



EB 2018/087

Resolución 117/2018, de 25 de septiembre de 2018, 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 entidad FUNDACIÓN LANTEGI BATUAK contra la adjudicación del contrato “Limpieza de diversas instalaciones y edificios municipales”, tramitado por el Ayuntamiento de Ermua.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 3 de julio de 2018, la entidad FUNDACIÓN LANTEGI BATUAK interpuso recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato “Limpieza de diversas instalaciones y edificios municipales”, tramitado por el Ayuntamiento de Ermua.

SEGUNDO: El recurso, el expediente y 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) se recibieron en el registro del órgano Administrativo de Recurso Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi/(en adelante, OARC / KEAO) el día 6 de julio.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 6 de julio, se han recibido el día 13 de julio las alegaciones de INTEGRA MGSI, S.L. (en adelante, integra).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legislación aplicable

Por lo que se refiere a la normativa aplicable, se observa lo siguiente:

a) De acuerdo con el apartado 1 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP, “Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato.” La LCSP entró en vigor el día 9 de marzo de 2018, de acuerdo con su Disposición Final Decimosexta, y en el procedimiento de adjudicación analizado, el anuncio de licitación se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el día 9 de noviembre de 2017, por lo que es aplicable al acto impugnado el derecho sustantivo contenido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

b) No obstante lo anterior, el segundo párrafo del apartado 4 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP establece que “En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrá interponerse el recurso previsto en el artículo 44 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor.” El acto impugnado se dictó el 12 de junio de 2018, por lo que la normativa aplicable al procedimiento de recurso es la prevista en los artículos 44 a 60 de la LCSP.

SEGUNDO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de doña C.Z.Z., que actúa en su nombre.

TERCERO: 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 servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

CUARTO: Impugnabilidad del acto

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

QUINTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

SEXTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Ermua tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SÉPTIMO: Argumentos del recurso

La impugnación se basa, en síntesis, en los siguientes motivos:

a) Considera que ostenta legitimación para la interposición del recurso por haber impugnado ante el orden contencioso administrativo la Resolución 56/2018 del OARC/KEAO que la excluía del procedimiento de adjudicación cuya segunda adjudicación ahora recurre, de excluirse al actual adjudicatario, el contrato se declararía desierto.

b) La proposición de INTEGRA no se ajusta al pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) ni al pliego de condiciones

técnicas (en adelante, PCT) ya que no incluye parte de la información relativa a los criterios de adjudicación cuya ponderación depende de un juicio de valor, en concreto, la referente al “Plan de transparencia”, cuya presentación es vinculante y obligatoria. Consecuentemente, la oferta no se ajusta a los requerimientos exigidos.

c) La pretensión consiste en la anulación del acto de adjudicación impugnado y la exclusión de la actual adjudicataria, INTEGRRA.

OCTAVO: Alegaciones de INTEGRRA

Los argumentos de INTEGRRA para oponerse a la estimación del recurso son, de forma resumida, los siguientes:

a) No concurren los requisitos para que pueda apreciarse legitimación ya que la anulación de la adjudicación pretendida no produce de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evita un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro en el licitador excluido de forma firme en vía administrativa, no siendo suficiente la de restaurar la legalidad supuestamente vulnerada o la satisfacción moral.

b) Los pliegos impugnados no establecían ninguna especificación respecto de la documentación solicitada, ni exigían la exigencia de un Plan de Transparencia por parte de los licitadores.

NOVENO: Alegaciones del poder adjudicador

Por su parte, el poder adjudicador alega lo siguiente en contra del recurso:

a) El PCT pretende delimitar una serie de aspectos relevantes sobre los cuales las empresas licitadoras han de pronunciarse en su proposición, sin predeterminar de antemano la obligatoriedad de su existencia y de la documentación aportada dependerá la puntuación otorgada.

b) La documentación solicitada a efectos de valorar la oferta lo es con independencia de las obligaciones legales sectoriales que se impongan a las empresas.

DÉCIMO: Apreciaciones del OARC / KEAO

Dos son las cuestiones a analizar que plantea el recurso; la primera de índole procesal, referida a la legitimación del recurrente y la segunda referida a la concurrencia o no de la causa de exclusión de la oferta de la adjudicataria.

a) La legitimación del excluido no firme

INTEGRA plantea la inadmisión del recurso por falta de legitimación del recurrente que fue excluido de la licitación por la Resolución 56/2018 de este OARC/KEAO.

Esta cuestión ha sido analizada por este OARC/KEAO en su Resolución 137/2017 concluyendo que, siempre que la exclusión no haya adquirido firmeza, el licitador excluido goza de legitimación siempre que goce de interés en obtener el contrato, basándose en los argumentos y pronunciamientos de este Órgano que se exponen a continuación.

El concepto de interés legítimo ha sido tratado por este OARC / KEAO en diversas resoluciones (por todas la Resolución 082/2016), y puede resumirse en que «(...) el acto impugnado debe repercutir directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, en la esfera jurídica del recurrente, que debe acreditar la titularidad de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, de forma que el “interés legítimo” no puede ser asimilado al del “interés en la legalidad”, lo que descarta la acción pública fuera de los casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico lo permite.»

Sobre la legitimación para impugnar la adjudicación de un contrato por quien ha sido previamente excluido de la licitación, en la Resolución 082/2016 se decía que el recurrente «impugna la totalidad de las ofertas aceptadas en la licitación por

no cumplir alguna o varias de las frecuencias previstas en el PCT. Por tanto, debe observarse que el recurrente sí podría obtener un beneficio no hipotético sino real si se estimara el recurso en la totalidad de sus pretensiones, de modo que el poder adjudicador se vería obligado a convocar una nueva licitación en la que podría participar y aspirar a la adjudicación del contrato.» En este mismo sentido, en la Resolución 97/2013 se afirmaba que «(...) el recurrente goza de un interés legítimo en cuanto que podría obtener un beneficio real, no hipotético, de la anulación de la adjudicación, como puede ser el que ésta sea declarada desierta y la posibilidad de que se vuelva a iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación.»

De acuerdo con la doctrina expuesta, FUNDACIÓN LANTEGI BATUAK estaría legitimada para interponer el recurso ya que su hipotética estimación implicaría la exclusión de INTEGRA, adjudicatario impugnado y única oferta que permanece en la licitación, de modo que siendo el objeto del contrato la prestación de un servicio continuado y habitualmente externalizado, el poder adjudicador se vería obligado a declarar desierto el contrato e iniciar un nuevo procedimiento, en el que FUNDACIÓN LANTEGI BATUAK podría participar con la expectativa de su posible adjudicación, obteniendo un beneficio tangible. Esta doctrina ha sido confirmada por la sentencia del TJUE de 4 de junio de 2013 (Asunto C-100/12, Fastweb, ECLI:EU:C:2013:448) que señala en su apartado 33 que «el recurso incidental del adjudicatario no puede llevar a descartar el recurso de un licitador en el supuesto de que la regularidad de la oferta de cada uno de los operadores sea cuestionada en el marco del mismo procedimiento y por motivos de naturaleza idéntica. En efecto, en dicha situación, cada uno de los competidores puede alegar un interés legítimo equivalente a la exclusión de la oferta de los otros, lo que puede llevar a la constatación de la imposibilidad para la entidad adjudicadora de proceder a la selección de una oferta adecuada.» Consecuentemente, el TJUE establece que «la Directiva 89/665 debe interpretarse en el sentido de que, si en el marco de un procedimiento de recurso el adjudicatario que obtuvo el contrato y que ha interpuesto un recurso incidental plantea una excepción de inadmisibilidad basada en la falta de legitimación del licitador que interpuso aquel recurso debido a que la oferta presentada por éste debería haber sido rechazada por la entidad adjudicadora por no ajustarse a las especificaciones técnicas definidas en el pliego de condiciones, la citada disposición se opone a que se declare la inadmisibilidad de dicho recurso como consecuencia del examen previo de esa

excepción de inadmisibilidad sin pronunciarse acerca de si cumplen las especificaciones técnicas tanto la oferta del adjudicatario que obtuvo el contrato como la del licitador que interpuso el recurso principal.» Por ello, se puede afirmar que el interés legítimo del licitador que no ha sido excluido con carácter firme se basa en la expectativa de declarar desierto el contrato y en poder acceder al nuevo procedimiento de contratación con la posibilidad de obtenerlo. De esta forma, tendría una segunda oportunidad para competir y una posibilidad de obtenerlo a través de esta vía. En este sentido, el OARC/KEAO, en su Resolución 2/2017 ha venido a señalar que se acepta la legitimación para impugnar la adjudicación del licitador que haya sido previamente excluido del procedimiento cuando de la estimación del recurso se derive la cancelación de la licitación o la declaración de desierto, de modo que sea previsible una nueva licitación a la que puede presentar una oferta, por considerar que esta posibilidad de volver a licitar es una mejora clara respecto a su situación de excluido, y se constituye en el interés tangible que caracteriza a la legitimación.

Por otro lado, es relevante que la exclusión del recurrente del procedimiento de adjudicación no ha adquirido firmeza. Es cierto que el TJUE declaró en la sentencia de 21 de diciembre de 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich* (C-355/15, EU:C:2016:988, apartados 13 a 16, 31 y 36), que se podía denegar el acceso a un recurso contra la decisión de adjudicación de un contrato público a un licitador cuya oferta había sido rechazada por la entidad adjudicadora de un procedimiento de adjudicación de un contrato público. No obstante, en el referido asunto, la decisión de exclusión había sido confirmada por una resolución que había adquirido firmeza antes de que se pronunciase el órgano jurisdiccional que conocía del recurso contra la decisión de adjudicación del contrato, de modo que había que considerar al referido licitador definitivamente excluido del procedimiento de adjudicación. Debe tenerse en cuenta que el sistema de recurso especial garantiza el derecho a recursos eficaces contra las decisiones irregulares que se adopten con ocasión de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, ofreciendo a cualquier licitador que haya quedado excluido la posibilidad de impugnar no solamente la decisión de exclusión, sino también, mientras se resuelve dicha impugnación, las decisiones posteriores

que le irrogarían un perjuicio en caso de que su exclusión fuera anulada (ver, en especial, los apartados 34 a 36 de la sentencia citada).

En el caso analizado consta que el recurrente ha interpuesto el correspondiente recurso contencioso-administrativo contra la Resolución 56/2018 de este OARC/KEAO y no consta que haya recaído pronunciamiento judicial alguno ni que el recurrente lo haya abandonado por cualquier circunstancia, por lo que el acuerdo de exclusión no ha ganado aún firmeza y el recurrente goza de legitimación para recurrir.

b) Sobre la obligatoriedad de presentar el Plan de transparencia

El recurrente pretende la exclusión de INTEGRA porque no aporta el “Plan de transparencia” solicitado en la cláusula novena del PCAP e, igualmente, en la cláusula séptima del PCT. El análisis de la cuestión planteada debe partir del literal de las cláusulas cuyo incumplimiento se denuncia en el recurso:

En el PCAP

Novena. Sobre 2. Criterios de adjudicación cuya ponderación dependa de un juicio de valor

En el sobre 2 deberá incluirse la información relativa a los criterios de adjudicación cuya ponderación dependa de un juicio de valor:

2. Proyecto técnico (hasta 50 puntos) que incluya programa de trabajo que contenga la justificación del cumplimiento de las prescripciones técnicas fundamentales contenidas en el anexo a este pliego que refleje, como mínimo, lo siguiente:

(...)

e) Plan Transparencia. 5 puntos.

En el PCT

Séptima. Criterios para la adjudicación

(...)

2. Proyecto técnico (hasta 50 puntos) que incluya programa de trabajo que contenga la justificación del cumplimiento de las prescripciones técnicas fundamentales contenidas en el anexo a este pliego que refleje, como mínimo, lo siguiente:

(...)

e) Plan Transparencia. 5 puntos.

La apreciación de la viabilidad de la alegación del recurrente debe partir de la finalidad del requerimiento de documentación debatido que no es otra que determinar los contenidos que precisa el poder adjudicador para comparar y evaluar las ofertas conforme a los criterios de adjudicación. No nos hallamos ante la solicitud de un requisito de aptitud del contratista, ni ante una prescripción técnica, ni ante una condición especial de ejecución que el adjudicatario haya de cumplir en todo caso. Por ello, en consecuencia con la citada finalidad, este OARC / KEAO estima que esta omisión o insuficiencia de la documentación necesaria para evaluar los criterios de adjudicación no sujetos a apreciación mediante fórmulas no pueden suponer la exclusión de la oferta sino, en su caso, una puntuación más baja o incluso nula en el criterio que se trata de acreditar (ver, en este sentido la Resolución 133/2017 de este OARC/KEAO) que es como, acertadamente, ha actuado el poder adjudicador al no asignar puntuación alguna en relación con el Plan de transparencia. Sólo podría ser de otra manera si las deficiencias documentales de la proposición fueran de tal calibre que impidieran conocer su contenido o contrastar su cumplimiento de las prescripciones mínimas de los pliegos; sin embargo, tal situación no concurre en este caso en concreto por la finalidad del documento omitido, que no afecta a la prestación del servicio (ver, en este sentido, la Resolución 72/2017 de este OARC/KEAO).

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:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa la entidad FUNDACIÓN LANTEGI BATUAK contra la adjudicación del contrato “Limpieza de diversas instalaciones y edificios municipales”, tramitado por el Ayuntamiento de Ermua.

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

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

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 59 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2018ko irailaren 25a

Vitoria-Gasteiz, 25 de septiembre de 2018