



Erref / Ref: Recurso Especial UNI2 contra Resolución de adjudicación servicio de limpieza de edificios de la DFA

Esp Zenb / N° exp: 2018/1- RE

RESOLUCIÓN N° 2/2018

En Vitoria-Gasteiz, a 27 de marzo de 2018

El Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales de la Diputación Foral de Álava ha dictado la siguiente RESOLUCIÓN en relación con el Recurso Especial en materia de contratación interpuesto por D. Herminio Nestar Villar, en representación de la mercantil “UNI2 SERVICIOS INTEGRALES, S.A.” (UNI2) contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno Foral 30/2018, de 30 de enero, de adjudicación del servicio de limpieza de edificios de la Diputación Foral de Álava.

Son partes en dicho recurso: como RECURRENTE “UNI2 SERVICIOS INTEGRALES, S.A.”. (en adelante UNI2); y como DEMANDADA la DIPUTACIÓN FORAL DE ÁLAVA (en adelante DFA), siendo el órgano de contratación el Consejo de Gobierno Foral y el tramitador del expediente de contratación (OC) la Secretaría Técnica de Servicios Generales (Expte. 03/18).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno Foral 163/2017, de 21 de marzo, se aprobó la contratación, mediante procedimiento restringido, del servicio de limpieza de edificios de la Diputación Foral de Álava para un periodo de dos años, con un presupuesto máximo del contrato de 3.456.282,72 euros, IVA incluido, y dividido en ocho lotes.

El anuncio de licitación se envió al DOUE el 23 de marzo, se publicó en el Perfil de Contratante en la misma fecha, poniendo a disposición de los interesados toda la documentación aprobada, en el Boletín Oficial del Territorio Histórico de Álava el día 31 y en el Boletín Oficial del Estado el día 5 de abril.

SEGUNDO.- El plazo de presentación de solicitudes finalizó el día 24 de abril de 2017, habiéndose presentado las siguientes empresas: Limpiezas Gutierrez, S.A., Garbialdi, S.A.,



Eulen, S.A., Clece, S.A., UNi2, S.A., Comercial de Limpiezas Villar, S.A. y OHL Servicios Ingesa, S.A..

TERCERO.- Por Acuerdo del Consejo de Gobierno Foral 297/2017, de 23 de mayo, se selecciona a todos los licitadores como invitados a participar en diferentes lotes en la siguiente fase del procedimiento.

CUARTO.- Mediante Resolución 827/2017, de 24 de marzo, de la Directora de Servicios Generales, se les invita a participar en la siguiente fase del procedimiento restringido, instándoles a presentar el sobre "A" de proposición económica y otros criterios evaluables mediante fórmulas y el sobre "C" de requisitos técnicos y otros criterios no evaluables mediante fórmulas, dentro del plazo que finalizaba el 24 de julio.

El acto público de apertura del sobre C tuvo lugar el día 1 de agosto. La apertura del sobre A se realizó en acto público el día 14 de noviembre.

QUINTO.- La adjudicación del servicio en todos sus lotes a favor de la empresa Eulen, S.A. se aprobó por Acuerdo 30/2018, de 30 de enero.

Este Acuerdo se comunicó a todos los licitadores, mediante correo electrónico, el 1 de febrero.

SEXTO.- El 20 de marzo de 2018 tuvo entrada en el registro de este Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales (en adelante OAFRC) el escrito de recurso interpuesto por D. Herminio Nestar Villar, en representación de UNI2, contra el precitado Acuerdo de adjudicación. Los motivos del recurso se sustentan en los siguientes extremos:

1. El hecho de que el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) estableciera un guion de presentación de la oferta técnica que no coincidía exactamente con los aspectos valorables que se incluían en el Cuadro de Características (CC) ha creado confusión a la hora de elaborar la oferta, alegando oscuridad de las cláusulas de los pliegos.
2. Falta de previsión en los pliegos de los criterios de valoración de los criterios no cuantificación por fórmula. Establecimiento de subcriterios no previstos en los pliegos, con sus correspondientes coeficientes de ponderación.
3. Falta de previsión en los pliegos de los criterios de valoración de las mejoras.
4. Vulneración de las normas que rigen la valoración de las ofertas del concurso en el momento de la adjudicación por aplicación de fórmulas no previstas en los pliegos para evaluar tanto los criterios técnicos como las mejoras, con infracción de los principios de transparencia e igualdad de trato. Subraya, asimismo, que la aplicación de criterios de adjudicación no previstos en los pliegos sino creados ex novo en el momento de la valoración de ofertas, no sólo determina la nulidad del criterio de adjudicación valorados con dichos parámetros, sino que obliga a declarar la nulidad de todo el proceso de contratación

Con base en las alegaciones que se han expuesto sucintamente, la parte recurrente solicita:

- Anular y dejar sin efecto la Resolución del Consejo de Gobierno Foral 30/2018 por la que se adjudica el "Servicio de Limpieza de los Edificios de la Diputación Foral de Álava" a la empresa EULEN, S.A.
- Declarar la nulidad de pleno derecho del procedimiento de licitación iniciándose un nuevo procedimiento en el que definan claramente los criterios de adjudicación, subcriterios, con las ponderaciones relativa a cada uno de ellos, su alcance y aspectos incluidos en cada uno de ellos, así como el criterio de valoración de las mejoras

SÉPTIMO.- En cumplimiento del artículo 46.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público



(TRLCSP), el 23 de febrero de 2018 se remitió al OC copia del recurso especial, reclamando el expediente de contratación junto con el informe correspondiente.

Asimismo, el día 1 de marzo, mediante correo electrónico, se dio traslado del recurso al resto de empresas licitadoras, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular cuantas alegaciones estimen convenientes a tenor de lo establecido en el artículo 46.3 del TRLCSP.

OCTAVO.- Mediante Resolución de este OAFRC nº 1/2018, de 5 de marzo, se resuelve sobre la medida provisional de suspensión de la tramitación del expediente solicitada, notificada a los interesados ese mismo día.

NOVENO.- Con fecha 1 de marzo de 2018 se recibe en este OAFRC el expediente e informe emitido por OC, que, en síntesis, expone que:

1. No se aprecia oscuridad ni contradicciones en la redacción de los pliegos, extremo, además, que no fue objeto de solicitud de aclaración o interposición de recurso en el momento precedente. Se opone a cada uno de los aspectos en los que la empresa recurrente alega esa oscuridad, manifestando lo erróneo de sus afirmaciones.
2. No es cierto que se hayan incorporado nuevos criterios; ya existían y estaban descritos dentro de cada criterio de valoración. Lo que se ha hecho es comparar de forma homogénea para todos los licitadores la importancia de los distintos elementos encontrados en las ofertas considerados definitorios de una mayor calidad de las mismas, sistematizando su valoración. Afirma que se trata de una forma numérica de expresión de la motivación del valorador expuesta de forma absolutamente transparente. Indica, además, que, aplicando escrupulosamente el criterio de igualdad de trato y no discriminación, se ha repartido la puntuación de cada criterio asignando la misma a cada subcriterio, lo que demuestra la voluntad de la DFA de que las ofertas mejor valoradas lo sean por el conjunto de su contenido y no por un elemento en particular que pudiera favorecer los intereses de algún licitador,
3. En cuanto a la asignación de valores a los subcriterios no contemplada en los pliegos, considera que se cumplen los requisitos establecidos en la jurisprudencia europea sobre este tema.
4. En relación con la alegación relativa a la falta de previsión de los criterios de valoración de las mejoras, se han valorado estrictamente las definidas en los pliegos defendiendo la validez de utilizar el precio como sistema de valoración.
5. La recurrente solicitó y tuvo acceso al expediente completo y a las ofertas técnicas y económicas de todos los licitadores, presentando el recurso con posterioridad, en el que no concreta ningún perjuicio ni discriminación, apelando a pretendidos perjuicios genéricos. Deduce que su interés consiste en disponer de la oportunidad de volver a concurrir a un nuevo procedimiento contando con la información contenida en las ofertas del resto de las empresas, lo que le proporcionaría una ilegítima ventaja.
6. Es cuestionable la legitimación de la recurrente por cuanto no acredita interés legítimo sino una pretensión genérica de restauración de la legalidad, sustentado en que no pretende a lo largo del recurso la modificación de ninguna puntuación concreta que pudiera conllevar el resultar adjudicataria.

DÉCIMO.- La empresa EULEN, S.A. presenta escrito de alegaciones al recurso especial con fecha de entrada en este OAFRC el 8 de marzo de 2018, en el que citando variada doctrina y jurisprudencia promulga la no conculcación de los principios de igualdad de trato y no discriminación y la corrección de los criterios establecidos en los pliegos y las actuaciones del procedimiento seguidas para la adjudicación del contrato, entendiendo, además, que si el



recurrente no considera los pliegos conformes a Derecho, los debería haber impugnado en su momento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto del recurso el Acuerdo del Consejo de Gobierno Foral 30/2018, de 30 de enero, por el que se adjudica el servicio de limpieza de edificios de la Diputación Foral de Álava a la empresa Eulen, S.A.

SEGUNDO.- El artículo 40 del TRLCSP delimita cuales son los actos susceptibles de recurso especial en materia de contratación. Tratándose de un contrato de servicios cuyo valor estimado (precio del contrato más eventuales prórrogas y modificaciones previstas) asciende a 7.141.080,00 euros (IVA excl.), se cumplen los requisitos exigidos en el citado artículo para poder considerar el acto impugnado susceptible de dicho recurso.

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 (aquellos cuyo valor estimado sea igual o superior a 207.000 euros).

TERCERO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP) y en el Decreto Foral del Consejo de Diputados 44/2010, de 28 de septiembre, corresponde a este OAFRC el conocimiento y resolución de los recursos relativos a los contratos del sector público en los que sea parte, entre otros, la Diputación Foral de Álava.

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.- El recurso se ha interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP que establece que el plazo para interponer el recurso especial será de 15 días hábiles contados a partir del día siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado.

SEXTO.- La recurrente alega legitimación activa como licitadora en el procedimiento de referencia, acreditando su representación.

Respecto de dicha alegación, hemos de señalar que el concepto de legitimación recogido en el artículo 42 TRLCSP, “podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”, es amplio pero no universal. Existe consolidada jurisprudencia (por todas, en SSTS de 27 de enero de 1998 y de 11 de febrero de 2003) y doctrina (Resoluciones del TCRC 279/2012, de 5 de diciembre; 269/2013, de 10 de julio; 162/2013, de 24 de abril; 238/2014, de 21 de marzo; o 822/2014, de 31 de octubre, entre otras muchas) que concluyen que el mero interés por la legalidad no constituye motivo suficiente para reconocer legitimación para el ejercicio de acciones, salvo en aquellos ámbitos del ordenamiento para los que expresamente se haya contemplado una acción pública. En otras palabras, en materia de contratación del sector público no existe -como ocurre en otros ámbitos, como, por ejemplo, el de urbanismo- una acción pública. No obstante, sí cabe hablar de un concepto amplio de legitimación, en la medida en que la misma existirá por la mera concurrencia de un interés legítimo (y no necesariamente de un derecho subjetivo). Entre



otras ilustrativas a este respecto, en términos de la antes citada Resolución del TCRC 269/2013, concurrirá dicho interés legítimo cuando *“la resolución administrativa impugnada pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica del que recurre, lo que descarta la acción pública fuera de los casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico la permite”*.

De este modo, el interés legítimo nunca podrá asimilarse al interés en la defensa de la legalidad, pero es, desde luego, un concepto menos estricto que el de derecho subjetivo, que permite hablar de legitimación en sentido amplio (aunque no universal) en materia de contratación.

Conviene traer a colación la Resolución de este OAFRC 3/2017, de 14 de febrero, en la que, dentro del profundo análisis de la legitimación que realiza, citando la Resolución del TACRC 840/2016, de 21 de diciembre, expone lo siguiente:

“Por tanto, y así se expuso recientemente en la Resolución de este Tribunal [TACRC] 250/2016, de 18 de abril, los requisitos para que pueda apreciarse la existencia de interés legítimo y, por tanto, de legitimación activa, son los siguientes:

1. Por interés, que la normativa vigente califica bien de "legítimo, personal y directo", o bien, simplemente, de "directo" o de "legítimo, individual o colectivo", debe reputarse toda situación jurídica individualizada, caracterizada, por un lado, por singularizar la esfera jurídica de una persona respecto de las de la generalidad de los ciudadanos o administrados en sus relaciones con la Administración Pública, y dotada, por otro, de consistencia y lógica jurídico-administrativas propias, independientes de su conexión o derivación con verdaderos derechos subjetivos.
2. Ese interés, que desde el punto de vista procedimental administrativo es una situación reaccional, en pro de la defensa y efectiva reintegración de lo que doctrinalmente se ha llamado el propio círculo jurídico vital y en evitación de un potencial perjuicio ilegítimo temido, está conectado precisamente con este concepto de perjuicio, de modo que el interés se reputa que existe siempre que pueda presumirse que la declaración jurídica pretendida habría de colocar al accionante en condiciones legales y naturales de conseguir un determinado beneficio material o jurídico o como cuando la persistencia de la situación fáctica creada o que pudiera crear el acto administrativo ocasionaría un perjuicio como resultado inmediato de la resolución dictada.
3. Ese "interés legítimo", que abarca todo interés que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada (siempre que no se reduzca a un simple interés por la legalidad), puede prescindir, ya, de las notas de "personal y directo", pues tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la del Tribunal Constitucional (en Sentencias, entre otras, de este último, 60/1982, de 11 octubre, 62/1983, de 11 julio, 160/1985, de 28 noviembre, 24/1987, 257/1988, 93/1990, 32y 97/1991 y 195/1992, y Autos 139/1985, 520/1987 y 356/1989) han declarado, al diferenciar el interés directo y el interés legítimo, que éste no sólo es superior y más amplio que aquél sino también que es, por sí, autosuficiente, en cuanto presupone que la resolución administrativa o jurisdiccional a dictar ha repercutido o puede repercutir, directa o indirectamente, pero de un modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien se persona.”

La doctrina mayoritaria niega legitimación al licitador cuya oferta no quedaría posicionada en mejor lugar -resultando por tanto adjudicataria- aun cuando se estimasen sus pretensiones (Resoluciones del TCRC n° 442/2015, de 14 de mayo; n° 746/2014, de 3 de octubre; 319/2011;



162/2013, de 24 de abril, o 171/2013), sin ni siquiera adentrarse en la naturaleza de los motivos de impugnación del acto de adjudicación, por entender que en tales casos no concurre el interés legítimo que se materializaría en una adjudicación (que es imposible) en su favor. En este sentido, y por lo que respecta a los supuestos de licitadores excluidos, se ha considerado que la declaración de un procedimiento de adjudicación como desierto no obliga, conforme a la legislación de contratos, a que se convoque un nuevo procedimiento de adjudicación en idénticos términos y que, por ello, con carácter general, la invocación por un licitador excluido de la posibilidad de participar en un nuevo procedimiento de adjudicación, como justificación de legitimación, no es más que una mera suposición que no puede identificarse con un interés real, cierto, efectivo y actual.

En definitiva, la negación de legitimación en tales supuestos se justifica en el hecho de que, aunque se estimasen las pretensiones del recurrente, su oferta nunca resultaría adjudicataria del contrato, por lo que no puede apreciarse que en el mismo concurra el interés legítimo que se exige para reconocer legitimación activa conforme a la interpretación que venimos haciendo de este concepto los Tribunales de recursos contractuales.

Con carácter general, dicho interés legítimo vendría dado por la pretensión de adjudicación en su favor. No siendo, sin embargo, ésta posible en los supuestos de licitadores excluidos o licitadores con ofertas que no pudieran resultar adjudicatarias del contrato aun con la estimación íntegra de las pretensiones sostenidas (por existir otras mejor posicionadas), deberá justificarse expresamente que dicho interés excede de la mera defensa de la legalidad, acreditando, en su caso, la concurrencia de motivos que anularían el procedimiento o determinarían que quedase desierto y la certeza relativa (más allá de la mera suposición) de que, como consecuencia de ello, se celebraría un nuevo procedimiento de adjudicación al que podrían concurrir.

En el caso que nos ocupa: a) se formula un recurso basado en el mero interés por la legalidad con abstracción de su influencia en los principios rectores de la contratación (igualdad de trato, no discriminación, transparencia) enfocado exclusivamente a la satisfacción moral del reclamante, sin que se concrete perjuicio alguno; b) en su impugnación UNI2 no interesa la adjudicación del contrato ni alega perjuicio ni discriminación en las puntuaciones de ninguno de los criterios ni propone valoraciones alternativas sino la declaración de nulidad de pleno derecho de todo el procedimiento de licitación; c) una eventual estimación de sus pretensiones no puede reportarle una ventaja directa, cierta e inmediata en su esfera jurídica sino hipotética en el caso de convocarse una nueva licitación; d) la falta de pretensión de modificación de las puntuaciones o cualquier otro aspecto que pudiera influir en el resultado de las valoraciones, hace que no sea posible que pudiera prosperar una adjudicación de este contrato a su favor.

Expuestas estas consideraciones, este OAFRC entiende que no cabe otorgar legitimación a UNI2 para la interposición del presente recurso, toda vez que su petición principal se centra en la anulación del Acuerdo de adjudicación y la nulidad de pleno derecho del procedimiento de licitación, sin que a lo largo de sus alegaciones haya puesto en evidencia ninguna incorrección por parte del OC de las puntuaciones obtenidas por ella o por el resto de las empresas. Se deduce una pretensión genérica de defensa de la legalidad, siendo necesaria para ostentar legitimación activa la interrelación entre el interés legítimo invocado y el objeto de la pretensión, entendiéndose que no concurre tal legitimación cuando, aunque sea comprensible el interés del recurrente por defender la legalidad, no pueda resultar adjudicatario del contrato de modo alguno ni obtener ninguna ventaja directa e inmediata de la modificación del acuerdo adoptado.

SÉPTIMO.- A efectos meramente dialécticos, añadir a lo expuesto que en la hipótesis de legitimación de la recurrente, tampoco podría prosperar el recurso que no se funda en la indebida aplicación de subcriterios de valoración, sino en la aplicación de fórmulas y ponderaciones no previstas en los pliegos para evaluar los criterios técnicos y las mejoras.



Siguiendo la dictada el 24 de noviembre de 2005 y la más reciente de 14 de julio de 2016, el TJUE ha declarado que la ponderación relativa de cada uno de los criterios de adjudicación deberá fijarse claramente desde el inicio del procedimiento de adjudicación para permitir a los licitadores determinar objetivamente la importancia efectiva que tiene un criterio de adjudicación con relación a otro en el momento de la valoración posterior de dichos criterios por parte de la entidad adjudicadora; no obstante, señala que la jurisprudencia ha admitido que, tras la expiración del plazo de presentación de las ofertas, un poder adjudicador pueda determinar coeficientes de ponderación para los subcriterios que correspondan sustancialmente a los criterios previamente dados a conocer a los licitadores, esto es, un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuir entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicadora previo para el criterio en cuestión en el momento en que elaboró el pliego de condiciones o el anuncio de licitación, bajo tres condiciones: 1) que esa determinación ex post no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación; 2) no contenga elementos que, de haberse conocido en el momento de la preparación de las ofertas, hubiesen podido influir en esa preparación; y 3) no se haya adoptado teniendo en cuenta elementos que puedan tener un efecto discriminatorio en relación con uno de los licitadores.

Es decir, cuando se cumplan las citadas condiciones no puede negarse la posibilidad de que a posteriori se efectúe un reparto de los puntos asignados a cada apartado de un criterio y se fije el método de valoración, que es lo que ha ocurrido en el caso que nos ocupa en el que existe una clara concreción de los pliegos de los criterios y sus ponderaciones, así como de los aspectos valorables dentro de cada uno de ellos (subcriterios).

En el extenso y detallado informe técnico de valoración se ha efectuado lisa y llanamente una distribución de los puntos atribuidos en el pliego a los correspondientes criterios tomando únicamente en consideración los aspectos detallados en el CC, sin haberse introducido en modo alguno subcriterios nuevos una vez abiertas las ofertas conteniendo las proposiciones técnicas. Tampoco se han aplicado a posteriori criterios de valoración y coeficientes de ponderación no previstos en los pliegos, que de haberse conocido por la recurrente hubieran dado lugar a la presentación de una oferta diferente.

Lo que hace el informe de valoración es sistematizar la valoración de los elementos considerados como definitorios en las ofertas, comparándolos de forma homogénea y expresando de forma numérica la motivación del valorador, todo ello en aras a la debida transparencia del proceso de licitación.

Vistos los preceptos legales que resultan de aplicación, este OAFRC emite la siguiente

RESOLUCIÓN

PRIMERO.- Inadmitir, por falta de legitimación, el recurso especial promovido por D. Herminio Nestar Villar, en representación de UNI2 SERVICIOS INTEGRALES, S.A. contra la Resolución del Consejo de Gobierno Foral 30/2018, de 30 de enero, de *Adjudicación del servicio de limpieza de edificios de la Diputación Foral de Álava*.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión acordada en la Resolución de este Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales nº 1/2018, de 5 de marzo.



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 la 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.”