



Erref / Ref: Recurso Especial GUREAK
MARKETING contra pliegos Servicio de
empaquetado, depósito, custodia, consulta y
destrucción documentación Dirección de
Hacienda

Esp Zenb / N° exp: 2016/11- RE

RESOLUCIÓN N° 13/2016

En Vitoria-Gasteiz, a 24 de octubre de 2016

El Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales de la Diputación Foral de Álava, ha dictado la siguiente RESOLUCIÓN de medidas provisionales en relación con el Recurso Especial en materia de contratación interpuesto por GUREAK MARKETING, S.L.U. contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares-Cuadro de Características- que rigen el contrato de los Servicios relativos al empaquetado, depósito, custodia, consulta y destrucción de la documentación de los archivos de la Dirección de Hacienda.

Son partes en dicho recurso: como RECURRENTE GUREAK MARKETING S.L.U (en adelante GUREAK); y como DEMANDADA la DIPUTACIÓN FORAL DE ÁLAVA (DFA), siendo el órgano de contratación el Consejo de Diputados, y el tramitador de los expedientes de contratación el Servicio de Secretaría Técnica de Hacienda, Finanzas y Presupuestos (Expte. 23/16-ST).

Vista la medida provisional formulada por el recurrente en su recurso solicitando la suspensión de la tramitación del expediente de contratación hasta que recaiga resolución del recurso especial interpuesto, este Órgano efectúa las siguientes consideraciones:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante Acuerdo 487/2016 de 27 de julio, se aprobó la convocatoria del procedimiento abierto para la contratación del servicio de empaquetado, depósito, custodia y destrucción de documentos de la Dirección de Hacienda para el período comprendido entre el 1 de enero de 2017 y el 31 de diciembre de 2018, así como el expediente de contratación, Cuadro de Características y Pliego de Prescripciones Técnicas.

El anuncio de licitación se publicó en el Perfil de contratante el 29 de julio de 2016, en el Diario Oficial de la Unión Europea el 2 de agosto de 2016 y en el BOTA con fecha 8 de agosto de 2016. El intento de publicación en el BOE resultó fallido, habiendo sido publicado finalmente el 10 de septiembre de 2016 y enviando un nuevo anuncio al DOUE el 16 de septiembre de 2016 por el que se modificaban las fechas de recepción de ofertas.



SEGUNDO.- El plazo de presentación de ofertas finalizó el 26 de septiembre de 2016, habiéndose presentado únicamente un licitador, Custar, S.L, sin que la recurrente haya remitido oferta

TERCERO.- El 22 de septiembre de 2016 tuvo entrada en el registro del Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por GUREAK contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares-Cuadro de Características- que rigen el contrato de los Servicios relativos al empaquetado, depósito, custodia, consulta y destrucción de la documentación de los archivos de la Dirección de Hacienda, en el que, además de solicitar la adopción de la medida provisional consistente en la suspensión de la tramitación del expediente de contratación, alega la nulidad de los pliegos que rigen la contratación por incluir un criterio de adjudicación que impide que todos los licitadores puedan participar en igualdad de condiciones, solicitando la retroacción de las actuaciones hasta la elaboración de un nuevo pliego.

CUARTO.- En cumplimiento de lo previsto en el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLSCP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, 14 de noviembre, con fecha 27 de septiembre, se dio traslado del recurso al órgano de contratación solicitando el expediente y el informe correspondiente, recibido con fecha 28 de septiembre, en el que expone cuanto sigue:

1. Que el anuncio en el DOUE contenía toda la información necesaria para acceder al contenido completo de los pliegos e información complementaria, por lo que atendiendo a lo recogido en el artículo 19 del Real Decreto 814/5015, de 11 de septiembre, que aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia de contratación y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, el plazo de interposición comienza a partir del día siguiente a dicha publicación, por lo que el recurso no debe considerarse interpuesto en plazo .
2. Que la recurrente no reúne los requisitos de legitimación para interponer recurso especial en materia de contratación en este procedimiento contractual, al entender que de la lectura del recurso no se desprende que haya sufrido perjuicios, ni justifica la circunstancia que, como consecuencia del contenido de los Pliegos, ha impedido su participación.
3. Que el criterio impugnado cumple todas y cada una de las condiciones que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea se desprenden para que un criterio de adjudicación no sea considerado como limitación o vulneración del ejercicio de la libre prestación de servicios, a saber: a) que se aplique de manera no discriminatoria, b) que esté justificado por razones imperiosas de interés general, c) que sea adecuado para garantizar la realización del objetivo que persigue y d) que no vaya más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo, concluyendo que sin la concurrencia de todos y cada uno de los extremos que se recogen en los pliegos, el servicio podría generar disfunciones que supondrían un perjuicio para la Hacienda Foral y, en consecuencia, para el interés general.

Y todo ello según la siguiente argumentación:

- i) que el criterio no constituye por sí mismo un factor que impida a ninguna empresa la participación en el procedimiento, ya que no se exige una distancia mínima que sea un factor de exclusión ni la disponibilidad efectiva del local en el momento de presentación de la oferta
- ii) que se justifica en la especificidad legal, técnica y de confidencialidad de la documentación objeto del servicio, al contener datos de carácter sensible y fundamentales para la gestión de la exacción de los impuestos que forman el sistema tributario de la Hacienda Foral de Álava, cuya gestión incorrecta (pérdida, deterioro, imposibilidad de disponer de la documentación en plazo..) puede acarrear graves consecuencias para la Diputación



- iii) que la garantía del objetivo perseguido se basa en el desarrollo óptimo del servicio, que pasa por la entrega de la documentación en un plazo corto de tiempo, cuestión ligada a la cercanía impugnada, factor que, además, influye en un menor riesgo en el transporte de la documentación
- iv) que uno de los factores que más influyen en garantizar el cumplimiento del servicio prestado es la distancia a la que se encuentra el lugar de prestación del mismo.

QUINTO.- Mediante correo electrónico de 3 de octubre se dio traslado del recurso a Custar, S.L. (único licitador), concediéndole un plazo de cinco días hábiles para formular cuantas alegaciones estimara convenientes a tenor de lo establecido en el artículo 46.3 del TRLCSP.

SEXTO.- Mediante Resolución de este Órgano de Recursos Contractuales nº 11/2016, de 30 de septiembre, se aprobó la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación solicitada por el recurrente.

SÉPTIMO.- La empresa Custar, S.L. presenta escrito de alegaciones con fecha de registro de entrada en este Órgano de 6 de octubre de 2016, en el que, en síntesis, expone:

- que Gureak no cuenta con la suficiente capacidad para poder presentarse al procedimiento de licitación ahora recurrido
- que asimismo carece de legitimación activa para interponer recurso especial en materia de contratación por no haber presentado oferta
- que la recurrente no ha justificado su interés en participar en la licitación ni los perjuicios que la adjudicación a Custar le generan
- que la inclusión del criterio de adjudicación cuestionado está perfectamente justificada por la necesidad de incluir en el ámbito de la contratación pública criterios medioambientales
- que dicho criterio es verificable y específico, sin que constituya un criterio de exclusión, sino que concede una mayor puntuación a aquellas compañías que contribuyen a minimizar costes, en beneficio de la compra pública verde
- que el establecimiento de dicho criterio de adjudicación respeta rigurosamente los principios del Derecho de la Unión Europea de movimiento de mercancías, libertad de provisión de servicios, no discriminación, trato equitativo, proporcionalidad y transparencia

Concluye sus alegaciones exponiendo que el criterio cuestionado es proporcionado, justificado y legítimo por cumplir con las exigencias de la contratación pública verde y solicita la desestimación de la pretensión del recurso interpuesto por Gureak.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El presente recurso se califica por la recurrente como RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN, al amparo de lo establecido en los artículos 40 y siguientes TRLCSP.

SEGUNDO. Constituye el objeto del recurso el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, concretamente el Apartado U.2 del Cuadro de Características y que rigen la



contratación de los Servicios relativos al empaquetado, depósito, custodia, consulta y destrucción de la documentación de los archivos de la Dirección de Hacienda.

Tratándose de un contrato de servicios cuyo valor estimado (precio del contrato más posibles prórrogas previstas) asciende a 423.140,50 euros (IVA excluido), se cumplen los requisitos exigidos en el artículo 40 de la citada ley para poder considerar el acto impugnado susceptible de recurso especial en materia de contratación.

En concreto, según el artículo 40.1 del TRLCSP serán susceptibles del recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de dicho precepto cuando se refieran -entre otros- a los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada (aquéllos cuyo valor estimado sea igual o superior a 207.000 euros). Y son actos recurribles, entre otros, los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación (art. 40.2.a).

TERCERO. Este Órgano Foral de Recursos Contractuales es competente para resolver el recurso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 41 del TRLCSP y en el Decreto Foral del Consejo de Diputados 44/2010, de 28 de septiembre.

CUARTO. Se ha cumplido con lo preceptuado en el artículo 44.1 del TRLCSP sobre la obligación de anunciar previamente la interposición de recurso mediante escrito especificando el acto del procedimiento que vaya a ser objeto del mismo.

QUINTO.- En cuanto al plazo de interposición del recurso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 44 del TRLCSP:

“2. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior: a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley.

...

3. La presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso”.

Ha de señalarse al respecto, tal como expone el Tribunal Administrativo de Contratos de la Comunidad Autónoma de Canarias en su resolución nº 62/2016, de 8 de junio, que a partir de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de octubre de 2013, (Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo), y en consonancia con lo señalado en la misma, por parte de los tribunales y órganos administrativos con competencia para conocer y resolver los recursos especiales en materia de contratación, se adoptó como criterio de interpretación del cómputo del plazo de interposición de recurso contra Pliegos, considerándose que el momento inicial del mismo es el de publicación de los anuncios de licitación que pongan a disposición los citados pliegos, pues desde esa fecha pudo el interesado obtener los mismos en el lugar indicado en los referidos anuncios. Asimismo, con fecha de 11 de marzo de 2015 la Audiencia Nacional dicta nueva sentencia que viene a complementar lo sentado en la de 30 de octubre de 2015, en el sentido de que, si existen varias publicaciones de la convocatoria de licitación, se habrá de entender que el inicio del cómputo del plazo de interposición del recurso se produce al día siguiente de la fecha en la que haya tenido lugar la última de ellas, criterio que se ha mantenido en resoluciones anteriores de este OAFRC.



El citado Tribunal considera que la antedicha doctrina jurisprudencial ha de ser entendida dentro del marco normativo y circunstancias en que se produjo, es decir, antes de la entrada en vigor del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia de contratación y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (RPERMC), momento en el que existía una laguna legal relativa, precisamente, al día de inicio del plazo para la interposición de recurso contra los pliegos. Pero a partir de la entrada en vigor de la citada norma reglamentaria, que, tuvo lugar el día 25 de octubre de 2015, ya no puede considerarse que exista laguna legal con respecto al indicado “dies a quo”, sino todo lo contrario, lo que hay es una norma de Derecho positivo.

Conviene indicar que, según la Disposición final primera del mencionado Reglamento, *sus disposiciones son normas básicas dictadas al amparo del artículo 149.1.18.ª de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia para dictar la legislación básica sobre contratos administrativos, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las comunidades autónomas, y en consecuencia son de aplicación general a todas las administraciones públicas y poderes adjudicadores dependientes de ellas comprendidas en el artículo 3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, a excepción de los artículos 1, letras a) y c), 2, apartado 1, 3 a 10, 12, los dos últimos párrafos del artículo 34 y el artículo 37, así como el capítulo IV dedicado a la utilización de medios electrónicos, las disposiciones adicionales segunda y tercera, la disposición transitoria segunda y la disposición final tercera.*

El RPERMC se refiere específicamente en el artículo 19 al plazo de interposición de recurso contra el anuncio de licitación y contra el contenido de los pliegos, en los términos siguientes:

“1. Cuando el recurso se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente a la fecha de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, salvo que la Ley no exija que se difunda por este medio...”

2. Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en forma legal la convocatoria de la licitación, de conformidad con lo indicado en el apartado 1 de este artículo, si en ella se ha hecho constar la publicación de los pliegos en la Plataforma de Contratación del Sector Público o el lugar y forma para acceder directamente a su contenido...”

La publicación en el DOUE era preceptiva, por tratarse de un contrato sujeto a regulación armonizada. Por tanto, el momento inicial en el cómputo del plazo para recurrir contra los pliegos, es el de publicación de ese anuncio, siempre que se hubieran puesto la documentación a disposición de los licitadores.

En el caso que nos ocupa, el anuncio de licitación se publicó en el Perfil de contratante el 29 de julio de 2016, en el Diario Oficial de la Unión Europea el 2 de agosto de 2016 y en el BOTHA con fecha 8 de agosto de 2016. El intento de publicación en el BOE resultó fallido, habiendo sido publicado finalmente el 10 de septiembre de 2016 y enviando un nuevo anuncio al DOUE el 16 de septiembre de 2016 por el que únicamente se modificaban las fechas de recepción de ofertas, sin que se modificara cuestión formal alguna que afectara a los pliegos de contratación que ahora son objeto de recurso.

Como ha indicado, la publicación en el DOUE se hizo el 2 de agosto y en el anuncio se señalaban las direcciones de internet y correo electrónico en las que se pueden obtener los pliegos y documentación complementaria, por lo que el plazo de quince días para la presentación de recurso habría finalizado el 22 de agosto de 2016. En consecuencia, ha de entenderse que el recurso especial interpuesto es extemporáneo, por cuanto tuvo entrada en el registro de este OAFRC con fecha 22 de septiembre de 2016.



El recurso se interpone ante el Registro de este Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales con fecha 22 de septiembre de 2016, de lo que su extemporaneidad.

Declarada la inadmisión del recurso por extemporáneo, resulta innecesario manifestarse sobre las cuestiones de fondo planteadas en el mismo.

Vistos los preceptos legales que resultan de aplicación.

Por lo anteriormente expuesto, este Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales emite la siguiente

RESOLUCIÓN

PRIMERO.- Inadmitir por extemporáneo el recurso especial interpuesto por GUREAK MARKETING, S.L.U. contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares-Cuadro de Características- que rigen el contrato de los Servicios relativos al empaquetado, depósito, custodia, consulta y destrucción de la documentación de los archivos de la Dirección de Hacienda.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión de la tramitación del expediente de contratación acordada en la Resolución de este Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales N° 11/2016, de 30 de septiembre de 2016.

TERCERO.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma podrá interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de acuerdo con lo previsto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.