



EB 2018/140

Resolución 174/2018, de 11 de diciembre 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 ESTACIONAMIENTO Y SERVICIOS, S.A.U frente a la adjudicación del contrato de “Servicio de control horario del aparcamiento en zonas de estacionamiento limitado de Barakaldo”, promovido por el Ayuntamiento de Barakaldo.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 5 de octubre de 2018, la empresa ESTACIONAMIENTO Y SERVICIOS, S.A.U (en adelante, EYSA) 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 a la adjudicación del contrato de “Servicio de control horario del aparcamiento en zonas de estacionamiento limitado de Barakaldo”, promovido por el Ayuntamiento de Barakaldo.

SEGUNDO: El mismo día 5 de octubre se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron 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). Dicha documentación se ha recibido el día 9 de octubre.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 23 de octubre, se han recibido las alegaciones de la empresa DORNIER, S.A. el día 30 de octubre.

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, publicada en el Boletín Oficial del Estado del día 9 de noviembre de 2017, 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 28 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 día 14 de septiembre 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 D.A.J.C, 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

Conforme al art. 44.2.c) de la LCSP es acto impugnabile el acuerdo de adjudicación del contrato.

QUINTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

SEXRO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Barakaldo 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

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

a) Posible inclusión de los datos económicos en el sobre "B" de criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor de la oferta de DORNIER, lo cual no puede ser constatado por el recurrente debido a que el órgano de contratación le ha denegado el acceso a dicha oferta sobre la base de la declaración efectuada por la propia empresa interesada tras la adjudicación del contrato, sin que la alcaldía haya realizado una ponderación sobre este juicio y sin tener en cuenta que el interesado no había incorporado a cada uno de los sobres que conforman su oferta, en contra de lo dispuesto en el PCAP, una relación de

los documentos declarados confidenciales, por lo que no cabe otorgar este carácter a ninguno de ellos con posterioridad.

b) La oferta de DORNIER podría incluir la instalación de expendedores de tickets que no son de nueva fabricación, lo que conllevaría una indebida valoración del criterio correspondiente al incremento de expendedores.

c) La pretensión del recurso es la exclusión de la oferta de DORNIER por haber incluido en el sobre B información relativa al sobre C, ordenando la retroacción de actuaciones al momento anterior a la adjudicación a fin de que el órgano de contratación adjudique el contrato a la siguiente oferta más ventajosa y subsidiariamente se ordene la retroacción de las actuaciones hasta el momento anterior a la ponderación y asignación de puntuación de los criterios no sujetos a juicios de valor para que el Órgano de contratación proceda a realizar una nueva puntuación de ofertas en las que DORNIER deberá obtener 0 puntos. Asimismo, mediante un segundo Otrosí solicita acceso a la siguiente documentación de la oferta de DORNIER: (i) Apartado 0.2/mejoras del contrato (páginas 2 a 65 de la oferta contenida en el sobre B), (ii) Apartado 2/Estudio económico obrante en el sobre C y (iii) Apartado 3/Relación de costes unitarios personales y materiales (páginas 15 y 16 de la oferta contenida en el sobre C).

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

Por su parte, el poder adjudicador resumidamente alega lo siguiente:

a) Los informes de valoración del sobre B contabilizan un número total de 46 páginas con un grado de detalle de la descripción de cada una de las ofertas suficientemente indicativo de que ningún aspecto que pueda incidir en la valoración ha sido omitido. Además, el técnico que valoró las ofertas ratifica que ninguno de los ofertantes incluyó en el sobre B dato que permitiera conocer en todo o en parte el contenido de su oferta.

b) Con las fórmulas de valoración de los criterios correspondientes al sobre C, que siempre operan por referencia al resto de ofertas, difícilmente se podría haber asegurado el resultado de la licitación.

c) En el sobre C únicamente se valoran los parquímetros nuevos. Esta es una cuestión que constituye una condición que ha de ser objeto de comprobación en la ejecución del contrato. Además, el Pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT) es claro al decir que las 65 unidades de parquímetros Stelio pueden ser objeto de permanencia en la vía y pasar a ser propiedad municipal si no se restituyen los antiguos; permanencia que en ningún caso puede significar exención de la instalación.

NOVENO: Alegaciones de la empresa interesada

La empresa DORNIER, adjudicataria impugnada, se opone al recurso con los siguientes argumentos:

a) El recurso se basa en conjeturas e hipótesis que no resultan probadas y corresponde a la recurrente la carga de la prueba.

b) El OARC puede comprobar que ningún dato económico relativo al sobre C se incluyó en el sobre B.

c) Los sesenta expendedores de tiques ofertados por DORNIER son de nueva fabricación y así se hizo constar en la oferta. Este dato figura en uno de los documentos que fue facilitado al recurrente. A mayor abundamiento, se puede comprobar que los 50 expendedores exigidos por el PPT como los nuevos adicionales ofertados tienen el mismo precio.

DÉCIMO: Apreciaciones del OARC / KEAO

La primera de las cuestiones que plantea el recurso, y cuya resolución ha de ser previa a la del resto de cuestiones planteadas, es la de si procede dar

acceso al recurrente a la parte de oferta de la adjudicataria impugnada que le ha sido denegada por el órgano de contratación.

a) Sobre el acceso a la oferta de la adjudicataria impugnada

En relación con la pretensión subsidiaria de que se retrotraigan las actuaciones al objeto de proceder al acceso a la oferta de la adjudicataria impugnada, se ha de tener en cuenta que el trámite de vista del expediente se halla regulado en el artículo 52 de la LCSP en términos similares a los que figuraban en los artículos 16 y 29.3 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por la que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. La finalidad que se persigue mediante este procedimiento es la de evitar la indefensión en el recurrente de tal manera que la privación de este derecho por el órgano de contratación sea la causa de un recurso especial insuficiente o carente de fundamentación jurídica (ver, en este sentido la Resolución 19/2018 del OARC/KEAO). Para sustentar su decisión, este Órgano resolutorio ha de estar a lo alegado por el recurrente y por el poder adjudicador, a la verificación del cumplimiento de ciertas formalidades (como la solicitud de acceso inicial al órgano de contratación y la presentación del recurso especial en plazo con solicitud de acceso al órgano resolutorio) y a la observancia de los límites materiales del derecho de acceso, como pueden ser la protección de los intereses comerciales legítimos o de los datos de carácter personal.

En concreto y en el presente caso, el recurrente impugna el resultado de la valoración de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor basándose en una mera suposición, que la diferencia de puntos se puede deber a que el adjudicatario ha incorporado al sobre relativo a la documentación valorable conforme a juicios de valor información que debería incluir en el sobre relativo a la oferta económica y criterios evaluables mediante fórmula, de lo que concluye que el criterio del evaluador pudiera no ser objetivo. Por ello, solicita el acceso al Apartado 0.2/Mejoras del contrato (páginas 2 a 65 de la oferta de DORNIER) contenido en el sobre B y al

Apartado 2/estudio económico y Apartado 3/Relación de costes unitarios personales y materiales del sobre C porque sospecha que en estos documentos obra información que pueda contener datos valorables conforme a criterios automáticos.

En el supuesto que nos ocupa, el punto 30 de la carátula del PCAP dispone que el órgano de contratación cuidará de que no se divulgue la información facilitada por los empresarios que éstos hayan declarado como confidencial y, por otra parte, ni el poder adjudicador ni el adjudicatario niegan que éste no haya incluido una declaración de confidencialidad, si bien con ocasión de la petición de acceso a la oferta efectuada por la recurrente se la ha dado la posibilidad de que se pronuncie, nuevamente, sobre este extremo, con el resultado de que el recurrente ha obtenido una vista parcial de la oferta de la adjudicataria. Este OARC/KEAO en ocasiones anteriores ha manifestado que resulta un exceso de celo del poder adjudicador el garantizar la confidencialidad de parte de la oferta de la adjudicataria cuando ésta no ha efectuado una designación a tal efecto, a pesar de que los pliegos recordaban la posibilidad de efectuarlo (ver, en este sentido, la Resolución 24/2015). No obstante, en el contrato que nos ocupa, habida cuenta del carácter vago y poco tangible de la petición, que se sustenta en una mera probabilidad de que la adjudicataria haya cometido un error en la configuración de su oferta (únicamente se alega que es usual que las empresas cometan dicho error) y de que el poder adjudicador ha remitido la información a contrastar, este OARC/KEAO considera que no se precisa dar trámite de acceso a la oferta al recurrente, pues esta labor la puede efectuar de forma relativamente sencilla el propio Órgano resolutorio por encontrarnos ante unos documentos no muy extensos y de contenido nada complejo.

Examinada la documentación de DORNIER, se observa que el apartado de la oferta 0.2/Mejoras del contrato, únicamente contiene las mejoras ofertadas por el licitador para la gestión del contrato como, por ejemplo, la formación en movilidad, formación didáctica a centros educativos, formación continua y específica para personal municipal, estudio de la ciudad, monitorización y estudios continuos de aparcamiento y, así, hasta 21 propuestas diferentes. De

todas ellas, las que pudieran albergar alguna sospecha de revelación del secreto de la oferta son la denominada Mejora 0.2.20 / Expendedores adicionales y la Mejora 0.2.21 / Valoración de las mejoras ofrecidas, cuyo contenido es el siguiente:

0.2.20 / Expendedores adicionales

La cantidad y modelo de estos expendedores se desvelara en el sobre C, dentro del estudio económico.

0.2.21 / Valoración de las mejoras ofrecidas

La valoración económica de estas mejoras se encuentra desglosada en el Sobre C, dentro del estudio económico del servicio.

Una mera lectura del contenido de estas ofertas pone de manifiesto que el adjudicatario impugnado ha sido especialmente diligente en preservar la información susceptible de ser valorada conforme a los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmulas y descarta de plano que su oferta haya incurrido en semejante irregularidad. Consecuentemente, este motivo de impugnación debe descartarse.

b) Sobre el incumplimiento de las prescripciones técnicas establecidas.

Se recurre en segundo término que la oferta de expendedores de tiques adicionales (evaluable conforme a fórmula) pudiera referirse a aparatos que no son nuevos, contraviniendo, de esta manera, las prescripciones establecidas en el PPT y que una prueba de ello pudiera ser el precio unitario en el que se ha valorado cada uno de ellos a cuyo efecto solicita el acceso a esta información que le ha sido denegada.

Esta alegación debe ser desestimada. La cláusula 16.2 del PCAP describe el criterio de adjudicación debatido como Incremento del número de expendedores que el adjudicatario debe suministrar e instalar. Lo valorable es el número de expendedores ofertados, siendo obligación del adjudicatario el que los bienes efectivamente instalados en la fase de ejecución del contrato se ajusten a las prescripciones del PPT. Ni este criterio de adjudicación ni la cláusula 3.1 del PPT, que bajo el epígrafe de Suministro e instalación de aparatos expendedores de tiques especifica el

número de expendedores que se deben suministrar así como sus características, obligan a que sea el licitador el que en su oferta deba acreditar que los aparatos ofertados, tanto los exigidos como los adicionales objeto de valoración mediante fórmula, sean nuevos. Este extremo debe ser cumplido por el adjudicatario y, consecuentemente, será durante la ejecución del contrato cuando se deba comprobar el extremo controvertido, esto es, si el adjudicatario suministra el número de expendedores adicionales ofertado y si éstos cumplen con las prescripciones del PPT, entre las que figura el que sean de nueva fabricación. Por esta razón, el precio unitario del expendedor es irrelevante para la adjudicación del contrato, pues el estudio económico con relación unitaria tanto de personal como de materiales solicitado en la cláusula 14.2.A) del PPT, y a cuyo contenido solicita el acceso la recurrente, no es una información evaluable conforme a los criterios de adjudicación. Téngase en cuenta que, conforme al punto 16.B.1) de la carátula del PCAP, el elemento de coste a valorar es la cantidad total ofertada por cada licitador para los dos años de duración del contrato. Finalmente, hay que señalar que no cabe dudar de la voluntad del adjudicatario impugnado de ofertar un número concreto de expendedores adicionales cuando éste ha efectuado la siguiente oferta:

(...)

SI, me comprometo a incrementar el número de expendedores-50- que establece el Punto 3.1 del PPTP en 60 sesenta unidades, iguales a los 60 indicados en el citado Punto y también de nueva fabricación; así mismo, me comprometo a instalarlos en el plazo máximo de 1 mes desde el inicio de las prestaciones del contrato

La cual se efectúa conforme al modelo que figura en el anexo I B al PCAP y cuya lectura no suscita duda alguna. Consecuentemente, la alegación debe ser desestimada.

c) Conclusión

El recurso debe ser desestimado porque la solicitud de acceso a la parte de la oferta que no ha sido facilitada por el órgano de contratación se basa en una mera conjetura, fácilmente comprobable por el OARC/KEAO, y la constatación

de que los expendedores adicionales ofertados deben ser nuevos, conforme a las cláusulas contractuales alegadas por el propio recurrente, debe efectuarse durante la ejecución del contrato, por ser una obligación que atañe al adjudicatario del contrato, no al licitador.

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 ESTACIONAMIENTO Y SERVICIOS, S.A.U frente a la adjudicación del contrato de “Servicio de control horario del aparcamiento en zonas de estacionamiento limitado de Barakaldo”, promovido por el Ayuntamiento de Barakaldo.

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

TERCERO: Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

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

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, 2018ko abenduaren 11

Vitoria-Gasteiz, 11 de diciembre de 2018