



EB 2014/7

Resolución 20/2014, de 25 de febrero de 2014, del suplente del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularraren ordezkoa, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa AXPE CONSULTING, S.L. contra el acuerdo de desistimiento del contrato “Servicios de despliegue operativo y oficina técnica del servicio de KZgunea”, tramitado por EJIE, S.A.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 12 de diciembre de 2013, la empresa AXPE CONSULTING, S.L. interpuso recurso especial contra el acuerdo de desistimiento del contrato “Servicios de despliegue operativo y oficina técnica del servicio de KZgunea”, tramitado por EJIE, S.A.

SEGUNDO: Con fecha 5 de febrero se solicitaron alegaciones a los interesados, no recibéndose ninguna. Consta en el expediente el informe del órgano de contratación previsto en el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En el expediente constan la legitimación del recurrente y la representación de quien actúa en su nombre.

SEGUNDO: El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada.

TERCERO: El acto recurrido es una Resolución acordando el desistimiento del procedimiento de adjudicación. El artículo 40.2 TRLCSP no menciona expresamente este acto entre los susceptibles de recurso especial. Sin embargo, este Órgano entiende que una interpretación coherente y finalista de la norma, cuyo objetivo es la incorporación al ordenamiento interno de la legislación comunitaria sobre la materia, conduce a entender que se trata de un acto incluido en el ámbito de este recurso. Por un lado, siendo recurribles los llamados «actos de trámite cualificados» porque impiden a un licitador continuar en el procedimiento (artículo 40.2 b) TRLCSP), con idéntica o mayor razón deben



ser impugnables los actos que, como el desistimiento, impiden, no ya a un licitador, sino a todos ellos, obtener la adjudicación del contrato. Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha aceptado expresamente la inclusión de los acuerdos de cancelación de una licitación dentro del sistema de recursos establecido por el Derecho europeo de la contratación pública, considerando que dicha inclusión está requerida por la necesidad de que la normativa comunitaria tenga un «efecto útil». En este sentido se ha señalado que «la completa consecución del objetivo que la Directiva 89/665 pretende alcanzar se vería comprometida si las entidades adjudicadoras pudieran cancelar las licitaciones para los contratos públicos de servicios sin estar sujetas a los procedimientos de control jurisdiccional destinados a asegurar desde todos los puntos de vista la efectividad del cumplimiento de las directivas que establecen normas materiales sobre contratos públicos y de los principios en los que se sustentan.» (véanse la STJ de 18/6/2002, asunto C-92/00, en especial los apartados 29 a 55 y, en el mismo sentido, la Resolución 88/2013 del OARC / KEAO).

CUARTO: El recurso se ha interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 TRLCSP.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, la sociedad pública EJIE, S.A. tiene la condición de poder adjudicador, aunque no de Administración Pública (artículos 3.1 d) y 3.3 b) del TRLCSP).

SEXTO: Los argumentos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) El acto impugnado está dictado por un órgano incompetente, ya que el desistimiento debe acordarse por el órgano de contratación (artículo 155.1 del TRLCSP), que es el Director General de EJIE, según el apartado 6.b.3) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), y no por quienes lo han suscrito, el presidente y el vicepresidente del Consejo de Administración. Este vicio de incompetencia implica la nulidad del acto (artículo 62.1 b) de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, en adelante “Ley 30/92”, en relación con la Disposición Final 3ª del TRLCSP. Además de este motivo de nulidad de pleno derecho, deben añadirse dos infracciones formales que determinan la anulabilidad de la resolución (artículo 63.21 de la Ley 30/92), como son que no se expresan los recursos procedentes, ni el plazo u órgano ante el cual interponerlos (artículo 58.2 de la Ley 30/92), y que se ha denegado a AXPE el derecho a obtener una copia de un documento que debía obrar en el expediente, como es el acta de de la sesión de apertura de ofertas del 25 de septiembre de 2013, esencial para articular la defensa de sus intereses y formular el recurso especial con todos los elementos necesarios para ello (artículo 37.8 de la Ley 30/92).

b) El desistimiento se basa en la infracción que supone «no haberse establecido la diferenciación en diferentes sobres de los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas, de otros criterios en que no concurra aquella circunstancia, no siendo posible la valoración previa de estos últimos frente a aquéllos.» El desistimiento sólo puede



fundarse en infracciones no subsanables de las normas de preparación del contrato o del procedimiento de adjudicación, y la infracción debe justificarse de forma motivada en el expediente. En este caso la infracción citada como justificación no existe, como se deduce de la cláusula 6 del PCAP, en la que se separan y diferencian en dos sobres (B y C) los aspectos cuantificables por fórmula de las ofertas de aquellos otros evaluables mediante juicio de valor, estableciéndose además la valoración previa de estos últimos. Dado que el motivo alegado para el desistimiento es inexistente, el acto impugnado debe anularse.

c) El recurrente solicita que, de anularse el desistimiento o declararse su nulidad, se le debe indemnizar de los daños y perjuicios causados, de acuerdo con lo señalado en el artículo 47.3 TRLCSP; en concreto, se reclaman los gastos de asesoramiento jurídico por un importe de 8.500 euros más IVA.

d) El apartado 4º de la Resolución recurrida dispone no compensar a los licitadores con el abono de cantidad alguna por considerar que no han incurrido en gastos para tomar parte en la licitación, y no estar ello previsto ni en el Pliego ni en el anuncio, lo que vulnera el artículo 155.2 TRLCSP, que establece una compensación por los gastos en que se hubieran incurrido, en la forma prevista en el anuncio o en el Pliego, o de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración; el derecho a la compensación ya está fijado, en los contratos sujetos a regulación armonizada, en el artículo 155.2 TRLCSP, siendo indiferente que los pliegos lo recojan o no. Por otro lado, sí que se acreditan gastos de personal por la participación en el procedimiento por importe de 12.196 euros. El fundamento de esta indemnización no es sólo el artículo 155.2 TRLCSP, sino también la responsabilidad precontractual por incumplimiento de tratos preliminares.

e) En conclusión, el recurrente solicita:

- la declaración de nulidad o la anulación del desistimiento y la correspondiente declaración de que EJIE debe indemnizar a la recurrente por los daños ocasionados por la infracción legal en la cantidad de 8.500 euros más IVA.
- subsidiariamente, de no estimarse la invalidez del acto impugnado, anular su apartado cuarto estableciendo el derecho de AXPE a ser compensada por los gastos incurridos para participar en el procedimiento, por importe de 12.196 euros.

SÉPTIMO: La respuesta del poder adjudicador es, en síntesis, la siguiente:

a) El desistimiento fue acordado por el presidente y el vicepresidente del Consejo de Administración por razón de su cuantía y según la escritura de apoderamiento que se aporta, la cual exige la firma de dos de los tres apoderados (presidente, vicepresidente y director general) y porque a la fecha de la adopción del acuerdo los poderes del director general estaban pendientes de escriturar, dado lo reciente de su nombramiento.



b) Sobre la inexistencia de la causa alegada para fundamentar el desistimiento, se remite al cuarto considerando del acto impugnado.

c) En el momento de acordar la resolución no había constancia de daños y perjuicios ocasionados, por lo que no se contempló nada al respecto; lo mismo se puede decir sobre la indemnización a los licitadores por los gastos incurridos por tomar parte en la licitación.

OCTAVO: El primer motivo de impugnación que debe analizarse es el de la incompetencia del órgano que dictó la resolución recurrida, lo que conllevaría su nulidad de pleno derecho por aplicación del artículo 62.1 b) de la Ley 30/92. La Ley 30/92, norma que establece, entre otros requisitos, la competencia del órgano como condición de la validez de los actos, no es aplicable a las entidades de forma privada, no comprendidas en su ámbito objetivo, que incluye, en todo caso, entidades sujetas al derecho administrativo (artículo 1). No es obstáculo a esta conclusión el párrafo primero de la Disposición Final Tercera del TRLCSP, que establece que los procedimientos regulados en él se regirán, en primer término, por sus preceptos y sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los de la Ley 30/1992; además de que la competencia para contratar no es propiamente una cuestión del procedimiento, sino previa a él, en ningún caso cabe aquí aplicación subsidiaria, pues el artículo 51 TRLCSP se remite, para regular la competencia de las entidades del sector público de forma privada, a las disposiciones estatutarias y a la figura del otorgamiento de poderes, típica del derecho privado, lo que es consecuente con el hecho de que estas entidades forman su voluntad de una forma distinta a la de las entidades de derecho administrativo. Por ello, la incompetencia del órgano societario se regiría, en su caso, por lo dispuesto en el artículo 1.259 del Código Civil, que establece que «ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal», si bien se añade que «el contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante.»

En el expediente consta una escritura de apoderamiento que, según el poder adjudicador, es suficiente para habilitar al Presidente y el Vicepresidente para, de forma mancomunada, adoptar la decisión impugnada. Del citado documento se deduce el otorgamiento de poder a quienes ocupan actualmente los citados cargos y al que entonces era director general para «efectuar los actos y celebrar los contratos que sean necesarios o convenientes para la realización del objeto social, incluidos los de adquisición y enajenación de inmuebles, así como constituir, modificar o extinguir toda clase de derechos reales», siempre que concurren mancomunadamente dos de dichas tres personas y el volumen por operación sea superior a un millón de euros y no exceda de cinco millones de euros. Este importe, dice el documento, debe entenderse referido «al valor estimado del contrato conforme lo define la Ley de Contratos del Sector Público». Dado que el valor estimado del contrato analizado asciende, según el punto 5 del PCAP, a 7.560.000 euros, la escritura alegada por el poder adjudicador no es suficiente para amparar la facultad del Presidente y el Vicepresidente para dictar conjuntamente el desistimiento impugnado, el cual



estaba reservado, como señala el propio documento, al Consejo de Administración.

Por ello, y al no constar ningún acto posterior del Consejo de Administración que ratifique, tácita o expresamente, el acto adoptado sin poder suficiente, el motivo de impugnación debe ser aceptado.

NOVENO: Señala el recurrente que el desistimiento no es válido porque el motivo que lo sustenta, «no haberse respetado lo dispuesto en el artículo 150.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en concreto al no haberse establecido la diferenciación en diferentes sobres de los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas, de otros criterios en que no concurra aquella circunstancia, no siendo posible la valoración previa de éstos últimos frente a aquéllos», no existe, ya que la cláusula 6 del PCAP sí diferencia en dos sobres diferentes los aspectos cuantificables por fórmula de las ofertas de aquellos otros evaluables mediante juicio de valor, estableciéndose además la valoración previa de estos últimos.

El mencionado artículo 150.2 TRLCSP establece lo siguiente:

«La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada.»

En síntesis, son varios los requisitos que este precepto, invocado por el poder adjudicador en su resolución de desistimiento, exige al poder adjudicador para garantizar la objetividad del procedimiento de adjudicación:

- a) la evaluación de los criterios sujetos a un juicio de valor con carácter previo a la evaluación de los criterios sujetos fórmulas.
- b) la constancia documental del requisito anterior.
- c) la presentación de las proposiciones en la forma adecuada para hacer posible la valoración separada.

En el apartado 6 C) del PCAP se exige que los licitadores presenten un sobre “B” con la proposición económica, según Anexo I, y un sobre “C” con la oferta técnica, según el punto 4 del Pliego de Bases Técnicas (PBT). Esta exigencia es insuficiente para garantizar una presentación de las proposiciones en forma adecuada para una evaluación separada, no ya porque el TRLCSP pida diferenciar criterios sujetos a fórmulas y criterios sujetos a juicio de valor, que no es lo mismo que criterios técnicos y criterios económicos (en este caso concreto ambos coinciden, pues todos los criterios sujetos a fórmula son económicos y todos los criterios sujetos a juicio de valor son técnicos), sino porque en el contenido del punto 4 del PBT, que regula la redacción de la oferta de «obligado cumplimiento», se incluyen aspectos relativos a los criterios económicos sujetos a fórmulas. En particular, los puntos 4.6 (“Modelo económico: Servicio básico”) y 4.7 (Modelo económico: Recursos adicionales a demanda del servicio”) piden que la oferta técnica incluya los mismos aspectos



que debe incluir la oferta económica en su punto III, aspectos relativos a los precios anuales y por hora de los servicios objeto del contrato. Ello lleva a la conclusión de que la forma de presentación de la documentación impide la evaluación separada de ambos tipos de criterio, pues una vez abierto el sobre "C" se conocen datos que deben permanecer secretos hasta la apertura pública del sobre "B", lo que compromete la objetividad de la valoración que es la finalidad última del sistema establecido en el artículo 150.2 TRLCSP. Por otro lado, no es sólo que el PCAP no establezca imperativamente que la valoración ha de ser separada, de modo que cabe una actuación del poder adjudicador procediendo a la valoración conjunta que sea ajustada a dicho Pliego, sino que en absoluto se señala cómo debe ser la constancia documental de dicha valoración separada, como pide el artículo 150.2 TRLCSP (ver, por ejemplo, el artículo 30.3 del Real Decreto 817/2009, de desarrollo parcial de la LCSP).

Dado que el PCAP y el PBT infringen el artículo 150.2 TRLCSP al no garantizar la evaluación separada y sucesiva de los dos tipos de criterios, y siendo ésta una infracción no subsanable que sólo puede remediarse con la elaboración y aprobación de unos nuevos documentos contractuales, el desistimiento ha sido correcto y el motivo de recurso debe rechazarse.

DÉCIMO: El punto cuarto del acto recurrido es impugnado porque señala que no procede la compensación a los licitadores porque tal cosa no está prevista en los Pliegos ni en el anuncio y porque se considera que éstos no han incurrido en gastos por participar en la licitación; en concreto, se aportan justificantes por importe de 12.196 euros. Como bien señala el recurrente, el artículo 155.2 TRLCSP establece que en caso de renuncia o desistimiento se compensará a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido, en la forma prevista en el anuncio o en el pliego, o de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración. Por ello, el hecho de que no conste nada al respecto en los pliegos o el anuncio no es obstáculo para la compensación, que deberá llevarse a cabo en este caso de acuerdo con los principios generales de la responsabilidad patrimonial; la afirmación "a priori" de que las empresas licitadoras no han incurrido en gastos no puede tenerse en cuenta, pues la determinación de la existencia o no de gastos indemnizables y, en su caso, de su cuantía, es precisamente el objeto del procedimiento de reconocimiento de la compensación a la que se refiere el artículo 155.2 TRLCSP. Por ello, este motivo de recurso debe estimarse, pues se refiere a una disposición ilegal incluida en un acto recurrible; sin embargo, no le corresponde a este Órgano, sino al propio poder adjudicador, fijar la concreta cuantía de la indemnización que, en su caso, corresponda, pues en la resolución del recurso especial sólo pueden fijarse las indemnizaciones por daños y perjuicios derivados de la infracción legal que da lugar al recurso, y no las que compensan los gastos incurridos por la preparación de la oferta en el caso de desistimiento del contrato.

UNDÉCIMO: Con base en el artículo 47.3 del TRLCSP, el recurrente solicita una indemnización de 8.500 euros más el IVA correspondiente en razón de los gastos de asesoramiento jurídico derivados de la interposición del recurso. Esta



solicitud no puede ser aceptada, ya que el procedimiento del recurso especial no requiere intervención preceptiva de letrado o profesional del Derecho.

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 suplente del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi,

RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso interpuesto por la empresa AXPE CONSULTING, S.L. contra el acuerdo de desistimiento del contrato “Servicios de despliegue operativo y oficina técnica del servicio de KZgunea”, tramitado por EJIE, S.A, en el sentido de:

a) anular el acto impugnado por no haber sido dictado por órgano societario con poder suficiente y ordenar la retroacción de actuaciones hasta el momento anterior a su adopción, sin perjuicio de que opere la posibilidad prevista en el artículo 1.259 del Código Civil,

b) en particular, anular el punto cuarto de la resolución impugnada por no ajustarse al artículo 155.2 del TRLCSP.

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

TERCERO: 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 otsailaren 25a
Vitoria-Gasteiz, 25 de febrero de 2014