



EB 2019/094

Resolución 134/2019, de 14 de agosto de 2019, 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 ILUNION LIMPIEZA Y MEDIO AMBIENTE, S.A. frente la adjudicación del contrato de “Servicio de Limpieza Integral del Centro Cívico Ibaiondo”, promovido por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 5 de junio de 2019, la empresa ILUNION LIMPIEZA Y MEDIO AMBIENTE, S.A. (en adelante, ILUNION) interpuso, 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) un recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato de “Servicio de Limpieza Integral del Centro Cívico Ibaiondo”, promovido por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz.

SEGUNDO: El mismo día 5 de junio se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron el expediente y 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). Dicha documentación se ha recibido el día 13 de junio.



TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 17 de junio, se han recibido las alegaciones de la empresa ISS FACILITY SERVICES, S.A. (en adelante, ISS) el día 20 de junio.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de J.F.C.A., que actúa en su nombre.

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

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, 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

Conforme al art. 44.2.c) de la LCSP es acto impugnabile el acuerdo de adjudicación del contrato.

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 Vitoria-Gasteiz 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

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

- a) Indefensión de la recurrente por no poder constatar la posible inclusión de datos relativos a criterios cuantificables mediante fórmula en el sobre “2” de criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor de la oferta de ISS, debido a que el órgano de contratación le ha denegado el acceso al apartado 1.1.2.2.4.4. titulado Programa de Control de Calidad Bacteriológico: Analítica de Superficies” (que es uno de los criterios a evaluar en el sobre “3”), sin que se haya ofrecido justificación alguna de tal decisión, dando por buena la declaración de confidencialidad en bloque de la licitadora, lo que en la práctica ha supuesto no poder acceder a la práctica totalidad de su oferta técnica.
- b) Se ha denegado el acceso a documentación esencial y determinante para la interposición del recurso especial.
- c) En todo caso, el órgano de contratación debió excluir la proposición de ISS al contener su oferta técnica datos y/o documentos relativos a los criterios de adjudicación que componen la oferta económica.
- d) La pretensión consiste en la retroacción de las actuaciones al momento posterior al de la notificación de la adjudicación a fin de que el órgano de contratación de vista del expediente en la parte de la oferta técnica del adjudicatario no incurra en confidencialidad, pronunciándose expresamente al efecto, para fundamentar en su caso nuevo recurso contra la adjudicación y, subsidiariamente, que se pronuncie el OARC/KEAO acerca del alcance de la confidencialidad de la oferta técnica y resto de documentos presentados por ISS y se conceda acceso completo al expediente y, en defecto de lo anterior, se acuerde la anulación de la adjudicación y la exclusión de su sobre por incluir en el Sobre 2 de su proposición documentos relativos a los criterios que componen el sobre 3, ordenando que se retrotraigan las actuaciones al momento anterior de valoración de las ofertas y se adjudique a la oferta mejor clasificada.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

Por su parte, el poder adjudicador resumidamente alega lo siguiente:

- a) A la vista de las solicitudes de acceso efectuadas por Servicios Auxiliares de Mantenimiento, S.L. y Sacyr Facilities, S.A. y de forma previa a convocar a las empresas, se procede a justificar la confidencialidad de la documentación (doc. 81) atendiendo a los intereses comerciales legítimos de las empresas y datos de carácter personal, entre otros. ILUNION presenta solicitud de acceso con posterioridad y no consta en el expediente que solicitara el informe justificativo de la confidencialidad.
- b) Resulta contradictorio que ILUNION alegue un acceso insuficiente a la documentación de ISS cuando en su oferta figura una declaración de confidencialidad.
- c) ISS en el apartado 1.1.2.2.4.4 de su oferta se limita a copiar literalmente las especificaciones recogidas en el Pliego de condiciones técnicas (en adelante, PCT) por lo que en ningún momento desvela información respecto a criterios cuantificables mediante fórmula matemática.

OCTAVO: Alegaciones de la empresa interesada

La empresa ISS, adjudicataria impugnada, se opone al recurso con los siguientes argumentos:

- a) La declaración de confidencialidad de ISS no es global ni indiscriminada y está limitada a los puntos de la oferta que contienen informaciones de carácter comercial, personal y que hacen referencia a inversiones, knowhow, métodos y procedimientos desarrollados por ISS. Además, ILUNION ha tenido acceso a las partes no confidenciales de la oferta de ISS durante aproximadamente 45 minutos.

b) ILUNION pretende la vista de la totalidad del expediente y acceder a la oferta completa de ISS en contraste con su propia declaración de confidencialidad que es generalista.

c) ILUNION no puede alegar indefensión ya que el OARC tiene a su disposición la oferta para verificar el cumplimiento del procedimiento de adjudicación, garantizando de esta manera el derecho de los licitadores a que se preserve la confidencialidad de su oferta.

d) En lo que respecta a la infracción alegada por ILUNION los licitadores deben aportar un Plan de trabajo; dentro de los trabajos mínimos exigidos se encuentra la realización de controles microbiológicos cada trimestre mientras que en el sobre de los criterios de aplicación de fórmula puede mejorarse dicho requerimiento realizando los controles con una frecuencia bimensual.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

La primera de las cuestiones que plantea el recurso, y cuya resolución ha de ser previa a cualquier otra, es la de si procede dar acceso al recurrente a la parte de oferta de la adjudicataria impugnada que le ha sido denegada por el órgano de contratación en vista de que la pretensión principal de la recurrente es la de la retroacción de las actuaciones al objeto de que el Órgano de contratación facilite el acceso a la oferta de la adjudicataria impugnada y, como pretensión subsidiaria, que sea este OARC/KEAO quien conceda el acceso en el procedimiento de resolución de este recurso especial.

a) Sobre el acceso al expediente

El trámite de acceso al expediente se halla regulado en el artículo 52 de la LCSP en términos similares a los que figuraban en los artículos 16 y 29.3 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por la que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. La finalidad que se persigue mediante este

procedimiento es la de evitar la indefensión en el recurrente de tal manera que la privación de este derecho por el órgano de contratación sea la causa de un recurso especial insuficiente o carente de fundamentación jurídica (ver, en este sentido la Resolución 19/2018 del OARC/KEAO). Para sustentar su decisión, este Órgano resolutorio ha de estar a lo alegado por el recurrente y por el poder adjudicador, a la verificación del cumplimiento de ciertas formalidades (como la solicitud de acceso inicial al órgano de contratación y la presentación del recurso especial en plazo con solicitud de acceso al órgano resolutorio) y a la observancia de los límites materiales del derecho de acceso, como pueden ser la protección de los intereses comerciales legítimos o de los datos de carácter personal.

En concreto y en el presente caso, el recurrente considera que pudiera haberse desvelado el secreto de la oferta por incorporar al sobre que contiene la información de la oferta susceptible de valorarse conforme a criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor información que debiera valorarse mediante cifras o fórmulas y, por consiguiente, debiera haber sido incluida en sobre distinto. En concreto, solicita el acceso al Apartado 1.1.2.2.4.4. titulado Programa de Control de Calidad Bacteriológico: Analítica de Superficies” del Plan de trabajo (página 50 de 292) incluido en el sobre 2 de la oferta de ISS porque sospecha que obra información que pueda contener datos valorables conforme a criterios automáticos.

Las razones por las que este OARC/KEAO considera que no procede conceder el acceso a esta parte de la oferta de ISS son varias:

- 1) En la oferta de ISS consta la declaración de confidencial de parte de la información contenida en el Plan de trabajo, en el plan de formación y en el plan de mantenimiento de la maquinaria sobre la base de que contienen aspectos estratégicos de la empresa, vinculación a secretos técnicos o comerciales o porque contiene datos de carácter personal. Asimismo, consta en el expediente remitido (documento 81) el informe emitido por el poder adjudicador con fecha 27 de mayo de 2019 en el que se especifican las partes de las ofertas de las diferentes empresas

licitadoras a las que se permitirá el acceso justificándolo en que no contienen datos de carácter personal, información relativa a la estructura y organización interna de la empresa, datos relativos a la gestión empresarial o datos relativos a proveedoras o mantenedores de la maquinaria y, en lo concerniente al acceso a la oferta de la empresa ISS, se permite el acceso a alguna información que la adjudicataria impugnada ha declarado confidencial. Consecuentemente, no se puede alegar que el poder adjudicador ha omitido su deber de justificar las razones por las que no se permite el acceso a partes de la oferta.

- 2) En cuanto a la denegación al acceso a la información declarada como confidencial por ISS contenida en el apartado 1.1.2.2.4.4. del Plan de trabajo, a juicio de este Órgano la actuación del poder adjudicador ha sido correcta, pues el documento solicitado por la recurrente identifica al proveedor que efectuará los análisis microbiológicos, lo cual puede ser un dato comercial sujeto a confidencialidad (ver, en este sentido, el Considerando 2 de la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2016 relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas).
- 3) La recurrente achaca a la adjudicataria impugnada una conducta en la que ella también incurre, incluso en mayor intensidad, pues al final del índice del plan de trabajo ofertado ha incluido una declaración de confidencialidad genérica, que abarca a la totalidad de su oferta. En concreto, manifiesta lo siguiente: Información confidencial: en virtud de lo dispuesto en la ley de propiedad intelectual, quedan expresamente prohibidas la reproducción, la distribución y la comunicación pública, incluida su modalidad de puesta a disposición, de la totalidad o parte de los contenidos de esta oferta, con fines comercia/es o cualesquiera otros, en cualquier soporte y por cualquier medio técnico, sin la autorización de ILUNION LIMPIEZA Y MEDIOAMBIENTE. A este respecto, es constante la doctrina de este OARC/KEAO (ver, por todas la Resolución 30/2015) que manifiesta que es contrario a la buena fe obtener ventaja de una infracción también cometida por quien la

pretende. Consecuentemente, no puede ser estimada su pretensión de acceder a la totalidad de la oferta de ISS.

- 4) Si bien de forma parcial, la recurrente ha tenido acceso a partes de la oferta de la adjudicataria impugnada, pudiendo identificar y acotar la información que considera que revela de forma anticipada parte de la oferta. En relación con esta denuncia, el poder adjudicador ha remitido la información a contrastar, que consta de una única página de contenido nada complejo, y ha expuesto, al igual que el adjudicatario impugnado, sus argumentos contrarios a la estimación del recurso. Consecuentemente, los términos del conflicto se hallan definidos y este Órgano resolutorio dispone de la información necesaria para emitir una resolución por lo que se considera que no se precisa dar al recurrente trámite de acceso a la oferta del adjudicatario (ver artículo 56.5 de la LCSP).

b) Sobre el incumplimiento alegado por la recurrente

Examinada la oferta de ISS, se observa que en el apartado .1.2.2.4.4. titulado "Programa de Control de Calidad Bacteriológico: Analítica de Superficies" describe la metodología de los análisis microbiológicos a realizar, identifica quien va a ser su proveedor del servicio y establece un objetivo a conseguir. El único dato que pudiera conectarse con información susceptible de ser valorada conforme a fórmula es la que figura en el siguiente párrafo:

Tal y como requiere el pliego técnico (Artículo X) ISS llevará a cabo análisis microbiológicos de las superficies de los baños y de los vestuarios de la instalación (lavabos, duchas, inodoros, pomos puertas, etc.) Cada trimestre se harán cinco análisis microbiológicos completos correspondientes a cinco puntos de toma de muestra distintos (1 análisis por cada punto).

Del contraste de este párrafo de la oferta con el párrafo sexto del artículo X del PCT se observa que ambos son idénticos, a excepción de la sustitución del sujeto de la oración (el adjudicatario por el de ISS) carente de relevancia alguna para la cuestión planteada. A juicio de este Órgano ISS no anticipa información

a evaluar mediante cifras o fórmulas porque lo que expresa en su oferta es una prescripción técnica de obligado cumplimiento por la empresa adjudicataria del contrato. Consecuentemente, esta obligación contractual se halla contenida en el Plan de trabajo de todas las empresas licitadoras, bien sea de forma expresa, como lo hace ISS, bien de forma implícita; téngase en cuenta que la presentación de la proposición supone la aceptación incondicionada por las licitadoras del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones de este pliego y del resto de documentos contractuales (ver párrafo quinto de la cláusula 9 del PCAP). Cuestión diferente es que se pueda ofertar una mejora en relación a esta obligación mínima fijada en el PCT, que es lo previsto en el punto 4º de la carátula del PCAP al fijar como criterio de adjudicación número 11 a valorar mediante la aplicación de fórmula matemática el de Análisis bimensual microbiológico de superficies en baños/aseos y vestuarios durante la vigencia del contrato, realizado por laboratorio externo: (Ver art. X “Mejoras” del PCT). De hecho, el adjudicatario impugnado incorpora al Plan de trabajo a evaluar por criterios subjetivos contenido en el sobre 2 la prescripción técnica mínima que figura en el PCT y en el sobre 3 oferta la mejora a esta prescripción mínima, que es la información valorable conforme a fórmulas. A este respecto, se debe recordar que este OARC/KEAO ha manifestado con anterioridad que la vulneración del principio de la valoración separada de los criterios de adjudicación ha de ser material y que resulta desproporcionado excluir a un licitador porque ha introducido en el sobre correspondiente a los criterios discrecionales cualquier información relacionada indirecta o remotamente con los criterios matemáticos cuando ello no conlleva, materialmente, una vulneración efectiva de la objetividad que la norma pretende garantizar (ver, en este sentido, entre otras la Resolución 41/2017).

c) Conclusión

El recurso debe ser desestimado porque el poder adjudicador ha ajustado su actuación al artículo 52 y artículo 133.1 de la LCSP, la recurrente ha declarado confidencial la totalidad de su oferta, lo que convierte en contrario a la buena fe que pretenda acceder a la totalidad de la oferta del adjudicatario impugnado, y no se aprecia que ISS haya desvelado el secreto de su oferta.

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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por ILUNION LIMPIEZA Y MEDIO AMBIENTE, S.A. frente a la adjudicación del contrato de "Servicio de Limpieza Integral del Centro Cívico Ibaiondo", promovido por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz.

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

TERCERO: Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad 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, 2019ko abuztuaren 14a

Vitoria-Gasteiz, 14 de agosto de 2019