



EB 2019/093

Resolución 129/2019, de 24 de julio, 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 CUSTAR, S.L. contra el anuncio, los pliegos y los documentos contractuales del contrato de “Servicio de extracción, traslado, custodia y reducción de Documentación Clínica de la OSI Donostialdea”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 5 de junio de 2019 se ha presentado 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 CUSTAR, S.L. frente al anuncio, los pliegos y los documentos contractuales del contrato de “Servicio de extracción, traslado, custodia y reducción de Documentación Clínica de la OSI Donostialdea”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El mismo día de su presentación en este OARC / KEAO se remitió el recurso al poder adjudicador al que se le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, 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 el día 14 de junio.





TERCERO: Mediante la Resolución B-BN 026/2019, de 14 de junio, este OARC/KEAO acordó suspender el procedimiento de adjudicación.

CUARTO: No constan en el expediente interesados diferentes del recurrente y el poder adjudicador.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la representación de D.X.O.N., que actúa en nombre del recurrente. Por lo que se refiere a la legitimación activa, a la vista del contenido del recurso, deben tratarse separadamente la legitimación para impugnar la reserva a CEEIS, la legitimación para impugnar la prohibición de subcontratación y la legitimación para impugnar el resto de las cláusulas mencionadas en el recurso.

a 1) La legitimación para impugnar la reserva del contrato para Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social

El contrato está reservado para Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social, según establecen las cláusulas específicas 1, 11.1.2 y 20.7 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP), y el propio recurrente reconoce que no tiene esta condición. Consecuentemente, su legitimación para impugnar los pliegos no puede basarse en su interés para obtener el contrato. No obstante, entre las cláusulas impugnadas figura la que establece la reserva que le impide, en opinión de CUSTAR ilícitamente, acceder al contrato. La legitimación para la interposición del recurso especial se caracteriza porque su hipotética estimación satisfaría un interés tangible del recurrente, distinto del mero cumplimiento de la legalidad; en este caso, la estimación de este motivo de impugnación supondría la cancelación de un procedimiento de adjudicación en el que no puede presentar una oferta y, muy probablemente, la tramitación de otro abierto a su concurrencia (ver la



Resolución 83/2019 del OARC / KEAO). Por ello, se considera que concurre el requisito de la legitimación activa para impugnar la reserva.

a 2) La legitimación para impugnar la prohibición de subcontratación

Por lo que se refiere al recurso contra la prohibición de subcontratación, este Órgano estima que, de aceptarse la petición, el recurrente obtendría la satisfacción de un interés cierto y tangible, real y no meramente hipotético, distinto del cumplimiento de la mera legalidad, como es la posibilidad de acceder a la ejecución de la prestación contractual como subcontratista, posibilidad de la que la actual redacción le priva (ver, por ejemplo, la Resolución 20/2015 del OARC / KEAO). Por ello, CUSTAR tiene legitimación activa para ejercer la citada pretensión.

a 3) La legitimación para impugnar las demás cláusulas de los pliegos

En cuanto a la legitimación para impugnar el resto de las estipulaciones que son objeto del recurso (no dividir en lotes, indeterminación de la digitalización, ambigüedad del CPV, irregularidades del presupuesto, de la solvencia y de los criterios de adjudicación, ausencia de parámetros de anormalidad o desproporción de las ofertas...), su existencia depende de que se estime la impugnación de la reserva, ya que, en ese caso, CUSTAR pasaría a tener la posición de potencial licitador; por el contrario, si se confirmara la validez de la reserva y la imposibilidad de que el recurrente accediera al contrato, la empresa no tendría ningún interés tangible en las citadas estipulaciones distinto del cumplimiento de la mera legalidad.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

De acuerdo con el artículo 44.1 a) de la LCSP, el contrato es susceptible de recurso especial.



TERCERO: Impugnabilidad del acto

Conforme al art. 44.2.a) de la LCSP son impugnables los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico

En cuanto al régimen jurídico aplicable, Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto de Administración Pública (artículo 3 de la LCSP).

SEXTO: Argumentos del recurso

CUSTAR basa su recurso en los argumentos que a continuación se resumen:

a) CUSTAR alega que la decisión de reservar el contrato a CEEIS es un ejercicio desproporcionado de la facultad concedida por la Disposición Adicional Cuarta de la LCSP, pues Osakidetza ha utilizado esta reserva para los últimos contratos de gestión documental, perjudicando a las empresas ordinarias; no consta en el expediente un análisis de los CEEIS capaces de ejecutar el contrato (de hecho, CUSTAR considera que tan solo un CEEIS tiene capacidad para licitar, a la vista del resultado de anteriores procedimientos de adjudicación, lo que supone que no vaya a haber concurrencia alguna); se afirma además que podrían haberse tomado otras medidas más proporcionadas (división del contrato en lotes y reserva de alguno de ellos a los CEEIS, permitir la subcontratación...).

b) La decisión de no permitir la subcontratación no está justificada y no hay supuesto habilitante para dicha prohibición.



c) Se impugnan diversos aspectos de los pliegos:

- no es válida la decisión de no dividir el contrato en lotes.
- la prestación de digitalización es indeterminada.
- el CPV empleado en el perfil del contratante para describir el objeto del contrato es ambiguo.
- no se ha señalado qué requisito mínimo de solvencia técnica debe acreditarse con la relación de los trabajos ejecutados en el curso de los últimos 5 años.
- no se han establecido criterios de adjudicación de carácter ambiental.
- el presupuesto base de licitación es ambiguo y no se ha conformado debidamente.
- no se ha establecido un umbral para determinar proposiciones que adolezcan de valores presuntamente anormales o desproporcionados.

d) Finalmente, se solicita que se declare la disconformidad a Derecho de la licitación y que se ordene al poder adjudicador que proceda a preparar la contratación de manera ajustada a Derecho.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador, por su parte, se opone al recurso y solicita su desestimación con los argumentos que a continuación se resumen:

a) Se alega que la reserva a CEEIS no es un abuso de derecho porque hay un Acuerdo del Consejo de Gobierno que impone una obligación de reserva (Resolución 73/2018, de 15 de marzo, del Director de la Secretaría del Gobierno y de Relaciones con el Parlamento, por la que se dispone la publicación del Acuerdo por el que se aprueban instrucciones sobre los contratos reservados, BOPV de 3 de abril, nº 63, en adelante, Acuerdo sobre contratos reservados); esta obligación tiene carácter de mínimo, y puede mejorarse por los órganos de contratación.



b) La prohibición de la subcontratación intenta preservar el espíritu de la Disposición Adicional Cuarta de la LCSP.

c) El poder adjudicador alega también argumentos en contra de los motivos de recurso señalados en la letra c) del Fundamento jurídico anterior.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC/KEAO

Las apreciaciones de este Órgano sobre los motivos del recurso son las siguientes:

a) Sobre la reserva a CEEIS

El apartado 1 de la Disposición Adicional Cuarta de la LCSP (en adelante, DA 4ª de la LCSP) establece, en síntesis, que, mediante Acuerdo del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a empresas de inserción reguladas, respectivamente, en el 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, y en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, a condición de que el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social de los Centros Especiales de Empleo, de las empresas de inserción o de los programas sea el previsto en su normativa de referencia y, en todo caso, al menos del 30 por 100. El recurrente alega que la reserva impugnada es desproporcionada y



restrictiva de la competencia; a juicio de este OARC / KEAO, este motivo de impugnación debe rechazarse por las razones que se exponen a continuación:

- 1) La DA 4ª de la LCSP no establece ningún límite al tipo o al importe de los contratos que pueden acogerse a ella; es más, como bien señala el poder adjudicador, el Acuerdo sobre contratos reservados fija los objetivos mínimos que deben alcanzar en la materia las entidades incluidas en su ámbito de aplicación, pero no impide que puedan efectuar reservas que superen los porcentajes en él previstos o que se refieran a contratos cuyo objeto (determinado según el CPV) no está comprendido en él (ver, por ejemplo, el informe 19/2018, de 17 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón).
- 2) Se observa que no hay una justificación expresa de la decisión de reservar el contrato, como pide el artículo 116.4 a) de la LCSP que, a juicio de este Órgano, debe entenderse que no se refiere únicamente a los motivos para seleccionar uno de los procedimientos previstos en el artículo 131 de la LCSP, sino también a las cuestiones procedimentales que, como la analizada, son relevantes para limitar a un cierto tipo de operadores económicos el acceso al contrato. No obstante, la falta de motivación es una irregularidad puramente formal, pues ni impide al acto alcanzar su finalidad ni provoca indefensión alguna, dado que la DA 4ª de la LCSP no contiene ningún elemento discrecional cuya existencia deba verificarse para legitimar la opción de la reserva (en particular, no se pide ningún juicio de proporcionalidad de la medida) y apenas contiene elementos reglados en el mismo sentido, más allá de la correcta delimitación de los operadores económicos beneficiarios y la constancia de una referencia a la propia norma en el anuncio de la disposición, aspectos ambos que no son objeto de debate (ver el artículo 48.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común).



3) Tanto la DA 4ª de la LCSP como el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE, que es la norma que la primera incorpora a nuestro Ordenamiento, son una excepción que el propio legislador establece al principio general de libre competencia (artículo 18.2 de la Directiva y artículo 1.1 de la LCSP) justificada por razones de política social; así, el Considerando 36 de la Directiva 2014/24/UE es claro cuando afirma, entre otras cosas, que la reserva facilita el acceso al mercado de la compra pública a operadores que cumplen una importante función de integración social pero que en condiciones normales de competencia, pueden tener dificultades para obtener contratos; es decir, se trata de una discriminación positiva (ver la Resolución 130/2018 del OARC / KEAO). Esta excepción no es absoluta, pues permite una licitación de acceso limitado a cierto tipo de empresas que compiten por el contrato, pero no la adjudicación directa a una de ellas elegida sin concurrencia ni publicidad previa; además, también en los procedimientos de adjudicación sometidos a la reserva de la DA 4ª de la LCSP debe procurarse, en el marco de las especialidades que los caracterizan, la salvaguarda de la libre competencia, lo que implica, entre otras cosas, la configuración del contrato y del procedimiento para que se dé la máxima participación posible en este último. En este sentido, CUSTAR alega que de procedimientos anteriores similares al impugnado se deduce que la reserva de los contratos de gestión documental a CEEIS finaliza con la adjudicación a una única empresa que cumple el requisito de acceso limitado y además tiene capacidad para ejecutar la prestación. Sin embargo, en los datos aportados en el recurso y en los que constan en el expediente no se acredita que dicha falta de concurrencia sea imputable al poder adjudicador, ni que este se aproveche de ella para beneficiar a una concreta empresa, ni mucho menos que las medidas que la Administración pueda adoptar para remediarla deban concluir necesariamente en una licitación no reservada a la que el recurrente pudiera presentar una proposición.



b) Sobre la prohibición de subcontratación

La cláusula específica 14 del PCAP prohíbe la subcontratación, lo que se impugna por la recurrente. Este motivo de recurso debe desestimarse ya que, cualesquiera que fueran las posibles irregularidades de la estipulación, no podrían llevar en ningún caso a una resolución de este Órgano que ampliara la esfera de derechos de CUSTAR, de modo que la cláusula le permitiera acceder en calidad de subcontratista al negocio que supone la ejecución parcial de la prestación, y ello por las siguientes razones:

- 1) La finalidad de la DA 4ª de la LCSP es fomentar el empleo y la ocupación como medios de integración en la sociedad de personas discapacitadas o desfavorecidas (ver el Considerando 36 de la Directiva 2014/24/UE), y este objetivo se desvirtuaría si, de hecho, una parte o la totalidad de la prestación y, consecuentemente, del volumen económico y de empleo generado del contrato aprovechara a operadores económicos diferentes de las beneficiarias de la reserva que en ningún caso podrían haber sido adjudicatarias, como es el caso de la recurrente.
- 2) Aunque la LCSP no contiene una prohibición expresa de la subcontratación de los contratos reservados con empresas no beneficiarias de la reserva, del segundo párrafo del artículo 65.1 de la LCSP se deduce que la condición de CEEIS es en este caso un requisito de aptitud, existiendo en la LCSP ejemplos de cómo dichos requisitos (solvencia, clasificación, no estar en prohibición de contratar...) se exigen también a los subcontratistas (ver, artículo 215.2 b de la LCSP); asimismo, y en última instancia, debe recordarse que es aplicable la clásica prohibición del fraude de ley contemplada en el artículo 6.4 del Código Civil.



No obstante lo anterior, conviene precisar que la subcontratación supone, a los efectos de la LCSP, un contrato celebrado entre el contratista adjudicatario y otra empresa o trabajador autónomo mediante el cual el primero encomienda al segundo la ejecución de una parte específica y diferenciable del objeto principal, de tal modo que no están comprendidos en este concepto otras modalidades de externalización de la actividad empresarial como, por ejemplo, la adquisición a otras empresas de suministros o servicios auxiliares o instrumentales que no constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal, aunque sí sean parte del proceso necesario para producir dicha prestación (ver la Resolución 92/2016 del OARC / KEAO); dichas modalidades no estarían afectadas por los argumentos expresados en los apartados 1) y 2) anteriores.

c) Conclusión

A la vista de las apreciaciones expuestas, el recurso debe desestimarse íntegramente, sin que sea necesario analizar los motivos de recurso recogidos en la letra c) del Fundamento jurídico sexto por referirse, desde el punto de vista de CUSTAR, a cuestiones de mera legalidad, ya que la recurrente en ningún caso puede acceder al procedimiento de adjudicación impugnado.

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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,



RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por CUSTAR, S.L. contra el anuncio, los pliegos y los documentos contractuales del contrato de “Servicio de extracción, traslado, custodia y reducción de Documentación Clínica de la OSI Donostialdea”, tramitado por Osakidetza.

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

TERCERO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de temeridad o mala fe en la interposición del recurso.

CUARTO: Levantar la suspensión acordada por la Resolución B-BN 026/2019, de 14 de junio, de este OARC/KEAO.

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 uztailaren 24a

Vitoria-Gasteiz, 24 de julio de 2019