



EB 2019/014

Resolución 054/2019, de 13 de marzo, 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 la empresa SITELEC GLOBAL OBRAS Y SERVICIOS, S.L. contra el acuerdo de adjudicación del contrato de “Suministro e instalación del alumbrado público exterior”, promovido por el Ayuntamiento de Arrigorriaga.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 18 de enero de 2019, 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) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por SITELEC GLOBAL OBRAS Y SERVICIOS, S.L. (en adelante, SITELEC) contra la adjudicación del contrato de “Suministro e instalación del alumbrado público exterior”, promovido por el Ayuntamiento de Arrigorriaga.

SEGUNDO: El día 21 de enero se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron el expediente y el informe a los 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 recibió entre los días 24 y 31 de enero.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 1 de febrero, se han recibido, el día 7 de febrero, las alegaciones de TECUNI, S.A., adjudicataria impugnada (en adelante, TECUNI).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de J.U.C.H. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

Según la letra a) del artículo 44.1 de la LCSP, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación contratos de suministro cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Conforme al art. 44.2.C) de la LCSP son impugnables los acuerdos de adjudicación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

Tanto el poder adjudicador como la adjudicataria impugnada alegan la extemporaneidad del recurso. A juicio de este Órgano, la alegación no puede aceptarse. Según consta en el expediente, la notificación se realizó por correo ordinario, mediante entrega por un operador postal. Según el artículo 50.1 d) de la LCSP, Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento. Por su parte, el apartado 1 de la citada disposición



adicional establece que Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica, **añadiéndose que** Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado. A la vista de todo ello, la notificación no se ha efectuado de acuerdo con el procedimiento legalmente previsto, por lo que en ningún caso puede producir el efecto de marcar el inicio del cómputo del plazo para recurrir. En este sentido, es irrelevante que el apartado 13 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) establezca que la notificación de la adjudicación (...) se hará por cualquiera de los medios que permiten dejar constancia de su recepción por el destinatario (...), dado que los pliegos no pueden disponer válidamente sobre cuestiones procedimentales como el sistema de cómputo de los plazos de impugnación. Consecuentemente, el recurso debe considerarse interpuesto en plazo cualquiera que sea el momento en el que se interponga.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Arrigorriaga tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Argumentos del recurso

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

a) La adjudicataria incumple la cláusula 15 del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) y sus anexos, por lo que debe ser excluida del procedimiento de licitación.



- b) La recurrente ha cumplido con lo establecido en los pliegos y no ha sido correctamente valorada, ya que ha presentado los ensayos y certificados requeridos.
- c) Entiende la recurrente que la exigencia de que un mínimo del 25% de las luminarias propuestas hayan sido instaladas en instalaciones similares y su acreditación es un criterio de capacidad o solvencia y no de adjudicación, por lo que es contrario a lo dispuesto en la LCSP.
- d) La acreditación del cumplimiento del requisito anterior solo es exigible al adjudicatario no a los licitadores.
- e) El apartado 18, letra b) del PCAP, relativo a un aspecto de un criterio de adjudicación, debe ser anulado por no ser lo suficientemente concreto de tal forma que el poder adjudicador no queda vinculado al mismo.
- f) La pretensión del recurso es la de anular el punto b) del apartado 18 del PCAP, así como lo dispuesto en la cláusula 6 del PPT relativa al momento de acreditar el cumplimiento del requisito del 25% anteriormente mencionado; subsidiariamente, anular el acuerdo de adjudicación y que se acuerde la no valoración de la oferta de TECUNI por incumplimiento de la prescripciones técnicas, y se proceda a una nueva valoración de las ofertas que cumplan lo relativo a los certificados. Asimismo, se solicita prueba pericial sobre las carencias de la documentación técnica de TECUNI.

SÉPTIMO: Alegaciones de TECUNI

El adjudicatario impugnado efectúa las siguientes alegaciones:

- a) No procede en la fase de adjudicación impugnar determinados aspectos de los pliegos, ya que debió hacerse en su momento oportuno.



- b) No es cierto que la oferta de la adjudicataria incumpla los requisitos exigidos por los pliegos, ya que se ha aportado toda la documentación requerida.
- c) La recurrente mezcla solvencia técnica del licitador con un requisito de calidad y correcto funcionamiento de los equipos a suministrar. En todo caso, si no estaba de acuerdo con ello debió impugnarlo en el momento oportuno.
- d) SITELEC hace una interpretación interesada mezclando el concepto de mejoras con un criterio de valoración relativo a la propuesta de protocolo de comunicación al ciudadano (apartado 18, letra b) del PCAP).
- e) Finalmente, solicita, en primer lugar, la inadmisión del recurso por extemporáneo y, en segundo, la desestimación del mismo.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los argumentos que a continuación se resumen:

- a) La adjudicataria ha presentado toda la documentación exigida y relativa a los modelos y tipos de luminarias.
- b) La recurrente no ha aportado las tablas de verificación de los Anexos 1, 2 y 3 de los requerimientos técnicos exigibles para las luminarias, por lo que este incumplimiento implica la no valoración de la memoria técnica.
- c) Respecto a la alegación de la recurrente sobre la introducción de criterios de solvencia técnica dentro de los criterios evaluables mediante juicio de valor, se debe señalar que se trata de un criterio de calidad o de idoneidad del producto a suministrar y no un requisito de experiencia de la empresa licitadora. Además, en caso de no estar de acuerdo con ello, la recurrente debió impugnar dicha cláusula a su tiempo.



d) Sobre el momento de aportar la documentación acreditativa de que las luminarias propuestas cuenten con un mínimo de experiencia en proyectos similares, es evidente que se trata de un requisito para los licitadores y no únicamente para el adjudicatario. El error de transcripción de la cláusula 10 del PCAP (donde dice Anexo 6 debería decir Anexo 5) no supone ambigüedad del pliego.

e) Con relación a la ambigüedad o falta de especificidad del apartado 18, letra b) del PCAP, debe señalarse que dicha letra se engloba dentro del criterio de adjudicación “valoración de la propuesta de protocolo de comunicación al ciudadano (4 puntos)”, por lo que no puede referirse a ningún otro aspecto del objeto contractual y, por tanto, se encuentra claramente vinculado al citado criterio.

f) Finalmente, considera que no procede se conceda un nuevo acceso al expediente, dado que el mismo le fue concedido en su momento

g) En consecuencia, solicita la inadmisión del recurso por extemporáneo y, subsidiariamente, la desestimación íntegra del mismo.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis de los motivos del recurso debe comenzar por los relativos a las cláusulas de los pliegos cuya anulación se reclama, pretensión principal del recurso cuya hipotética estimación conllevaría en todo caso la cancelación de la licitación, al referirse ambas a criterios de adjudicación (ver, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01, ECLI:EU:C:2003:651, y la Resolución 175/2018 del OARC / KEAO). Solo en el caso de que se desestime esta pretensión sería necesario analizar la subsidiaria, relativa a una nueva valoración de las proposiciones y la exclusión de la oferta del adjudicatario impugnado.



a) Sobre la pretensión de que se declare la nulidad de los pliegos por ser indefinidos los criterios de adjudicación

Se plantea un “recurso indirecto” contra los pliegos de la licitación basado en el argumento de que uno de los aspectos de un criterio de adjudicación es tan vago o genérico que otorga al poder adjudicador una libertad incondicionada para otorgar el contrato. Por otro lado, se alega que uno de los requisitos técnicos sería ambiguo en cuanto al momento de presentación de los certificados acreditativos del cumplimiento de aquellos.

Este OARC/KEAO, en relación con la posibilidad de impugnar, con ocasión del recurso contra la exclusión o la adjudicación, un apartado de los Pliegos que no ha sido objeto de recurso (el llamado “recurso indirecto”) ha mantenido una doctrina (ver, por todas, la Resolución 7/2019) que, en síntesis, consiste en lo siguiente:

- 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 el plazo previsto para ello, 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, en la que el criterio de adjudicación debatido era “compatibilidad con las necesidades del poder adjudicador”).
- 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).

Debe tenerse en cuenta que el núcleo de la figura, tal y como la ha delimitado la jurisprudencia del TJUE, radica en proteger a los licitadores del daño que les causa un acto del poder adjudicador (especialmente, la exclusión o la adjudicación a otro operador) que está amparado por una regla de los pliegos que no fue objeto de recurso en el momento procesal oportuno y cuyo carácter perjudicial no pudo ser racionalmente percibido en dicho momento por un licitador normalmente diligente. Se trata de un remedio de la insuficiencia del plazo preclusivo para garantizar la protección efectiva de los intereses de las empresas. Consecuentemente, la admisibilidad del recurso indirecto exige, como base y además de otros requisitos, un acto del procedimiento perjudicial



para el recurrente y una cláusula de la documentación contractual que lo ampare, que es la que se recurre por vía indirecta.

a 1) Sobre el criterio secundario de adjudicación “otras medidas relacionadas”

El criterio secundario denunciado (otras medidas relacionadas, 1 punto) es el desarrollo de un criterio de adjudicación (valoración de la propuesta de protocolo de comunicación al ciudadano (4 puntos) que se formula en la letra b) del apartado 18 del PCAP en los siguientes términos:

b) Valoración de la propuesta del Protocolo de Comunicación al Ciudadano (4 puntos)

Se valorará la propuesta de un protocolo que redunde en la mejora del control y comunicación del servicio y la comunicación con el ciudadano hasta un máximo de **4 puntos**.

Se valorará los siguientes apartados:

- Medios y horarios de atención al ciudadano. **2 Puntos**.
- Campañas de sensibilización en temas de eficiencia energética: difusión del presente proyecto, temas a tratar, periodicidad, forma de comunicación, etc. **1 Punto**.
- Otras medidas relacionadas. **1 Punto**.

A juicio de este OARC/KEAO el criterio secundario Otras medidas relacionadas es comprensible y no adolece de falta de claridad. Téngase en cuenta que el citado criterio secundario desarrolla un criterio principal que contiene un fondo reglado (se valora la propuesta de un protocolo que redunde en la mejora del control y comunicación del servicio y la comunicación con el ciudadano) suficiente para que cualquier licitador razonablemente informado y normalmente diligente conozca el documento contractual que ha de presentar (propuesta de protocolo), la oferta contractual que debe contener (mejoras del control y comunicación del servicio y la comunicación con el ciudadano), así como los aspectos sobre los que versará el juicio que emita el evaluador entre las que se encuentran Otras medidas relacionadas que no pueden ser cualquiera, sino solo las que puedan caber en la formulación del criterio principal. Además, este último contiene, además del impugnado, otros dos criterios secundarios que sí detallan las



medidas que se evaluarán a su amparo (Medios y horarios de atención al ciudadano y campañas de sensibilización en temas de eficiencia energética), debiendo ser las que se puntúen en el subcriterio impugnado necesariamente otras distintas y además “relacionadas” con ellas, y no con ningún otro aspecto del objeto del contrato. Por todo ello, y en contra de lo que aduce el recurrente, no nos encontramos ante una mejora de las contempladas en el apartado 7 del artículo 145 de la LCSP, sino ante un subcriterio que se halla suficientemente reglado como para considerarlo válido como criterio secundario de adjudicación valorable conforme a juicios de valor al estar englobado en un criterio de adjudicación vinculado al objeto del contrato y formulado de manera objetiva. Consecuentemente, el motivo de impugnación debe desestimarse.

a 2) Sobre la cláusula 6 del PPT (requisitos de las luminarias a instalar)

Por lo que respecta a la cláusula 6 del PPT (ver su literalidad en el apartado b) siguiente), a juicio de este Órgano tampoco puede aceptarse el reproche de falta de claridad, de modo que el sentido perjudicial para sus intereses solo se haya podido percibir en el momento de la adjudicación del contrato. Al contrario, dicha cláusula es lo suficientemente diáfana como para que pueda ser comprendida por cualquier licitador y no permite la arbitrariedad del poder adjudicador; cuestión distinta es que la recurrente no la considere conforme a derecho, pero lo cierto es que tuvo la posibilidad de impugnarla cuando los pliegos fueron publicados y no lo hizo, por lo que al ser estos firmes está obligado a acatarlos. Por ello, el motivo de recurso no puede aceptarse.

a 3) Inexistencia de solicitud de aclaraciones e inadmisión del “recurso indirecto”

Por último, debe tenerse en cuenta el hecho de que la recurrente, antes de presentar su oferta, no solicitó aclaraciones al poder adjudicador sobre el alcance de las estipulaciones que ahora son objeto del recurso indirecto, lo que contribuye a desvirtuar la alegación de que el alcance de dichas cláusulas era dudoso (sobre la necesidad de tener en cuenta este extremo en un contexto



como el que nos ocupa, ver la sentencia «eVigilo», apartado 56). Consecuentemente, la petición de nulidad de ambos aspectos de los pliegos, que es, en realidad, un recurso extemporáneo contra los mismos, no puede admitirse.

b) Sobre la no valoración de la memoria técnica de la recurrente

El análisis de este motivo de recurso debe partir necesariamente del contenido de los pliegos que, como se ha señalado anteriormente, rigen el procedimiento de adjudicación vinculando al órgano de contratación y a los licitadores por no haber sido impugnados en tiempo y forma, y que es, por lo que afecta al objeto de la impugnación, el siguiente:

Cláusula 6.- Requisitos de las luminarias a instalar del PPT

(...)

Por otro lado, se exige que las luminarias propuestas, cuenten con un mínimo de experiencia en proyectos similares. Es por ello por lo que el licitador deberá de reflejar en su proyecto que las luminarias ofertadas, han sido instaladas en otras instalaciones similares, exigiendo una justificación de un mínimo del 25% de las luminarias propuestas. Adjuntando un listado de modelos propuestas, municipio instaladas y numero de luminarias instaladas en cada municipio.

El no cumplimiento de cualquiera de estos puntos supondrá la no valoración de la memoria técnica presentada Cláusula 15 e.1) Valoración de la propuesta de la Prestación de Obras de Mejora y Renovación de las Instalaciones de Alumbrado Urbano.

Analizado el expediente y, concretamente, la oferta de la recurrente se observa que no se ha aportado la justificación en lo referente a la instalación de un mínimo del 25% de las luminarias propuestas en instalaciones similares. La consecuencia de este incumplimiento implica necesariamente la no valoración de la memoria técnica, tal y como dispone la cláusula transcrita del PPT, sin que quepa aceptar la alegación de la recurrente de que dicha acreditación corresponde únicamente para el caso de ser adjudicataria, pues la literalidad de la cláusula es muy clara en mencionar al “licitador” y en establecer que la consecuencia de su incumplimiento es la “no valoración” de la memoria técnica, prevención esta última que no tiene sentido si se tratara de una obligación del



adjudicatario, condición que se adquiere necesariamente después de valorar las proposiciones. Por otro lado, la interpretación del recurrente tampoco puede basarse en un evidente error tipográfico del poder adjudicador (donde dice Anexo 6 debería decir Anexo 5 en la cláusula 10 del PCAP, pues es esta última la que se refiere a la instalación en su estado actual), ya que de una lectura conjunta de los pliegos queda meridianamente clara el sentido correcto de la estipulación para cualquier licitador normalmente diligente. Consecuentemente, no hay duda del momento en el que debe presentarse la justificación requerida (en su proyecto) y la consecuencia del incumplimiento (cero puntos en el criterio de adjudicación relativo a la memoria técnica de la proposición). Por todo ello, este motivo impugnatorio debe desestimarse.

c) Conclusión

La inadmisión de la pretensión de anulación de determinadas cláusulas de los pliegos y la desestimación del motivo analizado en la letra b) anterior hacen innecesario el análisis del resto de alegaciones dado que incluso su hipotética estimación no implicaría que la recurrente resultase adjudicataria del contrato, ya que, en todo caso, tendría otras licitadoras por delante en el orden de clasificación decreciente de las proposiciones. Consecuentemente, el recurso debe desestimarse. Igualmente, deben rechazarse las solicitudes de acceso al expediente y de apertura de un periodo de prueba. Por lo que se refiere a la primera, debe señalarse que la finalidad de dicho acceso en vía de recurso es que el interesado pueda disponer de la información que necesite para poder interponer un recurso fundado (ver, por ejemplo, la Resolución 16/2019 del OARC / KEAO); dado que la impugnación, aunque se desestime, está suficientemente fundada sin dicho acceso (de hecho, se refiere básicamente a la interpretación de los pliegos y al contenido de la propia proposición, y no a aspectos de las ofertas de los demás licitadores), no procede acceder a la petición. En cuanto a la solicitud de prueba pericial, tampoco resulta pertinente porque se refiere al contenido de la oferta de la adjudicataria impugnada, que no procede revisar ni analizar por no poder optar el recurrente a la adjudicación del contrato.



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 la empresa SITELEC GLOBAL OBRAS Y SERVICIOS, S.L. contra el acuerdo de adjudicación del contrato de “Suministro e instalación del alumbrado público exterior”, promovido por el Ayuntamiento de Arrigoarriaga.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

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

CUARTO: No se aprecia 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, 2019ko martxoaren 13a

Vitoria-Gasteiz, 13 de marzo de 2019