



EB 2019/009

Resolución 055/2019, de 14 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 SOCIEDAD DE GESTIONES Y SERVICIOS, S.A. contra la adjudicación del contrato “Servicio de regulación y control del aparcamiento de vehículos en determinadas vías públicas del municipio de Zarautz (OTA)”, tramitado por el Ayuntamiento de Zarautz.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 11 de enero de 2019, la empresa SOCIEDAD DE GESTIONES Y SERVICIOS, S.A. (en adelante, GERTEK) interpuso, en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC / KEAO), un recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato “Servicio de regulación y control del aparcamiento de vehículos en determinadas vías públicas del municipio de Zarautz (OTA)”, tramitado por el Ayuntamiento de Zarautz.

SEGUNDO: El mismo día 11 de enero se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron el expediente y el informe al 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 en el registro del OARC / KEAO entre los días 16 de enero y 5 de marzo.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 18 de enero, se han recibido el 25 de enero las alegaciones de la empresa ESTACIONAMIENTOS Y SERVICIOS, S.A.U. (en adelante, EYSA), adjudicataria impugnada.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legislación aplicable

Por lo que se refiere a la normativa aplicable, se observa lo siguiente:

a) De acuerdo con el apartado 1 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP, Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. La LCSP, publicada en el Boletín Oficial del Estado del día 9 de noviembre de 2017, entró en vigor el día 9 de marzo de 2018, de acuerdo con su Disposición Final Decimosexta, y en el procedimiento de adjudicación analizado, el anuncio de licitación se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el día 1 de febrero de 2018, por lo que es aplicable al acto impugnado el derecho sustantivo contenido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

b) No obstante lo anterior, el segundo párrafo del apartado 4 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP establece que En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrá interponerse el recurso previsto en el artículo 44 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor. El acto impugnado se dictó el día 17 de diciembre de 2018, por lo que la normativa aplicable al procedimiento de recurso es la prevista en los artículos 44 a 60 de la LCSP.



SEGUNDO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de D.A.G.U., que actúa en su nombre.

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

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP en relación con el artículo 18.1 a) de la misma norma, el contrato es susceptible de recurso especial.

CUARTO: Impugnabilidad del acto

Conforme al art. 44.2.c) de la LCSP es acto impugnabile el acuerdo de adjudicación del contrato.

QUINTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

SEXTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

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

SÉPTIMO: Contenido del recurso

Las alegaciones de la recurrente consisten, en síntesis, en lo siguiente:

a) Se alega que el poder adjudicador no le permitió el acceso al expediente en tiempo y forma, lo que le ha producido indefensión; estima que se le deberá dar



un nuevo plazo para formular un nuevo recurso o para que pueda ampliar los motivos de impugnación en los que se basa el ya presentado.

b) El recurrente afirma que, como se observa en el acto recurrido, el Ayuntamiento ha requerido a la adjudicataria para que instale nuevos parquímetros sin coste adicional porque no ha considerado adecuada la propuesta de modificación de los actualmente existentes que contenía la oferta, indicando además que los nuevos parquímetros deberán contar con los certificados, licencias y homologaciones exigibles; ello supone una clara vulneración de los principios de transparencia e igualdad que presiden la contratación pública.

c) Según el informe técnico que sustenta la valoración de las proposiciones, en la propuesta económica presentada no se habrían valorado todas las horas de vigilancia detalladas en la propuesta técnica, sino menos (en concreto, 20.696 horas anuales); en consecuencia, en el acuerdo de adjudicación se recuerda a EYSA la obligatoriedad de cumplir con las frecuencias y horarios por un total de 27.620 horas anuales en lugar de excluir su oferta.

d) Como señala el propio informe técnico, la oferta de EYSA incurre en varios incumplimientos del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) que debieron suponer su exclusión:

- no tiene en cuenta el horario de regulación completo marcado en Pliegos hasta las 22:00 (plantea el horario de residentes hasta las 20:00).
- las sanciones se transmiten a la policía municipal en el mismo día o al día siguiente, aunque en la práctica estas sanciones tienen 48 horas para ser anuladas, lo que contraviene el artículo 17 de la Ordenanza reguladora del aparcamiento de vehículos, a la que los pliegos se remiten, y en los que se prevé que el plazo para realizar el abono anticipado de la denuncia es de dos días hábiles a efectos del servicio de estacionamiento regulado; por



ello, la oferta contempla que las denuncias se tramiten en un plazo más breve que el que disponen los usuarios para realizar el abono y anularla, lo que contradice el PPT.

- no se indica el euskera como idioma de la App.
- EYSA propone un local que el informe técnico considera insuficiente.

e) La oferta económica de EYSA incurre en baja temeraria, de acuerdo con el apartado 11 del PCAP.

f) La valoración de la oferta de la recurrente es errónea, si bien ello no tiene incidencia en el procedimiento de adjudicación.

g) Finalmente, solicita (i), con carácter principal, anular el acto impugnado y excluir la oferta de EYSA, adjudicando el contrato a la recurrente o, (ii) subsidiariamente, anular y dejar sin efecto la adjudicación a favor de EYSA, debiendo ser convocado un nuevo procedimiento con arreglo a la normativa aplicable.

OCTAVO: Alegaciones de EYSA

Las alegaciones de la adjudicataria impugnada son las que se resumen a continuación:

a) No se ha acreditado que la denegación de acceso haya supuesto indefensión del recurrente.

b) No es cierto que los pliegos exijan que para la prestación del servicio deban usarse los parquímetros o expendedores facilitados por el Ayuntamiento y existentes actualmente; se cita, por ejemplo, la cláusula 2 del PPT y otras, que prevén lo contrario.



c) La cláusula 2 del PPT prevé que las modificaciones que las licitadoras propongan en materiales, dispositivos, expendedores o software deben ser aceptadas por el Ayuntamiento; los pliegos, sin embargo, no establecen que deban excluirse las ofertas que propongan cambios no aceptados. En cualquier caso, una eventual estimación del recurso en lo que se refiere a esta pretensión solo debiera llevar a la anulación parcial de la adjudicación, suprimiéndose la parte que la recurrente considera una modificación ilegal de la misma.

d) EYSA no ha adquirido ninguna ventaja competitiva en virtud de las aclaraciones, ya que la respuesta a ellas no pudo influir en la puntuación asignada a los licitadores ni en la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

e) Respecto a los supuestos incumplimientos del PPT que conllevarían expulsión, alega lo siguiente:

- las 27.260 horas de vigilancia propuestas cumplen con los pliegos; es irrelevante lo que conste en el estudio económico, que no está sujeto a valoración.
- el hecho de que el horario de vigilancia de residentes llegue solo hasta las 20:00 es una errata, como se demuestra cotejando el dato con las horas globales ofertadas y las rutas y su duración; sólo finalizando la jornada a las 22:00 pueden alcanzarse las 27.260 horas.
- respecto al envío de denuncias a la policía municipal en un plazo inferior al que tienen los usuarios para anularlas, se señala que el informe técnico cometió un error, pues la oferta específica que se envían solo las propuestas de infracción que no hayan sido anuladas, por lo que está implícito que no se enviarán propuestas de infracción hasta que acabe el plazo para anular la infracción.



- que no se mencionen los idiomas de la App. no significa que no vaya a estar disponible en los idiomas oficiales y en cualquiera que se precise; de hecho, la oferta pone como ejemplo la web del Ayuntamiento de Irun, que está disponible en euskera.
- que el informe técnico considere que el local es “insuficiente” no quiere decir que incumpla el PPT.

f) La oferta de EYSA no está incurso en temeridad, según lo dispuesto en los pliegos.

NOVENO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador alega lo siguiente para oponerse al recurso:

- a) La actuación del poder adjudicador en la solicitud de acceso al expediente es coherente con la doctrina y las resoluciones relativas al equilibrio entre los principios de confidencialidad y transparencia.
- b) No es cierto que los pliegos exijan que el servicio deba prestarse con los parquímetros actualmente propiedad del Ayuntamiento. Es por ello que los licitadores han ofrecido soluciones muy diversas al respecto.
- c) La incorporación de una solución “retrofit” no fue aceptada porque se consideró que ello alteraba sustancialmente el tipo y características de las máquinas expendedoras; la no aceptación se basa en el apartado 2 d) del PPT, pero esta no aceptación no supone la exclusión de la proposición, aunque sí penalizó la oferta de la adjudicataria. No ha habido modificación de la oferta tras el plazo de presentación de ofertas contraria al principio de igualdad de trato y no discriminación, solo la aplicación de una cláusula del pliego. No autorizada la solución de “retrofit”, se solicitó a la empresa que propusiera una solución de sustitución de parquímetros conforme al artículo 2 d) del PPT, y en garantía del



cumplimiento de esta prescripción, en el momento de aportar la documentación previa a la adjudicación, se pidió a EYSA un compromiso escrito al respecto. En cuanto a la alegación de que los nuevos parquímetros deberán contar con los correspondientes certificados, licencias y homologaciones, se afirma que es cierto, pero que eso no supone que EYSA incumpla esta obligación (si la incumpliera, no cabría la adjudicación).

d) No es cierto que la oferta de la adjudicataria incumpla el horario de vigilancia de la zona de residentes (apartados 2 y 5 del PPT). La Ordenanza reguladora del aparcamiento de vehículos en determinadas vías públicas del municipio de Zarautz establece que el horario de vigilancia es hasta las 20:00; el apartado 2 del PPT se refiere a la Ordenanza, pero el apartado 5 indica un horario hasta las 22:00. La Ordenanza se ajusta al servicio actualmente contratado, y es voluntad del Ayuntamiento modificarla para ajustarla al apartado 5 del PPT. Por ello, es correcto prestar el servicio de vigilancia citado hasta las 22:00.

e) Por lo que se refiere a la diferencia entre el número de horas de vigilancia detalladas en el sobre B y las horas de trabajo valoradas para el cálculo del coste de personal, se señala que la contradicción se detectó al analizar los criterios sujetos a fórmula, sin opción para penalizar, por lo que la contradicción detectada se plasmó tanto en el informe técnico como en el acuerdo de adjudicación. Las contradicciones no son causa de exclusión ni la solución será nunca en perjuicio de la Administración, por lo que es claro que la adjudicataria deberá cumplir con el precio ofertado en la propuesta económica, pues lo contrario sería un incumplimiento contractual.

f) No puede extraerse la conclusión de que la oferta es temeraria con abstracción del precio global, sobre todo teniendo en cuenta que la proposición del adjudicatario impugnado es la más cara.

g) Se admite el error en la valoración de las ofertas, pero se alega que no afecta a la clasificación final.



DÉCIMO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El recurrente plantea varios argumentos para fundamentar la impugnación. El orden en el que deben ser analizados depende de los efectos que produciría su hipotética estimación. A continuación, se expresan las apreciaciones del OARC / KEAO sobre ellas.

a) Sobre la alteración de la oferta

La primera alegación del recurrente es que la adjudicación impugnada ha alterado la oferta de EYSA, en contra de los principios de transparencia e igualdad de trato (artículo 1 del TRLCSP). El análisis de este motivo de recurso debe partir del contenido de los Pliegos, que rigen la licitación al no haber sido impugnados en tiempo y forma, vinculando al Ayuntamiento y a los participantes en el procedimiento de adjudicación; concretamente, el artículo 2 del PPT, letra (e), establece, en su último párrafo, lo siguiente:

En caso de que la empresa licitadora proponga modificaciones de materiales, dispositivos y / o software, que deberán ser en todo caso sin coste para el Ayuntamiento, deberán presentar las especificaciones técnicas del sistema y expendedores propuestos haciendo hincapié en la posibilidad abierta de integración “multi – marca” y multiprotocolo de todos los elementos interconectados, estructura de bases de datos y especificaciones de tarjetas de la persona usuaria, para conocimiento de la administración y garantía de continuidad del servicio. Se valorará la utilización de estándares abiertos del mercado. Toda modificación deberá ser aceptada por el Ayuntamiento.

A juicio de este Órgano, y con independencia del juicio que merezca su contenido, sobre el que no cabe ahora pronunciarse por no haber sido impugnado en su momento ni tampoco por medio del presente recurso, la estipulación solo puede entenderse como la concesión al poder adjudicador de la facultad de aceptar o rechazar las modificaciones en los materiales, dispositivos o software propuestas por las “empresas licitadoras” (no por los contratistas) en sus ofertas. Asimismo, es claro que no autoriza al Ayuntamiento a solicitar cambios en las proposiciones que le parecen insatisfactorias, ni a los



licitadores a alterar sus ofertas (ver el artículo 157 del TRLCSP). Debe señalarse que el artículo 2 (d) del PPT, de contenido similar y que es el citado erróneamente por el informe técnico, sí habla de “la empresa adjudicataria”, por lo que no puede referirse al procedimiento de adjudicación, cuyo objetivo es, precisamente seleccionar un adjudicatario. A partir de esa base, son relevantes las siguientes cuestiones:

a 1) Sobre la consideración como inadecuada de la modificación de los parquímetros propuesta por el adjudicatario impugnado

El informe técnico que sustenta la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, de fecha 19 de septiembre de 2018, señala lo siguiente:

El Ayuntamiento no considera adecuado la modificación de los parquímetros realizándoles un retrofit tal y como se plantea en la propuesta. En caso de que el Ayuntamiento autorizase la alteración de los parquímetros existentes sería bajo la condición de que se "homologasen" las máquinas expendedoras resultantes de la modificación. Así como en caso de resultar adjudicatarios, al finalizar el contrato la empresa deberá dejar los parquímetros en el mismo estado que al inicio del contrato.

En caso de que la empresa no pudiera cumplir ambas condiciones, y resultase adjudicataria del contrato, ésta deberá de presentar una nueva propuesta (utilización de parquímetros existentes, parquímetros nuevos, ... sin coste alguno adicional para el Ayuntamiento).

A juicio de este OARC / KEAO, esta apreciación es inaceptable. Aunque el PPT autorice al poder adjudicador a no aceptar ciertos contenidos de las proposiciones, no permite una adjudicación sujeta a condiciones que, en realidad, suponen la suscripción por el licitador de compromisos contractuales adicionales o distintos de los que componen su oferta; mucho menos cabe solicitarle una nueva oferta si dichas condiciones no se satisfacen. De hecho, el informe subvierte el orden natural de un procedimiento de adjudicación abierto e incurre en una contradicción lógica: una oferta de la que se afirma que solo podría resultar adjudicataria si se cambia o condiciona su contenido puede, sin embargo, alcanzar esa posición a pesar de sus insuficiencias si es la propuesta por la Mesa como mejor oferta y compensa dichos defectos mediante una nueva



propuesta que la altera o sustituye. Expresado en otros términos, el informe admite abiertamente que la proposición no puede ser adjudicataria con su contenido inicial pero también acepta que puede llegar a ser la oferta más valorada, en cuyo caso podría ser adjudicataria previa modificación de su alcance para ajustarlo a los requerimientos del Ayuntamiento.

a 2) Sobre las aclaraciones aportadas por EYSA y la alteración de su oferta en la adjudicación

Según consta en el expediente, la Mesa de Contratación, asumiendo el informe técnico, acordó el día 2 de octubre requerir a EYSA la documentación prevista en el artículo 151.2 del TRLCSP y proponerla como adjudicataria del contrato. Posteriormente, con fecha 27 de noviembre, la Mesa formuló una nueva propuesta en la que introducía, como condición de prestación del servicio, que la adjudicataria debía instalar nuevos parquímetros sin coste adicional para el Ayuntamiento dado que no se considera adecuada la propuesta de modificación de los actualmente existentes mediante la realización de un “retrofit” y por la cual fue penalizada la oferta en la valoración otorgada; esta adición se incorpora a la resolución de adjudicación de la Junta de Gobierno Local, de 17 de diciembre. En el expediente constan (páginas 293 a 307) las “aclaraciones previas a la adjudicación” presentadas por EYSA el 26 de noviembre y la valoración que de ellas hace un informe técnico municipal, de la misma fecha, que alude además a varias reuniones con la empresa. En este último documento se señalan, a la vista de todo ello, las condiciones de la adjudicación que luego se recogen en la resolución de 17 de diciembre, entre las que figura la relativa a los parquímetros, pero también otras que conciernen a cuestiones objeto de recurso, como el horario del servicio o el número total de horas ofertadas. Por otro lado, el recurrente aporta, junto con el escrito de recurso, un intercambio de correos electrónicos entre el departamento de obras del Ayuntamiento y EYSA relativo a las citadas aclaraciones, incluyendo diversa documentación técnica; es reseñable que de dichos correos se deduce que, con independencia del resultado final, el objetivo de este intercambio es adaptar la oferta a lo que se pide desde el poder adjudicador.



b) Conclusiones

A la vista de lo expresado en la letra a) anterior, puede concluirse que el Ayuntamiento ha adjudicado el contrato a una oferta cuyo contenido, en lo que se refiere a la modificación de los parquímetros, consideraba inaceptable y que, después de una negociación con la empresa, ha introducido en la adjudicación cláusulas contractuales no contempladas en la oferta para sustituir, entre otras, la citada propuesta de modificación por otra que entiende aceptable. Estos hechos infringen la normativa que rige los procedimientos de adjudicación en varios aspectos sustanciales. En primer lugar, se ha desvirtuado la objetividad de la evaluación de las proposiciones porque, con independencia de que esta haya operado formalmente sobre la propuesta inicial del adjudicatario, el juicio y las puntuaciones emitidas se convierten en irrelevantes cuando, como es el caso, dichas propuestas son provisionales porque luego la propia evaluación anuncia que pueden cambiarse o condicionarse a requerimiento del poder adjudicador; es decir, de nada sirve valorar objetivamente una oferta si luego se adjudica a otra distinta. En segundo lugar, se ha introducido un trámite de negociación y de alteración de la oferta en un procedimiento abierto, que no lo permite (artículo 157 del TRLCSP), en perjuicio además de los principios de transparencia e igualdad de trato de todos los licitadores porque dicho trámite es específico para la empresa propuesta como adjudicataria y en su exclusivo beneficio, pues le ha permitido subsanar un aspecto de su oferta que, de haberse mantenido, le hubiera impedido obtener el contrato. Por todo ello, el recurso debe estimarse, anulando el acto impugnado y ordenando la retroacción de actuaciones para que el contrato sea adjudicado a la siguiente licitadora clasificada en el listado al que se refiere el artículo 151.1 del TRLCSP. La estimación de este motivo de recurso satisface la pretensión principal y hace innecesario el análisis de los demás argumentos de la impugnación.

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:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa SOCIEDAD DE GESTIONES Y SERVICIOS, S.A. contra la adjudicación del contrato “Servicio de regulación y control del aparcamiento de vehículos en determinadas vías públicas del municipio de Zarautz (OTA)”, tramitado por el Ayuntamiento de Zarautz, anulando el acto impugnado y ordenando la retroacción de actuaciones para que se proceda a adjudicar el contrato a la siguiente licitadora clasificada en el listado del artículo 151.1 del TRLCSP.

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

TERCERO: Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al órgano de contratación para que dé conocimiento al OARC / KEAO de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

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 14a

Vitoria-Gasteiz, 14 de marzo de 2019