



Erref / Ref: Recurso Especial UNI2 contra exclusión “Servicio de limpieza ARTIUM”.

Esp Zenb / N° exp: 2017/05- RE

RESOLUCION N° 10/2017

En Viotria-Gasteiz, a 3 de abril de 2017.

El Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales de la Diputación Foral de Álava (OAFRC) ha dictado la siguiente RESOLUCIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES en relación con el Recurso Especial en materia de contratación interpuesto por D. Herminio Nestar Villar, en representación de UNI2 SERVICIOS INTEGRALES, S.A. (UNI2) contra el Acuerdo del Comité Ejecutivo del Patronato de la Fundación Artium de Álava por el que se acuerda su exclusión del expediente de contratación del “Servicio de limpieza del Centro-Museo Vasco de Arte Contemporáneo – Artium”.

Son partes en dicho recurso: como RECURRENTE UNI2; y como DEMANDADA la FUNDACIÓN ARTIUM DE ÁLAVA.

Vista la medida provisional solicitada por el recurrente en su recurso relativa a la suspensión de la tramitación del expediente de contratación, este Órgano efectúa las siguientes consideraciones:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 17 de noviembre de 2016 el Comité Ejecutivo del Patronato de la Fundación Artium de Álava aprobó por unanimidad las bases del concurso de “Limpieza del Museo Artium”, integradas por el Cuadro de Características, el Pliego de Cláusulas Económico Administrativas y el Pliego de Condiciones Técnicas, con un tipo de licitación estimado de 458.000 euros (que no incluye la cuota del IVA, al tipo del 21%, que asciende a la cantidad de 96.180 euros) y un plazo de ejecución de dos años con posibilidad de dos prórrogas anuales.

El anuncio de licitación se envió al DOUE el 22 de noviembre de 2016 y 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 26 y en prensa el día 28.

SEGUNDO.- El plazo de presentación de ofertas finalizó el día 20 de enero de 2017, habiéndose presentado las siguientes empresas: DISTRIVISUAL, S.L., URBEGI SERVICIOS MEDIOAMBIENTE, S.L., GARNICA, S.A., CLECE, S.A. Y UNI2, S.A..

El acto público de apertura del sobre C (Propuesta Técnica) tuvo lugar el día 24 de enero de 2017. La apertura del sobre A (Proposición Económica) se realizó en acto público el día 9 de febrero.



TERCERO.- Con fecha 16 de febrero de 2017 el Comité Ejecutivo del Patronato de la Fundación Artium de Álava acuerda por unanimidad la adjudicación del contrato de limpieza a la empresa CLECE, S.A. por un importe anual estimado de 111.396,75 euros (IVA no incluido).

CUARTO.- El 9 de marzo de 2017 tuvo entrada en el registro del Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales el escrito de recurso interpuesto por D. Herminio Nestar Villar, en representación de UNI2 contra el Acuerdo del Comité Ejecutivo del Patronato de la Fundación Artium de Álava por el que se acuerda su exclusión del expediente de contratación del “Servicio de limpieza del Centro-Museo Vasco de Arte Contemporáneo – Artium”, en el que, además de invocar la nulidad del procedimiento de licitación y del Acuerdo de exclusión, solicita la adopción de la medida provisional consistente en la suspensión de la tramitación del expediente de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa UNI2 para interponer recurso, como licitadora en el procedimiento de referencia y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSF).

SEGUNDO.- Constituye el objeto del recurso el acto de la Mesa de Contratación por el que se excluye a la empresa recurrente del proceso de licitación promovido por la Fundación ARTIUM para contratar el servicio de limpieza del Centro- Museo Vasco de Arte Contemporáneo – ARTIUM.

TERCERO.- El artículo 40 del TRLCSF 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 posibles prórrogas previstas) asciende a 458.000 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 TRLCSF 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). Y son actos recurribles, entre otros, los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar con el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de los licitadores (art. 40.2. b).

CUARTO.- Este OAFRC es competente para resolver el recurso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 41 del TRLCSF y en el Decreto Foral del Consejo de Diputados 44/2010, de 28 de septiembre, en cuyo apartado 2.1, relativo a competencias, establece lo siguiente:

“Corresponde al Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales el conocimiento y resolución de los recursos relativos a los contratos del sector público en los que sea parte la Diputación Foral de Álava o alguno de los órganos dependientes o vinculados a la misma y, en particular, los Organismos Autónomos Forales, las Sociedades Públicas Forales y todos aquellos poderes adjudicadores que estén bajo su control.”

La Fundación ARTIUM tiene su origen en el Decreto del Consejo de Diputados DE LA Diputación Foral de Álava 112/2000, de 14 de noviembre, por el que se aprobó su constitución, así como sus Estatutos. Asimismo, se aprobó una aportación de 30.000.000 de pesetas (180.303,63 euros) como dotación patrimonial de la Fundación. En el artículo 1 de los Estatutos



se establece que la Fundación se registrará por la Ley 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones del País Vasco, y por las demás disposiciones legales y reglamentarias que le sean de aplicación. Tiene personalidad jurídica propia e independiente y plena capacidad jurídica y de obrar (art. 2).

A tenor de lo dispuesto en el artículo 6 de los citados Estatutos, son órganos de la Fundación el Patronato y los demás órganos o Comité que el Patronato establezca para la gestión o información de las distintas áreas de actividad. Y en el artículo 7 se recoge que, bajo la presidencia del Diputado General de la Diputación Foral de Álava, forman parte del Patronato, como Patronos Públicos, a) La Diputación Foral de Álava, b) El Gobierno Vasco, c) El Gobierno del Estado y d) el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz; y como Patronos Privados las personas físicas o jurídicas que adquieran tal condición.

En La Norma Foral 21/2015, de 23 de diciembre, de Ejecución del Presupuesto del Territorio Histórico De Álava para el año 2016, se aprobaron los Presupuestos Generales del Territorio Histórico de Álava, integrados por los Presupuestos de la Diputación Foral de Álava, de los Organismos Autónomos, las Sociedades Públicas orales, las Fundaciones forales (entre las que se encuentra la Fundación Artium) y los Consorcios forales del Territorio Histórico de Álava.

Cabe entender, por tanto, que la citada Fundación queda encuadrada en la competencia del OAFRC al tratarse de un poder adjudicador que está bajo control de la DFA. El carácter de poder adjudicador deriva de su inclusión en el ámbito subjetivo del TRLCSP, cuyo artículo 3.1f) dispone que considera, a los efectos de dicha Ley, que forman parte del sector público *“Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.”*

QUINTO.- La recurrente solicita la medida provisional de no continuar con la tramitación del expediente en el escrito de interposición del recurso, por lo que ha de estarse, respecto a su tramitación y adopción, a lo dispuesto en el artículo 46.3 del TRLCSP, según el cual *“Dentro de los cinco días hábiles siguientes a la interposición del recurso, dará traslado del mismo a los restantes interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, y, de forma simultánea a este trámite, decidirá, en el plazo de cinco días hábiles, acerca de las medidas cautelares si se hubiese solicitado la adopción de alguna en el escrito de interposición del recurso o se hubiera procedido a la acumulación prevista en el párrafo tercero del artículo 43.2. A la adopción de estas medidas será de aplicación, en todo caso, lo dispuesto en el artículo 43 en cuanto a la audiencia del órgano de contratación. Serán igualmente aplicables los apartados 3 y 4 del citado artículo (...).”*

Y según el artículo 47 del TRLCSP, *“4. La resolución deberá acordar, también, el levantamiento de la suspensión del acto de adjudicación si en el momento de dictarla continuase suspendido, así como de las restantes medidas cautelares que se hubieran acordado y la devolución de las garantías cuya constitución se hubiera exigido para la efectividad de las mismas, si procediera.*

5. En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma.”

SEXTO.- Bajo la regulación legal actual, la solicitud de medidas provisionales puede realizarse por el recurrente antes (art. 43.1 del TRLCSP), en el mismo momento (art. 44.2 del TRLCSP), o con posterioridad a la interposición del recurso-, siempre en un momento anterior a su resolución- (art.46.3 segundo párrafo del TRLCSP).

En cualquier caso, tal como señala el artículo 43.1 del TRLCSP, *“las medidas provisionales irán dirigidas a corregir infracciones del procedimiento o a impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, y podrán estar incluidas, entre ellas, las destinadas a*



suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación”.

SÉPTIMO.- El artículo 45 del TRLCSP contempla la suspensión automática de la tramitación del expediente de contratación en el caso de que el acto recurrido sea la adjudicación, entendiéndose vigente en tanto no se dicte resolución expresa acordando el levantamiento, tal como se prevé en el artículo 46.3 del TRLCSP, si bien no se contempla esta suspensión para otros actos recurridos, por lo que se deduce que para que opere la suspensión en estos casos se debe solicitar expresamente por el recurrente, como en el caso que nos ocupa.

En la legislación de contratos públicos no se definen los parámetros sobre los que adoptar o denegar las medidas provisionales. En este sentido, cabe entender que los requisitos exigidos por el Tribunal Supremo con relación al proceso cautelar en el ámbito judicial, son de aplicación en el marco del procedimiento del recurso especial, y así lo entiende, entre otros, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en su Resolución 74/2013.

El Tribunal Supremo señala que toda decisión sobre las medidas cautelares debe adoptarse ponderando las circunstancias del caso y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional, que puede resumirse en los siguientes puntos:

- Necesidad de justificación o prueba, aún incompleta, de aquellas circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida. La mera alegación sin prueba no permite estimar como probado que la ejecución del acto impugnado pueda ocasionar perjuicios de imposible o difícil reparación.
- El *periculum in mora*: la medida ha de ir encaminada a asegurar que la futura resolución del procedimiento principal pueda llevarse a la práctica de modo útil.
- Ponderación de los intereses concurrentes: Se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar o no la suspensión según el grado en que dicho interés esté en juego.
- La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*). Tal doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la resolución definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar.

OCTAVO.- La recurrente solicita que no se prosiga con la tramitación del expediente en tanto en cuanto el recurso no quede resuelto, si bien no concreta los perjuicios que se pudieran colegir en caso de no ser atendida su petición.

Hay que tener en cuenta que el proceso cautelar debe asegurar la eficacia de la resolución del recurso y que, sin perjuicio del posterior análisis del recurso que se realice, la continuidad del procedimiento podría causar perjuicios a los intereses afectados si se llegara a adjudicar el contrato, por lo que una eventual estimación del recurso obligaría a retrotraer las actuaciones y a dejar sin efecto actos declarativos de derechos. Por ello, en el supuesto analizado, la suspensión de la licitación parece la mejor forma de garantizar eficacia de la resolución del recurso.

NOVENO.- Sin prejuzgar la cuestión de fondo planteada en el recurso, al objeto de propiciar y favorecer el efecto útil del recurso planteado con plenitud de efectos, este Órgano Foral de Recursos Contractuales emite la siguiente

RESOLUCIÓN



Aprobar la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación hasta que recaiga resolución en el recurso especial promovido por D. Herminio Nestar Villar, en representación de UNI2 SERVICIOS INTEGRALES, S.A. contra el Acuerdo del Comité Ejecutivo del Patronato de la Fundación Artium de Álava por el que se acuerda su exclusión del procedimiento de contratación del “Servicio de limpieza del Centro-Museo Vasco de Arte Contemporáneo – Artium”.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno, sin perjuicio del que proceda contra la resolución que se dicte en el procedimiento principal del recurso.

