



EB 2018/187

Resolución 035/2018, de 12 de febrero de 2018, 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 la empresa GUREAK GARBITASUNA, S.L.U. contra la adjudicación del contrato “Servicios de limpieza de los edificios e instalaciones de la Universidad del País Vasco / Euskalherriko Unibertsitatea (lote 5)”, tramitado por la Universidad del País Vasco.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 13 de diciembre de 2018, la empresa GUREAK GARBITASUNA, S.L.U. (en adelante, GUREAK) 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 “Servicios de limpieza de los edificios e instalaciones de la Universidad del País Vasco / Euskalherriko Unibertsitatea (lote 5)”, tramitado por la Universidad del País Vasco (en adelante, UPV / EHU).

SEGUNDO: Con fecha 13 de diciembre se solicitaron al poder adjudicador el 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). La citada documentación se recibió los días 19 y 21 de diciembre.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 21 de diciembre, se han recibido, el día 28 de diciembre, las alegaciones de INTEGRA MGSI CEE, S.L., adjudicataria impugnada (en adelante, INTEGRA).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de GUREAK y la representación de D.A.V.I., 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 son actos impugnables los acuerdos de adjudicación.

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, la UPV / EHU 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 motivos alegados por GUREAK son, en síntesis, los que se exponen a continuación; no se ha tenido en cuenta el escrito presentado por GUREAK el día 9 de enero por ser extemporáneo:

a) La oferta de la adjudicataria impugnada debió ser excluida porque no cumple los requisitos necesarios para ser considerado CEE de iniciativa social, categoría a la que se reservaba la participación en el procedimiento de adjudicación del lote 5 del contrato cuya adjudicación se impugna:

- no satisface el requisito de reinvertir íntegramente sus beneficios en la creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad y la mejora continua de su competitividad, según se deduce de sus Estatutos.
- no ha acreditado que la titularidad de la mayoría de sus participaciones sociales pertenezca a entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus Estatutos.
- no acredita su falta de ánimo de lucro, ni la de los socios titulares de su capital social.
- no acredita la tipología jurídica de las entidades que la participan.

b) Se alega que INTEGRA ya ha sido excluida de otros procedimientos de adjudicación similares por incumplir el requisito de ser un CEE de iniciativa social; además, es miembro de CONACEE, asociación que recurrió los pliegos de la presente licitación porque impedía el acceso a sus miembros, que carecen del requisito de ser de iniciativa social por tener ánimo de lucro, lo que demuestra su mala fe al presentarse a la licitación sabiendo que incumple una condición esencial de la reserva.



c) La recurrente alega también que el poder adjudicador no ha requerido la documentación acreditativa del cumplimiento de las condiciones de la reserva ni, por lo tanto, la ha comprobado (a pesar de que del texto de la resolución recurrida se deduce lo contrario); la adjudicataria impugnada no aportó el apoderamiento ni el DNI de la persona apoderada.

d) Finalmente, se solicita la anulación del acto impugnado y que se ordene la retroacción de las actuaciones para que se acuerde la exclusión de INTEGRA y para que se requiera a GUREAK la documentación necesaria para proceder a la adjudicación del contrato en su favor.

SÉPTIMO: Alegaciones de INTEGRA

La adjudicataria impugnada alega lo siguiente para oponerse al recurso:

a) Tal y como están redactados los pliegos, permiten participar en la licitación a CEE de inserción social (aunque la recurrente insiste en que donde dice inserción debe decir iniciativa), a empresas de inserción y, alternativamente, a empresas que faciliten empleo protegido, que es el inciso que permite la participación de INTEGRA.

b) La cláusula 20.7 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) que rige el contrato califica el lote 5 del mismo como (...) reservado a Centros Especiales de Empleo de inserción social y empresas de inserción o incluido en el marco de programas de empleo protegido; INTEGRA cumple la condición de la reserva porque facilita empleo protegido, dado que es un CEE. Se alega que, en contra de lo que exige la Disposición Adicional Cuarta de la LCSP, el anuncio de la licitación no menciona expresamente que la reserva se base en dicha norma, lo que descarta una interpretación restrictiva como la que realiza la recurrente.



OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

La UPV / EHU alega que el lote 5 está reservado a CEE de inserción social y empresas de inserción y que INTEGRA aportó documentación acreditativa de su capacidad, puesto que su objeto social es la promoción laboral de trabajadores minusválidos, lo que la incluye dentro de los CEE a los que se refieren el apartado 11.3 del PCAP, la LCSP y el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con discapacidad y de su inclusión social (TRLGDP).

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis de la pretensión de la recurrente debe partir del contenido de los pliegos que rigen la licitación, que fueron objeto de un recurso especial que este OARC / KEAO desestimó mediante su Resolución 100/2018, por lo que vinculan al poder adjudicador y a los operadores económicos que participan en el procedimiento de adjudicación, sin perjuicio del pronunciamiento, actualmente en tramitación, que sobre la citada Resolución se formule en su día en vía contencioso administrativa. Las estipulaciones del PCAP relevantes a los efectos de la impugnación se reproducen a continuación; debe tenerse en cuenta que, según consta en el expediente y se ha podido comprobar por este Órgano, el contenido original de las Cláusulas Específicas y del PCAP fue modificado para sustituir la mención Centros Especiales de Empleo de inserción social por Centros Especiales de Empleo de iniciativa social mediante un documento publicado en la Plataforma de Contratación con fecha 24 de mayo; de hecho, la supresión del inciso de iniciativa social fue la pretensión del recurso desestimado por la citada Resolución 100/2018. Además, debe tenerse en cuenta el anuncio de la licitación que, en contra de lo que señala la recurrente, sí menciona la condición de reservado del contrato.



- Cláusula Específica del Contrato 1.2.2

Lote 5: Edificio Carlos Santamaría y Pistas deportivas en Donostia – San Sebastián (contrato reservado a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y empresas de inserción).

- Cláusula Específica del Contrato 20.7

Contrato reservado a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y empresas de inserción o incluido en el marco de programas de empleo protegido:¹ sí, se reserva el lote 5, (Edificio Carlos Santamaría y Pistas deportivas en Donostia – San Sebastián).

- Condición general 11.3

11.3.- En el caso de que las cláusulas 20.7 y 20.8 de cláusulas específicas del contrato reserven el contrato, respectivamente, a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y empresas de inserción o esté incluido en el marco de programas de empleo protegido, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta de la LCSP, o a determinadas organizaciones de conformidad con la disposición adicional cuadragésima octava de la LCSP, solo podrán participar quienes, además, cumplan con los requisitos establecidos legalmente (Texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre; Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción; y disposición adicional cuadragésima octava de la LCSP).

A la vista de todo ello, del contenido del expediente y de las alegaciones de los interesados, a continuación se resumen las apreciaciones del OARC / KEAO, que se referirán, en primer lugar, a la delimitación del contenido de la reserva en los pliegos, para posteriormente, verificar si el adjudicatario impugnado satisface y acredita los requisitos exigidos para ser beneficiario de ella.

¹ En negrita en el original.



a) Sobre el alcance de la reserva

La reserva cuyo alcance se debate en el presente procedimiento figura en varios apartados del PCAP, con una sistemática no muy precisa. Sin embargo, este Órgano estima que de una interpretación integrada se deduce con claridad suficiente que la intención del poder adjudicador no era otra que reservar la participación en el procedimiento de adjudicación a empresas que tuvieran la condición de CEE de iniciativa social o de empresa de inserción, y solo a ellas. En favor de esta interpretación se pronuncia, en primer lugar, la literalidad de la cláusula específica 1.2.2., que menciona solo a estos dos tipos de entidad y no a los programas de empleo protegido. Si bien la cláusula 27 sí menciona esta última posibilidad, lo hace en la parte estandarizada del documento, que comprende todos los posibles casos de reserva previstos en la Disposición Adicional Cuarta de la LCSP, sin que ello quiera decir que siempre el órgano de contratación pretenda reservar el contrato en todos dichos casos posibles; por el contrario, la parte cumplimentada específicamente para el contrato impugnado se limita a establecer la reserva y a señalar el lote afectado por ella, sin delimitar su alcance subjetivo. Todavía es más evidente la falta de un contenido regulatorio concreto aplicable al caso en la condición general 11.3, incluida en la parte de los pliegos normalizada e idéntica para todos los contratos del mismo tipo, como prueba el hecho de que se remita a las Cláusulas Específicas.

b) Sobre la alegación relativa a los programas de empleo protegido

Además de lo señalado en la letra a) anterior, la afirmación de INTEGRA de que su oferta puede acogerse al inciso programas de empleo protegido no se ajusta a lo dispuesto en esta materia en la Disposición Adicional Cuarta de la LCSP. Sin perjuicio de la poca claridad del término que, como sucede en el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE, la LCSP utiliza pero cuyo significado no se explica ni en ella ni (a diferencia de lo que sucede con los CEE) en la legislación sectorial, lo cierto es que la palabra programa evoca la existencia de un



instrumento jurídico previo (disposición general o, al menos, acto plural) que delimite los términos y condiciones cuyo cumplimiento permitirá reconocer sucesivas actuaciones singulares como amparadas en dicho programa, con las consecuencias legales que ello implica. Así, la citada Disposición habla de la normativa de referencia de los programas. En este caso, es significativo que los pliegos no contengan mención a programas concretos ni a normativa alguna que los determine, y que ni INTEGRA ni el poder adjudicador aportan en sus alegaciones información al respecto.

c) Sobre el cumplimiento y acreditación de los requisitos de la reserva por la adjudicataria impugnada

Como reconoce en sus alegaciones la propia INTEGRA, la adjudicataria impugnada carece de la condición de CEE de iniciativa social o de empresa de inserción, única condición que permite acceder a la licitación, por lo que su proposición debió ser excluida. Debe recordarse que el artículo 65.1 de la LCSP establece que, cuando por así determinarlo la normativa aplicable, se requieran al contratista determinados requisitos relativos a su organización, destino de sus beneficios, sistema de financiación u otros para poder participar en el correspondiente procedimiento de adjudicación, estos deberán ser acreditados por el licitador al concurrir en el mismo (ver también el apartado 21.1.11 del PCAP). En este caso, INTEGRA facilitó en el Documento Europeo Único de Contratación (DEUC), tal y como prevé el artículo 140.1 de la LCSP, la prueba preliminar de poseer las características personales exigidas para tomar parte en la licitación (página 3). Sin embargo, no consta que, después de haber sido designada su oferta como la más ventajosa, haya acreditado dichas características.



d) Conclusión

Lo señalado en las letras anteriores implica la estimación del recurso de GUREAK, sin que sea necesario entrar a valorar el resto de los motivos alegados en la impugnación.

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:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso interpuesto por la empresa GUREAK GARBITASUNA, S.L.U. contra la adjudicación del contrato “Servicios de limpieza de los edificios e instalaciones de la Universidad del País Vasco / Euskalherriko Unibertsitatea (lote 5)”, tramitado por la Universidad del País Vasco, anulando el acto impugnado y ordenando la retroacción de actuaciones para que se proceda de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150.4 de la LCSP.

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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 57.3 de la LCSP.

CUARTO: De acuerdo con lo señalado en el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que informe a este Órgano de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.



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 otsailaren 12a

Vitoria-Gasteiz, 12 de febrero de 2019