



EB 2017/138

Resolución 137/2017, de 15 de diciembre de 2017, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskara Autonomía Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa CESPA, COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PÚBLICOS AUXILIARES, S.A. contra la adjudicación del contrato “Contratación de servicios generales de limpieza viaria y otros afines de Arrasate”, tramitado por el Ayuntamiento de Arrasate.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 2 de noviembre de 2017, la empresa CESPA, COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PÚBLICOS AUXILIARES, S.A. (en adelante, CESPA) 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 “Contratación de servicios generales de limpieza viaria y otros afines de Arrasate”, tramitado por el Ayuntamiento de Arrasate.

SEGUNDO: El recurso fue remitido al poder adjudicador el mismo día 2 de noviembre y se ha recibido la relación de licitadores el 6 de noviembre y el expediente y el informe al que se refiere el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del sector Público (en adelante, TRLCSP) el día 7 de noviembre de 2017.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 6 de noviembre, se han recibido las de UTE SERBITZU ELKARTEA, S.L. y FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. (en adelante, UTE SERBITZU-FCC) el 13 de noviembre.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la representación de Dña. M.C.G., que actúa en nombre de la empresa recurrente.

SEGUNDO: La UTE SERBITZU-FCC plantea la inadmisión del recurso por falta de legitimación del recurrente que fue excluido de la licitación por la Resolución 81/2017 de este OARC/KEAO. Considera que, con independencia de que los argumentos utilizados en este segundo recurso sean similares a los ventilados en el primero, la posible nueva licitación, como mera posibilidad que es, podrá generar una expectativa en el licitador excluido pero no un derecho o interés legítimo real y tangible a efectos de reconocer legitimación activa. Ello no ocasiona la indefensión del recurrente, que tiene la posibilidad de defender la protección de sus derechos en el recurso contencioso-administrativo que ha interpuesto contra la Resolución 81/2017 del OARC/KEAO, sin que conste que en el recurso jurisdiccional haya solicitado medida cautelar de suspensión de su “exclusión”.

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, CESPAs estaría legitimada para interponer el recurso ya que su hipotética estimación implicaría la exclusión de la UTE SERBITZU-FCC, adjudicatario impugnado y única oferta que permanece en la licitación, de modo que siendo el objeto del contrato la prestación de un servicio continuado imprescindible y habitualmente externalizado, el poder adjudicador se vería obligado a declarar desierto el contrato e iniciar un nuevo procedimiento, en el que CESPAs podría participar con la expectativa de su posible adjudicación, 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.» Por ello, se puede afirmar que el interés legítimo del licitador que no ha sido excluido con carácter firme se basa



en la expectativa de declarar desierto el contrato y en poder acceder al nuevo procedimiento de contratación con la posibilidad de obtenerlo. De esta forma, tendría una segunda oportunidad para competir y una posibilidad de obtenerlo a través de esta vía. En este sentido, el OARC/KEAO, en su Resolución 2/2017 ha venido a señalar que se acepta la legitimación para impugnar la adjudicación del licitador que haya sido previamente excluido del procedimiento cuando de la estimación del recurso se derive la cancelación de la licitación o la declaración de desierto, de modo que sea previsible una nueva licitación a la que puede presentar una oferta, por considerar que esta posibilidad de volver a licitar es una mejora clara respecto a su situación de excluido, y se constituye en el interés tangible que caracteriza a la legitimación.

Por otro lado, es relevante que la exclusión del recurrente del procedimiento de adjudicación no ha adquirido firmeza. Es cierto que el TJUE declaró en la sentencia de 21 de diciembre de 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich* (C-355/15, EU:C:2016:988, apartados 13 a 16, 31 y 36), que se podía denegar el acceso a un recurso contra la decisión de adjudicación de un contrato público a un licitador cuya oferta había sido rechazada por la entidad adjudicadora de un procedimiento de adjudicación de un contrato público. No obstante, en el referido asunto, la decisión de exclusión había sido confirmada por una resolución que había adquirido firmeza antes de que se pronunciase el órgano jurisdiccional que conocía del recurso contra la decisión de adjudicación del contrato, de modo que había que considerar al referido licitador definitivamente excluido del procedimiento de adjudicación. Debe tenerse en cuenta que el sistema de recurso especial garantiza el derecho a recursos eficaces contra las decisiones irregulares que se adopten con ocasión de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, ofreciendo a cualquier licitador que haya quedado excluido la posibilidad de impugnar no solamente la decisión de exclusión, sino también, mientras se resuelve dicha impugnación, las decisiones posteriores que le irrogarían un perjuicio en caso de que su exclusión fuera anulada (ver, en especial, los apartados 34 a 36 de la sentencia citada).



En el caso analizado consta que el recurrente ha interpuesto el correspondiente recurso contencioso-administrativo contra la Resolución 81/2017 de este OARC/KEAO y no consta que haya recaído pronunciamiento judicial alguno ni que el recurrente lo haya abandonado por cualquier circunstancia, por lo que el acuerdo de exclusión no ha ganado aún firmeza. En esta circunstancia el recurrente goza de legitimación para recurrir y siendo el elemento relevante el que la exclusión no es firme, es indiferente que en fase judicial se haya solicitado la adopción de medidas cautelares.

TERCERO: La UTE SERBITZU-FCC considera que el recurso es extemporáneo debido a que se debió recurrir la admisión de la ahora adjudicataria impugnada al notificarse el primer acuerdo de adjudicación

Este OARC/KEAO ha manifestado en ocasiones anteriores que la admisión de las ofertas contractuales no es un acto de trámite susceptible de recurso especial, como se deduce del artículo 40.2 b) del TRLCSP, ya que no es “cualificado” porque no determina la imposibilidad de continuar el procedimiento para el recurrente, ni produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos (ver, por todas, la Resolución 28/2017). Sin embargo, conforme a la STJUE de 5 de abril de 2017, (Marina del Mediterráneo C-391/15, ECLI:EU:C:2017:268), la Directiva 89/665, modificada por la Directiva 2007/66 (en adelante, “Directiva de recursos”) se opone a una normativa nacional que limita el ámbito del recurso especial a los actos de trámite que sean cualificados, de modo que se excluya de él la alegación de ilegalidad de la decisión del poder adjudicador de admitir a un licitador al procedimiento de contratación. Además, según la citada sentencia, la Directiva de recursos tiene, en esta materia, efecto directo. Por todo ello, el artículo 40.2 b) del TRLCSP debe entenderse desplazado y la doctrina de este Órgano basada en él ha de modificarse. Consecuentemente, la alegación del adjudicatario impugnado debe analizarse a la luz de esta interpretación jurisprudencial. Sin embargo, este OARC / KEAO entiende que la argumentación de UTE SERBITZU-FCC no está amparada por dicha interpretación, tal y como se expone a continuación.



La jurisprudencia del TJUE mencionada en el párrafo anterior se basa en garantizar el efecto útil de la Directiva de recursos y, en particular, los derechos de los operadores económicos perjudicados por las decisiones de los poderes adjudicadores (ver, en especial, el apartado 33 de la sentencia citada). Esta finalidad no se cumpliría si la ampliación del ámbito de los actos recurribles, que favorece las posibilidades de defensa de los interesados, se convirtiera en la carga que para el adjudicatario supondría tener que impugnar preventivamente la admisión de todos los demás licitadores (cuyas ofertas están peor clasificadas que la suya en el listado del artículo 151.1 del TRLCSP) bajo la amenaza de que, de no hacerlo, luego no podría presentar un recurso en una situación como la que ahora se analiza. Ello sería una interpretación desmesurada y contraria a la Directiva de recursos. Por otro lado, una impugnación como la que la UTE SERBITZU-FCC dice que debió presentar en su día el ahora recurrente se hubiera topado con el obstáculo para su admisión de no estar sustentada en un interés legítimo tangible (ver el artículo 42 del TRLCSP), pues no merece tal consideración el interés de quien ya es adjudicatario en que las ofertas que en ningún caso mejoran la suya sean, además, excluidas. No cabe en el procedimiento de adjudicación la obtención de una situación jurídica individualizada más favorable que la de contratista seleccionado.

Por todo ello, el recurso debe entenderse interpuesto en el momento procesal oportuno.

CUARTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Arrasate-Mondragón tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 del TRLCSP.

QUINTO: El recurso se basa en los argumentos que a continuación se resumen:

- a) De conformidad con los criterios sentados por el OARC/KEAO en su Resolución 81/2017, la UTE SERBITZU-FCC incumple la frecuencia del servicio de baldeo de aceras y zonas peatonales de la Zona A ya que



su propuesta no es diaria, sino únicamente ofertan realizarlo los lunes, miércoles y viernes.

- b) Asimismo, la oferta incumple con la obligación de disponer de un encargado en el servicio que se presta el sábado.
- c) La cláusula 3.19 del PPT establece que las papeleras deberán ser limpiadas a fondo dos veces al año, sin embargo la oferta propone sólo una limpieza a fondo al año.
- d) La pretensión consiste en la admisión del recurso y que se acuerde la nulidad de la resolución de adjudicación con la consiguiente declaración de desierto de la licitación.

SEXTO: El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso por las siguientes razones:

- a) El servicio de baldeo manual o mecánico de aceras, calzadas y zonas peatonales, no se trata de un servicio que haya de prestarse a diario, sino que es posible prescindir de él. De hecho, el párrafo tercero de la cláusula 3.3 del Pliego de condiciones técnicas (en adelante, PCT), se advierte que las operaciones de baldeo serán realizadas únicamente cuando la climatología y el estado de pavimentación de las superficies lo permitan y que serán eliminadas en época de lluvia, nieves y heladas. Entre los criterios de adjudicación se valora la “Memoria técnica” en la que serán objeto de valoración, entre otros aspectos, las frecuencias. Si éstas fueran las fijadas en el PCT no sería posible la valoración de las mismas como criterio de adjudicación.
- b) En relación con el supuesto incumplimiento de la obligación de disponer de un encargado del servicio que se presta los sábados, todas las empresas tuvieron claro que no era preciso incluir todos los servicios y personal relacionados en las tablas del anexo 4 en el servicio concreto a proponer.



- c) En relación con el supuesto incumplimiento de la frecuencia de la limpieza de papeleras, de la lectura literal de la oferta de la UTE SERBITZU FCC se entiende que cumple con dicha obligación.

SÉPTIMO: Las alegaciones de UTE SERBITZU-FCC, de forma resumida, son las siguientes:

- a) CESPAS critica lo limitado de su acceso a la oferta de la UTE SERBITZU-FCC pero luego no manifiesta ningún reproche a ello.
- b) En relación con el baldeo de aceras y zonas peatonales de la Zona A, a lo largo de la oferta se distinguen claramente dos servicios diferentes: el baldeo mecánico y el baldeo mixto. Las referencias en la oferta al baldeo mecánico de “calzadas” no quiere decir que el resto de zonas no se baldeen de forma mecánica, si ello es posible. Lo que exige el pliego es el baldeo (cualquiera que sea su modalidad) siendo la frecuencia de la Zona A la de 6 veces. Se ofertan dos tipos de baldeo, uno mecánico de lunes a sábado (que engloba la totalidad de la Zona A) y el otro mixto, los lunes, miércoles y viernes (Zonas B, C y D), cubriendo la totalidad de las zonas que no son mecanizables, entendiéndose por estas aquellas en las que el acceso del camión de baldeo no se ve comprimido para realizar su servicio, tomando como referencia la anchura útil del camión. Además, si esto no fuera suficiente, la oferta incluye un servicio de tardes de lunes a sábado, con presencia de una barredora y un vehículo brigada con depósito de agua. Se podría discutir si el tipo de baldeo ofertado es el más adecuado, pero ello queda al albur de la discrecionalidad de la administración.
- c) En lo referente a la disponibilidad del encargado los sábados, en la oferta los servicios propuestos son los mismos de lunes a sábado, como se ve en el Anexo 4 del Documento 2 del sobre B, donde sí se propone un encargado de lunes a sábado. Lo mismo, en la tabla resumen del servicio (pág. 9, D1), en el organigrama (pág. 60, D1) y en el servicio de limpieza de acción inmediata (pág. 49 D1).



- d) Sobre la periodicidad de limpieza de las papeleras, en la página 39 de la oferta se puede leer sin interpretación alguna que la limpieza se realizará dos veces al año.

OCTAVO: El recurso realiza una afirmación acerca de que el acceso a la oferta de la UTE SERBITZU-FCC ha sido limitado pero ni la justifica ni deduce ninguna pretensión referida a esta cuestión, por lo que no procede realizar valoración alguna al respecto.

NOVENO: El análisis del resto de las cuestiones planteadas en el recurso, referidas todas ellas a posibles incumplimientos de las prescripciones establecidas en el PCT por parte de la oferta contractual de la UTE SERBITZU-FCC, debe partir de la Resolución 81/2017 de este OARC/KEAO, dictada con ocasión del recurso interpuesto contra la primera adjudicación de este contrato en la que la ahora adjudicataria impugnada (UTE SERBITZU-FCC) oponía a la oferta contractual de la entonces adjudicataria y ahora recurrente (CESPA) dos de los incumplimientos también alegados en el recurso que ahora nos ocupa; no cumplir con la frecuencia de baldeo de aceras, calzadas y zonas peatonales exigida en el PCT y no mantener la misma plantilla de lunes a sábado, a cuyo respecto se indicaba:

«Del contenido de los pliegos del contrato se extraen las siguientes conclusiones: (i) la prestación de los servicios se realiza de lunes a domingo; (ii) de lunes a sábado se presta con la plantilla completa, entendiéndose que los medios se distribuirán por igual todos los días, en la medida en que sean necesarios para la prestación de los servicios de que se trate; (iii) el PCT contempla la realización de servicios obligatorios de limpieza viaria y afines, entre los que se encuentra el “Baldeo mecánico o manual de aceras y zonas peatonales; (iv) la distribución de la limpieza viaria y su frecuencia es por zonas –Zonas A: diaria, Zonas B: 3 veces por semana, Zonas C: 1 vez por semana y Zonas D: 2 veces al mes–, de forma que no hay distinción de tareas por zonas sino de frecuencias de las mismas tareas según las zonas de que se traten; (v) los licitadores proponen en su proyecto de organización los medios materiales, humanos, sistemas, etc., pero se deben cumplir los calendarios/frecuencias establecidos en el PCT; (v) en el Anexo 4 se debe rellenar el cuadro resumen del servicio, distinguiendo entre laborables de lunes a viernes, sábados y domingos y festivos; la distinción entre laborables y sábados es superflua porque en esa franja de días se prestan los mismos servicios obligatorios y su frecuencia depende de las zonas.»



Partiendo de la interpretación del PCT efectuado por este OARC/KEAO, en la que se señala que el servicio de baldeo mecánico o manual de aceras, calzadas y zonas peatonales es obligatorio y se deben cumplir los calendarios/frecuencias según la zona de la que se trate, ha de darse la razón al recurrente, pues la adjudicataria impugnada únicamente oferta el baldeo de aceras los lunes, miércoles y viernes, incumpliendo la prescripción contenida en la cláusula 3 del PCT de que en la Zona A la frecuencia ha de ser diaria. Así, en el epígrafe 2.2.4 de su oferta, propone un baldeo de calzadas mecánico diario, pero nada dice del resto de elementos a baldear, como las aceras, cuya propuesta figura en un epígrafe específico, diferente al de las calzadas, el 2.4.5, en el que propone un baldeo mixto de aceras pero con una frecuencia de tres días a la semana, inferior a la solicitada en el PCT. Téngase en cuenta que la propuesta contractual recurrida distingue claramente los servicios de baldeo ofertados para la limpieza de la calzada (diarios) de los ofertados para la limpieza de aceras (tres veces a la semana), en cumplimiento de lo establecido en la cláusula 3.3 del PCT la cual exige una oferta sobre las diversas modalidades de baldeo para cada una de las partes de la vía. Esto se confirma en la propuesta gráfica, en la que figura un plazo de la Zona A en la que se señala que el baldeo mixto (que es el propuesto para las aceras) se realizará tres veces a la semana. La adjudicataria impugnada interpreta que el reproche del recurso se centra en el tipo de baldeo ofertado para la zona “A”, pero ello no es así, pues lo que claramente se recurre es la oferta de frecuencias de baldeo de las aceras, no su modalidad. Además, la alegación de que la Zona A es totalmente mecanizable, no puede ser aceptada pues no consta como tal en la oferta efectuada y el concepto de “Zonas mecanizables” únicamente figura en la oferta en relación con el barrido manual (epígrafes 2.4.1.3 y 2.4.2.3 de la oferta).

El respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores exige que todas las proposiciones sean conformes a las prescripciones del pliego de cláusulas administrativas particulares, con el fin de garantizar una comparación objetiva entre las proposiciones presentadas por los diferentes licitadores y no se cumpliría dicha exigencia si se permitiera a los licitadores apartarse, mediante reservas, de las prescripciones fundamentales del pliego de cláusulas



administrativas particulares, excepto cuando dichas prescripciones establezcan expresamente dicha facultad (STJUE de 22 de junio de 1993, asunto C-243/89 ECLI:EU:C:1993:257, apartados 37 y 40). En el caso de la oferta impugnada, el servicio de baldeo de las aceras se oferta con una frecuencia inferior a la establecida como obligatoria en las bases de la licitación y tampoco se indica que el servicio de baldeo mecánico lo es para toda la zona A, esto es, para todos los elementos que componen la vía (calzada y aceras); por el contrario, en un plano adjunto a la “Memoria técnica” se oferta un servicio de baldeo mixto de las aceras de la Zona “A” con una frecuencia de tres veces a la semana. Consecuentemente, este motivo de impugnación ha de ser estimado y la oferta excluida.

Por el contrario, los otros dos incumplimientos del PCT denunciados deben ser desestimados pues en ambos supuestos, la oferta cumple con las prescripciones establecidas. Así, en el documento denominado “CUADRO RESUMEN DEL SERVICIO SÁBADO” consta que para dicho día se ofrece el servicio de un “encargado” y en el epígrafe 2.4.22 de la oferta consta que la frecuencia de la limpieza de papeleras ofertadas es la establecida en los pliegos de la licitación.

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, 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: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa CESPAS, COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PÚBLICOS AUXILIARES, S.A. contra la adjudicación del contrato “Contratación



de servicios generales de limpieza viaria y otros afines de Arrasate”, tramitado por el Ayuntamiento de Arrasate, anulando el acto impugnado.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento.

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, 2017ko abenduaren 15a

Vitoria-Gasteiz, 15 de diciembre de 2017