



EB 2021/077

Resolución 120/2021, de 13 de julio, 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 GESTIÓN DE TRIBUTOS Y RECAUDACIÓN TRIBUTARIA, S.L. contra los pliegos del contrato “Suministro de un sistema telemático de gestión administrativa de denuncias y actas de denuncia”, tramitado por el Ayuntamiento de Donostia – San Sebastián.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 5 de mayo de 2021, la empresa GESTIÓN DE TRIBUTOS Y RECAUDACIÓN TRIBUTARIA, S.L. (en adelante, GETYR) interpuso, 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), un recurso especial en materia de contratación contra los pliegos del contrato “Suministro de un sistema telemático de gestión administrativa de denuncias y actas de denuncia”, tramitado por el Ayuntamiento de Donostia – San Sebastián.

SEGUNDO: El 5 de mayo se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitó el expediente de contratación 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 (en adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió en el registro del OARC / KEAO entre los días 7 y 25 de mayo.





TERCERO: Con fecha 14 de mayo la Titular del OARC / KEAO dictó la Resolución B-BN 18/2021, por la que se acordó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: No constan en el expediente interesados distintos del poder adjudicador y del propio recurrente.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente por ser una potencial licitadora y la representación de S.C.M. que actúa en su nombre.

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

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de suministro cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 a) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP, el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.



QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián 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 de la impugnación son, en síntesis, los siguientes:

a) El único criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor (con una ponderación de 40 puntos sobre 100), consistente en la realización de una prueba por los usuarios de la aplicación para analizar ciertas características y funcionalidades del producto, es discriminatorio y favorece claramente a empresas que ya tienen la aplicación instalada y que desde 2018 colaboran con la Guardia Municipal de Donostia (adjunta dos páginas web al respecto). Además, el apartado de dicho criterio relativo a los “Tiempos de espera, agilidad en las conexiones app- bases de datos del Ayuntamiento” no se formula objetivamente y de modo concreto, lo que puede dar lugar a una inseguridad de los licitadores y a una posible arbitrariedad; en particular, el recurrente afirma que la cláusula no permite a los licitadores conocer los aspectos que se van a evaluar positivamente ni las distintas puntuaciones que se van a otorgar, dado que no se ha establecido una valoración detallada ni se han especificado claramente los tiempos de espera ni la agilidad específica a las que se refiere el criterio.

b) El plazo de presentación de ofertas establecido (15 días naturales) no se ajusta a la legalidad; el plazo correcto es, según el artículo 156.6 de la LCSP, no inferior a quince días, los cuales deben entenderse hábiles, según el artículo 30.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común (LPAC).

c) Los pliegos no desglosan el presupuesto base de licitación (en adelante, PBL) con los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos, limitándose



a manifestar en relación con los costes indirectos, de personal y otros costes eventuales que “no son determinantes”; se alega que la falta de desglose perjudica a los licitadores porque les impide tener conocimiento de datos necesarios e imprescindibles para ejecutar el contrato.

d) Finalmente, se solicita la nulidad de los pliegos y también la de todos los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador solicita que se declare concluso el procedimiento de resolución del recurso por pérdida de su objeto; en este sentido, se alega que, con fecha 7 de mayo, la secretaria de la Mesa de Contratación ha informado de que, una vez finalizado el plazo correspondiente, no se ha presentado oferta alguna, por lo que el procedimiento de adjudicación ha quedado desierto.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El recurrente impugna (i) el criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor por discriminatorio y porque uno de sus apartados no es objetivo y facilita la arbitrariedad del poder adjudicador, (ii) el plazo de presentación de ofertas por insuficiente y (iii) la falta de desglose del presupuesto base de licitación. Concretamente, las cláusulas afectadas por el recurso son las siguientes:

PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES CUADRO DE CARACTERÍSTICAS

19. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

(...)

Para la valoración mediante juicio de valor. se va a realizar una prueba en la que participarán tanto los usuarios de la aplicación en dispositivo móvil como los usuarios de la aplicación de oficina de gestión. El plazo de la prueba será de 15 días naturales, y se iniciará y concluirá en la misma fecha para todos las licitadoras.



Tras la apertura de los archivos 2, las licitadoras proporcionarán 10 licencias de la aplicación en dispositivo que proponen para Guardia Municipal, y 4 licencias de la aplicación en dispositivo que proponen para los agentes de Movilidad. 10 agentes de Guardia Municipal, y 4 de Movilidad utilizarán estas aplicaciones en sus dispositivos durante el plazo de prueba para su evaluación.

Asimismo, se proporcionarán otras dos licencias de oficina administrativa de Guardia Municipal, y una más de Movilidad.

(...)

Tiempos de espera, agilidad en las conexiones app-bases de datos del Ayuntamiento. Se valorará hasta un máximo de 4 puntos por los 10 usuarios de la aplicación en dispositivo de Guardia Municipal, y los cuatro usuarios de la aplicación en dispositivo de Movilidad.

PLIEGOS TÉCNICOS DEL CONTRATO DE SUMINISTRO DE UN SISTEMA TELEMÁTICO DE GESTIÓN ADMINISTRATIVA DE DENUNCIAS Y ACTAS DE DENUNCIA.

(...)

7.2. PRUEBAS SOBRE LA APLICACIÓN A REALIZAR EN LA FASE 2 DEL PROCEDIMIENTO

En la oferta las empresas participantes deberán de proporcionar junto con la documentación requerida (ARCHIVOS 2 Y 3), las licencias necesarias para que 10 Agentes de Guardia Municipal, y 4 de movilidad puedan realizar pruebas (durante 15 días naturales) sobre la aplicación de denuncias propuesta. Se proporcionarán también 2 licencias para realizar pruebas de la aplicación de oficina administrativa a la Guardia Municipal, y una más a Movilidad.

Tras procederse a la apertura del Archivo 2, se facilitará a las empresas participantes los ficheros necesarios para la realización de esta prueba.

Ficheros de parámetros que se facilitarán:

- MULDCALL - Fichero de Calles de San Sebastián para terminales portátiles
- MULDKOLO - Fichero de Colores para terminales portátiles
- MULDMARK - Fichero de Marcas y modelos para terminales portátiles
- MULDMUNI - Fichero de Municipios de Gipuzkoa para terminales portátiles
- MULDPROV - Fichero de Provincias para terminales portátiles
- MULDSALA - Fichero de Artículos infringidos para terminales portátiles Tráfico
- MULDZAIN - Fichero de Agentes para terminales portátiles
- NEGRA.TXT - Fichero lista NEGRA para terminales portátiles
- ACTNEGRAP - Fichero de Personas con actuación o Violentas para terminales portátiles.

Los ficheros a obtener son los siguientes:

- MULFSIN.TXT - Fichero de descarga de PERSONAS de terminales portátiles



- MULFSDE.TXT - Fichero descarga de DENUNCIAS de terminales portátiles
- GM_LEYES - Fichero de actas

Se debería incluir un fichero con el numero de licencia y los datos del establecimiento, de manera que la carga del numero de licencia pudiera cargar el resto de Datos en vez de tener que documentarlo.

La prueba de realizará de manera simultánea con todas las empresas que participen en el procedimiento de contratación, debiendo comenzar y finalizar el mismo día. La duración de la prueba no podrá ser superior a 15 días naturales.

Durante este período de prueba sobre la aplicación ofertada se realizarán a las empresas licitadoras las consultas que sean necesarias respecto a la operatividad de la aplicación.

Las pruebas efectuadas serán valoradas según los criterios y de valoración señalados en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Previamente al estudio de los motivos del recurso, debe analizarse la alegación del poder adjudicador en el sentido de que el procedimiento de recurso ha de declararse concluso, ya que su aceptación supondría la innecesaridad de entrar en los motivos de fondo que sustentan la impugnación.

a) Sobre la posibilidad de declarar concluso el procedimiento de recurso

No cabe aceptar la petición de que el procedimiento de recurso sea declarado concluso:

- 1) El modo de finalización del procedimiento de recurso cuya aplicación solicita el poder adjudicador ha sido apreciado por este OARC / KEAO en los casos en los que se ha producido una pérdida sobrevenida del objeto de la impugnación (ver el artículo 84.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común). Así, en la Resolución 29/2019 este Órgano consideró que la declaración de desierto dejaba sin objeto la pretensión, dado que ésta consistía en la anulación de unos pliegos que en ningún caso iban a tener ya efecto jurídico alguno en los intereses



defendidos por el recurrente (una confederación sindical que defiende el interés del colectivo de trabajadores que representa), como tampoco lo tendría ya una hipotética estimación de la impugnación.

2) No obstante lo anterior, existe una diferencia sustancial entre el caso ahora analizado y el que fue objeto de la mencionada Resolución 29/2019, y es que en el primero de ellos el recurrente es un operador económico potencialmente interesado en la adjudicación del contrato. Por ello, una estimación de su recurso implicaría la retroacción de actuaciones y la convocatoria de una nueva licitación regida por unos pliegos que le fueran más favorables y a la que GETYR podría optar, lo que representa un efecto jurídico favorable real y efectivo. En este sentido, debe señalarse que no hay diferencia, a los efectos que ahora interesan, entre la finalización del procedimiento de contratación con la adjudicación a un licitador y la declaración de desierto por no haberse presentado ofertas: en ambos casos, la estimación del recurso contra los pliegos supone la anulación de los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación (artículo 57.2 de la LCSP).

3) Finalmente, debe añadirse que la declaración de desierto (dictada el día 18 de mayo) infringe la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación acordada por este Órgano (dictada el 14 de mayo), siendo contrario al efecto útil del recurso permitir que este último no sea considerado en virtud de un acto que no debió dictarse.

b) Sobre el criterio de adjudicación

El recurrente alega que el criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor es discriminatorio y que, en uno de sus apartados, no es objetivo y permite una adjudicación arbitraria. A juicio de este Órgano, ninguna de las dos alegaciones puede aceptarse por los motivos que se exponen a continuación.



b 1) Sobre el carácter discriminatorio del criterio

La afirmación de que el criterio de adjudicación es discriminatorio se basa en dos argumentos. En primer lugar, la evaluación consistirá en una prueba en la que participarán los usuarios a los que se destina la aplicación, lo que beneficiaría a las empresas que ya tienen la citada aplicación instalada y que vienen colaborando con la Guardia municipal. Además, se menciona una empresa concreta que tiene una aplicación destinada a las funciones descritas en los pliegos, señalándose que dicha aplicación tiene características solicitadas en ellos, como estar dirigida tanto a agentes de la Guardia Municipal como a Agentes de Movilidad, trabajar bajo el sistema operativo Android y operar tanto en euskera como en castellano. Estos argumentos deben descartarse:

- 1) El mero hecho de que un criterio pueda favorecer a unos licitadores frente a otros no lo convierte, por sí solo, en discriminatorio, pues precisamente, por definición, es función de cualquier criterio valorar los aspectos de las proposiciones que aporten ventajas a la prestación que se pretende adquirir mediante una comparación entre ellas (ver, por todas, la Resolución 119/2019 del OARC / KEAO); sin embargo, sí se daría la discriminación si el criterio impugnado hubiera establecido la prueba real para favorecer a una empresa o tipo de empresas sin que exista una razón objetiva y proporcionada para ello, haciendo injustificada o desmesuradamente valiosa una característica que solo un posible licitador o categoría de licitadores ostenta (ver, por ejemplo, la Resolución 18/2015 del OARC / KEAO). En este sentido, el recurrente (a quien le corresponde la carga de la prueba; ver, por analogía, la Resolución 82/2018 del OARC / KEAO) no acredita ni aporta argumentos o evidencias que permitan llegar a dicha conclusión. Por el contrario, el poder adjudicador (ver el apartado 12 del informe del Servicio promotor de la adquisición) justifica la evaluación del criterio mediante una prueba porque se trata de valorar “la adecuación y usabilidad de éste por los usuarios finales”, de modo que se compruebe “el funcionamiento real y en situaciones



reales para poder calibrar así la adecuación de la herramienta que se provee”; esta explicación es razonable y ajustada al margen de discrecionalidad que asiste al poder adjudicador en la elección de los criterios de adjudicación, el cual no puede sustituirse por la aspiración del recurrente de que se establezcan otros criterios distintos que le sean más propicios (ver, entre muchas, la Resolución 46/2021 del OARC / KEAO). Por otro lado, no se observa (ni el recurrente señala) ninguna dificultad especial para que un licitador cualquiera ponga a disposición del poder adjudicador los elementos necesarios para llevar la prueba a cabo (según los pliegos, tan solo deben proporcionar las correspondientes licencias de la aplicación en dispositivo que ofertan).

- 2) El recurso no identifica cuál es la concreta ventaja ilegítima adquirida por la empresa o empresas favorecidas. Tan solo alega que un operador económico concreto ya cumple varias condiciones establecidas en los pliegos (usuarios a los que se dirige la herramienta, sistema operativo y funcionamiento en las dos lenguas oficiales), por lo que obtendría la máxima puntuación. Este argumento no es aceptable por dos razones. En primer lugar, las citadas condiciones no forman parte del criterio de adjudicación discutido (se trata de prescripciones técnicas ajenas al contenido de dicho criterio), por lo que no son relevantes para la puntuación que se otorgue a las ofertas. Por otro lado, la recurrente no discute la pertinencia de las citadas prescripciones para satisfacer las necesidades del poder adjudicador, tan solo alega que benefician a quien dispone de una aplicación que ya las cumple, lo que no es, por sí solo, ninguna irregularidad.
- 3) Finalmente, debe analizarse la relevancia de que haya un operador económico que haya trabajado con el poder adjudicador desde 2018 en la elaboración de una aplicación que podría satisfacer el objeto del contrato impugnado. A juicio de este Órgano, ello tampoco implica ningún reproche legal contra los pliegos recurridos, sin perjuicio de que, en su



caso, en el correspondiente procedimiento de adjudicación pudiera ser aplicable lo previsto en los artículos 64.1 o 70.1 de la LCSP o en cualquier otra norma que garantice la ausencia de conflictos de intereses en la contratación pública o la igualdad de trato de todos los licitadores en el procedimiento de adjudicación.

b 2) Sobre la falta de objetividad del criterio de adjudicación

Este motivo de impugnación debe desestimarse. Este Órgano no comparte el reproche de que los licitadores desconozcan qué aspectos se van a evaluar positivamente, pues si se habla de “tiempos de espera” y de “agilidad”, términos cuyo entendimiento en el contexto de una aplicación informática no precisa de complejas interpretaciones, es claro que van a obtener calificación más favorable las aplicaciones que reporten menores tiempos de espera y mayor agilidad. Además, se especifica que ambas características se predicen de las conexiones entre la aplicación y las bases de datos municipales (a diferencia de otro epígrafe del mismo criterio, que no ha sido recurrido, en el que se refiere a “la propia aplicación” y no a las conexiones). Por ello, la descripción del criterio concede un margen de discrecionalidad al poder adjudicador en su aplicación, pero está muy lejos de otorgarle una libertad incondicionada o arbitraria para adjudicar el contrato (ver, por ejemplo, “sensu contrario”, la Resolución 18/2015 del OARC / KEAO).

c) Sobre el plazo de presentación de ofertas

El recurrente afirma que el plazo de presentación de ofertas es incorrecto porque debió ser de, al menos, quince días hábiles, y no de quince días naturales, como señalan los pliegos. Este motivo de impugnación debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) La disposición adicional duodécima de la LCSP establece que los plazos establecidos por días en dicha Ley se entenderán referidos a días



naturales, salvo que en la misma se indique expresamente que solo deben computarse los días hábiles, añadiendo que “si el último día del plazo fuera inhábil, este se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente.” La existencia de esta norma específica descarta que haya que acudir, vía párrafo 1 de la disposición final cuarta de la LCSP, a la aplicación subsidiaria del artículo 30.2 de la LPAC.

- 2) Dado que es aplicable el artículo 156.6 de la LCSP, que fija un plazo de presentación de ofertas no inferior a 15 días, sin especificar que solo deban computarse los hábiles, y el anuncio de licitación se publicó el día 15 de abril, la fijación del día 30 de abril como último del plazo es correcta.

d) Sobre la falta del desglose del presupuesto base de licitación

La impugnación de la falta de desglose del PBL debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) El desglose del PBL al que se refiere el artículo 100.2 de la LCSP busca asegurar el mandato legal de que éste sea adecuado al precio de mercado, como muestra el empleo de la expresión “A tal efecto”. Por ello, este Órgano ya ha establecido que no cabe impugnar los defectos de dicho desglose si, además, no se aportan argumentos y datos que puedan desmentir que el PBL incumple el citado mandato, de tal modo que, con el importe establecido por el poder adjudicador no quede garantizada la viabilidad de la ejecución de la prestación o no pueda esperarse una concurrencia suficiente en el procedimiento de adjudicación (ver, por todas, su Resolución 160/2020 y las que en ella se citan). En el caso analizado, el recurrente no alega ni acredita que el importe consignado sea insuficiente, sino que su reproche se reduce a la falta de precisión de los costes de personal, indirectos y otros eventuales, que los pliegos consideran que “no son determinantes”.



- 2) Una vez que no se ha puesto en duda el importe del PBL, el contenido del desglose no es relevante para el recurrente, pues es precisamente él quien mejor conoce o debe conocer los costes directos, indirectos o de otro tipo que repercuten en el producto que vende; cuestión diferente es que se pusiera en duda la adecuación del PBL y, para ello, la alegación se apoyara en la incorrección u omisión del desglose previsto en el artículo 100 de la LCSP, lo que, en este caso, no se ha hecho (ver la Resolución 160/2020 citada). Tampoco parece posible que la ausencia de desglose vaya a impedir la correcta ejecución del contrato, ya que afecta, en todo caso, a la correcta formación del PBL, y no al precio contractual.
- 3) En todo caso, si se pone en conexión con el artículo 102 de la LCSP (que se refiere al precio del contrato, el cual debe ajustarse a los precios del mercado), el desglose al que se refiere el artículo 100.2 de la LCSP no parece tener sentido en los contratos de suministro, en los que dicho precio de mercado debe determinarse en función de los precios que los bienes muebles a adquirir suelen tener en el mercado (ver la Resolución 84/2019, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, así como el Acuerdo 44/2021 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón).

e) Conclusión

A la vista de lo expuesto en los apartados b), c) y d) anteriores, el recurso debe desestimarse íntegramente.

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 el recurso especial en materia de contratación pública interpuesto por la empresa GESTIÓN DE TRIBUTOS Y RECAUDACIÓN TRIBUTARIA, S.L. contra los pliegos del contrato “Suministro de un sistema telemático de gestión administrativa de denuncias y actas de denuncia”, tramitado por el Ayuntamiento de Donostia – San Sebastián.

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

TERCERO: Levantar la suspensión cautelar del procedimiento de adjudicación.

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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2021eko uztailaren 13a

Vitoria-Gasteiz, 13 de julio de 2021