



EB 2015/014

Resolución 32/2015, de 12 de marzo de 2015, del 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 CLECE, S.A. frente al Decreto de 13 de enero de 2015, de la Presidencia del Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, de adjudicación del “Servicio de limpieza en las dependencias del Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia”.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 6 de febrero de 2015 CLECE, S.A. ha interpuesto 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 frente a la adjudicación del “Servicio de limpieza en las dependencias del Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia”, tramitado por el Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa / Consorcio de Aguas de Bilbao Bizkaia (en adelante, CONSORCIO).

El mismo 6 de febrero de 2015 se trasladó el recurso al CONSORCIO y se solicitó la remisión del expediente. Observado un error en el expediente remitido, el 2 de marzo de 2015 se volvió a requerir el expediente, cuya entrada en el registro de este Órgano tuvo lugar el mismo día de su solicitud. El expediente ha venido acompañado del informe al recurso que prevé el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

SEGUNDO: El 2 marzo de 2015 se trasladó el recurso a los interesados, sin que dentro del plazo otorgado se haya recibido alegación alguna.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En el expediente consta la legitimación del recurrente y la representación de Don J.M G.V. que 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 obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.»

El contrato objeto de recurso es un servicio de la categoría 24 (Servicios de limpieza de edificios, etc.) del Anexo II del TRLCSP, con un valor estimado de 2.870.400,00 euros.

TERCERO: El artículo 40.2 c) del TRLCSP establece que son susceptibles de recurso especial

«Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.»

El acto recurrido es el Decreto de 13 de enero de 2015, de la Presidencia del Consorcio, de adjudicación del contrato.

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

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Consorcio de Aguas de Bilbao Bizkaia tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículos 3.2 e) y 3.3 a) del TRLCSP.

SEXTO: Los motivos de impugnación del recurrente son, en síntesis, los siguientes:



a) Ausencia total de motivación.

Comienza el recurrente apelando al deber de motivación del artículo 151.4 del TRLCSP, que recoge los aspectos que en todo caso debe comprender la notificación. Cita en su apoyo las Resoluciones 288/2013 y 522/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC), y añade que de su doctrina se deduce que el objetivo perseguido por la motivación es suministrar a los licitadores excluidos las razones determinantes de su exclusión o descarte, a fin de que puedan contradecir las razones argumentadas como fundamento del acto dictado, mediante la interposición del correspondiente recurso.

Afirma que la notificación cursada no se ajusta al contenido del artículo 151.4 del TRLCSP, en tanto que se limita a adjudicar el contrato a la empresa clasificada en primer lugar, sin que la notificación vaya acompañada del informe técnico de valoración o una remisión a informes incorporados en el expediente a través de los cuales se puedan conocer los motivos de la resolución. Además, pese a las solicitudes presentadas, el consorcio no ha facilitado el acceso al expediente dentro del plazo de interposición del recurso. Corrobora su parecer con cita de la STJUE de 28 de febrero de 2010 y del informe 46/09 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (en adelante, JCCA). Considera el recurrente que en el presente caso no es posible (i) conocer la “ratio decidendi” que ha llevado a la Administración a descartar su proposición, (ii) no conoce los motivos concretos por los cuales ha sido adjudicado el servicio a EULEN, S.A., (iii) al no disponer de los motivos concretos de valoración de las ofertas, no puede contradecirlos mediante la presentación del correspondiente recurso, (iv) todo ello genera una clara indefensión al recurrente, que hace nulo y/o anulable el acto recurrido (arts. 62 y 63 LRJPAC), por carecer de la motivación legalmente establecida.

b) Falta de acceso al expediente administrativo.

Manifiesta que en diversas ocasiones ha solicitado la vista del expediente administrativo, habida cuenta de que desconoce los criterios tenidos en cuenta



a la hora de la realización de la valoración técnica y que la adjudicación no motiva de ninguna manera la puntuación otorgada, de modo que no puede enjuiciar los términos en que se ha formulado otras ofertas, mediante la interposición del correspondiente recurso. Vuelve a citar en su apoyo el Informe 46/09 de la JCCA.

Concluye que ante la falta de motivación del acto recurrido y la negación de acceso al expediente de contratación, se provoca una grave indefensión, al impedirle el acceso a un posible recurso, ya que las razones determinantes de la adjudicación no se recogen en la notificación recibida.

Solicita la anulación de la resolución recurrida y que se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a la adjudicación y se ordene a la Administración que permita el acceso al expediente, y se otorgue un nuevo plazo para formular, si a su derecho conviene, recurso especial en materia de contratación.

SÉPTIMO: En el informe al recurso, el CONSORCIO manifiesta en su defensa que el 19 de diciembre de 2014 remitió a CLECE el Acuerdo «12º.- Informe de Valoración Técnica del Procedimiento Abierto convocado para contratar el servicio de limpieza en la dependencias del Consorcio de Aguas de Bilbao Bizkaia. Exp. Nº 1817», de entre los tratados por Mesa de contratación en su reunión de 25 de noviembre de 2014, que incluye la reproducción del informe técnico de las ofertas presentadas, elaborado por el Jefe de Personal el 4 de noviembre de 2014. Como prueba del envío el CONSORCIO incluye la copia del “Memorando” de un correo electrónico donde queda reflejado el remitente: Contratación; fecha de envío: 19 de diciembre de 2014 13:02; Destinatario: mgomez@clece.es y bdelgado@clece.es y como datos adjuntos: un documento denominado “1817.pdf”. Debe señalarse que la segunda de las direcciones de correo electrónico es la que figura como e-mail de contacto de CLECE en el cuadro de datos de los licitadores presentados, que forma parte de la documentación del expediente.



Concluye el CONSORCIO que el resto de la documentación que obra en el expediente se encuentra a disposición de los licitadores en su página Web, y que la misma es pública salvo las ofertas técnicas presentadas por las empresas concursantes, que tienen carácter confidencial por su vinculación a secretos técnicos y profesionales.

OCTAVO: El recurrente denuncia, en primer lugar, la ausencia absoluta de motivación en el Decreto de 13 de enero de 2015, de la Presidencia del Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, que adjudica el contrato. Examinadas las notificaciones de la adjudicación, se observa que únicamente contienen el detalle de la identidad de primer clasificado, el importe de adjudicación y la duración del contrato, sin que recojan las menciones del artículo 151.4 sobre la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado las candidaturas descartadas (letra a), ni las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada su oferta con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas (letra c).

Este Órgano Resolutorio se ha manifestado en diversas ocasiones sobre el valor de la motivación del artículo 151.4 del TRLCSP. Así, en la reciente Resolución 30/2015 se indica que «En síntesis, este precepto señala que la adjudicación deberá ser motivada, se notificará a los candidatos o licitadores y deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita interponer el correspondiente recurso especial, en particular las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas.»

De acuerdo con el parecer expresado en la Resolución reproducida, puede afirmarse sin ningún género de dudas que la adjudicación recurrida y su notificación carecen de los elementos imprescindibles que precisa el artículo 151.4 del TRLCSP, que permiten al licitador interesado tener la información necesaria para la interposición de un recurso suficientemente fundado.

Sin perjuicio de lo anterior, en la Resolución 72/2013 el OARC / KEAO se afirmaba que «(...) la ausencia de motivación es un defecto formal cuya trascendencia



anulatoria se reduce a los casos en los que el acto carece de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o da lugar a la indefensión de los interesados (artículo 63.2 de la Ley 30/1992), (...).» Y en este mismo sentido, en la Resolución 29/2012 se citaba la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de abril de 1990 (RJ 3576), que en su Fundamento Jurídico Segundo matiza el alcance de la motivación cuando afirma que «(...) puede añadirse que esta Sala ha declarado reiteradamente que independientemente de que la motivación cumpla la función de orden interno de asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración, en el terreno formal - exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo- constituye una garantía para el administrado que así podrá impugnar el acto administrativo con posibilidad de criticar las bases en que se funda. La falta de motivación o la motivación defectuosa pueden integrar un vicio de anulabilidad o una mera irregularidad no invalidante: el deslinde de ambos supuestos se ha de hacer indagando si realmente ha existido una ignorancia de los motivos que fundan la actuación administrativa y si, por tanto, se ha producido o no la indefensión del administrado -art. 48.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo (RCL 1958\1258, 1469, 1504; RCL 1959\585 y NDL 24708).»

Siguiendo el criterio expuesto por la sentencia reproducida, debe indagarse si en el contrato objeto de recurso, a pesar de la evidente falta de motivación en la notificación de la adjudicación, el licitador recurrente ha dispuesto de otros mecanismos que le hayan permitido conocer los motivos que han llevado al CONSORCIO a la adopción del acto hoy recurrido.

En el informe al recurso, que en la versión remitida a este Órgano carece de firma, el Secretario de la Mesa de contratación sostiene que el 5 de diciembre de 2014 CLECE solicitó la vista del expediente, y que el 19 de diciembre de 2014 se le remitió el acuerdo de la Mesa de contratación de 25 de noviembre en el que se trató el «12º.- Informe de valoración del Procedimiento Abierto convocado para contratar el servicio de limpieza en las dependencias del Consorcio de Aguas de Bilbao Bizkaia. Exp. N1 1817» El informe al recurso incluye, también, la indicación de que «(Se acompaña copia de la citada documentación telemática ANEXO – I)»; anexo que contiene el correo electrónico con los datos expuestos en el Fundamento de Derecho Séptimo y el Acuerdo 12 de la reunión de la Mesa de contratación 25 de noviembre de 2014, que incluye el informe técnico de 4 de noviembre de 2014 emitido por el Jefe de Personal.



En este informe se analizan las propuestas de los licitadores en relación con los criterios de adjudicación sujetos a emisión de un juicio de valor, esto es:

- .- Memoria técnica y metodológica de la ejecución: 0-20 puntos.
- .- Medios técnicos propuestos a disposición del contrato: 0-15 puntos.
- .- Mejoras: 0-7 puntos.
- .- Criterios medioambientales y sociales: 0-4 puntos.
- .- Otros aspectos y/o criterios a valorar: 0-4 puntos.

En cada uno de estos criterios se definen, a su vez, los aspectos que se tendrán en consideración para la valoración de las ofertas.

Llegados a este punto, la cuestión estriba en determinar si del expediente se deduce que el recurrente tuvo acceso al citado informe siendo necesario para ello examinar si la forma de comunicación utilizada por el CONSORCIO (correo electrónico) reúne las garantías exigidas por la LRJ-PAC, que en el apartado 1. de su artículo 59 prevé que «Las notificaciones se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado» En cuanto al uso de medios electrónicos para las notificaciones, debe acudirse a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico, que en su artículo 28 regula la práctica de notificación por medios electrónicos. Concretamente, en sus párrafos 1 y 2 este artículo señala que:

«1. Para que la notificación se practique utilizando algún medio electrónico se requerirá que el interesado haya señalado dicho medio como preferente o haya consentido su utilización, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 27.6. Tanto la indicación de la preferencia en el uso de medios electrónicos como el consentimiento citados anteriormente podrán emitirse y recabarse, en todo caso, por medios electrónicos.

2. El sistema de notificación permitirá acreditar la fecha y hora en que se produzca la puesta a disposición del interesado del acto objeto de notificación, así como la de acceso a su contenido, momento a partir del cual la notificación se entenderá practicada a todos los efectos legales.»



Sobre la utilización del correo electrónico como medio de notificación, podría entenderse que CLECE ha consentido tal medio de comunicación, al figurar una dirección electrónica suya en el cuadro de datos de los licitadores presentados. En cuanto a la acreditación de la notificación por el medio electrónico elegido, sí que consta el envío o puesta a disposición del interesado del informe técnico de adjudicación, pero no queda acreditado en el expediente que CLECE como destinatario haya tenido acceso al documento enviado, momento a partir del cual la notificación se entendería practicada a todos los efectos legales. Sobre este particular, llama la atención que el CONSORCIO no aporte documento alguno sobre el acceso del recurrente a la notificación, y que éste en ningún momento manifiesta un reconocimiento expreso de que ha tenido conocimiento del contenido del informe técnico de 4 de noviembre de 2014. Por el contrario, sí consta en el expediente que el 5 de diciembre de 2014 y el 27 de enero de 2015 el recurrente solicitó el acceso al expediente, peticiones ambas que no fueron atendidas por el poder adjudicador.

Lo anterior, nos lleva a la conclusión de que la motivación del Decreto de 13 de enero de 2015 es incompleta y no cumple con los requisitos del artículo 151.4 del TRLCSP, por cuanto que no queda acreditado fehacientemente que CLECE haya dispuesto en algún momento de la información necesaria para la interposición de un recurso suficientemente fundado. A este respecto, debe recordarse que el artículo 89.5 de la LRJ-PAC permite que la motivación se incorpore a la propia resolución notificada mediante la aceptación de informes cuyo texto debe acompañarse en el acto notificado.

En consecuencia, debe admitirse la impugnación del recurrente sobre la falta de motivación del acto recurrido.

Anudado al primer motivo de impugnación, CLECE reprocha la negativa del CONSORCIO a otorgarle el trámite de vista del expediente, contemplado en el 35 a) de la ya aludida LRJ-PAC, y que por ello desconoce los motivos que han llevado a descartar su proposición y a seleccionar la del adjudicatario, circunstancia que le impide poder contradecirlos mediante la presentación del correspondiente recurso.



Debe señalarse que la adjudicación se notificó a los licitadores el 19 de enero de 2015, y la segunda petición de vista del expediente tuvo lugar el 27 del mismo mes, esto es, dentro del plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación.

El acceso al expediente es un derecho de los ciudadanos reconocido en el artículo 35. a) de la LRJ-PAC y tiene como objeto conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados. Su cumplimiento compete a la administración pública que tramita el procedimiento en cuestión, en este caso el CONSORCIO como poder adjudicador. Sin merma del reconocimiento del derecho de acceso al expediente, debe señalarse que en los procedimientos de contratación la satisfacción de la pretensión del recurrente se obtiene igualmente si la notificación cumple los requisitos que se expresan en el artículo 151.4 del TRLCSP, pues entonces el recurrente sí podrá articular el recurso especial contando con la información precisa.

Finalmente, el hecho de que los licitadores hayan declarado confidencial la totalidad de su oferta no puede admitirse como motivo suficiente para denegar el acceso al expediente. Una declaración en este sentido, no puede afectar a la totalidad de la oferta realizada ya que podría estar incurso en fraude de ley en los términos previstos en el artículo 6.4 del Código Civil (Resolución 313/2015 del TACRC).

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 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,



RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso interpuesto por CLECE, S.A. frente al Decreto de 13 de enero de 2015, de la Presidencia del Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, de adjudicación del “Servicio de limpieza en las dependencias del Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia”, anulando el acto impugnado y ordenando la retroacción de las actuaciones hasta la emisión de una nueva adjudicación que contengan los requisitos del artículo 151.4 del TRLCSP.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.4 de la propia Ley.

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

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 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2015eko martxoaren 12a

Vitoria-Gasteiz, 12 de marzo de 2015