



EB 2020/074

Resolución 110/2020, de 24 de agosto, 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 SHARINF5 KOOP ELK TXIKIA contra el acuerdo de adjudicación del lote 2 del “Servicio de comunicación del Ayuntamiento de Elorrio”, promovido por el Ayuntamiento de Elorrio.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 12 de junio de 2020, SHARINF5 KOOP ELK TXIKIA (en adelante, SHARINF5I) interpuso en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi – Kontratuen Inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO), un recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación del lote 2 del “Servicio de comunicación del Ayuntamiento de Elorrio”, promovido por el Ayuntamiento de Elorrio.

SEGUNDO: El día 12 de junio este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, 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). La citada documentación se recibió el día 16 de junio de 2020.

TERCERO: Con fecha 22 de junio se trasladó el recurso a los interesados en el procedimiento recibéndose con fecha 29 de junio las alegaciones efectuadas por la empresa MNB COMUNICACIÓN, S.L. (en adelante, MNB).



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de D. F.X.L.B, que actúa en su nombre.

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

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 c) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Elorrio 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

El recurso se basa, en síntesis, en los siguientes argumentos:

a) En el Comité de expertos que ha intervenido en la valoración de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, que tienen una ponderación relativa de 51 puntos sobre 100 y emite un informe vinculante para la Mesa de contratación, ha intervenido la Secretaria Municipal que, asimismo, es la Secretaria de la Mesa de contratación. Una misma persona no puede participar en los dos órganos que son independientes entre sí con el fin de preservar una valoración objetiva de las ofertas y de garantizar el principio de igualdad.

b) Ni en los pliegos técnicos y administrativos, ni en las publicaciones en el perfil de contratante se justifica que los tres miembros designados para componer el Comité de expertos estén cualificados profesionalmente para realizar dicha valoración y, por la función que les corresponde, la Secretaria de la corporación y los técnicos de igualdad y medio-ambiente no cumplen tal requisito.

c) El Ayuntamiento de Elorrio no se puede escudar en que es un municipio menor de 10.000 habitantes, ya que ha elegido, como podía elegir otro procedimiento, utilizar la fórmula de formar un comité de expertos.

d) El Pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT) no está firmado por ningún técnico, por lo que no se puede certificar que algún miembro del comité de expertos haya participado en la redacción de la documentación técnica.

e) El recurrente no tiene constancia de que el informe de valoración de los criterios sujetos a juicio de valor del lote 2 esté firmado por un mínimo de tres miembros.

f) La pretensión del recurso es que “(...) se tenga por interpuesto RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN contra la decisión del Ayuntamiento de Elorrio en la licitación del “servicio de comunicación del Ayuntamiento de Elorrio” y, previos los trámites oportunos, se declare la nulidad de la misma en base a las razones esgrimidas.”

SÉPTIMO: Alegaciones de MBN

MBN efectúa las siguientes alegaciones:

- a) El ahora recurrente mostró su conformidad a los pliegos al no recurrirlos y presentar su oferta, por lo que el recurso debe ser inadmitido por extemporáneo. La entidad recurrente fue la mejor valorada por el comité de expertos y únicamente presenta el recurso tras la valoración de los criterios sujetos a fórmula y constatar que no resultan adjudicatarios.
- b) La recurrente no justifica que el incumplimiento alegado encaje en alguno de los supuestos del artículo 39 de la LCSP que dan lugar a la nulidad. En este sentido, el recurso no aporta ningún elemento que haga pensar que la persona sobre la que se duda forme parte del órgano proponente del contrato.
- c) El argumento del recurrente es falaz, ya que aunque obtuviera la máxima valoración posible del comité de expertos, por el que ha sido mejor valorado, no obtendría el contrato. Permitir una nueva licitación supondría realizar una nueva y distinta oferta económica, conociéndose las realizadas por el resto de licitadores.
- d) Solicita la imposición de una multa por temeridad al haber interpuesto un recurso extemporáneo y por intereses propios al igual que una indemnización por los daños ocasionados, en particular el coste de la asistencia letrada.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la impugnación, alegando de forma resumida, lo siguiente:

- a) La composición del Comité de expertos consta en el PCAP, conociendo todos los licitadores su composición con la publicación de los pliegos. Se procede a impugnar la adjudicación en base a una composición del comité de expertos que voluntaria y pacíficamente se aceptó, una vez comprobado que no ha resultado adjudicatario.

b) La cuestión viene resuelta en el Informe 96/18 de la Junta Consultiva de Contratación del Estado. El párrafo 8 de la disposición adicional segunda de la LCSP exime a las Entidades Locales de los rigores del artículo 146.a) siempre que el personal integrante del comité no haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato. A este respecto, la anterior Secretaria del Ayuntamiento de Elorrio cesó el 12 de enero de 2020 y el actual secretario tomó posesión del cargo el 13 de enero y, siendo el Decreto de Alcaldía de aprobación del expediente y pliegos del 14 de enero, resulta incontrovertido que no pudo participar en la elaboración de los pliegos. Además, la citada disposición exige que en el comité de expertos figure un técnico jurista especializado en contratación pública, función que de facto tiene asignado el Secretario.

c) El recurrente, cuando pudo y debió hacerlo, no impugnó la cualificación técnica de los miembros del comité de expertos.

d) A diferencia de lo sugerido por el recurrente, no en todo caso existe un técnico que se haya encargado de la elaboración del PPT.

e) No parece fundada la exigencia de la participación de todos y cada uno de los miembros del Comité de expertos cuando, como en el caso que nos ocupa, dos de ellos suscriben los informes.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis de los motivos de recurso debe partir del contenido de los pliegos, que rigen la licitación por no haber sido impugnados en tiempo y forma, vinculando a los licitadores y al poder adjudicador:

PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES PARA LA CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE COMUNICACIÓN DEL AYUNTAMIENTO DE ELORRIO POR PROCEDIMIENTO ABIERTO.

(...)

13. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

(...)

La valoración de los criterios dependientes de un juicio de valor se encomendará a un comité de expertos, cuya composición es la siguiente:

- Secretario/a Municipal.
- Técnica de Medio Ambiente, Gobernanza y Participación.
- Técnica de Igualdad.

(...)

14. MESA DE CONTRATACIÓN

La Mesa de Contratación permanente del Ayuntamiento de Elorrio está compuesta por los siguientes miembros:

<http://www.elorrio.eus/eu->

[ES/Udala/Idazkaritza/Kontratatzalearen_profila/Orrialdeak/Mesasdecontratacion.aspx](http://www.elorrio.eus/eu-ES/Udala/Idazkaritza/Kontratatzalearen_profila/Orrialdeak/Mesasdecontratacion.aspx).

A la vista de todo ello, se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre los motivos del recurso:

a) Sobre la composición del Comité de expertos

La recurrente denuncia que la independencia que debe existir entre los dos órganos colegiados que participan en el procedimiento de adjudicación y que son los que garantizan una valoración objetiva de las ofertas y el principio de igualdad de trato de los licitadores, esto es, el Comité de expertos y la Mesa de contratación, se ha visto truncada debido a que el Secretario del Ayuntamiento ha sido miembro tanto del Comité de expertos como de la Mesa de contratación. Por medio de esta alegación, el recurrente está atacando la composición del Comité de expertos que figura en la cláusula 13 del PCAP, por lo que siendo el objeto del recurso el acuerdo de adjudicación, procede examinar si concurren los requisitos de admisión de un recurso contra los pliegos del contrato. Sobre esta cuestión se expondrá en primer lugar la doctrina general de este OARC / KEAO sobre el alcance y los límites de dicha figura y, a continuación, su aplicación al caso concreto.

a.1) Doctrina general sobre el «recurso indirecto» contra los pliegos

De las resoluciones de este Órgano (ver, entre otras, las que llevan el número 219/2019 y 85/2020) se deduce la siguiente doctrina:

- 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, por ejemplo, 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).
- Además, el Fundamento de Derecho Sexto de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco número 137/2019, de 15 de mayo de 2019, ECLI:[ES:TSJPV:2019:1674](#), admite el recurso indirecto para

impugnar los vicios que afecten a derechos y libertades del recurrente susceptibles de amparo constitucional.

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 (como la exclusión del interesado o la adjudicación a otro operador económico) 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 fundamento previo, un acto del procedimiento perjudicial para el recurrente y una cláusula de la documentación contractual que lo ampare, que es precisamente la que se recurre por vía indirecta.

a 2) Sobre la admisibilidad del recurso indirecto en el caso analizado

Una vez aplicada la doctrina general expuesta en el epígrafe anterior, este Órgano entiende que no procede admitir el recurso indirecto porque no se observa que los pliegos incluyan una cláusula que adolezca de ambigüedad u oscuridad que haya ocultado un vicio de invalidez cuyo carácter perjudicial solo haya podido percibirse con ocasión del acto de adjudicación; por el contrario, los pliegos son claros y transparentes, pues la designación de los expertos que deben efectuar la valoración se hace directamente en el PCAP (artículo 29 del RLCSP), en atención al cargo que desempeñan dentro de la organización de la administración contratante, y la información referente a la composición de la Mesa de contratación es fácilmente accesible. En particular, en la cláusula 13 de PCAP consta que el Comité de Expertos estará compuesto por las personas que dentro de la organización de la administración contratante ocupen los puestos de Secretario/a Municipal, Técnica de Medio Ambiente, Gobernanza y Participación y Técnica de Igualdad y, en lo que respecta a la composición de la mesa de contratación, la cláusula 14 del PCAP contiene un enlace a la página web del Ayuntamiento de Elorrio que, a su vez, contiene un enlace a la página

del Boletín Oficial de Bizkaia núm. 145 de 1 de agosto de 2019, en la que se publica la composición de la Mesa de contratación del Ayuntamiento de Elorrio donde consta como vocal del Órgano colegiado la Secretaria del Ayuntamiento. Consecuentemente, si el recurrente estimaba que la participación del Secretario del Ayuntamiento en ambos órganos colegiados perjudicaba la independencia y objetividad en la valoración de las ofertas, debió impugnar dichas cláusulas en su momento. Téngase en cuenta que la finalidad perseguida por el artículo 29 del Reglamento que desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de abril, aprobado por Real Decreto 817/2009 (en adelante, RLSCP) cuando prevé que la designación de los miembros del Comité de expertos se efectúe directamente en los pliegos o se establezca en ellos el procedimiento para efectuarla y la del artículo 326.3 de la LCSP cuando dispone que la composición de la mesa se publique en el perfil de contratante del órgano de contratación correspondiente, es la de que los eventuales licitadores puedan oponer las razones de falta de cualificación técnica o de independencia u objetividad, de participación en la redacción de la documentación técnica (apartado 8º de la Disposición Adicional Segunda de la LCSP), de abstención, de recusación o de conflicto de intereses que puedan concurrir en sus miembros.

Por otro lado, no se da el requisito referido al alcance perjudicial que para el recurrente pudiera tener la circunstancia denunciada, ya que la imposibilidad de ser adjudicatario no deriva de la incorrecta composición del Comité de expertos o de una eventual falta de objetividad o imparcialidad en la evaluación de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor, toda vez que su oferta fue la mejor valorada en esta fase, sino de la existencia de otra oferta económicamente más ventajosa aplicados todos los criterios de adjudicación (art. 1.1 de la LCSP).

b) Sobre la valoración efectuada por el comité de expertos

En el expediente remitido por el poder adjudicador consta que el informe de valoración efectuado por el Comité de expertos se halla suscrito por el Secretario y por la Técnica de Medio Ambiente, Gobernanza y Participación (páginas 42 a 47), esto es, dos de los tres miembros que lo constituyen. El recurrente, no indica

en su escrito cuál es la norma vulnerada con esta actuación, únicamente pone de manifiesto que no tiene constancia de que el informe emitido por el Comité de expertos se halle suscrito por sus tres miembros. Pues bien, esta alegación debe ser desestimada, en primer lugar, porque el resultado de la decisión del informe no hubiera sufrido modificación alguna en el caso de que el tercero de los miembros del Comité hubiera votado en sentido diferente, pues la evaluación finalmente emitida se adopta por mayoría de sus miembros (dos miembros frente a los tres previstos en el PCAP) y, en segundo lugar, porque el recurso únicamente denuncia un supuesto incumplimiento meramente formal, sin que se solicite ni se acredite la lesión que ha causado en la valoración de su oferta la falta de participación del tercero de los miembros del Comité, teniendo en cuenta, además, que de las cuatro empresas licitadoras la oferta de la recurrente es la que mayor puntuación obtiene en la citada valoración.

c) Imposición de multas y de indemnizaciones por el OARC/KEAO

MBN solicita la imposición de una multa a la recurrente. Este OARC/KEAO ha manifestado en ocasiones anteriores (ver, por todas, la Resolución 50/2018) que el artículo 47.5 TRLCSP (similar en lo sustancial al artículo 58.2 de la LCSP) requiere temeridad o mala fe como presupuestos para la imposición de la multa, entendiendo que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo (Resolución 50/2015), y actúa de mala fe quien tiene la clara voluntad de dilatar el procedimiento de adjudicación mediante la interposición continuada de recursos (Resolución 3/2018). En el supuesto que nos ocupa no se aprecia la concurrencia de ninguno de estos dos presupuestos; el primero, por contener el recurso argumentos impugnatorios y el segundo, porque la demora en el procedimiento viene determinada ope legis al ser el acto recurrido el de la adjudicación (artículo 53 de la LCSP) y el objetivo de conseguir la anulación de la licitación para poder realizar una nueva oferta económica, que considera MBN como interés espurio para conseguir el contrato, se trata, en realidad, del interés tangible que sustenta la legitimación activa del recurrente. Finalmente, no procede la indemnización derivada de los costes de asistencia letrada solicitada por el interesado porque, al margen de que nos encontramos ante un procedimiento administrativo gratuito en el que no es obligatoria la

asistencia letrada (artículo 44.7 LCSP), la petición no se basa en los daños y perjuicios que haya podido ocasionar la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso (artículo 58.1 de la LCSP), que ha sido desestimado.

d) Conclusión

Consecuentemente, el recurso debe ser desestimado sin que proceda la interposición de multa ni el abono de indemnización alguna.

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: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por SHARINF5 KOOP ELK TXIKIA contra el acuerdo de adjudicación del lote 2 del “Servicio de comunicación del Ayuntamiento de Elorrio”, promovido por el Ayuntamiento de Elorrio.

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

TERCERO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP, levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe 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, 2020ko abuztuaren 24a

Vitoria-Gasteiz, 24 de agosto de 2020