



EB 2015/033

Resolución 047/2015, de 22 de abril 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 las empresas CESPA y YARRITU contra la adjudicación del contrato de “Servicio de limpieza viaria y recogida y transporte de residuos urbanos del municipio de Vitoria – Gasteiz”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz.

I.- ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 17 de marzo de 2015, las empresas CESPA y YARRITU interpusieron recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato de “Servicio de limpieza viaria y recogida y transporte de residuos urbanos del municipio de Vitoria – Gasteiz”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz.

El día 18 de marzo de 2015 se trasladó el recurso al poder adjudicador. El expediente de contratación y el informe al que hace referencia el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) tuvieron entrada en el registro del OARC / KEAO el día 23 de marzo de 2015.

SEGUNDO: Solicitadas alegaciones a los interesados, se han recibido las de la empresa GSM MEDIOAMBIENTE, S.A (GSM).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta la legitimación de los recurrentes y la representación de quien actúa en su nombre.



SEGUNDO: El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, entre otros, los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada. En este sentido, es doctrina reiterada (expuesta, por ejemplo, en sus Resoluciones 74/2013, 16/2014 y 21/2015) que el OARC / KEAO, a la hora de comprobar si un contrato está incluido en el ámbito del recurso especial (es decir, a la hora de verificar su propia competencia) no está vinculado por la denominación que le haya dado el órgano de contratación al aprobar los pliegos, sino que debe atender a la naturaleza del contrato y contrastar el contenido del mismo con la legislación contractual y, en su caso, con las directivas europeas de contratación pública, cuyas definiciones de cada tipo contractual el TRLCSP incorpora en sus artículos 6 y siguientes (ver también las Resoluciones 203 y 220 de 2011, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC). Efectuado este análisis, se observa que en el contrato analizado concurren las notas propias del contrato de servicios. Esta modalidad se define en términos amplísimos en el artículo 10 del TRLCSP como aquella cuyo objeto comprende «(...) prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro (...).» En esta definición caben sin ningún problema conceptual los contratos en los que, como en el caso analizado, la Administración solicita y remunera a un tercero prestaciones de hacer para que gestione un servicio de su propia competencia sin que medie transferencia del riesgo (ver, por ejemplo, la Resolución 76/2014 del OARC / KEAO, el Acuerdo 52/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, el informe 23/2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10/9/2009, asunto C-206/08; 10/3/2011, asunto 274/09 y 10/11/2011, asunto 348/10).

En definitiva, las características citadas permiten descartar que el contrato impugnado sea un contrato de gestión de servicio público y lo sitúan en la modalidad prevista en el artículo 10 TRLCSP, lo que, habida cuenta de su valor estimado, lo incluye en el ámbito objetivo del recurso especial.



TERCERO: Según el artículo 40.2 c) TRLCSP, podrán ser objeto de recurso “los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.”

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 TRLCSP.

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

a) Los recurrentes solicitaron, una vez que se les notificó el acto impugnado, y mediante un escrito presentado el 6 de marzo de 2015, la revisión de las ofertas admitidas a licitación, la cual tuvo lugar el día 16 de marzo de 2015. En esta revisión se vedó el acceso a una parte sustancial de la oferta adjudicataria, con base en la confidencialidad de la misma, aunque no consta manifestación alguna de las mercantiles en este sentido ni las razones que fundamentan dicha confidencialidad. En concreto, solo se permitió el acceso al tomo 7 (proposición económica) y se denegó a los tomos 8, 9 y 10 (estudio económico – financiero, mejoras cuya valoración depende de una fórmula y documento resumen de los tomos 7 a 9, respectivamente), los cuales son esenciales para la adecuada valoración de la oferta, especialmente para determinar la congruencia entre la oferta técnica y la económica.

b) Particularmente, en el Libro 1.I Plan de recursos humanos, en referencia a la política de reducción del absentismo (página 77) aparece una frase que dice textualmente que “en base a las actuaciones mencionadas, figura como objetivo en nuestra propuesta, reducir los costes por este concepto hasta el porcentaje indicado en el libro correspondiente del Sobre A”. La oferta adjudicataria prevé, a efectos de sustituciones, un absentismo del 18%, siendo así que es uno de sus aspectos mejor valorados –esto es, la plantilla equivalente que resulta de la aplicación de las sustituciones y absentismo sobre los puestos de trabajo exigidos en los pliegos–. De la comparación del contenido de la frase citada que remite al sobre A y el porcentaje de



absentismo tomado en consideración para el cálculo de la plantilla anual, el porcentaje del absentismo que ha sido objeto de valoración económica no guarda relación (será seguramente inferior) con el que ha servido para la determinación de la plantilla promedio, si bien este y otros extremos no han podido constatarse en razón de que no se ha facilitado el acceso a la práctica totalidad del sobre A. En el recurso se cita abundante doctrina de los órganos de resolución de recursos contractuales, de la que se deduciría la ilegitimidad de la medida adoptada.

c) Finalmente, se solicita la retroacción del procedimiento de modo que los recurrentes tengan acceso a la totalidad de la documentación de las ofertas admitidas a la licitación y especialmente de los documentos contenidos en el sobre A, con la consiguiente nueva notificación de la adjudicación de modo que pueda presentarse contra ella un recurso debidamente fundado.

SÉPTIMO: Las alegaciones de GSM son, en síntesis, las siguientes:

a) A pesar de que las recurrentes admiten conocer íntegramente el contenido de la oferta técnica (sobre C), en el recurso no se articula ningún motivo de impugnación basados en dicho apartado de la proposición –criterios evaluables mediante juicio subjetivo–; los criterios evaluables matemáticamente, como los que resultan de la oferta económica que, supuestamente, no se ha permitido revisar en su integridad (sobre A), no pueden dar lugar a interpretación alguna, salvo error aritmético. No consta ninguna resolución motivada del poder adjudicador justificando la denegación de la vista de esta documentación de la oferta económica, ni tampoco consta petición para que GSM manifieste si accede o no a la exhibición de determinada documentación. Por ello, resulta difícil creer la versión del recurrente, así como que se haya dado traslado de todo el expediente el día antes del vencimiento del plazo para recurrir sin que ello suponga queja del recurrente, y que en esa vista se haya denegado el acceso a unos apartados concretos y secundarios de la oferta económica –que no técnica– y aún más, que esa documentación sea esencial para amparar, como único argumento, el recurso especial.



b) Si no se ha dado acceso a parte del sobre A es porque la Administración ha entendido que tiene carácter confidencial, tal y como estiman los recurrentes que tiene la documentación de su propia oferta. En concreto, el estudio económico financiero (que no forma parte de los criterios de valoración) es el desglose de la oferta económica a valorar con criterio matemático, sin que su estudio sea relevante para el recurso pero sí en cambio para conocer el know how y los acuerdos de la empresa con sus proveedores, información confidencial y reservada, cuyo acceso indebido puede distorsionar el mercado y la libre competencia.

c) En cualquier caso, el órgano de contratación puede y debe realizar un nuevo y propio análisis de la confidencialidad de la documentación, pudiendo con base en él permitir o denegar el acceso, con independencia de lo que hayan señalado los licitadores.

d) La denegación de acceso a parte de la oferta solo tendrá efectos anulatorios y de retroacción de actuaciones si se acredita que ello ha impedido presentar un recurso fundado contra la adjudicación, lo que no sucede en este caso; debe tenerse en cuenta que el estudio económico financiero del sobre "A" era un mero desglose de costes y no un criterio valorable. Según el recurrente, la documentación a la que se ha vedado el acceso era relevante para comprobar la afirmación contenida en la oferta ganadora sobre la reducción de costes por absentismo, señalando el recurso que la previsión de un 18% de absentismo fue bien valorada en la puntuación final; se señala que el porcentaje de absentismo tomado en consideración para el cálculo de la plantilla anual no es el mismo que el utilizado para la determinación de la plantilla promedio, si bien este extremo no se ha comprobado por la citada denegación de acceso. Pues bien, es falso que la oferta prevea sustituciones de un 18%, y la oferta olvida que la cláusula 36 y el Anexo II del Estudio Económico financiero establecen que el coeficiente de absentismo es una estimación que puede o no cumplirse, pero que se exigirá descontando la diferencia, en su caso, de las certificaciones mensuales.



e) Por otro lado, la diferencia de puntuación entre la proposición de la recurrente y la de la adjudicataria fue de casi 25 puntos; dado que los criterios a los que, como mucho, puede afectar la documentación cuyo acceso se ha denegado suman 18 puntos, por lo que en todo caso la diferencia seguiría existiendo. Debe recordarse que no se discuten los criterios técnicos del sobre C).

f) En su caso, el OARC / KEAO puede, en atención al principio de eficacia, resolver sobre la cuestión de fondo alegada y verificar para ello la documentación no facilitada.

g) El alegante entiende que, en el caso de admitirse la retroacción de actuaciones, no podrán utilizarse motivos de impugnación basados en documentación ya disponible, en particular, relativos a los criterios de valoración de la oferta técnica.

h) Finalmente, se solicita la desestimación del recurso.

OCTAVO: El poder adjudicador se opone al recurso con base en los siguientes argumentos:

a) El recurso no fundamenta la necesidad de acceder a los datos cuyo acceso ha sido denegado, sin que se aleguen deficiencias o carencias de los informes de valoración aportados, los cuales son exhaustivos y detallados.

b) La propuesta de la adjudicataria es que las medidas a adoptar durante la ejecución del contrato tienen como objetivo la reducción del absentismo hasta un cierto porcentaje, sobre el que se hacen las previsiones económicas, siempre a su riesgo y ventura; ello no obsta para que oferten como plantilla media –que se calcula para el primer año de contrato– una previsiones consideradas adecuadas para hacer frente a las sustituciones en niveles similares a los del contrato actual, datos que fueron accesibles para todos los licitadores. No hay dos datos de absentismo que el recurrente sospecha diferentes; el estudio económico – financiero se exige a todos los licitadores en unas tablas homogéneas pero no es objeto de valoración.



c) Consta en el expediente un informe que justifica la declaración confidencialidad por la necesidad de preservar información reservada – desconocida por terceros– y que representa un valor estratégico para la empresa y puede afectar a la competencia en el mercado. Por ello, se ha declarado confidencial la documentación que revela la metodología de elaboración y la motivación de una oferta, como es el caso del estudio económico – financiero, en cuanto representa una cierta forma de gestión empresarial.

d) El hecho de que la adjudicataria impugnada no manifestara en su momento los documentos que designaba como confidenciales, como pide la cláusula 42^a del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares no impide la actuación de la Administración, como se deduce de la dicción literal de dicha cláusula y del hecho de que el artículo 140 TRLCSP atribuye la competencia de garantizar la confidencialidad al propio órgano de contratación.

NOVENO: En el recurso se solicita la retroacción del procedimiento por estimar que, al haber denegado indebidamente el órgano de contratación el acceso a parte de la documentación contenida en el sobre “A” de la adjudicataria (criterios sujetos a fórmulas), se le ha impedido la presentación, en su caso, de un recurso suficientemente fundado. Debe recordarse que la denegación de acceso a determinada documentación de la oferta de otro licitador únicamente puede suponer un vicio de invalidez de la adjudicación y, en su caso, la retroacción de actuaciones para que se efectúe dicho acceso, cuando implique indefensión del operador económico afectado por haberle impedido formalizar adecuadamente el recurso especial (ver la Resolución 42/2015 del OARC / KEAO); dicha indefensión no puede presumirse por el mismo hecho de la denegación del acceso, sino que debe basarse en razones concretas, y desde luego no puede alegarse válidamente si la adjudicación y su notificación contienen una motivación suficiente, en los términos establecidos en el artículo 151.4 TRLCSP. El recurrente no alega que la notificación de la adjudicación esté insuficientemente motivada, y ni siquiera impugna la aplicación de los criterios de adjudicación. No obstante, procede señalar que hay una única



mención a un apartado de la oferta del adjudicatario impugnado cuya denegación de acceso habría privado de la oportunidad de que la impugnación esté debidamente fundada, que es la relativa al porcentaje de absentismo que aparecería en el sobre “A”; en concreto, el recurrente estima que el porcentaje de absentismo valorado (sobre “C”) no coincide con el contenido en dicho sobre “A”, sospecha que no ha podido verificar por la denegación de acceso al expediente. Sin embargo, el documento al que se refiere el recurso es el estudio económico – financiero, que, como bien señala el adjudicatario, no es sino un desglose de la oferta, con el absentismo como uno de los componentes del precio que se valorará mediante una fórmula matemática, pero sin que sea propiamente un elemento que sirva para aplicar ninguno de los criterios de adjudicación; además, el índice de absentismo no es más que una estimación que luego puede verse desmentida por la ejecución del contrato, con la consecuencia de que el contratista sufriría un descuento en la facturación mensual si no se alcanzan las horas efectivas ofertadas de trabajo del personal o la maquinaria, las cuales sí tienen la condición de compromiso contractual (cláusula 36 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, PCAP). Por todo ello, no se alcanza a entender en qué mejoraría la posición procesal del recurrente si accediera al citado documento, puesto que, incluso en el caso de que los valores del índice de absentismo fueran diferentes en ambos sobres, ello sería irrelevante, pues se trata de dos magnitudes distintas con intencionalidades diferentes.

No obstante lo señalado, se observa un exceso de celo en el actuar del poder adjudicador en garantizar la confidencialidad de parte de la oferta de la UTE adjudicataria cuando ésta no ha designado como confidencial ninguna parte de su oferta (ver la citada Resolución 42/2015 del OARC / KEAO). De conformidad con lo dispuesto en el art. 140.2 TRLCSP, no procede una actuación de oficio del poder adjudicador sustituyendo la voluntad del licitador en orden a declarar confidencial una parte de la oferta que el mismo interesado no la ha calificado como tal, máxime cuando el propio PCAP posibilita realizar este señalamiento facilitando a tal efecto un formulario que figura como anexo IX del citado pliego. No obstante, tal y como se ha señalado anteriormente, el acceso al estudio



económico obrante en el sobre “A” es del todo innecesario para la articulación del recurso y su contenido no aporta nada a la fundamentación del recurso.

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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las empresas CESP A y YARRITU contra la adjudicación del contrato “Servicio de limpieza viaria y recogida y transporte de residuos urbanos del municipio de Vitoria – Gasteiz”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz.

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: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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

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 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2015eko apirilaren 22a

Vitoria-Gasteiz, 22 de abril de 2015