



EB 2018/020

Resolución 045/2018, de 10 de abril 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 la reclamación interpuesta por la FEDERACIÓN EMPRESARIAL ESPAÑOLA DE SEGURIDAD contra los pliegos del contrato “Servicios de vigilancia en estaciones e instalaciones del Ente Público Euskal Trenbide Sarea”.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 23 de febrero de 2018, 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) la reclamación interpuesta por la Federación Empresarial Española de Seguridad frente a los pliegos del contrato arriba referenciado. La reclamación fue presentada presencialmente, por lo que el mismo día 23 de febrero este OARC/KEAO requirió a la recurrente su subsanación y la presentación electrónica de la reclamación, de conformidad con lo establecido en el art. 14.2.a) de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPA). La subsanación se efectuó el día 26 de febrero, fecha de presentación de la solicitud de conformidad con el art. 68.4 de la LPA.

SEGUNDO: El mismo día de su presentación telemática, el 26 de febrero, este OARC / KEAO remitió la reclamación al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, el informe de la entidad adjudicadora. Dicha documentación se recibió el 28 de febrero.



TERCERO: Mediante la Resolución B-BN 02/2018, este OARC/KEAO acordó acceder a la petición de medida cautelar de la recurrente y suspender el procedimiento de adjudicación a partir de la finalización del plazo de presentación de ofertas.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación de la empresa recurrente, la cual es una asociación representativa de intereses colectivos relacionados con el objeto del contrato (art. 24.1 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), así como la representación de D. L.G.H. para actuar en su nombre.

SEGUNDO: Se trata de un contrato de servicios de un valor estimado superior al previsto en el art. 16.a) de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en adelante, LCSE), celebrado por una entidad contratante del art. 301 LCSE, para uno de los fines previstos en el art. 10.1 LCSE (servicio público de transporte por ferrocarril).

TERCERO: En el expediente remitido queda acreditado que el anuncio para la licitación del contrato cuyos pliegos se impugnan fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 6 de febrero de 2018, por lo que la reclamación se interpone contra la licitación, en tiempo y forma. Debe desestimarse la alegación formulada por la entidad adjudicadora sobre la falta de presentación del anuncio previo al que se refiere el artículo 104.2 LCSE, dado que la finalidad que persigue este trámite, el de informar al órgano de contratación de la interposición inminente de la reclamación, se entiende subsanada por la solicitud del expediente por parte del OARC / KEAO. Debe señalarse que, tanto la subsanación de la presentación de la reclamación como la remisión de ésta y el requerimiento del expediente se ha efectuado dentro del plazo de quince



días hábiles a contar desde la publicación del anuncio de licitación en el DOUE al que se refiere el art. 104.2 LCSE, por lo que no se observa ningún defecto formal en su interposición.

CUARTO: El recurrente efectúa, en síntesis, las siguientes alegaciones:

a) La cláusula 3 del Pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT), contiene una previsión acerca de que (...) Será imprescindible tener una plantilla regular de vigilantes de seguridad superior a 60. En caso de incumplimiento del servicio por parte de la empresa adjudicataria de las condiciones estipuladas en el presente pliego, ETS se reserva el derecho de recurrir a otra empresa del sector para cubrir sus carencias, por tratarse de una condición de ejecución del contrato que no entronca con ninguna finalidad social, y su consecuencia práctica es la de restringir la competencia perjudicando a las pequeñas y medianas empresas. Lo que el PPT denomina plantilla regular se trata de una forma de garantizar que la mercantil será eficiente en circunstancias puntuales, cuestión que atañe exclusivamente a la adjudicataria por cuanto forma parte de la libertad empresarial y facultades de auto-organización.

b) Se impugna el criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor Calidad de la proposición presentada por los licitadores, que se desglosa, a su vez en cuatro criterios secundarios, que fijan el objeto sobre el que va a versar la valoración pero eluden concretar los criterios de valoración

QUINTO: Por su parte, la entidad adjudicadora alega, en síntesis, lo siguiente:

a) El contrato persigue prestar servicios de vigilancia y seguridad de diversa índole en 30 emplazamientos de ETS a quien le corresponde la conservación, gestión y administración de las infraestructuras y quien debe prestar un servicio de calidad dando una respuesta inmediata ante cualquier adversidad o imprevisto. Inicialmente se dispone de 58 vigilantes de seguridad para los servicios incluidos en el Plan de servicio, a los que hay que añadir, servicios especiales por fiestas, partidos, conciertos, etc., por lo que el número de



vigilantes que se requerirá será superior a 60. Por ello, el PPT determina una condición clara de disponer de una plantilla regular de vigilantes de seguridad superior a 60 como garantía de respuesta inmediata en caso de necesidad sobrevenida.

b) La totalidad de 49 puntos correspondientes al criterio “calidad del servicio”, valorable subjetivamente, se dividen en cuatro bloques, cada uno de ellos con su propia ponderación

SEXTO: El recurso impugna, en primer lugar, la parte de la cláusula 3 del PPT, que se reproduce a continuación:

3. Condiciones del adjudicatario

Con el objeto de poder asumir y cumplir de forma inmediata y con garantía completa de calidad del servicio las peticiones puntuales de ampliaciones, refuerzos especiales, servicios urgentes, etc..., la empresa adjudicataria de la contratación deberá disponer de capacidad operativa para poder ajustar la plantilla que presta el servicio.

Será imprescindible tener una plantilla regular de vigilantes de seguridad superior a 60.

Formalmente, la estipulación impugnada se presenta como una condición de ejecución del contrato, exigible por lo tanto únicamente al adjudicatario del mismo y no a los licitadores como requisito de admisión. En primer lugar, debe descartarse que tenga amparo legal como condición especial de ejecución (ver, en este sentido, el artículo 88 LCSE y el artículo 87 de la Directiva 2014/25/UE) por no referirse a las consideraciones de tipo social relacionadas en ambas normas o a otras a ellas similares, caracterizadas por incorporar en la ejecución de la prestación aspectos relativos a políticas sociales que se introducen así transversalmente en el contrato. Tampoco parece que la condición se justifique por ser precisa para la ejecución de la actividad demandada en el PPT, ya que no hay una vinculación directa con ella y no es necesaria para la prestación ordinaria de los servicios solicitados. Por el contrario, la obligación debatida se refiere a una cualidad de la empresa, que deberá contar con una capacidad



operativa suficiente para ajustar la plantilla que presta el servicio en supuestos imprevisibles. Por ello, la obligación debatida más bien parece referirse a los criterios de selección cualitativa del licitador a los que se refieren los artículos 21 y 23 y siguientes LCSE, y que la cláusula 2.3.8 del Pliego de condiciones particulares (en adelante, PCP) ya recoge (promedio anual de personal, con el grado de estabilidad en el empleo). La entidad adjudicadora confunde la condición de ejecución con la exigencia de solvencia para la prestación del servicio, cuando ambas estipulaciones obedecen a finalidades y se sujetan a requisitos de exigencia diferentes, por lo que este motivo de impugnación ha de estimarse.

SÉPTIMO: Se recurre, asimismo, el criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor que se describe en la cláusula 18.2 de la carátula del PCA:

CRITERIOS SUBJETIVOS

Calidad de la proposición presentada por los licitadores (Valoración de 0 a 49 puntos).

- Plan de servicios con mejoras organizativas (10ptos), manual de procedimientos operativos (5ptos), perfil de los vigilantes (*) (6 ptos). **(Total 21 puntos)**.
- Plan de diseño de control y seguimiento de la actividad. Gestión de partes de trabajo y resumen de incidencias (12 puntos).
- Plan de formación para el personal de vigilancia: Señalar si la empresa cuenta con centros homologados de formación (8 puntos).
- Memoria descriptiva del sistema de inspección que tiene establecido la empresa para el control del nivel del servicio (8 puntos).

(*)Se valorará con hasta un 10% de la puntuación de este apartado la incorporación de personal con conocimientos de Euskera.

De forma preliminar, debe recordarse que este OARC / KEAO ha establecido que los criterios de adjudicación no pueden ser tan vagos o genéricos que no vinculen en absoluto al órgano que adjudica al contrato, pues ello facilita que el poder adjudicador pueda actuar de forma arbitraria y contraria al principio de igualdad de trato (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea



de 17 de septiembre 2.002, asunto C-513/99, ECLI:EU:C:2002:495, y las Resoluciones 18, 99,133 de 2015 y 100 de 2016 del OARC / KEAO)

Centrándonos en el pliego que se impugna, se observa que el criterio de calidad, que tiene una ponderación de 49 puntos se desglosa en varios criterios secundarios de adjudicación, cada uno de ellos con su ponderación relativa. Los criterios secundarios se refieren al material que ha de presentar el licitador para ser evaluado y el contenido de los mismos se haya definido en gran medida en el propio PPT. Así, El Plan de servicios figura como Anexo I al PPT y únicamente contiene la distribución horaria por cada puesto de vigilancia, el contenido del “Plan de diseño, de control y seguimiento de la actividad” no se encuentra definido en el PPT y la comunicación de incidencias en el Anexo III, los requisitos exigidos al personal de vigilancia en la cláusula 7, y el plan de formación en la cláusula 8.

Debe señalarse que es perfectamente posible valorar el contenido de los planes solicitados, pero para ello debe establecerse, aunque sea brevemente, que aspectos del mismo van a ser merecedores de una alta valoración, es decir, debe indicarse qué características de los planes se van a considerarse como propias de una oferta económicamente ventajosa (ver, en este sentido la Resolución 18/2015 del OARC/KEAO). Téngase en cuenta que, las “mejoras organizativas” que se añade al criterio secundario “Plan de servicios”, nada explicitan sobre la oferta que debe efectuar el licitador si tenemos en cuenta que el Anexo I únicamente es un cuadro de horarios del personal. En lo referente al criterio “Plan de diseño de control y seguimiento de la actividad” del criterio de adjudicación no se desprende si únicamente se va a valorar la “Gestión de partes de trabajo y resumen de incidencias” ni cuál debe ser su contenido. Algo similar ocurre con el “Plan de formación para el personal de vigilancia”, pues de su descripción no se deduce si únicamente se va a valorar la oferta de los centros homologados de formación con los que cuenta la empresa, que es lo que se explicita en el criterio, o también las materias a impartir y la duración de las mismas, que es lo que en la cláusula 8 del PPT se



solicita que se detalle en la oferta. Finalmente, del criterio secundario “Memoria descriptiva del sistema de inspección” se desconoce el contenido que debe ser ofertado y evaluado.

A este respecto, aunque no haya sido debidamente transpuesto aún al ordenamiento interno nacional, debe tenerse en cuenta que, conforme a lo dispuesto en el considerando 95 de la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE, la adjudicación de los contratos debe basarse en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato con el fin de garantizar una comparación objetiva del valor relativo de los licitadores que permita determinar, en condiciones de competencia efectiva, qué licitadores ofrecen la oferta económicamente más ventajosa.

Los criterios de adjudicación recurridos adolecen de falta de transparencia, pues el potencial licitador no conoce los aspectos de la oferta a los que dará relevancia la entidad adjudicadora y, como consecuencia de ello, no permiten una comparación objetiva ya que las ofertas pueden no ser homogéneas.

Consecuentemente, el motivo de recurso ha de ser estimado.

OCTAVO: La estimación del recurso conlleva en este caso la cancelación del procedimiento de adjudicación, a la vista del alcance y contenido de las cláusulas de los pliegos anuladas que afectan a datos esenciales para que los potenciales licitadores interesados puedan elaborar sus ofertas con pleno conocimiento de causa. Además, se anula uno de los criterios de adjudicación, lo que implica en cualquier caso la citada cancelación (ver, por todas, la Resolución 84/2017 del OARC / KEAO y sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01, ECLI:EU:C:2003:651, apartados 92 a 95).



Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 101.1 de la LCSE 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: Estimar la reclamación interpuesta por la FEDERACIÓN EMPRESARIAL ESPAÑOLA DE SEGURIDAD contra los pliegos del contrato “Servicios de vigilancia en estaciones e instalaciones del Ente Público Euskal Trenbide Sarea” y declarar nulas las estipulaciones que se indican a continuación, cancelando el procedimiento de adjudicación:

.- Cláusula 3 del Pliego de prescripciones técnicas, a excepción del último párrafo, esto es, desde “Con el objeto de poder asumir ...” hasta “... plantilla de vigilantes de seguridad superior a 60”.

.- Apartado 18.2 de la Carátula del Pliego de condiciones administrativas en lo concerniente a “criterios subjetivos”.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento acordada por la Resolución B-BN 02/2018, este OARC/KEAO.

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 108.1 de la LCSE.

Vitoria-Gasteiz, 2018ko apirilaren 10a

Vitoria-Gasteiz, 10 de abril de 2018