



EB 2017/071

Resolución 080/2017, de 10 de julio de 2017, del 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 ENVISER, SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A.U., frente al acuerdo de la Junta General de la Mancomunidad Lea Artibai de adjudicación de la “Contratación de los servicios de pre-recogida, recogida y transporte de residuos urbanos generados en los municipios miembros de la Mancomunidad Lea Artibai”.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 23 de mayo de 2017 tuvo entrada en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial presentado por ENVISER, SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A.U. (en adelante ENVISER), frente al acuerdo de la Junta General de la Mancomunidad Lea Artibai de adjudicación de la “Contratación de los servicios de pre-recogida, recogida y transporte de residuos urbanos generados en los municipios miembros de la Mancomunidad Lea Artibai”.

El 24 de mayo de 2017 se remitió el recurso a la Mancomunidad de Lea Artibai y le solicitó la copia del expediente de contratación y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), documentos que tuvieron entrada en el registro del OARC / KEAO el día 31 de mayo de 2017.



SEGUNDO: El día 1 de junio de 2017 se trasladó el recurso a los licitadores interesados en el procedimiento de contratación, habiéndose recibido las alegaciones de la UTE compuesta por las empresas FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATATAS, S.A. / VALORIZACIÓN Y TRATAMIENTO DE RESIDUOS, S.L. / GSM MEDIOAMBIENTE, S.A., adjudicatario impugnado.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación de ENVISER en cuanto licitador participante en el procedimiento de adjudicación, sin perjuicio de lo que más adelante se especificará, así como la representación de don C. L.F. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: En cuanto al objeto del contrato recurrido y su encaje dentro de los tipos contractuales previstos en el artículo 40.1 del TRLCSP, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en lo sucesivo, PCAP) en su cláusula 1 “Naturaleza y régimen jurídico del contrato” señala que «El contrato definido tiene la calificación de contrato administrativo especial conforme a lo que se establece en el artículo 19.1 b) de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.»

El recurrente, en los antecedentes de hecho de su escrito, se opone a tal calificación y considera procedente su calificación como contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, susceptible de recurso especial en materia de contratación.

El poder adjudicador, en su informe, manifiesta que el recurso es improcedente porque el artículo 40.1 del TRLCSP no incluye dentro del ámbito material del recurso a los contratos calificados como especiales, calificación que debe otorgarse al del presente recurso por cuanto que no puede considerarse que estemos ante un contrato de servicios al uso. Justifica la calificación del contrato como administrativo especial en que la inversión necesaria y el plazo



de amortización –vehículos y maquinaria especial de nueva adquisición– obligan a reconducir el contrato por trámites distintos a los establecidos para los típicos de servicios; además, la competencia en la materia objeto del contrato está atribuida, según el artículo 25 b) de la Ley Reguladora de Bases de Régimen Local, en los municipios agrupados en mancomunidad; también señala que incluso tratándose de un servicio, tampoco el OARC / KEAO sería competente para el conocimiento del recurso por cuanto que únicamente puede conocer de aquellos servicios que están encuadrados en las categorías 17 a 27 del TRLCSP y el del objeto del contrato se incardina en la categoría 16 del Anexo II del TRLCSP “Servicios de alcantarillado y eliminación de desperdicios: servicios de saneamiento y servicios similares”.

La consideración del poder adjudicador de que el contrato tiene la naturaleza y calificación de especial regulado por el artículo 19.1 b) del TRLCSP y está fuera del ámbito objetivo del recurso especial regulado en el artículo 40.1 del TRLCSP no puede admitirse. Como bien pone de manifiesto el recurrente, este OARC / KEAO ya señaló en su Resolución 074/2014 que «Es doctrina reiterada (expuesta, por ejemplo, en sus resoluciones 49/2013, 74/2013 y 16/2014) que el OARC / KEAO, a la hora de comprobar si un contrato está incluido en el ámbito del recurso especial (es decir, a la hora de verificar su propia competencia) no está vinculado por la denominación que haya dado el órgano de contratación al aprobar los pliegos, sino que debe atender a la naturaleza del contrato y contrastar el contenido del mismo con la legislación contractual y, en su caso, con las directivas europeas de contratación pública, cuyas definiciones de cada tipo contractual el TRLCSP incorpora en sus artículos 6 y siguientes (...).»

El artículo 19.1 b) del TRLCSP califica como contratos administrativos especiales, aquellos de objeto distinto al de obra, concesión de obra, gestión de servicios públicos, suministro y servicios, así como los de colaboración entre el sector público y el sector privado, «(...) que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, (...)» Como puede verse, el TRLCSP califica los contratos administrativos especiales por exclusión, esto es, son contratos



administrativos que no pueden calificarse dentro de los típicos definidos en sus artículos 6 a 11.

Para la calificación correcta del contrato que motiva el recurso es preciso examinar su objeto tal y como está descrito en los documentos contractuales que lo regulan. Así, la cláusula 2 del PCAP prevé que es objeto del contrato “Pre-recoger, recoger, transportar los residuos urbanos generados en los municipios miembros de la Mancomunidad de Lea Artibai”, y según el capítulo I “Objeto y ámbito de los servicios” del Pliego de Condiciones Técnicas (en adelante, PCT) son objeto y ámbito del contrato (i) Servicio de recogida de la fracción resto; (ii) Servicio de recogida de la materia orgánica completa. Quinto contenedor; (iii) Servicio de recogida de papel y cartón; (iv) Servicio de recogida de pilas, (v) Servicio de recogida de voluminosos; (vi) Limpieza de contenedores y ubicaciones; (vii) Provisión de contenedores (viii) Mantenimiento de los contendores; (ix) Reposición de contendores; (x) Recogida de pilas; (xi) Campañas de comunicación e información dirigidas a la ciudadanía.

A la vista del citado contenido, el objeto descrito en los pliegos entra dentro de la amplia definición de los contratos de servicios delimitados en el artículo 10 del TRLCSP como «(...) aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro (...)». En su Resolución 076/2014 este Órgano Resolutorio aprecia que en esta definición « (...) caben sin ningún problema conceptual los contratos en los que la Administración solicita a un tercero prestaciones de hacer para gestionar directamente (es decir, sin transferencia del riesgo de explotación) un servicio de su propia competencia. Asimismo, no es obstáculo para esta consideración el hecho de que existan inversiones a realizar por el adjudicatario cuya amortización requiere un plazo superior a la duración máxima de este tipo contractual. Este razonamiento ignora que la regulación aplicable a un contrato es la que se deriva de la definición legal, que a su vez se corresponde con la naturaleza de su objeto, y que dicha regulación es la que limita el contenido jurídicamente aceptable del contrato; forzar la naturaleza del contrato para obviar una limitación legal y ampararse así en otra norma más permisiva (los contratos



administrativos especiales no tienen un límite expreso de duración) es tanto como intentar eludir el empleo de la regla jurídica aplicable, lo que no es aceptable. » De hecho, como apunta el recurrente, los anuncios publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el Boletín Oficial del Estado identifican el contrato dentro de los códigos de referencia CPV 90511000 “Servicios de recogida de desperdicios” y 90512000 “Servicios de transporte de desperdicios.

Tampoco puede admitirse la alegación del poder adjudicador de que el contrato no está sujeto al recurso especial porque pertenece a la categoría 16 del Anexo II del TRLCSP y el artículo 40 del propio TRLCSP únicamente incluye los servicios de las categorías 17 a 27. A este respecto se debe señalar que el artículo 40.1 a) del TRLCSP considera que son objeto de recurso especial los contratos sujetos a regulación armonizada, entre los que el artículo 16.1 incluye los servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II, de un valor superior a 209.000 € cuando sean adjudicados por organismos y entidades del sector público distintos a la Administración General del Estado; el servicio en cuestión pertenece a la categoría 16 del Anexo II y tiene un valor estimado de 5.818.181,76 €.

En definitiva, nos encontramos ante un contrato de servicios armonizado que puede ser objeto de recurso especial cuya resolución compete a este OARC / KEAO.

TERCERO: El artículo 40.2 c) del TRLCSP establece que son objeto de recurso especial «Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.» El acto recurrido es el acuerdo de 11 de abril de 2017, de la Junta General de la Mancomunidad de Lea Artibai de adjudicación del contrato.

CUARTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Mancomunidad de Lea Artibai tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración pública, según el artículo 3 del TRLCSP.



QUINTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma, sin perjuicio de lo que se dirá en el Fundamento de Derecho Noveno sobre la preclusión del plazo para la impugnación de las cláusulas de los pliegos.

SEXTO: La argumentación del recurrente es, en esencia, la siguiente:

a) Irregular composición y constitución de la Mesa de contratación que ha regido todo el procedimiento.

Comienza su alegación reproduciendo los artículos 320 del TRLCSP y 21 del Real Decreto 817/2009, sobre composición de las Mesas de contratación, así como el apartado décimo de la disposición adicional segunda del TRLCSP que regula las normas específicas de contratación de las entidades locales, y más específicamente la composición de las Mesas de contratación en estas entidades.

A su juicio, la normativa de contratación establece la exigencia de que entre los vocales figuren un funcionario que tenga atribuido el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y un interventor, composición con la que se pretende garantizar la calificación técnica y la independencia de la Mesa de contratación.

A continuación reproduce la composición de la Mesa de contratación prevista en la cláusula 23 del PCAP y denuncia irregularidades en varias reuniones de la Mesa por ser su configuración diferente a la inicialmente prevista. Así, en la reunión de 1 de marzo de 2017 interviene la Secretaria-Interventora de la Mancomunidad Lea Artibai como secretaria de la Mesa, situación que se prolonga durante todo el proceso licitatorio; de igual forma, en la reunión de 7 de marzo y posteriores interviene como vocal un técnico de la Mancomunidad que no figura en la composición inicial.

Concluye su alegato sobre la cuestión recordando que la dicción de la disposición adicional segunda del TRLCSP es clara cuando señala que el Secretario de la Entidad Local debe formar parte de la Mesa de contratación en



calidad de vocal, mientras que las funciones de Secretaría del órgano colegiado se deben encomendar a un funcionario distinto del Secretario-Interventor de la Mancomunidad.

Prosigue diciendo que ante el relato fáctico expuesto, sólo cabe concluir que los acuerdos adoptados por la Mesa de contratación, entre los que destaca la valoración de los criterios subjetivos, no han respetado las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

La Mesa de contratación fue constituida con manifiesta infracción de la normativa sobre contratación, lo que determina (i) la nulidad del acto de su constitución y de su actuación y de los actos tramitados en el procedimiento de adjudicación; (ii) la nulidad del procedimiento en sí ante el carácter esencial de la infracción, que constituye un vicio de nulidad de pleno derecho al concurrir las causas de nulidad establecidas en el artículo 32. a) del TRLCSP en relación con las previstas en el artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En su apoyo cita la Resolución 045/2016 de este OARC / KEAO que examinó la composición de las Mesas de contratación.

b) La elección a posteriori por parte del órgano de contratación del modelo de contenedor propuesto por la adjudicataria desvirtúa por completo el procedimiento licitatorio.

La apertura de un proceso consensuado una vez finalizada la selección de la oferta más ventajosa, en el cual la Mancomunidad seleccionará los diferentes modelos de contenedores de recogida de residuos ofertados por la UTE adjudicataria en su propuesta, otorga a la Administración la posibilidad de modificar arbitrariamente la oferta inicial, infracción que debiera determinar la nulidad de todo el proceso de licitación.

Una de las prestaciones objeto del contrato era el suministro de contenedores, respecto de los cuales el PCT exigía unas determinaciones obligatorias muy



específicas a cumplir por los licitadores. Por otro lado, el PCT en su prescripción 8.1 señalaba que “las empresas podrán presentar varias opciones de modelos de contenedor”, posibilidad de presentar variantes recogida en los anuncios de la convocatoria y que habilitó a varios licitadores –TRAECO MEDIOAMBIENTAL y la UTE adjudicataria– a ofertar y definir diferentes modelos de contenedor; sin embargo, la cláusula 22 del PCAP prohibía expresamente la introducción de variantes o alternativas a las proposiciones.

Señala que el artículo 147 del TRLCSP admite la presentación de variantes “siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad” y que en dicho caso se debe precisar “sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación”, por tanto la negativa recogida en la cláusula 22 y la falta de identificación sobre qué elementos y en qué condiciones quedaban autorizadas, inducían a la no aportación de variante. Esta incidencia, no achacable a quienes introdujeron variantes, ha generado el ofrecimiento de alternativas cuya elección correspondía a la Mancomunidad una vez finalizado el procedimiento, desvirtuando éste dado que (i) se infringían el artículo 86.1 del TRLCSP y el artículo 2.2 del Real Decreto 1098/2001, al dejar el objeto del contrato al arbitrio de indicaciones posteriores; (ii) la posibilidad de elegir entre uno de los modelos ofertados altera de forma arbitraria la oferta inicial de la adjudicataria, convirtiendo en irrelevante su contenido de las proposiciones ofertadas y el procedimiento licitatorio, que debe estar sometido a un trato igualitario y no discriminatorio. Cita en su apoyo la Resolución 076/2014 de este OARC / KEAO.

c) Solicita la nulidad del procedimiento de licitación, debiendo la Mancomunidad iniciar una nueva convocatoria ajustada al procedimiento legalmente establecido para la correcta adjudicación del contrato.

SÉPTIMO: El poder adjudicador rebate al recurrente con la siguiente argumentación:



a) Composición de la Mesa de contratación.

El recurso es extemporáneo porque la composición de la Mesa de contratación está determinada en los pliegos que el recurrente conocía, dando por bueno su contenido el recurrente, que sólo ha venido a atacar la adjudicación por no haber sido adjudicatario del contrato, ya que ni critica ni ataca que las actuaciones llevadas a cabo por la Mesa de contratación sean incorrectas, arbitrarias y/o contrarias a derecho. Cita en su apoyo al Resolución 51/2012 del TRACRC.

La participación del técnico de la Mancomunidad se hizo a título de experto en la materia y no como vocal. En los propios pliegos se establece que la Mesa podrá auxiliarse en sus deliberaciones de expertos tanto internos como externos.

b) Los pliegos establecen sin ningún género de dudas que los licitadores podían presentar varias opciones o modelos de contenedores en sus propuestas siempre que se ajustaran a las especificaciones técnicas descritas. Sólo una interpretación torticera del recurrente enlaza la literalidad de la cláusula 8.1 del PPT, que se tuvo en cuenta a la hora de la valoración de las diferentes propuestas, con el veto a la introducción de variantes de la cláusula 22 de PCAP.

c) Solicita la desestimación del recurso frente a la adjudicación del contrato.

OCTAVO: El adjudicatario impugnado en sus alegaciones opone que:

a) Nos encontramos ante un recurso indirecto contra unos pliegos firmes y consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma, motivo por el que el recurso es totalmente improcedente y extemporáneo, lo que debe llevar necesariamente a su desestimación.



b) La composición de la Mesa estaba prevista en la cláusula 23 del PCAP, que contenía la identidad de las personas, a excepción de la persona del Secretario que finalmente fue una funcionaria de la Mancomunidad. Adicionalmente se produjo la intervención de un técnico de la Mancomunidad, situación que estaba prevista en la propia cláusula. Es indudable que no se ha producido la irregularidad que alega el recurrente y se ha respetado el contenido de los pliegos de forma escrupulosa.

Si la recurrente estaba disconforme con la composición de la Mesa debió haber impugnado los pliegos o recurrir los acuerdos adoptados por ella publicados en el perfil de contratante de la Mancomunidad, siendo por ello extemporáneo que se alegue ahora la posible irregularidad en la constitución de la Mesa.

Además, a pesar de la irregular composición y constitución alegada, no se aprecia en la actuación de la Mesa ningún tipo de vicio que invalide la adjudicación; por el contrario, la Mesa ha actuado con la diligencia que le era exigible en el ejercicio de sus funciones y su actuación no ha generado ningún tipo de indefensión a la recurrente, por lo que no procede acordar la nulidad de la adjudicación.

c) La contradicción entre la cláusula 22 del PCAP y la prescripción 8.1 del PPT alegada por el recurrente es inexistente. La primera se está refiriendo a la proposición económica que debían presentar los licitadores y la documentación que debía incluirse en el sobre “C” titulado “Proposición económica y criterios de adjudicación”; mientras que la segunda se refiere a la provisión de contenedores que debían realizar los licitadores, detallando expresamente que “las empresas podrán presentar varias opciones de modelo de contenedor, ajustándose siempre a las especificaciones técnicas descritas en el presente capítulo”. Ningún licitador solicitó en el perfil de contratante aclaraciones en relación a la cuestión planteada, por lo que debe entenderse que todos sabían que los dos preceptos se referían a cuestiones distintas, y que no había lugar a confusión.



d) Solicita la desestimación del recurso en su integridad, confirmando la legalidad del acuerdo de adjudicación.

NOVENO: ENVISER impugna la composición de la Mesa de contratación prevista en la cláusula 23 del PCAP por ser contraria al apartado 10 de la disposición adicional segunda del TRLCSP, donde se prevé que el Secretario de la Entidad Local debe formar parte de la Mesa de contratación en calidad de vocal, y que las funciones de secretaría del órgano colegiado se deben encomendar a un funcionario distinto del Secretario-Interventor de la Mancomunidad; también denuncia la participación en las reuniones de la Mesa como vocal de un técnico de la Mancomunidad no previsto en la mencionada cláusula. Concluye que de la incorrecta composición de la Mesa sólo cabe inferir que sus acuerdos, entre los que destaca la valoración de los criterios subjetivos, no han respetado las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados, y solicita la cancelación del procedimiento y el inicio de uno nuevo.

El poder adjudicador y la UTE adjudicataria oponen, en primer lugar, la extemporaneidad del recurso porque en el momento de la adjudicación del contrato se impugnan unos pliegos que son firmes y consentidos al no haber sido recurridos en tiempo y forma; además, defienden que no ha habido ningún tipo de irregularidad en la actuación de la Mesa.

La pretensión del recurrente de anulación del procedimiento de licitación con base en la ilegalidad de los pliegos supone la formulación del llamado “recurso indirecto” contra un documento contractual a propósito de la adjudicación, cuando el plazo de impugnación de éste ha finalizado.

Debe recordarse que este OARC / KEAO ha venido manifestando una doctrina sobre la figura del recurso indirecto que se resume en los siguientes principios (ver, por ejemplo, la Resolución 50/2017):



a) 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 (es decir, sin perjuicio, en su caso, de otros medios de impugnación, como el previsto en el artículo 106.1 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común) una vez que éste no se ha interpuesto en plazo, 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 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.

b) lo anterior ha sido matizado por el propio TJUE con base en 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 debiera 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 recurrir dicha adjudicación; 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), o los supuestos en los que la aplicación de una cláusula afectada de un vicio de nulidad de pleno derecho permite al órgano de contratación adjudicar el contrato o excluir a un licitador de modo arbitrario (ver, por ejemplo, la Resolución 129/2015 del OARC/KEAO).



En el caso que nos ocupa, el recurrente no acredita que la cláusula de los pliegos que se impugna adolezca de falta de claridad, de modo que su sentido perjudicial para sus intereses solo se haya podido percibir en el momento de la adjudicación del contrato; por el contrario, el contenido que se denuncia como contrario al apartado 10 de la Disposición Adicional Segunda del TRLCSP era evidente desde un principio y pudo ser recurrido con los argumentos ahora empleados en el plazo ordinario de impugnación de los pliegos. Por otro lado, es contrario a la doctrina de los propios actos y a la buena fe que, en estas condiciones, ENVISER haya participado sin reserva alguna en la licitación y pretenda ahora su cancelación después de saber que no ha resultado adjudicataria (ver, en este sentido, la Resolución 49/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y las sentencias que en ella se citan).

Por todo ello, no puede admitirse la pretensión de cancelar la licitación con base en este motivo de recurso.

DÉCIMO: El segundo motivo de impugnación se refiere a que la elección con posterioridad a la adjudicación y formalización del contrato por parte del órgano de contratación del modelo de contenedor propuesto por la adjudicataria desvirtúa por completo el procedimiento licitatorio y otorga a la Administración la posibilidad de modificar arbitrariamente la oferta inicial, infracción que debiera determinar la nulidad de todo el proceso de licitación; en su alegación, el recurrente denuncia la contradicción entre la cláusula 8.1 del PPT, a tenor de la cual «Teniendo en cuenta la diversa oferta que existe en el mercado sobre modelos y marcas de contenedores, las empresas podrán presentar varias opciones de modelo de contendor, ajustándose siempre a las especificaciones técnicas descritas en el presente capítulo», y la cláusula 22 del PCAP que expresamente prohíbe la presentación de variantes.



En realidad, el recurrente plantea dos cuestiones diferentes que deben tratarse diferenciadamente. Por un lado, se plantea una contradicción en la documentación contractual en lo relativo a las variantes; por otro, se interpone un recurso indirecto contra el apartado 8.2 del PPT, que establece que “el tipo, la capacidad, el modelo y el color de los contenedores deberán ser acordados con los servicios técnicos de la Mancomunidad de Lea – Artibai antes de su puesta en marcha”.

Es cierto que existe una flagrante contradicción entre la cláusula 22 del PCAP y la cláusula 8.1 del PPT, pues la primera prohíbe la presentación de variantes y la segunda las permite. Sin embargo, cualquiera que sea la interpretación correcta de los pliegos, el recurrente nunca podría resultar adjudicatario. Consta en el expediente que el poder adjudicador optó por admitir las variantes y que dos de los cinco licitadores ofrecieron la posibilidad de elegir entre varios tipos distintos de contenedor, resultando la oferta de ENVISER clasificada en cuarta posición. Una hipotética aplicación de la prohibición de las variantes, y la consecuente exclusión de las proposiciones que las contienen, conllevaría la anulación de las ofertas de la UTE adjudicataria y de TRAECO por presentar variantes cuando los pliegos en la cláusula 22 expresamente prohíben esta opción. Sin embargo, persistiría como válida la oferta de CESPA que con 70,02 puntos superaría los 68,10 puntos del recurrente:

1	UTE VALORIZ. Y TRAT. DE RESID. S.L. / FOMENTO CONSTRUCC. Y CONTR. S.L. / GSM MEDIOAM. S.A.	92,25 puntu
2	TRAECO MEDIAMBIENTAL, S.L.	75,25 puntu
3	CESPA, COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PÚBLICOS AUXILIARES, S.A.	70,02 puntu
4	ENVISER SERVICIOS MEDIO AMBIENTALES, S.A.	68,10 puntu
5	UTE ARCON DESESCOMBROS, S.L. / CAMPEZO OBRAS Y SERVICIOS, S.A.	45,47 punto



En estas circunstancias, se debe analizar el contenido del artículo 42 del TRLCSP que faculta para la interposición de recurso especial en materia de contratación « (...) a toda persona física o jurídica cuyos derecho e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.», y comprobar si ENVISER dispone de legitimación.

Este OARC / KEAO en numerosas Resoluciones (por todas la Resolución 009/2012) ha manifestado que el artículo 42 del TRLCSP «(...)debe interpretarse a luz de la doctrina sentada por los Tribunales que, en relación con el concepto de «interés legítimo», exige que la resolución administrativa impugnada pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir no meramente hipotético, potencial o futuro, en la correspondiente esfera jurídica del que recurre, lo que descarta la acción pública fuera de los casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico la permite; esto es, el interés legítimo no puede ser asimilado al de interés en la legalidad. (SSTC 60/82 y 257/88 entre otras y SSTS de 14 de marzo de 1997 y de 11 de febrero de 2003)», y en la Resolución 085/2015 se afirmaba que «Dado que ningún beneficio tangible se puede derivar de una hipotética resolución estimatoria del recurso, no existe el interés legítimo al que se refiere el artículo 42 TRLCSP y el recurso debe inadmitirse por falta de legitimación activa.»

Como ha quedado señalado, una hipotética estimación del recurso colocaría a ENVISER en segunda posición en el orden de clasificación de empresas tras CESPA, por lo que ningún beneficio tangible le podría deparar la apreciación del motivo de impugnación, de donde debe concluirse que carece de la legitimación exigida por el artículo 42 del TRLCSP, por lo que el motivo de recurso no puede aceptarse.

Por lo que se refiere a la impugnación de la citada cláusula 8.1 del PPT, se trata de un recurso indirecto contra los pliegos que debe ser rechazado aplicando la preclusividad del plazo para la interposición del recurso especial en los términos expuestos en el Fundamento jurídico anterior, dado que no consta que sea una estipulación cuya ilegalidad, en su caso, no pudiera detectarse en el plazo para recurrir los pliegos. Debe señalarse que, a



diferencia de lo que sucede con el caso de la Resolución 76/2014 de este OARC / KEAO, citada en el recurso, no se trata de la aplicación arbitraria de entre dos cláusulas contradictorias de la más desfavorable para excluir a ENVISER del contrato. Consecuentemente, este motivo debe también desestimarse.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43. 2 del TRLCSP 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, el Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial los recurso especial en materia de contratación interpuesto por ENVISER, SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A.U. frente al acuerdo de la Junta General de la Mancomunidad Lea Artibai de adjudicación de la “Contratación de los servicios de pre-recogida, recogida y transporte de residuos urbanos generados en los municipios miembros de la Mancomunidad Lea Artibai”.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento prevista en el artículo 45 del TRLCSP.

TERCERO: Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso.

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 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2017ko uztailaren 10a

Vitoria-Gasteiz, 10 de julio de 2017