



EB 2017/044

Resolución 050/2017, de 24 de abril de 2017, 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 EULEN, S.A. frente a la adjudicación del contrato para el “Servicio de limpieza – mantenimiento de diversos edificios y mobiliario municipal”, tramitado por el Ayuntamiento de Amasa-Villabona.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 15 de marzo de 2017 tuvo 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) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por EULEN, S.A. frente a la adjudicación del contrato para el “Servicio de limpieza – mantenimiento de diversos edificios y mobiliario municipal”, tramitado por el Ayuntamiento de Amasa-Villabona.

SEGUNDO: Al día siguiente a su interposición se trasladó el recurso al poder adjudicador y se le solicitó el envío del expediente y del informe al que se refiere el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), documentos que se recibieron el día 21 de marzo de 2017.

TERCERO: El día 22 de marzo de 2017 se trasladó el recurso a los interesados en el expediente; dentro del plazo otorgado se han recibido las alegaciones de UNI2 SERVICIOS INTEGRALES, S.A. (en adelante, UNI2).



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de don J. Z.B. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Según el artículo 40.1 del TRLCSP son susceptibles de recurso especial, los contratos de servicios cuyo valor estimado sea superior a 209.000 €; en el presente caso se trata de un contrato de limpieza con un valor estimado de 1.459.678,14 €.

TERCERO: El artículo 40.2. c) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso «Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.» El acto recurrido es el Decreto de Alcaldía de 101/2017, 23 de febrero de 2017, de adjudicación del contrato.

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

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Amasa-Villabona tiene la condición de Administración Pública (artículo 3 del TRLCSP).

SEXTO: Expuesto en síntesis, el recurso se fundamenta en los siguientes argumentos:

Vulneración de los principios de igualdad de trato y no discriminación de los artículos 1 y 139 del TRLCSP, que prohíben cualquier forma encubierta de discriminación.

El recurrente llama la atención a lo ocurrido en un expediente anterior con el mismo objeto en el que UNI2 presentó un recurso ante el OARC / KEAO frente a su exclusión de la licitación, que fue estimado parcialmente, aunque debido a que las propuestas económicas de los licitadores eran ya conocidas, no podían retrotraerse las actuaciones y la decisión acordada fue la de cancelar la licitación e iniciar un nuevo procedimiento.



Sin embargo, la cancelación y la iniciación de un nuevo procedimiento no han resuelto el problema por la información obtenida por UNI2 en el primero de los procedimientos –conocía las puntuaciones otorgadas al resto de licitadores en los criterios de juicio de valor, así como el contenido de sus ofertas económicas–, mientras que el resto no disponía de los mismo datos de dicho licitador, de donde deduce que la clave para que UNI2 obtuviera la mayor valoración era bajar el precio del servicio en un importe considerable, sin llegar a los parámetros que dieran lugar a considerar que la oferta era anormal o desproporcionada. De esta situación se deriva una clara ventaja competitiva para el hoy adjudicatario impugnado porque dispone de todos los elementos necesarios para calcular de qué manera obtener una mayor puntuación, mientras que el resto de licitadores desconocen el contenido de su oferta técnica y de su precio, lo que le da una posición privilegiada contraria el principio de igualdad de trato.

El artículo 145.2 del TRLCSP establece que las proposiciones de los interesados que contienen las características técnicas y económicas deben mantenerse secretas hasta el momento en que deban ser abiertas; igualmente, no es una cuestión banal que la apertura de las ofertas cuya valoración depende de un juicio de valor se realice con anterioridad a la oferta valorable automáticamente, pues lo que pretende es garantizar los principios de objetividad e imparcialidad en la valoración de las ofertas, evitando que las proposiciones económicas sean conocidas en tanto las proposiciones técnicas sean objeto de valoración, impidiendo que el conocimiento de aquéllas pueda influir en la ponderación del juicio técnico.

El órgano de contratación ha actuado en la más estricta legalidad convocando un nuevo procedimiento de licitación, pero en la práctica ha desembocado en lo que se podría denominar “subasta encubierta”, donde el precio ofrecido por cada licitador es fundamental. Reprocha EULEN que su propuesta económica ha pasado de ser la mejor valorada en el primer expediente a la peor en el que nos ocupa; dicho de otro modo, si las obligaciones contractuales son las mismas o incluso mayores, lo lógico es que el precio ofrecido en el primer procedimiento haya que mantenerse, porque cualquier variación significaría que el licitador



habría tratado de lucrarse injustamente. Insiste en que es más sencillo proponer una buena proposición cuando de antemano conoces las cantidades que ofrecen el resto de competidores y ellos no disponen de la tuya.

Como corolario señala que el motivo del recurso es poner de manifiesto la indefensión generada al no encontrarse todos los licitadores en igualdad de condiciones por la ventaja competitiva que supone para UNI2 el conocimiento de la oferta económica de sus competidores.

Solicita la anulación del procedimiento de licitación, volviéndose a convocar el mismo modificando los criterios de valoración de las ofertas.

SÉPTIMO: En el informe al recurso, el poder adjudicador alega que:

En cumplimiento de la resolución del OARC / KEAO se canceló la anterior licitación y se inició una nueva. El objeto del nuevo contrato es similar, salvo el añadido del patio de un colegio, y también son iguales los pliegos y los criterios de adjudicación, que no han sido impugnados.

Es cierto que UNI2 solicitó y tuvo acceso a la oferta técnica y económica del resto de licitadores, pero también es cierto que los demás licitadores tuvieron este derecho aunque no lo solicitaron.

EULEN presentó su proposición dentro del plazo, lo que de conformidad con el artículo 145 del TRLCSP supone la aceptación incondicionada del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad alguna.

El Pleno del Ayuntamiento en su reunión de 30 de enero de 2017 declaró que la oferta de UNI2 era la más ventajosa, y tras la presentación por ésta de la garantía y el resto de los documentos requeridos, la Alcaldesa acordó el 23 de febrero de 2017 adjudicar el contrato a UNI2.

OCTAVO: Expuesto en síntesis, UNI2 en sus alegaciones al recurso manifiesta que:



El recurrente se cuestiona que los criterios previstos en los pliegos deberían ser diferentes a los publicados en una licitación anterior anulada como consecuencia de la estimación parcial de un recurso.

Como reconoce EULEN, el órgano de contratación ha respetado la normativa que regula el procedimiento, y en ningún caso se ha vulnerado el principio de igualdad; sin embargo, al comprobar que no ha sido adjudicataria del servicio se cuestiona la validez de unos criterios que ha acatado desde el momento en que no ha impugnado los pliegos, de forma que está interponiendo un recurso indirecto contra los mismos en un momento en que el plazo ha precluido, pero no porque entienda que no son válidos sino porque considera que deberían ser diferentes a los publicados en una licitación anterior.

El principio de igualdad y de secreto de las ofertas a los que hace referencia el recurrente nada tienen que ver con el procedimiento actual sino con una licitación previa que ha sido anulada. Se trata de una nueva licitación en la que la información que disponen las empresas es la misma y la valoración se hace por comparación entre ofertas. Añade que en los contratos de tracto sucesivo las empresas disponen de información sobre licitaciones anteriores, y que si ello supusiera una ventaja en ninguna licitación se podría establecerse como criterio el precio para evitar que las empresas que tienen esa información partan con ventaja.

Solicita la desestimación del recurso por carecer de fundamento jurídico.

NOVENO: El único motivo de impugnación es que la convocatoria de una nueva licitación, tras haber sido la inicial cancelada por este OARC / KEAO, vulnera el principio de igualdad; entiende el recurrente que el hecho de que UNI2, adjudicatario en la nueva licitación, conociera los precios de los demás licitadores del anterior procedimiento y que, por el contrario, éstos no conocieran los suyos al haber sido excluida antes de que se abrieran las ofertas económicas, le otorga una posición de ventaja competitiva contraria al principio de igualdad de trato y no discriminación que garantizan los artículos 1 y 139 del TRLCSP. Por ello, solicita



la anulación del procedimiento de licitación y que se vuelva a convocar uno nuevo modificando los criterios de valoración de las ofertas.

La pretensión del recurrente de anulación del procedimiento de licitación y convocatoria de uno nuevo modificando los criterios de valoración supone, en realidad, la formulación de un “recurso indirecto” contra los pliegos del contrato en el momento de su adjudicación, cuando el plazo de su impugnación ha precluido.

Este OARC / KEAO, en su Resolución 009/2017 resumió su doctrina sobre la impugnación de los pliegos a través del recurso indirecto manifestando que:

- La regla general es que los pliegos, que son susceptibles de una impugnación autónoma, pasan a ser firmes e inatacables por la vía del recurso especial una vez que éste no se ha interpuesto en plazo, de modo que sus prescripciones pasan a regir la licitación vinculando a los participantes en ella y al poder adjudicador, que no pueden desconocerlos. Esta doctrina ha sido confirmada por la jurisprudencia del TJUE (ver el apartado 51 de la sentencia «eVigilo», asunto C-538/13, EU:C:2015:166, de 12 de marzo de 2015, y todas las anteriores que en él se citan), que considera necesario, para garantizar la seguridad jurídica y el efecto útil de la Directiva 89/665, de recursos en materia de contratos públicos, la existencia de plazos de interposición preclusivos que impidan que los interesados puedan entorpecer o dilatar indebidamente los procedimientos de adjudicación alegando en cualquier momento vicios de legalidad de actuaciones anteriores, obligando así al poder adjudicador a iniciar de nuevo todo el procedimiento para corregir dichas infracciones.
- Lo anterior ha sido matizado por el propio TJUE a partir de la idea de que la eficacia de los recursos previstos en la Directiva 89/665 solo puede alcanzarse si los plazos para interponerlos se inician desde la fecha en que el demandante tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la infracción. Es por ello que las irregularidades de las bases de la licitación cuyo alcance perjudicial para el interesado únicamente se manifiesta con posterioridad, cuando el órgano de contratación explica los motivos de la adjudicación, pueden recurrirse en el plazo



previsto para recurrir dicha adjudicación; ese es precisamente el caso de los criterios de adjudicación de un contrato que sean incomprensibles o faltos de claridad para un licitador razonablemente diligente e informado (ver la citada sentencia «eVigilo», en especial los apartados 27 y 48 a 58).

- Con base en lo anterior, este OARC/KEAO ha aceptado que, a propósito de la impugnación de la exclusión de un licitador o de la adjudicación del contrato se plantee un recurso indirecto contra los pliegos, limitándolo a los casos en los que la aplicación de una cláusula afectada de un vicio de nulidad de pleno derecho permite al órgano de contratación adjudicar el contrato o excluir a un licitador de modo arbitrario (ver, por ejemplo, la Resolución 129/2015 del OARC/KEAO).

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, el recurrente, lejos de acreditar que los criterios de adjudicación adolecen de algún vicio de falta de claridad que se haya manifestado en el momento de la adjudicación del contrato, reconoce que el poder adjudicador ha actuado en la más estricta legalidad convocando una nueva licitación. Si EULEN observó que los criterios permanecían invariables en las dos licitaciones y que dicha situación podía beneficiar a UNI2, debió recurrirlos en el momento procedimental oportuno (artículo 44.2 a) del TRLCSP), pues el supuesto vicio de invalidez ahora alegado ya era entonces evidente, y no tras comprobar que no era el adjudicatario en el nuevo procedimiento.

En consecuencia, no puede acogerse el motivo de impugnación.

DÉCIMO: Aunque el sentido de la resolución es desestimatorio, el recurso está argumentado en base a fundamentos jurídicos, por lo que no puede acogerse la solicitud del interesado de que se imponga la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43. 2 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:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por EULEN, S.A. frente a la adjudicación del contrato para el “Servicio de limpieza – mantenimiento de diversos edificios y mobiliario municipal”, tramitado por el Ayuntamiento de Amasa-Villabona.

SEGUNDO: No imponer la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

TERCERO: Levantar la suspensión automática del procedimiento, a la vista de lo dispuesto en el artículo 47.4 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, 2017ko apirilaren 24a

Vitoria-Gasteiz, 24 de abril de 2017