



EB 2019/072

Resolución 106/2019, de 11 de junio, 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 TECNOLOGIAS VIALES APLICADAS TEVA, S.L. contra el acuerdo de adjudicación y su exclusión del contrato de “Suministro, implantación, operación y mantenimiento de sistema automático de control de accesos de vehículos al Casco Viejo”, promovido por el Ayuntamiento de Bilbao.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 30 de abril de 2019, 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 TECNOLOGIAS VIALES APLICADAS TEVA, S.L. (en adelante, TEVA) contra la adjudicación y su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato de “Suministro, implantación, operación y mantenimiento de sistema automático de control de accesos de vehículos al Casco Viejo”, promovido por el Ayuntamiento de Bilbao.

SEGUNDO: El mismo día 30 de abril se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron el expediente y el informe a los 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 14 de mayo.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 14 de mayo, se han recibido, el día 22 del mismo mes, las alegaciones de la UTE KAPSCH TRAFFICOM ARCE SISTEMAS, S.A.U. y ETRA NORTE, S.A., adjudicataria impugnada (en adelante, UTE ZAZPI KALEAK).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de D. R.G.P. que actúa en su nombre.

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

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

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Conforme al art. 44.2.c) de la LCSP son impugnables 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, el Ayuntamiento de Bilbao tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.



SEXTO: Argumentos del recurso

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

- a) La exclusión por presentar una oferta superior al tipo de licitación es nula de pleno derecho, toda vez que el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) incumple lo previsto en el artículo 100.2 de la LCSP e impide realizar una oferta inferior.
- b) Los incumplimientos del artículo 100.2 de la LCSP antes referido son los siguientes: (i) el presupuesto no se desglosa conforme a lo exigido por la norma y no existe la información imprescindible para la presentación de la oferta; (ii) el presupuesto de licitación no se adecúa a los precios del mercado siendo inferior a los costes reales; y (iii) existe incongruencia entre los conceptos de los precios reflejados en el anexo 2 de la licitación y lo prescrito en el PPT.
- c) La pretensión del recurso es la de anular el acuerdo de adjudicación en el que, entre otras circunstancias, se resuelve excluir a la recurrente, así como se declare la nulidad de la convocatoria. Asimismo, se solicita prueba documental sobre otros contratos de la adjudicataria con los que pudiera soportar gastos pertenecientes al contrato cuya impugnación se impugna.

SÉPTIMO: Alegaciones de la UTE ZAZPI KALEAK

El adjudicatario impugnado efectúa, fundamentalmente, la siguiente alegación:

- a) La recurrente no rebate los argumentos de fondo que han motivado su exclusión. En realidad, lo que pretende es recurrir, de forma extemporánea, los pliegos que rigen la licitación, una vez que su oferta ha sido rechazada.



b) Solicita, por tanto, la desestimación íntegra del recurso con imposición de multa por temeridad y mala fe en la interposición del recurso, ya que carecen del más mínimo fundamento los motivos alegados, todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 58.2 de la LCSP.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los argumentos que a continuación se resumen:

- a) La recurrente afirma y reconoce que su oferta es superior al tipo de licitación, por lo que su oferta debe ser excluida.
- b) Respecto de los incumplimientos del artículo 100.2 de la LCSP alegados por la recurrente, el ayuntamiento los niega, pues (i) en el expediente consta el desglose del presupuesto de licitación en costes directos, indirectos y otros gastos; (ii) el pliego no exige que los servicios de operación y mantenimiento se realice en régimen de dedicación exclusiva, ni que sean necesarios 5 responsables del contrato, por lo que el presupuesto se adecúa a los precios de mercado; y (iii) los costes reales de ejecución no son mayores que el presupuesto de licitación, el cual está dotado de la discrecionalidad técnica con la presunción de acierto que le es propia.
- c) Finalmente, solicita la desestimación del recurso y del medio de prueba solicitado por la recurrente.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis del recurso debe comenzar por el hecho de que el recurrente no discute que su oferta es superior al tipo de licitación (causa de su exclusión), pero alega que conforme al contenido del PPT resulta material y jurídicamente imposible realizar una oferta inferior al tipo de licitación. Llegados a este punto,



debe entenderse que la pretensión del recurrente es un recurso indirecto contra los pliegos que rigen la licitación. A continuación se exponen las apreciaciones de este Órgano sobre dicha pretensión.

a) Sobre la pretensión de que se declare la nulidad de los pliegos con ocasión del recurso contra la exclusión

TEVA alega que los pliegos de la licitación carecen del desglose del presupuesto de licitación, que el precio contractual no es adecuado al mercado y que existen incongruencias entre los precios del anexo II y lo prescrito en el PPT.

Este OARC/KEAO, en relación con la posibilidad de impugnar, con ocasión del recurso contra la exclusión o la adjudicación, un apartado de los Pliegos que no ha sido objeto de recurso en el plazo autónomo que establece el artículo 50.1 b) de la LCSP (el llamado recurso indirecto) ha mantenido una doctrina (ver, por todas, la Resolución 54/2019) que, en síntesis, consiste en lo siguiente:

- 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 una vez que éste no se ha interpuesto en el plazo previsto para ello, 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 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.

- Lo anterior ha sido matizado por el propio TJUE a partir de 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 precisamente 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, en la que el criterio de adjudicación debatido era “compatibilidad con las necesidades del poder adjudicador”).
- Con base en lo anterior, este OARC/KEAO ha aceptado que, a propósito de la impugnación de la exclusión de un licitador o de la adjudicación del contrato, se plantee un recurso indirecto contra los pliegos, limitándolo a los casos 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).

Debe tenerse en cuenta que el núcleo de la figura, tal y como la ha delimitado la jurisprudencia del TJUE, radica en proteger a los licitadores del daño que les causa un acto del poder adjudicador (especialmente, la exclusión o la adjudicación a otro operador) que está amparado por una regla de los pliegos que no fue objeto de recurso en el momento procesal oportuno y cuyo carácter perjudicial no pudo ser racionalmente percibido en dicho momento por un licitador normalmente diligente; se trata de un remedio de la insuficiencia del



plazo preclusivo para garantizar la protección efectiva de los intereses de las empresas.

Analizadas las estipulaciones de los pliegos impugnados por TEVA, este Órgano decisorio no considera (ni la recurrente acredita) que los mismos adolezcan de falta de claridad y no sean comprensibles para un operador económico razonablemente informado y normalmente diligente, de tal forma que el carácter perjudicial de los mismos para la recurrente no haya podido ser racionalmente percibido hasta el momento del acuerdo de exclusión. A estos efectos, no consta en el expediente que TEVA haya solicitado al poder adjudicador alguna aclaración sobre el alcance de la documentación contractual (ver el apartado 56 de la sentencia C-538/13, antes citada). Cuestión distinta es que la recurrente no los considere conforme a derecho, pero lo cierto es que tuvo la posibilidad de impugnarlos cuando los pliegos fueron publicados y no lo hizo; por el contrario, presentó una oferta superando conscientemente el tipo de licitación, sin oponer reparo alguno a éste. En este sentido, es reiterada la doctrina de este Órgano conforme a la cual los pliegos no impugnados en tiempo y forma son la ley de la licitación para las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio *pacta sunt servanda* y teniendo en cuenta que la recurrente no impugnó los pliegos en su día, necesariamente ha de estar ahora al contenido de los mismos (Resolución 39/2018). Por ello, el propio reconocimiento del licitador de que su oferta excede del tipo de licitación no puede llevar a otra consecuencia que la de la exclusión de la proposición conforme a la Cláusula 10 del PCAP: **10. PRESUPUESTO DE LICITACIÓN DEL CONTRATO.** (...) Estas cifras, así como los precios por prestación indicados en el Anexo 2 del Pliego técnico, tienen carácter de máximos y por tanto constituyen las cantidades máximas sobre las que versarán las ofertas, suponiendo la exclusión automática de aquellas ofertas que superen dichas cantidades. La exclusión, además de correcta, es obligada para el poder adjudicador pues se encuentra vinculado igualmente por los pliegos firmes.



Consecuentemente, dado que no hay razón para no aplicar el principio general de vinculación a los pliegos firmes por no recurridos en tiempo y forma, el recurso debe desestimarse.

b) Sobre la imposición de la multa del artículo 58 de la LCSP

La adjudicataria impugnada solicita la interposición de una multa por temeridad y mala fe en vista de que se está haciendo un uso abusivo del sistema de recursos previsto en la LCSP, ya que el recurso carece de fundamentación jurídica. Al respecto, el artículo 58.2 de la LCSP dispone que En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. Este OARC/KEAO ha manifestado en ocasiones anteriores (ver, por todas, la Resolución 50/2018) que el artículo 58.2 de la LCSP (similar en lo sustancial al artículo 47.5 del TRLCSP) requiere temeridad o mala fe como presupuestos para la imposición de la multa, entendiendo que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo (Resolución 50/2015), y actúa de mala fe quien tiene la clara voluntad de dilatar el procedimiento de adjudicación mediante la interposición continuada de recursos (Resolución 3/2018). En el supuesto que nos ocupa se aprecia que el recurso carece de argumentos impugnatorios (al margen de un recurso frente a los pliegos totalmente extemporáneo) al aceptar que la oferta presentada supera el tipo de licitación, cuando todo operador económico que opera normalmente en el mercado de la compra pública es conocedor de que esta circunstancia acarrea inevitablemente la exclusión de su oferta. En definitiva, se aprecia un abuso del derecho al recurso que pretende con evidente mala fe usarlo para fines distintos de los que le son propios, sin reparar en el daño que se causa al adjudicatario, a la entidad contratante y hasta los propios usuarios de este servicio (los ciudadanos), es decir, al interés general, igualmente digno de tutela. Consecuentemente, se acuerda imponer una sanción, en su grado mínimo, de 1.000 euros de acuerdo con lo previsto en el artículo 58.2 de la LCSP, por no haberse acreditado que se hayan producido otros perjuicios al margen de los derivados de la propia existencia de este procedimiento.



c) Conclusión

La correcta exclusión de la proposición de la recurrente y la inadmisión de la pretensión de anulación de los pliegos, implican que el recurso debe desestimarse. Igualmente, debe rechazarse la solicitud de la práctica de la prueba propuesta porque el recurrente no puede optar a la adjudicación del contrato y, por tanto, ningún beneficio tangible podría obtener de dicha prueba.

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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa TECNOLOGIAS VIALES APLICADAS TEVA, S.L. contra el acuerdo de adjudicación y su exclusión del contrato de “Suministro, implantación, operación y mantenimiento de sistema automático de control de accesos de vehículos al Casco Viejo”, promovido por el Ayuntamiento de Bilbao.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

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

CUARTO: Apreciar la concurrencia de mala fe y temeridad en la interposición del recurso, e imponer a la recurrente la sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP, consistente en una multa de mil euros (1.000 €).



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, 2019ko ekainaren 11

Vitoria-Gasteiz, 11 de junio de 2019