



EB 2016/078

Resolución 086/2016, de 11 de julio de 2016, 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 interpuesto por la empresa TECHCO SEGURIDAD, S.L. contra su exclusión del contrato de “Gestión y mantenimiento con garantía total de las instalaciones de seguridad de los edificios municipales del Ayuntamiento de Donostia – San Sebastián”, tramitado por el Ayuntamiento de Donostia – San Sebastián.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 9 de junio de 2016 la empresa TECHCO SEGURIDAD, S.L. (en adelante, TECHCO) interpuso un recurso especial en materia de contratación contra su exclusión del contrato “Gestión y mantenimiento con garantía total de las instalaciones de seguridad de los edificios municipales del Ayuntamiento de Donostia – San Sebastián”, tramitado por el Ayuntamiento de Donostia – San Sebastián.

SEGUNDO: El mismo día se solicitaron al poder adjudicador el expediente y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP). La documentación solicitada se recibió 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) los días 13 y 15 de junio.

TERCERO: Solicitadas alegaciones a los interesados con fecha 17 de junio, no se ha recibido ninguna.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta la representación de Don O. T.C. que actúa en nombre del recurrente. Respecto a la legitimación, el poder adjudicador niega que TECHCO la tenga para impugnar la adjudicación del lote 3, al que no presentó oferta, adoptada por la Junta de Gobierno de 17 mayo que acordó, asimismo, su exclusión de los lotes 1 y 2 y la adjudicación de dichos lotes. Esta alegación debe aceptarse porque no puede derivarse para él ningún interés tangible de la posible estimación del recurso que cualifique su legitimación (ver la Resolución 130/2015 del OARC / KEAO).

SEGUNDO: Según el artículo 40.1 a) del TRLCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada.

TERCERO: El objeto del recurso es un acto impugnabile, en concreto, la exclusión del procedimiento de adjudicación (artículo 40.2 b) TRLCSP).

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

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Donostia – San Sebastián tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según el artículo 3 del TRLCSP.

SEXTO: Los motivos que fundamentan el recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) La Resolución de 23 de mayo de 2016 no contiene las razones de la exclusión del recurrente; solo hace referencia a un acuerdo de la Mesa de Contratación de 3 de mayo de 2016, en el que tampoco constan dichas razones. Por lo tanto, existe indefensión porque no puede impugnarse de manera fundada la citada resolución.



b) El informe de 21 de abril de 2016 del Comité de Valoración sí contiene una sucinta justificación a la que el recurrente se opone, si bien no se elevó a acuerdo ni se ha tenido por reproducido. Según este informe, los motivos de exclusión y las alegaciones en su contra son los siguientes:

- El apartado de la oferta sobre el “Mantenimiento preventivo y correctivo” propone una forma de resolución de incidencias insuficiente porque no contempla presencia de servicios de Acuda en la gestión de alarmas de incendio o robo; sin embargo, nada tienen que ver dichos servicios con el apartado de mantenimiento, y ésta es la razón de que no se aluda a ellos.
- El segundo motivo de exclusión es que el número de personas adscritas al contrato se repite para los lotes 1 y 2. El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) especifica que “en el supuesto de que una empresa resulte adjudicataria de más de un lote, la figura del Coordinador del Servicio podrá ser única”, de lo que el Comité deduce que solo puede compartirse el coordinador y no otro personal, interpretación extensiva en perjuicio de los licitadores que no es admisible.

c) Finalmente, se solicita que se declare disconforme a Derecho y se anule la Resolución impugnada, que acuerda la exclusión de TECHCO y la adjudicación de los tres lotes del contrato.

SÉPTIMO: El poder adjudicador solicita la desestimación del recurso con los argumentos que se resumen a continuación:

a) El acto recurrido, el Acuerdo de la Junta de Gobierno de 17 de mayo, cita expresamente los informes de 21 de abril y 3 de mayo, siendo ello suficiente para entender cumplido el requisito de la motivación, de acuerdo con el artículo 89.5 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJ – PAC), dado que el informe de 21 de abril consta en el expediente y es conocido por el recurrente, por lo que no hay indefensión alguna.



b) Los licitadores debían presentar dentro de su oferta un documento denominado “Plan General de Mantenimiento”, cuyo contenido se especifica en el apartado 4 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT); de dicha cláusula se deduce que el Plan debía incluir también, entre otros, la obligatoriedad de que la Central Receptora de Alarmas pase aviso al Acuda y a la Guardia Municipal. Por otro lado, tampoco en el resto de la oferta hay mención al servicio de Acuda, por lo que el incumplimiento del PPT conlleva la exclusión.

c) TECHCO carece de la solvencia mínima exigida, si bien esta circunstancia no pudo advertirse hasta la valoración de la oferta técnica, dado que presentó la declaración responsable sustitutiva. No hay duda de que se pide una solvencia concreta para cada lote, sin que quepa la acreditación con los mismos medios humanos, salvo en el caso del coordinador por establecerlo así expresamente los pliegos.

OCTAVO: El primer reproche formulado contra el acto impugnado es su falta de motivación suficiente. Este OARC / KEAO ya ha señalado en anteriores ocasiones (ver, por ejemplo, la Resolución 32/2015) que la motivación es un requisito formal, por lo que, de acuerdo con el artículo 63.2 de la LRJ – PAC, su omisión o insuficiencia solo tiene trascendencia anulatoria cuando impide que el acto al que se refiere alcance su finalidad o produce indefensión. En el caso analizado, el acto impugnado se limita a “Excluir las ofertas presentadas por algunas empresas, ya que se observan incumplimientos de alguna o algunas de las estipulaciones previstas en los Pliegos de Condiciones Técnicas y de Cláusulas Administrativas”; es claro que esta mención en absoluto satisface el requisito de la motivación ni sirve para elaborar un recurso debidamente fundado. Tampoco se cumplen los requisitos del artículo 89.5 de la LRJ – PAC para considerar que existe una motivación por remisión a un informe (la llamada motivación “in aliunde”), pues el acto recurrido solo menciona los informes de 21 de abril y 3 de mayo para justificar las adjudicaciones y no las exclusiones, pero no se adjuntan ni se reproducen en el acto recurrido. No obstante, no es menos cierto que el recurrente conoce sobradamente el primero, como demuestra el hecho de que su escrito de impugnación lo cite y



combata, por lo que no ha existido indefensión. Consecuentemente, no puede darse relevancia a la alegación de falta de motivación.

NOVENO: Entrando ya en el fondo de la impugnación, se observa que en el citado informe de 21 de abril la exclusión de TECHCO a la licitación de los lotes 1 (detección de incendios) y 2 (circuitos cerrados de TV) se justifica con los siguientes motivos:

«En el apartado “B. Plan de Mantenimiento Preventivo y Correctivo” de su oferta, en el protocolo de actuación, indica que desde el servicio 24 horas se comunica al técnico que se personará a solucionar el aviso técnico.

Esta forma de resolución de incidencias, basada en la atención de los técnicos, exclusivamente, resulta insuficiente en la medida de que no contempla en ningún caso la presencia de los servicios de Acuda en la gestión de las alarmas de incendio o robo. Entendemos que esta forma de operar supone un incumplimiento de los Anexos 5 y 6 del Pliego de Condiciones Técnicas.

En el apartado E. “Recursos humanos y técnicos adscritos al contrato”, incluye los datos personales y de currículum del personal y técnicos adscritos al contrato. Este listado de personas se repite para los Lotes 1 y 2. El Pliego de Cláusulas Administrativas, en el Apartado H5 “Concreción de acreditación de la solvencia” establece que “en el supuesto de que una empresa resulte adjudicataria de más de un lote, la figura del Coordinador del Servicio podrá ser única”. Esta estipulación lleva implícito que SOLO puede compartirse el coordinador y en ningún caso pueden compartirse los técnicos y, por consiguiente, entendemos que esta repetición de técnicos para los tres lotes supone un incumplimiento de la citada estipulación del Pliego de Cláusulas Administrativas.”

El primer motivo, la insuficiencia de la oferta del recurrente para satisfacer los Anexos 5 y 6 del PPT, no puede aceptarse porque supone una lectura perjudicial para los licitadores de un contenido de la documentación contractual del que difícilmente puede deducirse una conclusión tan radical como la exclusión. Los citados Anexos 5 y 6 se refieren, respectivamente, al “Procedimiento de actuación con señales de robo o sabotaje” y al



“Procedimiento de actuación con señales de fuego”, y establecen un protocolo de actuación en las situaciones peligrosas para la seguridad cuya detección es la finalidad de los sistemas (incendios, robo, sabotaje...). Tales protocolos no tienen nada que ver ni con el mantenimiento preventivo (por definición, rutinario y programado) ni con el mantenimiento correctivo (el que corrige los defectos no previsibles observados en los equipos). Por otro lado, el apartado M2 del Cuadro Anexo al PCAP, que define el criterio “Plan General de Mantenimiento”, no hace mención alguna en ninguno de los subcriterios en los que se divide a actividades distintas de las de mantenimiento, que son precisamente las únicas que el propio título del criterio sugiere. El apartado 3 del PPT, titulado “Plan General de Mantenimiento” señala un contenido mínimo para dicho plan que los licitadores deben cumplir y que tampoco incluye aspectos relacionados con los Anexos 5 y 6 del PPT. Aparte de la relación del contenido mínimo, se dice que el Plan “deberá permitir una gestión ágil y eficaz de los servicios indicados en el apartado 4.1 y su control, y contendrá todo lo necesario para llevar a cabo de manera permanente, completa y satisfactoria la totalidad del objeto del presente pliego”; en el citado apartado 4.1 figura el “servicio de atención de averías, alarmas y emergencias, incluyendo servicios de Acuda y custodia de llaves”. Sin embargo, este último inciso no es suficiente como para extraer de él la consecuencia de que la omisión de mención a la cuestión de los servicios de Acuda en el epígrafe “Plan de mantenimiento” conlleve la exclusión de la proposición, y ello por dos razones que a continuación se exponen:

En primer lugar, se trata de un requisito que no figura en el apartado del PCAP que regula dicho Plan; existiendo una contradicción entre dos documentos contractuales contraria al principio de transparencia, se crea una oscuridad en la interpretación de los mismos que, según una reiterada doctrina (ver, por todas, la Resolución 008/2016 del OARC / KEAO, así como el artículo 1.288 del Código Civil) no puede perjudicar a quien no la ha causado nada menos que con la expulsión de su oferta, sobre todo teniendo en cuenta que el PPT no es el lugar donde deben figurar las normas que regulan el contenido de las ofertas (ver los artículos 67.2 h) y 69.3 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas). Por otro lado, la falta de mención en la oferta a una obligación contenida en los Pliegos no puede hacerse



equivaler a la intención de incumplirla, sobre todo cuando dicha obligación ya está claramente descrita en los Anexos 5 y 6 y el licitador puede, libremente, preferir no añadir nada al respecto, sin perjuicio de que ello le pueda suponer, en su caso, una puntuación negativa en la aplicación de los criterios de adjudicación.

El segundo motivo de exclusión es que los recursos humanos adscritos al contrato se repiten para los lotes 1 y 2, lo que infringe la prohibición implícita de que solo el coordinador puede compartirse en el caso de adjudicación de más de un lote. El informe que fundamenta la exclusión menciona expresamente el apartado H 5, titulado “Concreción de acreditación de la solvencia”. En esta cláusula se recoge, en síntesis, los profesionales que deberá comprometerse expresamente a adscribir a la ejecución de los servicios objeto de cada lote del contrato; el último inciso del lote 3 establece que “En el supuesto de que una empresa resulte adjudicataria de más de un lote, la figura del coordinador del servicio podrá ser única.” Este motivo de exclusión tampoco es aceptable. Por una parte, el principio de transparencia exige que una prescripción cuyo incumplimiento puede acarrear la eliminación de la proposición sea suficientemente clara (ver la Resolución 067/2014 del OARC / KEAO y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que en ella se cita), y no se deduce de los pliegos una prohibición indubitada y expresa de que el personal asignado a un lote no pueda adscribirse también a otro distinto; de hecho, el propio informe técnico reconoce que la prohibición sería “implícita”, y la excepción establecida para el coordinador (de la que se extrae la prohibición implícita) ni siquiera está en una ubicación sistemática correcta si se quiere darle alcance general para todos los lotes, sino como referida al lote 3, al que el recurrente no ha licitado. Por otra parte, incluso admitiendo a efectos dialécticos que la intención del poder adjudicador fuera excluir la posibilidad de concretar la acreditación de la solvencia con medios humanos repetidos para varios lotes, lo cierto es que no se ha cumplido el trámite de esperar a comprobar si el recurrente era o no adjudicatario de más de un lote, infringiendo la literalidad del epígrafe H5 en el que el informe se basa, que habla del caso en el que “una empresa resulte adjudicataria de más de un lote”; de hecho, es significativa la contradicción entre la interpretación que ahora



hace de los pliegos el órgano de contratación y el dato de que no figure en ellos qué hacer cuando una empresa es adjudicataria de dos o más lotes con personal adscrito repetido (¿cómo se sabe de qué lote no puede ser contratista?).

Por todo ello, el recurso debe ser estimado y el acto impugnado anularse. Aunque en principio ello supondría la retroacción de actuaciones para que la oferta de TECHCO fuera valorada; sin embargo, la nueva valoración solo podría realizarse siendo ya conocidos todos los elementos de las ofertas, tanto los referidos a los criterios sujetos a juicio de valor como los calculados mediante la aplicación de una fórmula, de modo que la objetividad en la valoración y el tratamiento igualitario entre los licitadores que se pretende preservar mediante la evaluación separada de ambos tipos de criterios que establece el artículo 150.2 TRLCSP no pueden ya garantizarse. Consecuentemente, la anulación de la adjudicación y el hecho de que no sea posible la retroacción conllevan inevitablemente la cancelación de todo el procedimiento de licitación (ver, por ejemplo, la Resolución 11/2016 del OARC / KEAO).

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:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa TECHCO SEGURIDAD, S.L. contra su exclusión del contrato “Gestión y mantenimiento con garantía total de las instalaciones de seguridad de los edificios municipales del Ayuntamiento de Donostia – San Sebastián” (Lotes 1 y 2), tramitado por el Ayuntamiento de Donostia – San Sebastián, anulando el acto impugnado y cancelando la licitación.



SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento, a la vista de lo dispuesto en el artículo 47.4 TRLCSP.

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 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2016ko uztailaren 11

Vitoria-Gasteiz, 11 de julio de 2016