



EB 2014/16

Resolución 29/2014, de 18 de marzo de 2014, 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 en materia de contratación interpuesto por la empresa Estacionamientos y Servicios, S.A.U. contra la adjudicación del contrato “Gestión conjunta de los servicios de regulación del estacionamiento limitado y controlado de vehículos, en la vía pública, bajo control horario (OTA), y explotación del aparcamiento subterráneo para vehículos automóviles en la plaza Pío XII (Parking Pío XII)”, tramitado por el Ayuntamiento de Irun.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 30 de enero de 20104, la empresa Estacionamientos y Servicios, S.A.U. interpuso recurso especial contra la adjudicación del contrato “Gestión conjunta de los servicios de regulación del estacionamiento limitado y controlado de vehículos, en la vía pública, bajo control horario (OTA), y explotación del aparcamiento subterráneo para vehículos automóviles en la plaza Pío XII (Parking Pío XII),” tramitado por el Ayuntamiento de Irun.

SEGUNDO: Con fecha 13 de febrero se solicitaron alegaciones a los interesados, recibándose las de la empresa Dornier, S.A. Consta en el expediente el informe del órgano de contratación al que se refiere el artículo 46.2 TRLCSP.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En el expediente se acredita la legitimación del recurrente y la representación de quien actúa en su nombre.

SEGUNDO: El artículo 40.1 c) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años. La resolución 43/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) establece que el citado presupuesto comprende el «(...) importe previsto de los gastos o inversiones que el eventual adjudicatario del contrato



deba asumir, a resultas de tal adjudicación, para la puesta en marcha del servicio público cuya gestión se le ha encomendado, ya porque así se haya previsto expresamente en los pliegos de aplicación o en otros documentos del expediente, ya porque así se infiera implícitamente de su contenido» En este sentido, se observa que en los Pliegos no consta expresamente el presupuesto de primer establecimiento; no obstante, de su contenido (apartado 7.1.11 del Pliego de Condiciones Técnicas) y de la documentación preparatoria (informe de 18/7/2013), se deduce que se plantea una inversión total para los servicios de aproximadamente 1.235.000 euros (4.536 plazas OTA definitivas con un total de 155 nuevos expendedores a instalar) a razón del 20% anual. Por lo que se refiere al plazo de duración, la mencionada resolución del TACRC entiende que debe referirse a la vigencia máxima posible, incluidas las prórrogas que pudieran acordarse, y no a la estricta duración inicial, por exigirlo así la intencionalidad y la interpretación sistemática de la norma; debe tenerse en cuenta que el TRLCSP pretende que se sujeten al recurso especial los contratos de mayor importancia económica, concepto que se mide con base en el valor estimado, en cuyo cómputo se incluyen las posibles prórrogas. Dado que el periodo inicial de vigencia del contrato es de cinco años, prorrogables hasta un total de ocho años, el contrato está incluido en el ámbito objetivo del recurso especial.

TERCERO: El artículo 40.2 c) del TRLCSP establece que son susceptibles de recurso especial los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

CUARTO: Respecto al plazo en el que se ha interpuesto el recurso, el poder adjudicador y la empresa Dornier entienden que la impugnación es extemporánea, ya que el cómputo del plazo para recurrir de quince días hábiles se inicia el día siguiente a la remisión de la notificación, y no el siguiente a su recepción, al ser el acto impugnado una adjudicación (artículo 44.2 TRLCSP); y como dicha remisión se produjo el día 8 de enero, el recurso, interpuesto el 30 de enero, estaría fuera de plazo. El recurrente, por su parte, recuerda que la notificación fue incorrecta al no indicarse ante qué órgano cabe interponer el recurso especial.

Habida cuenta de que la notificación no especifica ante qué órgano debe interponerse el recurso especial (tampoco se señala el plazo y el órgano ante el que puede interponerse el recurso contencioso – administrativo alternativo a éste), no se cumple con el artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, por lo que la notificación practicada no puede surtir efecto. No es suficiente la constancia en los Pliegos de la información que falta en la notificación para compensar la omisión, pues la Ley 30/1992 es muy clara en exigirla precisamente como requisito de la notificación, sin que quepa una interpretación extensiva en perjuicio del interesado, pues la intencionalidad del régimen legal de la notificación es la protección de este último. Por otro lado, la interposición en este caso del recurso especial ante el órgano que



efectivamente debe resolverlo no puede entenderse como una subsanación del defecto (artículo 58.3 de la Ley 30/1992), pues tal interpretación tendría el paradójico efecto de dar, simultáneamente, por subsanada la notificación y por extemporáneo el recurso, lo que además haría de mejor condición al interesado que no recurre y espera la notificación correcta que al que recurre fuera del plazo legal y ve inadmitida su impugnación, lo que es contrario al carácter tuitivo de los derechos del interesado que rige la normativa sobre la notificación. Además, en este caso consta que el recurrente solicitó ya el 20 de enero una notificación con todos los requisitos. Por todo ello, el recurso debe ser admitido, ya que iría contra la economía procesal retrotraer actuaciones para que el poder adjudicador formulara una nueva notificación, una vez que la impugnación ya está correctamente planteada.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Irun tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículos 3.2 a) y 3.3 a) del TRLCSP).

SEXTO: La argumentación del recurso es, en síntesis, la siguiente:

a) El recurrente señala, como cuestión previa, que, a pesar de haberlo solicitado, el Ayuntamiento no ha respondido ni ha permitido el acceso al expediente, por lo que se reserva la posibilidad de ampliar las alegaciones cuando se produzca dicho acceso.

b) Según la cláusula 7.1.11 del Pliego Técnico (PT), se dice que los expendedores deben contar con teclado retroiluminado para introducir la información de noche; el único proveedor que cuenta con teclado retroiluminado es Parkare y no es éste el aparato ofertado por Dornier. El recurso se remite, en este apartado, a la prueba que se practique.

c) La oferta de la adjudicataria, al revés de lo que sucede con la del recurrente, incumple la cláusula 7.1.9 del PT en cuanto a personal a adscribir al servicio, pues considera la subrogación del personal pero no estudia ni valora los medios y costes que supondrá tener que efectuar sustituciones por varias causas (vacaciones, bajas, correturnos). La oferta no incluye una partida económica que contemple estas situaciones, lo que incumple el PT (esto puede explicar en parte la desproporcionada baja de la oferta de dicha adjudicataria).

d) La oferta de la adjudicataria incumple el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y el PT porque los elementos que ofrece para la prestación del servicio no son de su propiedad, por lo que no se podría satisfacer la obligación de reversión que impone la cláusula 19ª del PCAP, teniendo en cuenta además que el artículo 251 TRLCSP establece que la concesión puede ser secuestrada por la Administración, que además puede resolver el contrato por incumplimiento del contratista. En concreto, las



condiciones generales del arrendamiento se recogen en el contrato tipo que utiliza CALE (propietaria de los parquímetros) que establece la posibilidad de retirar los equipos por incumplimiento del arrendatario, lo que determinaría la imposibilidad de que acaben en poder de la Administración y no garantiza la prestación del servicio. Los citados parquímetros son piedra angular del contrato, en ningún caso son una prestación accesorio, por lo que su arrendamiento supone un incumplimiento del artículo 289 TRLCSP.

e) El recurrente se reserva sus alegaciones para el momento en el que se conozca el expediente, pues no se alcanza a entender la operativa contractual ni la valoración asignada a las licitadoras; se desconoce si se ha podido tergiversar la licitación a base de convertir en no reglada la valoración de las mejoras prevista como reglada en el PCAP, pero ése es el sentido en el que apuntan los valores asignados a las licitadoras, según se refleja en el acto recurrido.

f) Finalmente, se solicita la estimación del recurso, la anulación del acto impugnado, la exclusión de Dornier o, subsidiariamente, que ésta no sea adjudicataria; además, se solicita el recibimiento a prueba a fin de probar el alcance y características de la oferta del adjudicatario mediante el expediente completo, cuya a puesta a disposición se solicita.

SÉPTIMO: La empresa Dornier, por su parte, alega lo siguiente:

a) Dornier propone varios modelos de parquímetro para elegir por el Ayuntamiento, incluyendo todos la opción de teclado retroiluminado, y siendo uno de ellos el de Parkare, que el recurrente reconoce como válido.

b) Ofreciendo el recurrente el mismo modelo de parquímetro que Dornier, y reconociéndolo como válido, no puede haber más discusión sobre este punto.

c) Dornier señala que subrogará a todo el personal adscrito al servicio y propone además el uso aplicaciones tecnológicas y métodos de inspección que optimizan los recursos disponibles sin incrementar la plantilla.

OCTAVO: La respuesta del poder adjudicador solicita la desestimación del recurso con los siguientes argumentos:

a) Respecto al acceso al expediente administrativo, el poder adjudicador estima que la necesidad de motivar el acto de adjudicación (artículo 151.4 TRLCSP) no puede implicar un derecho de acceso incondicionado al expediente, sin perjuicio de que sea aplicable la excepción de confidencialidad del artículo 153 TRLCSP. El recurrente parece querer hacer creer al Órgano que debe resolver el recurso que ha habido una actuación obstructiva no facilitando el acceso, cuando tal obstrucción puede predicarse del propio



recurrente, que insiste en considerar confidencial la integridad de su oferta, cuando eso no es posible y una aplicación del principio de igualdad llevaría a considerar también confidencial toda la oferta del adjudicatario, que también lo ha declarado así.

b) No se puede afirmar categóricamente que la empresa Parkare sea la única del mercado que dispone de la tecnología exigida en los Pliegos (teclado retroiluminado); de hecho, la propia recurrente posibilita la compra del modelo «...que más se adecúe a las necesidades de la ciudad...», incluyendo la documentación de varios modelos de parquímetro, por lo que no se entiende que su oferta incluya parquímetros que, según se argumenta en el recurso, no cumplen con los Pliegos. La adjudicataria también presenta varios modelos de parquímetro, y tres de ellos coinciden con los propuestos con el recurrente. Algunas de estas máquinas cuentan con tecnologías más avanzadas que la retroiluminación.

c) La oferta de Dornier establece la garantía del perfecto control del estacionamiento teniendo en cuenta los diferentes turnos, vacaciones, absentismo, etc., proponiendo readscripciones del personal y uso de tecnologías avanzadas en gestión remota de aparcamientos y refuerzo mediante patrullas de apoyo.

d) Respecto a la alegación relativa a que la oferta de la adjudicataria incumple el Pliego porque los elementos que ofrece para la prestación del servicio no son de su propiedad y se incumple la prohibición de subcontratación de prestaciones principales (artículo 289 TRLCSP), ha de partirse de la base de que el TRLCSP no define qué ha de entenderse por prestación principal o accesorio, si bien no se trata de un contrato de suministro sino de gestión de servicio público y debe señalarse que el coste de estos equipos en el estudio económico presentado es sólo de 1.911.000 euros/año y la amortización prevista de todo el material es de 203.000 euros al año. Por otro lado, una reiterada doctrina establece que no puede obligarse a que los medios adscritos al contrato lo sean precisamente a título de propiedad, pues ello discriminaría a los que, como el adjudicatario, lo proponen mediante otros títulos jurídicos (alquiler, cesión de uso...) sin razón objetiva que lo justifique. Finalmente, el adjudicatario se ha comprometido expresamente a la reversión de los equipos, teniendo ese compromiso carácter contractual.

e) Por lo que se refiere a las mejoras y estructura de costes de la oferta de la adjudicataria, sólo cabe señalar que el recurrente asumió los Pliegos que rigieron la licitación sin formular alegación contraria alguna, por lo que deben decaer los argumentos contrarios a los Pliegos por ser actos firmes y consentidos.

f) Finalmente, solicita el levantamiento de la suspensión del procedimiento y, en el caso de que se admita la ampliación de alegaciones del recurso, se le dé traslado para emitir el correspondiente informe complementario.



NOVENO: El recurrente dice no entender la valoración asignada a las licitadoras y, en concreto, desconoce si se ha podido tergiversar la licitación convirtiendo en no reglada la valoración de las mejoras prevista como reglada en el PCAP. El criterio de adjudicación discutido, cuantificable por fórmula, establece lo siguiente:

«Mejoras valoradas económicamente (5 puntos)

Únicamente se contemplarán en este aspecto aquellas mejoras que, no suponiendo contraprestación económica para el Ayuntamiento hayan sido valoradas económicamente por los licitadores y tenga un interés evidente su aceptación para la mejora de la calidad de prestación del servicio.

En ningún caso se admitirá, como mejora, la realización íntegra, con cargo a este concepto, de trabajos o tareas contempladas en el Pliego como obligatorias, aceptándose exclusivamente como tales las actuaciones tendentes a complementar o suplementar las obligaciones del Pliego, pero nunca a sustituirlas, además de estimarse beneficiosas para el servicio.

El método de puntuación, será el mismo utilizado en el punto 2.1) para valorar el coste total anual de prestación del servicio, pero de forma inversa.

En primer lugar, llama la atención que el criterio haya sido calificado como sujeto a evaluación mediante fórmulas. Tal calificación es errónea, pues la atribución de la correspondiente puntuación no se produce mediante la simple aplicación de un algoritmo matemático, sino que previamente el poder adjudicador debe decidir si la prestación propuesta es efectivamente una mejora evaluable, lo cual es un juicio discrecional. El criterio carece del automatismo al que se refiere el artículo 150.2 TRLCSP («características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos») e introduce un elemento valorativo previo que impide que pueda considerarse, como hace el Pliego, sujeto a evaluación mediante fórmula, lo cual desvirtúa la valoración efectuada. Asimismo, se observa que el baremo decisivo para la valoración es el importe económico que los licitadores atribuyen a las mejoras propuestas; ello es contradictorio con el principio de selección de la oferta más ventajosa, pues no necesariamente un mayor importe supone una mayor ventaja para la prestación, pudiendo darse el caso de que una mejora de gran coste suponga sólo una pequeña ventaja para el poder adjudicador (y a la inversa). Finalmente, el hecho de que la valoración sea la que atribuye cada oferente significa dejar la adjudicación del contrato parcialmente en manos de los licitadores, que además pueden tender a hinchar los costes de las mejoras que proponen aunque se trate de aspectos escasamente ventajosos. Así, se llega al absurdo de que, por ejemplo, los carteles de «libre aparcamiento» se valoren más para el licitador que les atribuye más coste, siendo el mismo producto.

Entrando en la valoración que el informe técnico de las ofertas presentadas hace en relación con este criterio, se observa que se limita a un listado de mejoras, con mención de si están ya contempladas o no en los Pliegos y su importe monetario, incluyendo algunos aspectos que difícilmente pueden



entenderse vinculados al objeto del contrato (artículo 150.1 TRLCSP) o beneficiosos para el servicio, como son la gestión de las multas OTA o la formación didáctica a centros educativos. Por otro lado, no hay ponderación alguna de la importancia que cada mejora tiene para el servicio, más allá de la cuantificación económica. En todo caso, no sólo resulta difícil considerar suficiente la motivación efectuada, sino cualquier otra que se pudiera aportar, y ello porque el mismo contenido del criterio de adjudicación es claramente contrario al artículo 147.2 del TRLCSP, que establece que «la posibilidad de que los licitadores ofrezcan variantes o mejoras se indicará en el anuncio de licitación del contrato precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación»; en este caso no constan los requisitos legales expresados, pues no se pueden considerar suficientes menciones tan redundantes y genéricas como que las mejoras deben mejorar el servicio y no estar previstas en el Pliego como prestaciones obligatorias, lo cual es común a cualquier mejora e, incluso, a cualquier criterio de adjudicación. Al faltar las precisiones solicitadas por el TRLCSP y, consecuentemente, valorarse las mejoras sin apoyo en criterios previamente determinados y reglados (porque tales criterios no existen), se está infringiendo el principio de igualdad, pues queda la valoración al libre arbitrio del órgano de contratación. Dicho de otro modo, la infracción se deriva directamente de la configuración del criterio en el Pliego, que atribuye a la Administración una libertad incondicionada para aplicarlo, y no de la aplicación concreta que de él se ha hecho por el órgano de contratación.

Dando por sentada la ilegalidad del criterio de adjudicación, procede ahora analizar si el recurrente debe soportar la consecuencia de que los Pliegos no fueran recurridos en el momento procesal oportuno. Como es bien sabido, una abundante y constante jurisprudencia considera que los Pliegos son la ley del contrato y rigen su licitación, de modo que hay que aplicarlos en su integridad, salvo que alguna de sus cláusulas haya sido anulada, previa interposición del correspondiente recurso en tiempo y forma. Los Pliegos del presente recurso no han sido impugnados, lo que convalidaría su invalidez y obligaría a acatar su contenido. Sin embargo, esta doctrina tiene como excepción los vicios que suponen nulidad de pleno derecho (artículo 32 del TRLCSP y 62.1 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común). La letra a) del citado artículo 62.1 establece que dicha nulidad radical afecta a los actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, y ése precisamente es el caso, puesto que infringe el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución un criterio que otorga a la Administración la posibilidad de una atribución de puntuaciones discriminatoria (ver, por ejemplo, la resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, TACRC, 129/2013 y la Resolución 2013/52 de este órgano resolutorio). Procede, por todo ello, que este órgano declare la nulidad de pleno derecho del criterio de adjudicación relativo a las mejoras.

La declaración de nulidad conlleva la de todo el proceso de licitación (ver, por ejemplo, la citada resolución 129/2013 del TACRC). Según la jurisprudencia comunitaria (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de



diciembre de 2003 (asunto C-448/01), «los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (...). De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión.» Y concluye que «la normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso (...) se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo, dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso.» Todo ello conlleva a la estimación del motivo de recurso y la necesidad, en su caso, de poner en marcha un nuevo procedimiento de licitación, donde se tengan en consideración los fundamentos expuestos en este apartado sobre el criterio declarado nulo.

La declaración de nulidad de la licitación y la necesidad de tramitar una nueva para adjudicar el contrato hace superfluo el análisis de los demás motivos de impugnación, cuya hipotética estimación llevaría, en todo caso, a la retroacción del procedimiento.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 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 interpuesto por la empresa Estacionamientos y Servicios, S.A.U. contra la adjudicación del contrato “Gestión conjunta de los servicios de regulación del estacionamiento limitado y controlado de vehículos, en la vía pública, bajo control horario (OTA), y explotación del aparcamiento subterráneo para vehículos automóviles en la plaza Pío XII (Parking Pío XII),” tramitado por el Ayuntamiento de Irun, declarando nulo el criterio de adjudicación señalado en el fundamento jurídico noveno y anulando la licitación.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática derivada del artículo 45 TRLCSP, de conformidad a 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, 2014ko martxoaren 18a
Vitoria-Gasteiz, 18 de marzo de 2014