



EB 2014/104

Resolución 106/2014, de 17 de octubre de 2014, 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 la empresa UTE Easo / Cedesport contra los pliegos del contrato “Prestación servicio Uda, Kirol Ekintzak y natación escolar en las instalaciones de gestión directa del Patronato Municipal de Deportes de Donostia – San Sebastián en procedimiento negociado sin publicidad”

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 11 de septiembre de 2014 tuvo entrada en el registro del auxiliar del Departamento de Administración Pública y Justicia (Zuzenean) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la UTE Easo / Cedesport contra los pliegos del contrato de prestación servicio Uda, Kirol Ekintzak y natación escolar en las instalaciones de gestión directa del Patronato Municipal de Deportes de Donostia – San Sebastián en procedimiento negociado sin publicidad. El recurso se causó asiento en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa el día 15 de septiembre de 2014

El mismo 15 de septiembre de 2014 el OARC / KEAO trasladó el recurso al poder adjudicador.

Con fecha 12 de septiembre de 2014 causó entrada el expediente de contratación acompañado del informe al que hace referencia el artículo 46.2 del



texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

SEGUNDO: El día 17 de septiembre se solicitaron alegaciones a los interesados, no habiéndose recibido alegación alguna en el plazo otorgado.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se ha acreditado la legitimación de la recurrente y la representación de Doña S. A.P. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Se trata de un contrato de servicios de la categoría 26 del Anexo II cuyo valor estimado asciende a 582.924 euros, según el apartado D) d.2) del Cuadro Anexo del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP), por lo que está incluido en el ámbito objetivo del recurso especial en materia de contratación (artículo 40.1 a) del TRLCSP).

TERCERO: El artículo 40.2 a) TRLCSP establece que serán susceptibles de recurso especial:

«Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.»

CUARTO: El poder adjudicador alega que el recurso no puede ser admitido porque el recurrente lo presentó el día 11 de septiembre de 2014 y, previamente, el 1 de septiembre de 2014, presentó oferta en el procedimiento de adjudicación, lo que supone una actuación contraria a sus propios actos, dado que la presentación de una proposición supone la aceptación incondicionada de las cláusulas o condiciones contractuales, sin salvedad o reserva alguna (artículo 145.1 TRLCSP), y cita la Resolución 134/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC); añade que sí hubiera sido admisible recurrir los pliegos antes de la presentación de la



oferta, pero no cuando ya se tiene conocimiento de las ofertas y de lo que será el resultado del procedimiento.

El recurrente estima que el artículo 40.2 a) TRLCSP es suficiente fundamento para el recurso.

A juicio de este Órgano, este motivo de oposición que esgrime el Ayuntamiento no puede ser aceptado. En primer lugar, en la regulación del recurso especial contenida en el TRLCSP no hay ninguna norma de cuya literalidad pueda deducirse un motivo de inadmisión como el que señala el órgano de contratación; tratándose de una materia tan grave como la exclusión de un recurso que es correcto en lo que se refiere al plazo y la legitimación “ad causam”, parece claro que el legislador, de haber querido introducir el motivo, lo hubiera hecho de una manera suficientemente expresiva. En segundo lugar, la aceptación incondicionada de los pliegos que supone la presentación de la oferta, establecida por el artículo 145.1 TRLCSP, implica, por un lado, que dicha oferta no puede contradecir los pliegos ni poner matizaciones o salvedades a su contenido, con la consecuencia de la exclusión si lo hace, y por otro, que el licitador no puede alegar válidamente, una vez iniciada la licitación o negociación, las irregularidades de los pliegos que no impugnó en tiempo y forma, de modo que quede garantizado el papel de éstos como reguladores del procedimiento de adjudicación y del contenido del contrato que en su día se perfeccione y ejecute. Sin embargo, deducir que el precepto pretende poner un obstáculo para impugnar los pliegos aunque se esté en periodo hábil para ello es una conclusión excesiva, pues supone atribuirle una función reguladora del procedimiento del recurso especial de la que carece, tanto por contenido como por ubicación sistemática. Consecuentemente, no es procedente la doctrina de los propios actos, ya que no hay contradicción alguna entre el recurso y la participación en el procedimiento; de una parte, no tiene sentido que se aplique dicha doctrina cuando se plantea el recurso después de la oferta y no cuando el orden de presentación de ambos es el inverso; siguiendo el argumento del Ayuntamiento, también podría declararse



inconsistente con las actuaciones anteriores un recurso que impugne un pliego y que posteriormente se presente una oferta que supone el acatamiento del mismo pliego, lo que conduciría a una situación absurda en la que sería incompatible recurrir y licitar. Finalmente, el recurso especial no es sino la incorporación a nuestro Ordenamiento de la legislación comunitaria, uno de cuyos principios es la necesidad de que el sistema de recursos en materia contractual garantice medios de impugnación rápidos y eficaces (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de junio de 2003, asunto C-410/01); este principio podría verse vulnerado si la admisión del recurso se condiciona a que no exista una oferta previa.

Por todo ello, el recurso debe entenderse interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el PMD tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración pública, según el artículo 3 TRLCSP.

SEXTO: Los argumentos del recurso para solicitar la nulidad del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y el proceso posterior son, en síntesis, los siguientes:

a) No concurren todos los requisitos que el artículo 170 e) del TRLCSP establece para facultar al órgano de contratación a tramitar un procedimiento negociado sin publicidad, y en concreto, los siguientes:

- No se ha justificado que exista una urgencia imperiosa.
- La resolución de adjudicación, que originó un recurso posterior con efecto suspensivo sobre el procedimiento de adjudicación, suspensión que fundamenta la urgencia que ahora se alega para acudir al procedimiento negociado, es un acto del propio poder adjudicador, por lo que no se da el



requisito de que el acontecimiento imprevisible no sea imputable a la Administración.

b) La Administración ha tramitado un procedimiento para adjudicar el contrato a quien se desea y que esta empresa pueda así adquirir conocimientos y experiencias que le faciliten las adjudicaciones posteriores del mismo servicio.

c) La Administración ha buscado una estratagema para burlar la legalidad, cuando era más sencillo tramitar un procedimiento abierto, teniendo en cuenta que el servicio ya está garantizado por el actual adjudicatario, que no concurre al actual procedimiento, mediante una prórroga excepcional; el PMD quiere volver a conceder una adjudicación viciada de nulidad en la que asoman ya claros indicios de prevaricación de funcionario público.

SÉPTIMO: El poder adjudicador se opone al recurso con los argumentos que a continuación se resumen:

a) Los informes del interventor y el secretario municipal que obran en el expediente justifican las causas de la tramitación de un procedimiento negociado sin publicidad, las cuales no son imputables al poder adjudicador, ya que no ha sido la Administración la que ha recurrido el acuerdo y ha suspendido la adjudicación, sino la propia recurrente.

b) El PMD no está maquinando o actuando de mala fe al convocar el procedimiento negociado solo por el plazo de duración de la resolución del recurso especial, sino que defiende el interés público; el propio TRLCSP prevé que cuando la anulación de un contrato produzca un grave trastorno al servicio público debe adoptar medidas urgentes para evitar el perjuicio (artículo 35.3 TRLCSP). En este caso, el PMD no puede dejar sin servicio deportivo a miles de usuarios y escolares y debe contratar el servicio a través de los procedimientos legales existentes.



c) Los cambios en los criterios de adjudicación respecto al anterior contrato se deben a la limitada duración del contrato impugnado, por lo que deben adaptarse en consecuencia las cláusulas de los pliegos.

d) El PMD ha obrado en todo momento dentro de la legalidad y no en fraude de ley como insinúa el recurrente.

OCTAVO: El artículo 170 e) TRLCSP establece que se podrá utilizar el procedimiento negociado sin publicidad «Cuando una imperiosa urgencia, resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, demande una pronta ejecución del contrato que no pueda lograrse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia regulada en el artículo 112.» Como en el caso de los demás preceptos que autorizan acudir al procedimiento negociado, la interpretación de esta norma debe ser estricta, evitando que su contenido termine aplicándose a supuestos no claramente comprendidos en ella. Además, la concurrencia de los requisitos necesarios debe ser adecuadamente justificada por quien pretenda aplicar este procedimiento de adjudicación (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, asunto C-385/02, de 14-9-2004, apartado 19, y las que en ella se citan). En razón de su excepcionalidad y de la consideración de los procedimientos abiertos y restringidos como ordinarios (artículo 138.2 TRLCSP), deberá acreditarse que la satisfacción del interés público no podía satisfacerse por otro medio menos lesivo para los principios de igualdad, publicidad y concurrencia. Finalmente, la magnitud de la lesión a dichos principios que el procedimiento negociado sin publicidad supone, y que solo en casos tasados el TRLCSP permite, debe ser proporcionada al interés público que se quiere atender y no extender la excepcionalidad más allá de lo necesario para salvaguardar dicho interés (ver la sentencia del TJUE de 14-6-2007, asunto C-6/05, apartados 60 y siguientes).

A la vista de todo ello, se observa que en el expediente se acredita, mediante los informes del interventor y el secretario municipal, así como del propio PMD, la existencia de necesidades inaplazables que requieren una pronta respuesta (comienzo inminente, el 29 de septiembre de 2014, de las campañas



deportivas dirigidas a la población, cuya interrupción afecta a miles de usuarios y decenas de trabajadores) incompatible con los plazos de los procedimientos ordinarios, incluso aunque el expediente se declare urgente. El motivo imprevisto alegado (un recurso que paraliza la adjudicación) no es imputable al poder adjudicador, pues su interposición depende de la voluntad de un tercero y su efecto suspensivo viene legalmente impuesto con carácter automático, siendo su levantamiento potestad únicamente de este OARC / KEAO; por el contrario, la actuación del órgano de contratación ha sido particularmente diligente, pues el procedimiento negociado se inicia a la vista del anuncio de recurso, lo que demuestra que se ha procurado disminuir al máximo el impacto negativo de la suspensión en la continuidad del servicio. Asimismo, el uso del procedimiento negociado es proporcionado al interés público invocado, pues la duración del contrato no se prolongará más allá del tiempo necesario para resolver el recurso o acordar el levantamiento del procedimiento, y en ningún caso más de seis meses.

Independientemente de lo anterior, las acusaciones del recurrente al poder adjudicador reprochándole una actuación tendente a burlar fraudulentamente la legalidad en favor de alguna empresa (se llega a hablar de que “asoman claros indicios de prevaricación de funcionario público”) no son objeto del más mínimo esfuerzo probatorio o argumental ni se ven confirmadas por la documentación que consta en el expediente.

Consecuentemente, el recurso debe ser desestimado.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,



RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa UTE Easo / Cedesport contra los pliegos del contrato de prestación servicio Uda, Kirol Ekintzak y natación escolar en las instalaciones de gestión directa del Patronato Municipal de Deportes de Donostia – San Sebastián en procedimiento negociado sin publicidad.

SEGUNDO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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

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

Vitoria-Gasteiz, 2014ko octubre 17a

Vitoria-Gasteiz, 17 de octubre de 2014