar la adjudicación en su favor)

A continuación, se exponen las apreciaciones de este Órgano sobre dichos motivos.

a) Sobre la anormalidad de la oferta de la adjudicataria

DORLET alega que la justificación de la baja anormal presentada por SEIGARBOST es insuficiente y que la aceptación de su oferta no está suficientemente motivada. Sobre esta cuestión, se observa lo siguiente:

- 1) El requerimiento de justificación enviado por el poder adjudicador a SEIGARBOST después de comprobar que su oferta se encontraba en presunción de anormalidad (páginas 413-414 del expediente) se limita a reproducir los apartados correspondientes de los pliegos y otros antecedentes para finalizar requiriendo al licitador para que “justifique y desglose, razonada y detalladamente, el bajo nivel de precios, o de costes, o cualquier otro parámetro objetivo, en base al cual, se haya definido la anormalidad de la oferta”; añade que la justificación se podrá basar, entre otros motivos, en el ahorro que permita la forma de prestar los servicios, las soluciones técnicas adoptadas o condiciones especialmente favorables y en el respeto de obligaciones medioambientales, sociales, laborales y de subcontratación, no siendo admisibles precios por debajo del mercado.
- 2) La respuesta de SEIGARBOST (página 416 del expediente) responde al requerimiento señalando que:
 - (i) La proposición se basa en parámetros objetivos, sólidos y justificados que permiten cubrir un área de servicio de mantenimiento propio en municipios próximos a la Mancomunidad de Debabarrena.
 - (ii) La propuesta integra una solución técnica diseñada específicamente para los dos modelos de contenedor de la licitación operativos en otras localidades, ya experimentados y de coste contenido.
 - (iii) El modelo de negocio de la empresa pivota sobre el diseño y suministro de hardware y en la puesta a disposición del cliente de una plataforma web y una aplicación móvil fácil de usar con ingresos recurrentes por servicios de conectividad.
 - (iv) Su compromiso medioambiental (baterías recargables, reciclaje de componentes...)
 - (v) Finalmente, la empresa asegura que sus capacidades permiten ejecutar la prestación contractual en los términos ofertados.

- 3) El informe que sustenta la aceptación de la justificación de la baja (página 418 del expediente), después de exponer los antecedentes del procedimiento de verificación justifica la aceptación de la proposición de la siguiente forma:

“A partir del informe facilitado por “SEIGARBOST, D.L.” y con las aclaraciones solicitadas, se concluye que “SEIGARBOST, S.L.” resuelve y queda justificado, inicialmente, la Baja Temeraria, en la que incurría y puede prestar el suministro de cerraduras magnéticas en los contenedores de biorresiduos, que incluye la desinstalación de los cierres actuales (Exp. Núm. 20/23 – B).

Por todo ello, conforme a la documentación aportada por “SEIGARBOST, S.L.”, se justifica el cálculo del coste del cómputo total, incluyendo las mínimas exigidas en el pliego. Siendo que el importe total calculado coincide con la oferta económica de su propuesta.”

- 4) De lo expuesto en los apartados 1) a 3) anteriores se deduce lo siguiente:

- El requerimiento de justificación de la baja se limita a reproducir (parcialmente) el artículo 149 .4 LCSP en lo referido a las condiciones de la oferta que, en particular, pueden alegarse por el licitador para justificar la baja anormal. Sin embargo, no se especifican los concretos aspectos de la proposición que se consideran sospechosos, más allá de la mera incursión en el umbral de anomalía. Este contenido infringe el propio artículo 149.4 LCSP, que pide que la petición de información que se dirija al licitador se formule claramente, de modo que éste pueda justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta (ver, entre otras, las Resoluciones 196/2019, 7/2021 y 14/2024, así como los apartados 51 y siguientes de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27/11/2001, asuntos C-285/99 y C-286/99, ECLI:EU:C:2001:640).
- La justificación aportada por SEIGARBOST se basa en referencias genéricas a sus compromisos medioambientales, a sus capacidades técnicas o económicas y a “parámetros objetivos, sólidos y justificados”.

También menciona algunas características técnicas de sus productos y de su “modelo de negocio”. Sin embargo, en ningún caso se presenta una cuantificación de todas estas supuestas ventajas ni se expresa de qué modo explican la anormalidad del precio propuesto, porcentualmente muy significativo (se trata de una baja de un 54,53%).

- No puede considerarse suficiente la motivación de la aceptación de la oferta de SEIGARBOST, que se limita a reproducir los argumentos de la empresa y a dar por justificada la baja, más allá de una confusa alusión al coste de la oferta que no se corresponde con la documentación presentada en el procedimiento de verificación de la anormalidad. En particular, no hay ningún razonamiento o juicio valorativo de la justificación que permita entender por qué se ha aceptado la proposición.
- 5) En definitiva, el procedimiento de verificación de la anormalidad no se ha ajustado a los requisitos establecidos en el artículo 149 LCSP y demás normativa aplicable, por lo que debe aceptarse el motivo de recurso, con la consecuencia que se expresará en la letra d) de este Fundamento jurídico.

b) Sobre la motivación de la adjudicación

La alegación de que el informe técnico (de fecha 23/1/2024) que sustenta la adjudicación no motiva adecuadamente las diferencias de puntuación con la adjudicataria en varios epígrafes valorativos, debe descartarse:

- 1) En cuanto al criterio de adjudicación “Propuesta del servicio de acceso y uso de la plataforma”, el informe indica (página 23) que, si bien todas las ofertas permiten el acceso desde cualquier navegador o dispositivo, la oferta de la adjudicataria impugnada indica que no tiene límite de usuarios, mientras que la del recurrente no indica nada sobre esta cuestión.

- 2) Sobre la “Calidad del servicio de mantenimiento propuesto”, el informe expone (página 28), entre otras cosas, que SEIGARBOST oferta la verificación remota de las incidencias y la recurrente no, así como un tiempo de respuesta en el mantenimiento correctivo más breve.
- 3) La recurrente alega que no pudo acceder a la valoración del criterio “Descripción de la plataforma de gestión y aplicación software” por haber declarado SEIGARBOST confidencial este apartado y no formula ningún reproche concreto al informe. Consecuentemente, no cabe que este Órgano analice este motivo, pues no hay pretensión impugnatoria concreta alguna ni argumento que la apoye. Debe recordarse que, si DORLET estimaba que esta denegación de acceso le impedía ilícitamente su derecho a interponer un recurso fundado, podía haber solicitado la vista del expediente ante este Órgano en el procedimiento de recurso especial (artículo 52.3 LCSP), cosa que no ha hecho.
- c) Sobre la ampliación del plazo para la aportación de la documentación a la que se refiere el artículo 150.2 LCSP.

DORLET no señala infracción legal alguna en la concesión a la adjudicataria impugnada de un plazo adicional para presentar la documentación recogida en el artículo 150.2 LCSP y se limita a ponerlo de manifiesto ante este Órgano para que analice la adecuación de la concesión y que no hubo trato de favor. Como ya se ha señalado en ocasiones anteriores, este modo de actuar es inaceptable. El artículo 51.1 LCSP establece que en el recurso especial ha de constar el motivo que lo fundamente (artículo 51.1 de la LCSP); de lo contrario, el escrito de interposición se convertiría en una denuncia o mera manifestación genérica de disconformidad de la que difícilmente puede defenderse el poder adjudicador y sobre la que mal pueden alegar otros interesados. Por ello, si el OARC / KEAO tramitara este recurso estaría favoreciendo la indefensión del poder adjudicador y de los demás interesados concediendo una ventaja antijurídica a quien no ha formulado con una mínima concreción su posición, convirtiendo la deficiencia en preeminencia (ver, por todas, la Resolución 163/2021 del OARC / KEAO).

d) Conclusiones

A la vista de lo expuesto en las letras a) a c) anteriores, el recurso debe estimarse en lo relativo a la impugnación del procedimiento de verificación de la baja anormal y desestimarse en todo lo demás. Por lo que se refiere a los efectos de dicha estimación parcial, se observa lo siguiente:

- 1) La principal consecuencia de un requerimiento de justificación de baja genérico e insuficiente es que el poder adjudicador no puede luego excluir válidamente al licitador sospechoso por no haber presentado justificaciones concretas o específicas (ver, por ejemplo, la Resolución 170/2022 del OARC / KEAO). Sin embargo, en este caso, la explicación de SEIGARBOST (igualmente genérica e insuficiente) ha sido aceptada por BADESA en una resolución carente de motivación adecuada.
- 2) No obstante, este Órgano entiende que el deficiente procedimiento de verificación de la baja, que ha finalizado con la adjudicación a SEIGARBOST, tampoco puede perjudicar al recurrente, al que no le es imputable. Consecuentemente, procede acordar la retroacción de actuaciones para que se tramite el procedimiento previsto en los apartados 4 a 6 del artículo 149 LCSP.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 49. 2 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 / Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa DORLET, S.A.U. contra la adjudicación del contrato “Proyecto de instalación de las cerraduras electrónicas con control de acceso a

instalar en los contenedores de fracción orgánica situados en los municipios de la Mancomunidad Comarcal de Debabarrena", tramitado por BADESA, S.A.U. en el sentido de:

- (i) Anular el acto impugnado
- (ii) Ordenar la retroacción de actuaciones al momento anterior de la remisión al adjudicatario impugnado del requerimiento de justificación de la anormalidad de su oferta para que se siga el procedimiento previsto los apartados 4 a 6 del artículo 149 LCSP en los términos legalmente exigibles.

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

TERCERO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 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 a este Órgano de las actuaciones 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 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2024ko irailaren 24a

Vitoria-Gasteiz, 24 de septiembre de 2024