



EB 2016/138

Resolución 002/2017, de 17 de enero 2017, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, que resuelve el recurso especial en materia de contratación interpuesto por VALORIZA FACILITIES, S.A.U. contra la adjudicación del contrato que tiene por objeto el “Servicio de limpieza interior, retirada de residuos y otros con compromiso de inserción social en Getxo Kirolak”, promovido por Getxo Kirolak.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 2 de noviembre de 2016 VALORIZA FACILITIES, S.A.U. (en adelante VALORIZA) presentó en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales / Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en lo sucesivo, OARC / KEAO) un recurso especial en materia de contratación frente a la adjudicación a UNIÓN INTERNACIONAL DE LIMPIEZAS, S.A. (en adelante, UNI2) del contrato de “Servicio de limpieza interior, retirada de residuos y otros con compromiso de inserción social en Getxo Kirolak”, promovido por Getxo Kirolak.

SEGUNDO: El mismo día de su interposición se trasladó una copia del recurso al poder adjudicador, solicitándole 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). Transcurrido el plazo otorgado sin que se recibieran los documentos solicitados, de conformidad con lo previsto en el artículo 28.5 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual (RPERMC), aprobado por el Real Decreto 814/2015, se reiteró su petición. Una vez finalizado el nuevo plazo otorgado sin respuesta por parte del poder adjudicador, se ha puesto de manifiesto el incidente al



recurrente para que formule las alegaciones que considere conveniente a su derecho respecto de este incidente y aporte los documentos que considere apropiados para la resolución del recurso, sin que haya habido alegaciones por su parte. Finalmente, el expediente y el informe del poder adjudicador se han recibido el día 9 de enero de 2017.

TERCERO: Trasladado el recurso a quienes figuran como interesados, ha presentado alegaciones UNI2, adjudicatario impugnado.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Con carácter previo, deben analizarse dos motivos de inadmisión alegados y que se fundan en considerar que no se trata de un acto impugnabile:

a) UNI 2 alega la falta de concurrencia de los requisitos necesarios para interponer un nuevo recurso especial, con infracción del artículo 49 del TRLCSP; afirma que la única posibilidad de interponer un segundo recurso especial contra la nueva adjudicación que se dicte tras la resolución del primer recurso es que la resolución de éste no haya sido debidamente ejecutada. A su juicio, los motivos del recurso se refieren al pretendido incumplimiento de UNI2 de determinados requisitos establecidos en el pliego, lo que no es posible en este momento por cuanto operan los efectos de cosa juzgada; si VALORIZA no estaba de acuerdo con la admisión de UNI2 debió invocarlo en las alegaciones al primer recurso especial, y al no hacerlo la decisión ha causado estado en vía administrativa y no puede ser ahora revisada. Considera que no hay duda alguna de que la pretensión de VALORIZA de que se revise la oferta de UNI2 no puede ser estimada, al haber precluido el trámite para ello, debiendo operar los efectos de cosa juzgada administrativa.

Como ya señalo este OARC / KEAO en su Resolución 137/2015 «(...) la llamada «cosa juzgada administrativa» es en realidad, (...), el principio de que no pueden ser recurridos los actos administrativos que son reproducción de otros que ganaron firmeza al ser consentidos por no haber sido impugnados en tiempo y forma; además, se trata de no eludir la eficacia del artículo 49.1 TRLCSP, que establece que la



resolución que resuelve un recurso especial solo puede ser objeto de recurso contencioso administrativo.» Sin embargo, VALORIZA está planteando en este recurso una impugnación de un nuevo acto como es la nueva (segunda) adjudicación del contrato en el momento procesal en que puede hacerlo. En contra de lo que señala el adjudicatario ahora impugnado, la admisión en su momento de la oferta de UNI2 fue un acto de trámite que no era motivo de impugnación por no impedir al interesado (ahora recurrente) la continuidad en el procedimiento de adjudicación ni causarle un perjuicio irreparable, como pide el artículo 40.2 b) del TRLCSP (ver, por ejemplo, la Resolución 088/2013 del OARC / KEAO). Consecuentemente, no es aceptable el reproche de que VALORIZA debió invocarlo en las alegaciones al primer recurso, porque su posición en ese litigio como alegante interesado le impedía oponer la indebida admisión del entonces recurrente (Resolución 034/2014). En definitiva, tal y como se expresó en la Resolución 096/2013 «(...) se puede afirmar que no se trata de una nueva impugnación del primero de los actos de adjudicación, no pudiendo ser de aplicación, en consecuencia, la excepción de cosa juzgada, sino de un nuevo recurso deducido contra un nuevo acto, lo que obliga al análisis del fondo para determinar si se cumplen o no los requisitos para su estimación.». Por todo ello, debe desestimarse este motivo de inadmisión.

b) El poder adjudicador considera que la notificación en debida forma del acto de aprobación de la clasificación de ofertas excluye la posibilidad de recurrir el acto de adjudicación producido como consecuencia de una resolución del OARC / KEAO. Esta alegación no es aceptable, ya que el artículo 40.2 c) del TRLCSP es claro en señalar que el acuerdo de adjudicación es un acto impugnabile mediante el recurso especial. En cambio, no tiene esa condición la clasificación de las ofertas (ver, en este sentido, la Resolución 78/2013 del OARC / KEAO), que no impide la continuidad en el procedimiento ni causa perjuicio irreparable ni decide indirectamente sobre la adjudicación, pues es previa a ella y puede tener un contenido distinto (ver, por ejemplo, el artículo 160.2 TRLCSP).

SEGUNDO: Consta en el expediente la representación de doña I. L. de A. M, que actúa en nombre de VALORIZA.



Por lo que se refiere a la legitimación, UNI2 se opone a la admisión del recurso alegando que VALORIZA carece de ella para interponerlo, lo que debe dar lugar a su inadmisión por infracción de artículo 42 del TRLCSP. Afirmar que el recurrente está excluido del procedimiento y la eventual estimación del recurso nunca podría llegar a afectarle ya que no conseguiría la adjudicación del contrato, siendo la única excepción a esta norma que el resultado del recurso pueda beneficiar de algún modo al recurrente excluido, como cuando se pide que se anule el procedimiento de licitación y es obligada la convocatoria de una nueva licitación a la que sí podría concurrir. Añade que VALORIZA no invoca ningún vicio de nulidad ni solicita la anulación del procedimiento, pidiendo únicamente la exclusión de UNI2 por estimar que en su oferta concurren defectos no subsanables, y no se da, por tanto, el supuesto de hecho que constituye la excepción a la regla general de inadmisión. Señala que no consta que VALORIZA haya interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de 5 de febrero de 2016 del OARC / KEAO que le excluía de la licitación y ordenaba la adjudicación a la segunda oferta mejor clasificada que era la de UNI2, y que incluso en el caso de que lo hubiera interpuesto, no tendría interés legítimo porque la eventual estimación del recurso contencioso produciría la adjudicación automática del contrato a su favor, con independencia de lo que se resuelva en el presente procedimiento, ya que el ámbito de uno y otro son independientes. Concluye que debe inadmitirse el recurso por falta de legitimación activa, al no ser ya parte del proceso de licitación ni obtener beneficio de la estimación del recurso.

El concepto de interés legítimo ha sido tratado por este OARC / KEAO en diversas resoluciones (por todas la Resolución 082/2016), y puede resumirse en que «(...) el acto impugnado debe repercutir directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, en la esfera jurídica del recurrente, que debe acreditar la titularidad de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, de forma que el “interés legítimo” no puede ser asimilado al del “interés en la legalidad”, lo que descarta la acción pública fuera de los casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico lo permite.»



Sobre la legitimación para impugnar la adjudicación de un contrato por quien ha sido previamente excluido de la licitación, en la Resolución 082/2016 se decía que el recurrente « impugna la totalidad de las ofertas aceptadas en la licitación por no cumplir alguna o varias de las frecuencias previstas en el PCT. Por tanto, debe observarse que el recurrente sí podría obtener un beneficio no hipotético sino real si se estimara el recurso en la totalidad de sus pretensiones, de modo que el poder adjudicador se vería obligado a convocar una nueva licitación en la que podría participar y aspirar a la adjudicación del contrato.» En este mismo sentido, en la Resolución 97/2013 se afirmaba que «(...) el recurrente goza de un interés legítimo en cuanto que podría obtener un beneficio real, no hipotético, de la anulación de la adjudicación, como puede ser el que ésta sea declarada desierta y la posibilidad de que se vuelva a iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación.»

De acuerdo con la doctrina expuesta, VALORIZA estaría legitimada para interponer el recurso puesto que su hipotética estimación implicaría la exclusión de UNI2, adjudicatario impugnado y única oferta que permanece en la licitación, de modo que siendo el objeto contrato la prestación de un servicio continuado imprescindible y habitualmente externalizado, como es el de limpieza interior y retirada de residuos, el poder adjudicador se vería obligado a declarar desierto el contrato e iniciar un nuevo procedimiento, en el que VALORIZA podría participar, obteniendo un beneficio tangible. Esta doctrina ha sido confirmada por la sentencia del TJUE de 4 de junio de 2013 (Asunto C-100/12, Fastweb, ECLI:EU:C:2013:448) que señala en su apartado 33 que «el recurso incidental del adjudicatario no puede llevar a descartar el recurso de un licitador en el supuesto de que la regularidad de la oferta de cada uno de los operadores sea cuestionada en el marco del mismo procedimiento y por motivos de naturaleza idéntica. En efecto, en dicha situación, cada uno de los competidores puede alegar un interés legítimo equivalente a la exclusión de la oferta de los otros, lo que puede llevar a la constatación de la imposibilidad para la entidad adjudicadora de proceder a la selección de una oferta adecuada.» Consecuentemente, el TJUE establece que «la Directiva 89/665 debe interpretarse en el sentido de que, si en el marco de un procedimiento de recurso el adjudicatario que obtuvo el contrato y que ha interpuesto un recurso incidental plantea una excepción de inadmisibilidad basada en la falta de legitimación del licitador que interpuso aquel recurso debido a que la oferta presentada por éste debería haber sido rechazada por la entidad adjudicadora por no



ajustarse a las especificaciones técnicas definidas en el pliego de condiciones, la citada disposición se opone a que se declare la inadmisibilidad de dicho recurso como consecuencia del examen previo de esa excepción de inadmisibilidad sin pronunciarse acerca de si cumplen las especificaciones técnicas tanto la oferta del adjudicatario que obtuvo el contrato como la del licitador que interpuso el recurso principal.»

Debe señalarse que la configuración del recurso especial en los artículos 40 y siguientes del TRLCSP impide que los interesados en el procedimiento puedan formular alegaciones en las que, a modo de reconvención o excepción procesal previa, se plantee la inadmisión de la oferta del recurrente porque debió ser previamente excluido. A este respecto, este OARC / KEAO en su Resolución 043/2014 sostuvo que «(...) el trámite de alegaciones de los interesados obedece al mandato constitucional de garantizar su audiencia (artículo 105.3 de la Constitución), pero no les concede una vía de impugnación o reconvención, por lo que su posición procedimental no es en absoluto análoga a la del recurrente ni a la del demandado del pleito civil (...)»; sin embargo, a continuación, la propia Resolución también manifestaba que «(...) la posición sostenida por este Órgano no implica en absoluto indefensión para la empresa que formula la alegación, pues la supuesta incorrección de la aceptación de la oferta de un licitador sí puede ser alegada, en su caso, con motivo del recurso especial contra un acto impugnado, como, por ejemplo, una hipotética adjudicación de la que éste licitador pudiera ser beneficiario (ver la Resolución 034/2014 del OARC/KEAO).»

En ejecución de la Resolución 014/2016, el poder adjudicador emitió una nueva adjudicación a favor de la siguiente oferta económica más ventajosa en el orden de clasificación, que resultó ser la de UNI2. Ante la nueva adjudicación VALORIZA interpone un nuevo recurso aduciendo que UNI2 también fue indebidamente admitida y solicita su exclusión de la licitación, pretensión frente a la cual el nuevo adjudicatario plantea la inadmisión del recurso.

Tal y como expone el TJUE en la sentencia del Asunto Fastweb citada, tanto UNI2, en el Recurso EB 2015/159 que dio lugar a la Resolución 014/2016, como VALORIZA en presente recurso, tienen un interés legítimo equivalente en la exclusión de la oferta de su competidor, lo que conlleva que deba examinarse ahora la oferta de UNI2 y su admisión a la licitación, toda vez que



una hipotética estimación del actual recurso llevaría a la constatación de que no es posible proceder a la selección de una oferta adecuada porque ambas fueron indebidamente admitidas, circunstancia que obligaría al poder adjudicado a iniciar un nuevo procedimiento al que podrían acudir, entre otros operadores económicos, ambos contendientes.

En consecuencia, VALORIZA está legitimada para la interposición del recurso especial, y debe accederse a su pretensión de que se examine si la oferta de UNI2 ha sido indebidamente admitida.

TERCERO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma; no puede aceptarse la alegación de UNI 2, que estima que la impugnación puede haberse producido fuera de plazo, en concreto en el 16º día hábil desde la remisión (11 de octubre), ya que el artículo 30 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, excluye los sábados, domingos y festivos del cómputo del plazo fijado en dichos días hábiles.

CUARTO: El objeto del recurso es la adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, incluido por lo tanto en el ámbito del recurso especial (artículo 40.1 a) del TRLCSP).

QUINTO: Según el artículo 40.2 c) TRLCSP, podrán ser objeto de recurso «los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores».

SEXTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato, GETXO KIROLAK tiene la condición de poder adjudicador y en concreto de Administración Pública, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3 del TRLCSP.

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

a) No consta que el adjudicatario impugnado haya incluido en su oferta el compromiso de adscripción de medios al que se refiere el artículo 64.2 TRLCSP y que exigen los apartados 17.1 del Pliego de Prescripciones



Técnicas (PPT) y 20.1 g) del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares (PCAP).

b) La oferta del adjudicatario incumple el PPT en lo relativo a los criterios para los útiles de la maquinaria de limpieza, el procedimiento de ejecución de las tareas específicas por instalaciones y las consideraciones específicas para la limpieza de cristales en cada instalación al incluir trapos de limpieza y mopas / fregonas que no son de microfibras, como exige el apartado 10 del PPT.

c) la proposición económica contiene un error insubsanable porque el importe del IVA no se corresponde aritméticamente con el precio / hora ofertado, sin que sea posible deducir del resto de la oferta conocer cuál fue la intención del licitador; asimismo, el Anexo VI, “cuadro informativo del precio medio por hora de trabajo ordinario” no especifica las horas de trabajo anuales; además, en el Anexo IV se incluye una partida para la Desinfección, Desinsectación y Desratización, servicio que no es objeto de la licitación, que el poder adjudicador tiene contratado con otra empresa, y que no aparece en la oferta técnica, siendo incongruente que su coste se repercuta en el precio final.

d) Finalmente, se solicita la anulación del acto impugnado y la exclusión de UNI 2 de la licitación.

OCTAVO: El poder adjudicador se opone al recurso con los siguientes argumentos:

a) El compromiso de adscripción de medios cuya omisión denuncia el recurso figura en el expediente.

b) Respecto a los errores de la oferta económica del adjudicatario, se señala que el cálculo erróneo del importe del IVA y otros simples errores aritméticos o de cuenta no pueden suponer la exclusión de la proposición y que el precio medio ordinario del Anexo VI se extrae del contenido del documento.

NOVENO: Por su parte, UNI 2 alega lo siguiente:



a) La oferta incluye el compromiso de adscripción de medios establecido en el artículo 64.2 TRLCSP y que los pliegos solicitan.

b) Se considera que la proposición del adjudicatario impugnado cumple lo solicitado en el PPT porque el uso de sustancias distintas a la microfibra obedece a razones técnicas, mejora la oferta, no disminuye los costes y es puntual y complementario que solicitan los pliegos.

c) El error en el cálculo del importe del IVA puede subsanarse con una sencilla operación aritmética, además de que el error es intrascendente porque la valoración del precio como criterio de adjudicación se hace sin tener en cuenta este impuesto.

d) El dato requerido en el Anexo IV es el precio medio por hora de trabajo ordinario, aspecto que la oferta de UNI 2 incluye; asimismo, la desinfección sí es parte del objeto del contrato.

DÉCIMO: Analizados los motivos del recurso, se alega que no se cumple la obligación contenida en el PPT, apartado 10, “Organización de los trabajos ordinarios”, letra j), “Criterios para los útiles de la maquinaria de limpieza”, que establece que “Los trapos de limpieza y mopas / fregonas serán de microfibras para reducir la generación de residuos, el consumo de agua y de otros productos químicos”. Mientras que el informe del poder adjudicador no contradice este motivo de recurso, el adjudicatario impugnado reconoce que, en algunos apartados de su oferta, se propone el uso puntual y complementario de sistemas diferentes de la microfibra, pero aclara que ello no supone empeorar el servicio ni busca disminuir los costes de la oferta, sino que obedece a razones técnicas y suponen mejoras para la prestación de un servicio más adecuado. Este OARC / KEAO ya ha señalado anteriormente (ver, por ejemplo, sus resoluciones 119/2013 y 105/2016) que el PPT contiene la voluntad de la Administración, es decir, los términos en los que ésta desea obligarse con el futuro adjudicatario, y refleja las necesidades que se pretende satisfacer mediante la celebración del contrato, sin que sea preciso que los



pliegos establezcan un listado exhaustivo de todos los posibles motivos de discrepancia con los requisitos técnicos que conllevan exclusión. En el caso analizado, la literalidad de la prescripción es clara y no hay margen para entender que es aceptable una alternativa técnica distinta a los trapos, mopas y fregonas de microfibra, por lo que este motivo de recurso debe prosperar.

A la vista de la aceptación de esta alegación, que conduce a la estimación del recurso y a la exclusión de la oferta del adjudicatario impugnado, no es necesario analizar el resto de los motivos de impugnación.

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 el recurso especial interpuesto por VALORIZA FACILITIES, S.A.U. contra la adjudicación del contrato que tiene por objeto el “servicio de limpieza interior, retirada de residuos y otros con compromiso de inserción social en Getxo Kirolak”, promovido por Getxo Kirolak, anulando el acto impugnado y ordenando la retroacción del procedimiento al momento anterior a su dictado.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

TERCERO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en el 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, 2017ko urtarrilaren 17a

Vitoria-Gasteiz, 17 de enero de 2017