



EB 2021/101

Resolución 144/2021, de 15 de septiembre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa ZAINZEN, S.A. contra la adjudicación del contrato “Limpieza de los inmuebles de gestión unificada del Gobierno Vasco en Bilbao y Donostia – San Sebastián” (lote 1), tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno).

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 2 de junio de 2021 se presentó 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), el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa ZAINZEN, S.A. contra la adjudicación del contrato “Limpieza de los inmuebles de gestión unificada del Gobierno Vasco en Bilbao y Donostia – San Sebastián” (lote 1), tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno).

SEGUNDO: El día 2 de junio se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron la copia del expediente de contratación 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 recibió los días 4 y 28 de junio.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 15 de junio, se recibieron el 29 de junio las alegaciones de ELEROC SERVICIOS, S.L., adjudicataria impugnada (en adelante, “ELEROC”).

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de J.D.S.N., 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 superen los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

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

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma. ELEROC entiende que el recurso debe inadmitirse porque no invoca ninguna causa de nulidad o anulabilidad que justifique la impugnación de la adjudicación. Esta alegación debe desestimarse. El artículo 51.1 de la LCSP establece que en el escrito de interposición debe constar, entre otros requisitos, el motivo que fundamente el recurso (por el contrario, no exige que se califique jurídicamente de manera expresa la causa de invalidez del acto recurrido). Es claro que la impugnación



satisface este requisito, pues se señala (además de otras cuestiones relativas al acceso al expediente para completar el recurso), al menos, un argumento que, de aceptarse, supondría una tacha de legalidad de la adjudicación que supondría su anulación, como es la infracción del artículo 149.4 de la LCSP.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Motivos del recurso

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

- a) El recurrente alega que el poder adjudicador le denegó indebidamente el acceso a determinada documentación, por lo que solicita dicho acceso al OARC / KEAO; en concreto, se trata de:
 - (i) los apartados de la oferta técnica de ELEROC equivalentes a los apartados de la oferta de ZAINZEN respecto de los cuales esta última no ha emitido declaración de confidencialidad (desarrollo de tareas por espacios, limpieza y desinfección protocolo COVID – 19, gestión selectiva de retirada de residuos, actuaciones de emergencia y tiempos de respuesta y calidad del servicio).
 - (ii) documentación acreditativa de la solvencia de BEDU AVATA, empresa a la que la adjudicataria ha acudido al efecto de integrar su solvencia, según consta en el Documento Europeo Único de Contratación (DEUC).



- (iii) Documentación acreditativa del cumplimiento del compromiso de adscripción de medios por la adjudicataria.

b) La adjudicataria ha cometido un error en la identificación del convenio colectivo aplicable a los trabajadores que van a realizar la prestación objeto del contrato, concretamente, en lo que se refiere al personal de BEDU AVATA. El recurrente estima que el Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad no es aplicable en virtud de lo dispuesto en su artículo 29, sino que, en materia salarial, lo sería el convenio colectivo del sector de actividad en el que los trabajadores realicen sus tareas. Consecuentemente, la proposición de ELEROC incumple las obligaciones sociales impuestas en los pliegos y la LCSP, siendo aplicable el artículo 149.4 de la LCSP, que establece la exclusión de las ofertas anormalmente bajas si lo son porque incumplen los convenios colectivos sectoriales vigentes, según el artículo 201 de la LCSP.

c) Finalmente, se solicita la anulación del acto impugnado, el acceso a los documentos del expediente citados en el apartado a) anterior con carácter previo a la ampliación del recurso y la exclusión de la oferta de ELEROC, acordándose la retroacción de actuaciones para efectuar una nueva adjudicación.

SÉPTIMO: Alegaciones de ELEROC

La adjudicataria impugnada alega, en resumen, lo siguiente:

a) ELEROC reitera el carácter confidencial de la documentación a la que ZAINZTEN desea acceder; además, señala que la recurrente ha variado en su escrito de impugnación el contenido de la solicitud de acceso al expediente formulada al órgano de contratación, que no se ha generado indefensión alguna y que ZAINZTEN sólo busca su continuidad como actual contratista.



b) La alegación del recurrente respecto al convenio colectivo aplicable se basa en la apreciación de que BEDU AVATA no es un Centro Especial de Empleo de iniciativa social, condición de la que sí dispone.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los argumentos que a continuación se exponen:

a) De la actuación de la recurrente durante el trámite de acceso al expediente ante el órgano de contratación se deduce que ZAINTZEN pretende buscar algún defecto en el procedimiento sin conocer exactamente cuál es el motivo de impugnación, lo que no está amparado en el artículo 52 de la LCSP; se alega que el acto impugnado está debidamente motivado, por lo que no se ha producido indefensión.

b) El poder adjudicador no es competente para determinar cuál es el convenio colectivo aplicable a los trabajadores que ejecutan la prestación, y el órgano de contratación se limita a dar a conocer la información que le traslada la adjudicataria, como pide la Ley 3/2016, del Parlamento Vasco, para la inclusión de determinadas cláusulas sociales en la contratación pública (en adelante, “Ley 3/2016”). El incumplimiento del convenio colectivo solo es constatable en la fase de ejecución del contrato, y el recurso confunde en su argumentación el alcance del artículo 149.4 de la LCSP, pues la exclusión de una oferta anormalmente baja en razón de que se incumplen las obligaciones laborales solo es posible tras la aplicación del procedimiento contradictorio previsto en el artículo 149 de la LCSP.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, el recurso solicita, por un lado, el acceso al expediente para completar la impugnación y, por otro, la anulación del acto impugnado por



infringir la oferta del adjudicatario el convenio colectivo aplicable a las relaciones laborales entre uno de los subcontratistas y sus trabajadores. Dado que acceder a ella supondría la concesión de un plazo adicional para completar el recurso, la solicitud de acceso debe considerarse en primer lugar.

a) Sobre la petición de acceso al expediente

Como viene señalando este Órgano (ver, por todas, su Resolución 33/2020), la solicitud de acceso al expediente en el procedimiento de recurso especial se regula en el artículo 52 de la LCSP en términos similares a los que ya figuraban en los artículos 16 y 29.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (en adelante, RPE). La finalidad que persigue este procedimiento es evitar la indefensión del recurrente de tal manera que la privación de este derecho por el órgano de contratación no sea la causa de un recurso especial insuficiente o carente de fundamentación jurídica (ver, por ejemplo, la Resolución 436/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC). Para sustentar su decisión, este OARC/KEAO ha de estar a lo alegado por el recurrente y por el poder adjudicador, a la verificación del cumplimiento de ciertas formalidades (especialmente, 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. Debe recordarse en todo caso que, tal y como se dijo en la Resolución 248/2015 del TACRC, el derecho de acceso al expediente encuentra su fundamento en la necesidad de conocer los elementos de juicio que han servido de base al acto impugnado, y ello como exigencia propia del derecho a la tutela efectiva. Por tanto, solo en la medida en que los documentos cuyo acceso se solicita sean necesarios para la articulación de dicha defensa, tiene sentido el ejercicio de este derecho. Consecuentemente,



con independencia del juicio que pueda merecer la falta de contestación por parte del poder adjudicador en cuanto a su adecuación a la LCSP, solo se puede considerar una irregularidad relevante cuando tenga por efecto la indefensión del interesado y, en concreto, cuando le impida presentar un recurso especial suficientemente fundado (ver la Resolución 47/2015 del OARC / KEAO) de modo que si, por ejemplo, la resolución de adjudicación está suficientemente motivada en los términos exigidos en el artículo 151 de la LCSP o el interesado accedió por otra vía a la información necesaria no puede alegarse dicha indefensión. Por otro lado, el derecho de acceso a las ofertas de las restantes entidades licitadoras no es un derecho absoluto, sino que debe estar amparado en un interés legítimo por comprobar o verificar una actuación del poder adjudicador que se estime incorrecta o no ajustada a la legalidad, sin que dicho acceso pueda obedecer a un mero deseo de búsqueda de defectos o errores en la oferta de otra empresa licitadora (ver, por ejemplo, la Resolución 329/2016 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía). Finalmente, este Órgano ha venido señalando que es contraria a la buena fe que un licitador solicite el acceso a aspectos de la documentación presentada por un competidor cuando él mismo ha declarado confidencial los mismos aspectos en referencia a su propia proposición (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 130/2015, 72/2018 y 57, 134/2019 y 030/2021).

A juicio de este Órgano, la aplicación de estos criterios al caso analizado supone lo siguiente:

- a.1) Apartados de la oferta técnica de la adjudicataria correlativos de los de la oferta de la recurrente y respecto de los que ZAINTZEN no ha declarado su confidencialidad (desarrollo de tareas por espacios, limpieza y desinfección protocolo COVID – 19, gestión selectiva de retirada de residuos, actuaciones de emergencia y tiempos de respuesta y calidad del servicio).

Esta solicitud debe desestimarse por los siguientes motivos:



- El recurso no ha puesto en duda la suficiencia o la consistencia del informe técnico que justifica la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, por lo que no se justifica cómo puede servir el acceso a la documentación requerida para ampliar los motivos del recurso, función específica del trámite previsto en el artículo 52.3 de la LCSP. De hecho, la documentación a la que se refiere el acceso parece designarse simplemente en razón de que ELEROC no la ha declarado confidencial y no por ningún motivo de fondo.
- El propio recurrente ha declarado confidencial el apartado de su oferta relativo a “2.3 Limpieza y desinfección protocolo COVID – 19 y todos sus subapartados”, por lo que no cabe concederle el acceso al contenido análogo de la proposición de ELEROC; análoga observación puede hacerse respecto de la “Gestión selectiva de retirada de residuos” y de la “Calidad del servicio”.
- En cuanto a la denegación al acceso a la información declarada como confidencial y contenida en el apartado 1.2.3 del Modelo Organizativo y de Gestión de ELEROC, la actuación del poder adjudicador ha sido correcta, pues el documento solicitado por la recurrente identifica técnicas, planificación y sistemas de trabajo utilizadas por la adjudicataria impugnada, 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); en este sentido se pronuncia la Resolución 134/2019 del OARC/KEAO. El mismo juicio favorable merece la decisión tomada por el órgano de contratación en relación con la información declarada como confidencial y contenida en el apartado 1.2.7 del Modelo Organizativo y de Gestión de ELEROC. En este



sentido, el documento solicitado por la recurrente contiene información sobre componentes de los equipos por ámbito territorial, estrategias comerciales (como los medios que se ponen a disposición de los clientes para este tipo de actuaciones), dedicación de las jornadas de los trabajadores o los protocolos de actuación en caso de huelgas, lo cual puede ser considerado secretos comerciales conforme a lo dispuesto en la indicada Directiva.

a.2) Documentación acreditativa de la solvencia de BEDU AVATA, empresa a la que la adjudicataria ha acudido al efecto de integrar su solvencia, según consta en el DEUC presentado por ELEROC.

Esta solicitud debe, igualmente, desestimarse. El recurrente la justifica en razón de su importancia para verificar la solvencia del adjudicatario, que se basaría en el recurso a las capacidades de BEDU AVATA. Sin embargo, dicha solvencia ya está acreditada porque ELEROC dispone de la clasificación que sustituye a la solvencia requerida, tal y como señaló en el correspondiente Documento Europeo único de Contratación (DEUC) (ver la cláusula específica 21.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares).

a.3) Documentación acreditativa del cumplimiento del compromiso de adscripción de medios por la adjudicataria.

Esta solicitud no puede aceptarse, pues no consta que, en el trámite previsto en el artículo 52.2 se haya formulado dicha petición, y debe tenerse en cuenta que el acceso al expediente en vía de recurso tiene como presupuesto el remediar un incumplimiento del derecho de acceso por parte del poder adjudicador.

b) Sobre el convenio colectivo aplicable a los trabajadores que ejecuten la prestación



El recurrente alega que la oferta del adjudicatario impugnado debe ser excluida; concretamente, invoca el artículo 149.4 de la LCSP y alega que ELEROC "...ha podido alcanzar los bajos precios que oferta en base a comprometer el cumplimiento de sus obligaciones laborales, lo cual determina que la oferta presentada deba ser considerada como inviable y de imposible cumplimiento, conllevando la exclusión automática de la misma". Este motivo de impugnación debe desestimarse. El citado artículo 149.4 de la LCSP establece que, en todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque no satisfacen, entre otros aspectos, las obligaciones aplicables en materia laboral, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201 de la LCSP. No consta que la oferta de ELECNOR haya incurrido en sospecha de anormalidad, de acuerdo con los parámetros previstos en los pliegos (artículo 149.2 b) de la LCSP); por ello, no existe el requisito previo para tramitar el procedimiento establecido en el artículo 149.4 de la LCSP, que a su vez es el único cauce legal para determinar, en su caso, la exclusión de una proposición por ser anormalmente baja (ver, por todas, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22/6/1989, ECLI:EU:C:1989:256).

c) Conclusión

A la vista de los apartados a) y b) anteriores, el recurso debe desestimarse.

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:



III.- RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa ZAINZEN, S.A. contra la adjudicación del contrato “Limpieza de los inmuebles de gestión unificada del Gobierno Vasco en Bilbao y Donostia – San Sebastián” (lote 1), tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno).

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: 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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2021eko irailaren 15a

Vitoria-Gasteiz, 15 de septiembre de 2021